

# Estudios de Deusto

ISSN 0423-4847 (papel)  
ISSN 2386-9062 (digital)

Vol. 64/2 Julio-Diciembre 2016

## Sumario

### Estudios

**La elección del Parlamento italiano entre los límites constitucionales y las exigencias de la política**  
Giampietro Ferri

**El ejercicio de las competencias económicas en la Unión Europea: ¿es posible otra política?**  
Daniel Guerra Sesma

**Estudio comparado del régimen jurídico del delito de falsedad documental en el Derecho hispánico e inglés en el Medioevo**  
Luis Iglesias Rábade

**El derecho de reunión y manifestación en el nuevo marco regulatorio de la ley de protección de seguridad ciudadana lo 4/2015 de 30 de marzo**  
Marcos Francisco Massó Garrote

**La ley de defensa de la república de 21 de Octubre de 1931: Introducción a su contexto político-jurídico, a su normativa conexa y breve comparativa con**

**su homónima alemana, la Gesetz zum Schutze der Republik**  
Alberto Oehling de los Reyes

**Las ayudas compensatorias a las víctimas de terrorismo: análisis de la Ley 29/2011 y su reglamento de desarrollo**  
Natalia Pérez Rivas

**El impuesto sobre depósitos de las entidades de créditos: Ejemplo paradigmático de la limitada autonomía financiera de las comunidades autónomas**  
Alejandro Platero Alcón

**El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional**  
Juan Francisco Sánchez Barrilao

**Aproximación a la legislación protectora del deudor hipotecario**  
María Elena Sánchez Collado

**El derecho de acceso a la información pública en España y los Países Bajos. Dos escenarios mejorables**  
Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva, Laura Tejedor Fuentes

**La «economía étnica» como motor para la integración económica, jurídica y socio-laboral del emprendedor inmigrante en España y en la Unión Europea**  
Ana Tomás López

### Reseniones

**La libertad de imprenta en Cádiz: Historia y Derecho (1808-1812). De una libertad sin marco legal a una libertad constitucionalizada, por Alberto Oehling de los Reyes**  
Francisco Fernández Segado



# **Estudios de Deusto**



# Estudios de Deusto

Fundada en 1904

Vol. 64/2 Julio-Diciembre 2016

## Revista de la Facultad de Derecho

Incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS, CIRC, CARHUS+

Universidad de Deusto  
Bilbao  
2016

## **Estudios de Deusto**

Vol. 64/2 Julio-Diciembre 2016

Primera época (1904-1920)

Segunda época (1953 hasta la actualidad)

### **Directores de la revista Estudios de Deusto**

#### 1ª ÉPOCA\*

1904-1909	Isidoro ZAMEZA
1909-1916	Ignacio María IBERO
1916-1918	Vicente LEZA
1918-1920	Matías IBINAGABEITIA

#### 2ª ÉPOCA

1953-1960	Jesús María DÍAZ DE ACEBEDO (secretario de redacción)
1961-1962	Jesús María DÍAZ DE ACEBEDO
1963-1965	Luis María ESTIBÁLEZ
1966-1974	Andrés Eliseo DE MAÑARICÚA
1975-1990	Juan CHURRUCA
1991-2014	Ignacio María BEOBIDE
2014-	Luis Ignacio GORDILLO

\* Durante la 1ª Época no se nombró Director ni se constituyó Consejo de Redacción, sino que la dirección de la publicación formalmente correspondía al Rector del entonces llamado Colegio de Estudios Superiores de Deusto.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org) <<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto  
Apartado 1 - E48080 Bilbao  
Correo electrónico: [publicaciones@deusto.es](mailto:publicaciones@deusto.es)  
<http://www.deusto-publicaciones.es/>

ISSN: 0423-4847 (versión impresa)  
ISSN: 2386-9062 (versión digital)  
Depósito legal: BI-1083-2014

Impreso y encuadernado en España/Printed and bound in Spain.

Publicación impresa en papel ecológico.

**Director:**

Luis I. Gordillo Pérez (Universidad de Deusto, España)

**Secretario:**

Javier Pérez Duarte (Universidad de Deusto, España)

**Consejo de redacción:**

Danièle Alexandre (Université de Strasbourg, Francia); María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto, España); María Soledad Gil Nobajas (Universidad de Deusto, España); Marta Enciso Santocildes (Universidad de Deusto, España); Natividad Goñi Urriza (Universidad Pública de Navarra, España); Ana Isabel Herrán Ortiz (Universidad de Deusto, España); Lela P. Love (Cardozo Law School, Estados Unidos); Nerea Magallón Elozegui (Universidad de Deusto, España); Giuseppe Martinico (Scuola Superiore Sant'Anna, Italia); Joseph Stulberg (Moritz Law - Ohio State University, Estados Unidos); Patrick Wautelet (Université de Liège, Bélgica)

**Consejo Asesor y Evaluador:**

Ricardo de Ángel Yagüez (Universidad de Deusto, España); Vito Breda (University of Southern Queensland, Australia); Juan I. Echano Basaldúa (Universidad de Deusto, España); Ken Fox (Hamline University, Estados Unidos); Miodrag Jovanovic (Univerzitet u Beogradu, Serbia); Francisco Marcos (IE Law School, España); Hassan Qaqaya (UNCTAD, Suiza); Haluk Kabaalioglu (Yeditepe Üniversitesi, Turquía); Víctor Fernando Manrique López (Universidad de Deusto, España); Alejandro Martínez Charterina (Universidad de Deusto, España); Ramón Múgica Alcorta (Universidad de Deusto, España); Martin Oudin (Université François Rabelais – Tours, Francia); Carlos Romero Rey (Poder Judicial, España); Javier Tajadura Tejada (Universidad del País Vasco, España); Gema Tomás Martínez (Universidad de Deusto, España); Manuel María Zorrilla Ruiz (Universidad de Deusto, España)

**Administración:**

Facultad de Derecho. Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao

Tfno.: 944 139 295 Fax: 944 139 099

e-mail: revistaestudios@deusto.es

Web: <http://revista-estudios.deusto.es/>

**Precios de suscripción:**

Europa ..... 45 €

Número suelto ..... 25 €

IVA incluido

*Estudios de Deusto* está incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS, CIRC, CARHUS+



# Estudios de Deusto

Vol. 64/2 Julio-Diciembre 2016

## Sumario

---

### Estudios

- Giampietro FERRI, *La elección del Parlamento italiano entre los límites constitucionales y las exigencias de la política* 15
- Daniel GUERRA SESMA, *El ejercicio de las competencias económicas en la Unión Europea: ¿es posible otra política?* 43
- Luis IGLESIAS RÁBADE, *Estudio comparado del régimen jurídico del delito de falsedad documental en el Derecho hispánico e inglés en el Medievo* 67
- Marcos Francisco MASSÓ GARROTE, *El derecho de reunión y manifestación en el nuevo marco regulatorio de la ley de protección de seguridad ciudadana lo 4/2015 de 30 de marzo* 101
- Alberto OEHLING DE LOS REYES, *La ley de defensa de la república de 21 de Octubre de 1931: Introducción a su contexto político-jurídico, a su normativa conexas y breve comparativa con su homónima alemana, la Gesetz zum Schutze der Republik* 127
- Natalia PÉREZ RIVAS, *Las ayudas compensatorias a las víctimas de terrorismo: análisis de la Ley 29/2011 y su reglamento de desarrollo* 157
- Alejandro PLATERO ALCÓN, *El impuesto sobre depósitos de las entidades de créditos: Ejemplo paradigmático de la limitada autonomía financiera de las comunidades autónomas* 189

Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, <i>El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional</i>	225
María Elena SÁNCHEZ COLLADO, <i>Aproximación a la legislación protectora del deudor hipotecario</i>	259
Manuel SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Laura TEJEDOR FUENTES, <i>El derecho de acceso a la información pública en España y los Países Bajos. Dos escenarios mejorables</i>	305
Ana TOMÁS LÓPEZ, <i>La «economía étnica» como motor para la integración económica, jurídica y socio-laboral del emprendedor inmigrante en España y en la Unión Europea</i>	345

### **Recensiones**

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, <i>La libertad de imprenta en Cádiz: Historia y Derecho (1808-1812). De una libertad sin marco legal a una libertad constitucionalizada</i> , por Alberto Oehling de los Reyes	369
--	-----

# Estudios de Deusto

Volume 64, Issue 2, July-December 2016

## Table of Contents

---

### Studies

- Giampietro FERRI, *The election of the Italian parliament: constitutional limits and political requirements* 15
- Daniel GUERRA SESMA, *The exercise of economic competences in the European Union: is possible another policy?* 43
- Luis IGLESIAS RÁBADE, *A comparative study of the legal status of the crime of forgery in the Hispanic and English law in the Middle Ages* 67
- Marcos Francisco MASSÓ GARROTE, *The right of meeting and demonstration in the new regulatory framework of the citizen security protection Act of 4/2015 of March 30* 101
- Alberto OEHLING DE LOS REYES, *The Law of defense of the Republic of October 21, 1931: Introduction to its political-legal context, to its related and brief comparative regulations with its German counterpart Gesetz zum Schutze der Republik* 127
- Natalia PÉREZ RIVAS, *The compensatory aids to the victims of terrorism: analysis of the Act 29/2011 and its development regulation* 157
- Alejandro PLATERO ALCÓN, *The tax on deposits of credit institutions: paradigmatic example of limited financial autonomy of the regions* 189
- Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, *Constitutional law in the age of Ultron: information technology and artificial intelligence as a constitutional object* 225

María Elena SÁNCHEZ COLLADO, <i>Approximation to the protection legislation of the mortgage debtor</i>	259
Manuel SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Laura TEJEDOR FUENTES, <i>The right on access to public information in Spain and the Netherlands. Two improbable scenarios</i>	305
Ana TOMÁS LÓPEZ, «Ethnic economy» as a motor for economic, legal, social and labour integration of immigrant entrepreneurs in Spain and the European Union	345

### **Book reviews**

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, <i>La libertad de imprenta en Cádiz: Historia y Derecho (1808-1812). De una libertad sin marco legal a una libertad constitucionalizada</i> , by Alberto Oehling de los Reyes	369
---	-----

# Estudios



# LA ELECCIÓN DEL PARLAMENTO ITALIANO ENTRE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES Y LAS EXIGENCIAS DE LA POLÍTICA

GIAMPIETRO FERRI

doi: 10.18543/ed-64(2)-2016pp15-42

---

**SUMARIO:** 1. LAS INDICACIONES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE SOBRE LA ELECCIÓN DE LAS CÁMARAS: «ORDEN DEL DÍA GIOLITTI» Y «ORDEN DEL DÍA NITTI». 2. LA RELACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LOS SISTEMAS ELECTORALES DE LAS CÁMARAS. 3. EL SISTEMA PROPORCIONAL EN LA PRIMERA FASE DE LA HISTORIA REPUBLICANA. 4. LOS SISTEMAS ELECTORALES MAYORITARIOS INTRODUCIDOS POR LAS LEYES N° 276 Y N° 277/1993. 5. LA LEY N° 270/2005. 6. LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL N° 1/2014. 7. LA LEY N° 52/2015 SOBRE LA ELECCIÓN DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS («ITALICUM»). 8. LA LEY ELECTORAL DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS Y EL SENADO: ¿UNA POSIBLE SITUACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD? 9. OBSERVACIONES FINALES SOBRE LAS RECIENTES PROPUESTAS PARA LA MODIFICACIÓN DEL «ITALICUM».

---

## 1. LAS INDICACIONES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE SOBRE LA ELECCIÓN DE LAS CÁMARAS: «ORDEN DEL DÍA GIOLITTI» Y «ORDEN DEL DÍA NITTI»

El Parlamento italiano, según la actual Constitución, es elegido por sufragio universal directo.

La Constitución no indica, sin embargo, cómo elegir las dos Cámaras del Parlamento (la Cámara de Diputados y el Senado).

La Asamblea Constituyente, elegida el 2 de junio de 1946, se refirió a la posibilidad de incluir en la Constitución indicaciones sobre la elección de las

Cámaras, aunque prevaleció la voluntad de excluir cualquier referencia a ese tema. Esto no porque los constituyentes fueran indiferentes a la cuestión. De hecho, con la aprobación del «orden del día Giolitti», se pronunciaron a favor de la adopción en la Cámara de Diputados, del sistema proporcional, lo que garantiza la igualdad del voto «de salida», mejor que otros se adaptaba a la política del tiempo. Se trataba de una sociedad marcada por divisiones muy profundas, donde no se sentía necesidad para asegurar mayorías de gobierno estables, sino para construir un sistema eficaz de garantías, lo que limitaba el poder de los más fuertes<sup>1</sup>.

La indicación a favor de la representación proporcional, en lugar de la expresión de una preferencia por un sistema electoral, sin embargo, fue la elección de «una forma de organización política del Estado»<sup>2</sup>. La atribución a todos los partidos políticos de una representación parlamentaria en proporción a los votos obtenidos se consideraba de hecho esencial para la democracia misma. No se podía imaginar una «República democrática» (artículo n.º 1 de la Constitución) sin un parlamento que reflejase la realidad del país.

Los Constituyentes no pensaban, sin embargo, que la tendencia al proporcional habría permanecido para siempre sin cambios, y por eso no quisieron limitar el legislador: tanto para la elección de la Cámara y al Senado, en la que se aprobó un orden del día diferente, según el cual la elección se llevaría a cabo con la «circunscripción uninominal» (llamado «orden del día Nitti»).

Debido a que la circunscripción uninominal, que en sí mismo no se refiere a un sistema electoral, sino a una distribución territorial de los escaños, se acompaña en la mayoría de los casos a sistemas electorales mayoritarios (consideremos, por ejemplo, la elección de las Cámaras en los Estados Unidos); y puesto que en la monarquía la circunscripción uninominal fue

---

<sup>1</sup> M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia* (Roma, 1991), 21 ss., opina que el sistema proporcional responde a tres importantes objetivos: a) permitir el acceso a la representación parlamentaria de todas las fuerzas de la Resistencia; b) proporcionar «garantías mutuas» a las partes con vistas a un cambio posible de las relaciones de poder; c) «reforzar el papel de los partidos de masas [...] en la canalización de consenso y en la estructuración de la representación política». Observó además que, más que proporcionalmente, es el sistema de listas que «pone a los partidos de masas en el medio de la elección, rompiendo el vínculo entre el elector y el candidato típico de la circunscripción uninominal, fortalece el vínculo con el partido, arrancando las raíces de la notabilidad». Pero hay que tener en cuenta –sigue el Autor– que, en el debate en la Asamblea Constituyente, el proporcional «se hizo coincidir con el sistema de listas que compiten». La «opción proporcional –concluye el Autor– se convirtió, por lo tanto, al mismo tiempo, en opción para el sistema de listas».

<sup>2</sup> Véase la intervención realizada por el Sr. Costantino Mortati en la sesión de la Segunda Subcomisión de la Comisión para la constitución de la Asamblea Constituyente de 7 de noviembre 1946.

identificada con el sistema electoral, siendo los escaños de la Cámara asignados a los candidatos más votados en circunscripciones individuales, la interpretación más plausible del orden del día, es que sugiera al sistema mayoritario<sup>3</sup>.

Sin embargo, la reconstrucción del debate entre los constituyentes, no teniendo curso lineal, no permite afirmar que la actitud predominante fuese en este sentido, y, por lo tanto, que hayan querido negar la elección del Senado a favor de la representación proporcional<sup>4</sup>.

La ley electoral aprobada por el Senado de la misma Asamblea Constituyente, siempre que los colegios individuales en el escaño se concedan a los alumnos que han alcanzado el 65% de los votos válidos (un umbral casi imposible de lograr), marcará esencialmente la afirmación del principio proporcional<sup>5</sup>, con la redistribución de los escaños no asignados en «listas» vinculadas a los candidatos individuales dentro de la región.

## 2. LA RELACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LOS SISTEMAS ELECTORALES DE LAS CÁMARAS

La doctrina jurídica ha cuestionado la relación entre la Constitución y los sistemas electorales de las Cámaras.

En el discurso de apertura de la conferencia «Il sistema elettorale nella Costituzione italiana», que tuvo lugar a la Universidad de Macerata el 29 de noviembre de 1952, Carlo Lavagna había argumentado que los sistemas mayoritarios están prohibidos por la Constitución<sup>6</sup>.

Los sistemas mayoritarios «absolutos» que se caracterizan por el hecho de que el cuerpo electoral «se reúne en un solo colegio nacional para elegir a

<sup>3</sup> M. PEDRAZZA GORLERO, *Il patto costituzionale. Potere e diritto fra protezione ed obbedienza* (Padova, 2012), 178, habla de una opción para el «mayoritario». V. ONIDA, *Costituzione. Perché difenderla, come riformarla* (Roma, 1995), 21, se destaca que los constituyentes, que se aprueban dos programas separados, «empezaron con la idea» de que las dos Cámaras «iban a tener muy diferentes sistemas electorales»: proporcional y mayoritario, a condición de que las «circunscripciones uninominales» indiquen «un sistema [...] por sí mismo normalmente mayoritario» (véase V. ONIDA, *La Costituzione* (Bologna, 2004), 129).

<sup>4</sup> Excluyen que la opción proporcional de los Constituyentes, manifestada en la aprobación del «orden del día Giolitti», haya sido desconocida en el debate sobre la elección del Senado: G. AMATO y F. BRUNO, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti all'Assemblea costituente*, en *Scritti in onore di Egidio Tosato*, III (Milano, 1984), 48 y M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, cit., 23 ss.

<sup>5</sup> Véase, en este sentido, M. LUCIANI, *Riforme elettorali e disegno costituzionale*, en *Riforme elettorali*, M. LUCIANI y M. VOLPI (eds.), Roma-Bari, 1995, 97.

<sup>6</sup> C. LAVAGNA, «Il sistema elettorale nella Costituzione italiana», *Riv. trim. dir. pubbl.* (1952): 849 ss.

una sola lista mayoritaria», deniegan la representación a las minorías, serían en contraste con: a) el artículo 1, debido a que tienden «mantener al gobierno quienes ya están en ello», haciendo «democracia aparente, en contra de todos los principios de continuidad y eficacia democrática»; b) el artículo 3, apartado 2, porque impediría «*a priori* la participación» a la organización política del país por «amplios sectores sociales»; c) el artículo 49, porque impediría «a todos los grupos políticos, excepto uno, intervención en la dirección de la voluntad política parlamentaria»<sup>7</sup>.

Los sistemas de mayoría «relativa» –en los que hay colegios (uninominales o plurinominales)– serían contrarios a los artículos 5 y 67, porque, admitiendo la presencia de minorías «solamente, o principalmente, bajo el supuesto de diferenciaciones políticas locales», el Parlamento funcionaría en violación del «principio de unidad nacional, de la no distinción geográfica de las Asambleas» y de prohibición de mandato imperativo<sup>8</sup>.

A continuación, Carlo Lavagna había argumentado que la Constitución exige que las minorías políticas estén representadas y que no haya proporcionalidad en la representación. En particular parece llamar a un sistema proporcional el principio de igualdad en el voto contenido en el artículo 49, apartado 2, que debe leerse a la luz del artículo 3 apartado 2. No se debe por lo tanto interpretar con el fin de garantizar sólo la «*igualdad formal de los electores* en el proceso electoral» («conforme a la simple interpretación histórica»), sino también la «*igualdad sustancial, real y efectiva*», que involucra el sistema electoral (entendido como el mecanismo de transformación de los votos en escaños)<sup>9</sup>.

La posición de Lavagna, a pesar de haber encontrado consenso entre los expertos constitucionales, siguió siendo minoritaria<sup>10</sup>. Un examen de la

<sup>7</sup> C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale*, cit., 855 ss.

<sup>8</sup> C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale*, cit., 861 s.

<sup>9</sup> C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale*, cit., 868 ss., especialmente 871.

<sup>10</sup> Sobre la ilegitimidad constitucional de los sistemas mayoritarios han hablado: A. REPOSO, *La forma repubblicana secondo l'art. 139 della Costituzione* (Padoval, 1972), 113 ss.; G. FERRARA, *Il Governo di coalizione* (Milano, 1973), 54 (se deriva implícitamente de la afirmación de que el «valor constitucional» de la «representación analítica de la realidad de la comunidad», implícita en el artículo 2 de la Constitución, es «alcanzable sólo a través de un sistema proporcional»); Id., *Democrazia e Stato del capitalismo maturo. Sistemi elettorali e di governo*, en *Dem. dir.* 4-5 (1979), 513 ss.; G. Ambrosini, *Introduzione a Costituzione italiana*, LXIII (Torino, 1975); E. Bettinelli, *Concorso dei cittadini alla determinazione della politica nazionale, partiti politici e referendum*, en *Referendum, ordine pubblico, Costituzione*, E. BETTINELLI y L. BONESCHI (eds.) (Milano, 1978), 63 ss. (también en <<http://www.radioradicale.it/referendum-ordine-pubblico-costituzione-7-concorso-dei-cittadini-alla-determinazione-della-politica-nazionale-partiti-politici-e>>); F. Lanchester, *Sistemi elettorali e forma di governo* (Bologna, 1981), 239-40; G. CONTINI, *Democrazia, partecipazione, rappresentatività*, en *Individuo, collettività e Stato. Momen-*

literatura ha destacado, incluso antes de la transformación del sistema político italiano que tuvo lugar en los años noventa del siglo pasado, la tesis de la «neutralidad» de la Constitución en materia electoral que admite para la elección del Parlamento (y, en general, de los órganos de representación), no sólo sistemas proporcionales, sino también mayoritarios<sup>11</sup>.

Sin embargo, hubo quien –como Costantino Mortati, uno de los más grandes constitucionalistas italianos– argumentó que en el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a participar, por medio de los partidos políticos, a

---

*ti critici e processi evolutivi nelle democrazie occidentali e socialiste*, I, F. LENTINI (ed.) (Palermo, 1983), 181 s.; T. MARTINES, sub art. 56, en *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (ed.), *Le Camere*, vol. I, Art. 55-63 (Bologna-Roma, 1984), 97; S. D'ALBERGO, *Referendum: non toccate la proporzionale*, en *Rinascita* 4, 4 de marzo de 1990; G.U. RESCIGNO, *Democrazia e principio maggioritario*, en *Quad. cost.* (1994), 223 (el Autor cree que son constitucionalmente ilegítimos todos los sistemas mayoritarios, pero los que atribuyen a una minoría electoral un número de escaños mayor que la mayoría absoluta); G. DOSSETTI, *Costituzione e riforme*, en *Quad. cost.* (1995), 272.

<sup>11</sup> Véase F. PIERANDREI, *Considerazioni giuridiche sulle ultime elezioni politiche italiane e sulle leggi ad esse relative*, en *Jus* 1953, 353-357; G. BALLADORE PALLIERI, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, en *Foro pad.* 1954, p. 41; U. PROSPERETTI, *L'elettorato politico attivo*, Milano 1954, pp. 158 s.; S. FURLANI, entrada *Elezioni politiche*, en *Nov. Dig. It.*, VI (Torino, 1960), 475 s.; ID., entrada *Elezioni. I) Sistemi elettorali*, en *Enc. giur.*, XII (Roma, 1989), 4; L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza* (Milano, 1965), 308, nota 154; M. MAZZIOTTI DI CELSO, entrada *Parlamento (funzioni)*, en *Enc. dir.*, XXXI (Milano, 1981), 765; B. CARAVITA, M. LUCIANI, «Oltre la «democrazia bloccata»: ipotesi sui meccanismi elettorali», en *Dem. dir.* 1982, n. 6, pp. 120 ss.; G. DE VERGOTTINI, «Regole del gioco» e metodi decisionali più operativi, en *Verso la riforma delle istituzioni*, E. CUCCODORO (ed.) (Firenze 1983), 108; ID., «Dalle emendabilità alla «revisione totale» nella continuità della Costituzione», en *Cinquantenario della Repubblica italiana*, S. LABRIOLA (ed.) (Milano, 1996), 239; D. NOCILLA, entrada «Popolo, d) Diritto costituzionale», en *Enc. dir.*, XXXIV (Milano, 1985), 366, nota 158; S. ORTINO, *Diritto costituzionale. Storia ordinamenti teoria* (Firenze, 1985), 244; G. PITRUZZELLA, entrada «Elezioni politiche: elettorato», en *Enc. giur.*, XII (Roma, 1989), 4 y *Forme di governo e trasformazioni della politica* (Bari, 1996), 74; M. PEDRAZZA GORLERO, «Le riforme istituzionali per l'alternativa di governo», en *La repubblica che non c'è*, U. CURI y M. PEDRAZZA GORLERO (eds.), Milano 1993, 33 ss. y en *Congetture costituzionali* (Napoli, 2015), 295 ss. (de la que el texto es citado sucesivamente); C. FUSARO, *Le regole della transizione. La nuova legislazione elettorale italiana* (Bologna, 1995), 29; V. ONIDA, *Costituzione*, cit., 14 ss.; ID., «La concezione della democrazia in Carlo Lavagna», en *Il pensiero giuridico di Carlo Lavagna*, F. LANCHESTER (ed.) (Milano, 1996), 142; ID., *La Costituzione*, cit., 128 s.; A. BARBERA, «Sistema elettorale e forma di governo in Carlo Lavagna», en *Il pensiero giuridico*, cit., 247; F. DONATI, «La revisione costituzionale», en *La riforma della Costituzione nel progetto della Bicamerale*, Padova 1998, 118; S. LABRIOLA, «Legge elettorale e ordinamento costituzionale: un rapporto complesso», en *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II (Padova, 1998), 560; P. BARILE, *Tra Costituzione e riforme. Scritti e interviste (1980-2000)*, R. CASSIGOLI (ed.) (Firenze, 2001), 127 s.

la vida política nacional (artículo 49 Constitución), se requiere la legislación de sistemas electorales «limitativos de un sistema proporcional exasperado» y «con objeto de facilitar, con antelación a la votación popular, acuerdos de programa entre distintas formaciones políticas para el futuro gobierno de coalición»<sup>12</sup>.

La Corte Constitucional, con algunas sentencias de los años sesenta, ha adoptado una posición que ha aparecido en línea con la actitud que prevalece entre los constitucionalistas. Dicha posición, en respuesta de una pregunta relativa a la elección de los gobiernos municipales, indicó el principio de igualdad de voto establecido por el artículo 48, apartado 2 de la Constitución. Esto significa que los electores están en una posición de «paridad perfecta» en la votación, «no siendo admitidos ni votos *plurimos*, ni múltiples», pero no se extiende «al resultado concreto de la voluntad del elector», que depende «exclusivamente por el sistema que el legislador, al no tener las disposiciones establecidas en la Constitución, ha adoptado para las elecciones nacionales y locales, en relación con las necesidades cambiantes que están vinculados a las consultas populares»<sup>13</sup>. Entonces, el legislador negó algún contraste al artículo 48, apartado 2 de la Constitución de los sistemas mayoritarios a las elecciones locales<sup>14</sup>. Por último, estableció que el artículo 48 tiene «carácter universal» y que «los principios establecidos deben ser observados en todos los casos en los que se ejerce este derecho»<sup>15</sup>.

### 3. EL SISTEMA PROPORCIONAL EN LA PRIMERA FASE DE LA HISTORIA REPUBLICANA

El sistema proporcional representó, durante la primera fase de la historia de la República, un elemento de la constitución «material»<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Véase C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I (Padova, 1975), 461.

<sup>13</sup> Sentencia n.º 43/1961.

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, en el caso de las elecciones municipales, la sentencia n.º 6/1963, n.º 2 de la *Cons. in dir.* Aquí, la Corte parece considerar esencial la representación institucional de la minoría. Para evitar que todos los escaños sean asignados a la lista ganadora debe tener por lo tanto un correctivo, a que se refiere la legislación.

<sup>15</sup> Véase la sentencia 96/1968, n.º 3 del *Cons. in dir.* La doctrina ha considerado que la afirmación hecha por la Corte en relación con los sistemas electorales municipales también puede aplicarse a las de las Cámaras.

<sup>16</sup> Véase E. CHELI, «La forma di governo italiana nella prospettiva storica», en *Rass. parl.* (1998), 293.

La proporción no sólo era la regla para la formación de la representación política nacional, sino que se aplicaba a todas las formas de representación institucional. La corrección de cierta importancia se proporciona sólo donde —pensemos en el Consejo Superior de la Magistratura— no hay ninguna necesidad de impedir el acceso a las instituciones de

La «cultura proporcional», basada en los orígenes de la República, y largamente dominante en la continua heterogeneidad de la sociedad italiana<sup>17</sup>, ha significado que la atribución a todos los partidos políticos de una representación institucional proporcional a los votos se considerase crucial para el funcionamiento de las instituciones y de la misma democracia.

La aprobación en 1953 de la «ley engaño», que preveía la asignación de un premio sustancial a «grupos de listas asociadas» que habían alcanzado la mayoría absoluta de los votos válidos en la elección de la Cámara de Diputados, parece contradecir lo anteriormente expuesto<sup>18</sup>.

Sin embargo, el poco éxito electoral de los partidos del centro que habían pasado la ley después de un enfrentamiento parlamentario —no tuvieron premio de mayoría por unos pocos votos— determinó el fracaso de la ley que fue derogada un año después de su entrada en vigor<sup>19</sup>, y produjo el efecto de hacer inmutables las elecciones de las Cámaras en el régimen político que se constituyó después de la Segunda Guerra Mundial<sup>20</sup>.

Se trata, por lo tanto, de un obstáculo enteramente político, y su argumento de que los sistemas no proporcionales no sean admisibles en la Constitución ofrece una cobertura legal para una cuestión que es fundamentalmente política. Los sistemas electorales de las Cámaras no se pueden cambiar porque las condiciones políticas —sobre todo la presencia de una izquierda que queda excluida del gobierno nacional y que debe ser garantizada— no lo permiten.

No fue hasta los años ochenta —cuando el sistema político, una vez que la temporada de «solidaridad nacional» fue agotada, empieza a mostrar los signos de una crisis que empeora progresivamente hasta explotar en la próxima década— porque el «tabú en torno a la ley electoral»<sup>21</sup> se aprobó y el debate sobre la reforma electoral, entrelazado con el de la reforma institucional, tuvo lugar «al aire libre».

---

los grupos expresivos de intereses puramente empresariales, localista, etc. No, por lo tanto, para excluir, sino para fortalecer la representación de las corrientes políticas y culturales en la sociedad. Véase G. Ferri, *Magistratura e potere politico. La vicenda costituzionale dei mutamenti del sistema elettorale e della composizione del Consiglio Superiore della Magistratura* (Padova, 2005), 25 ss. y 88 ss.

<sup>17</sup> Cfr. T.E. FROSINI, *Le votazioni* (Roma-Bari, 2002), 26 s.

<sup>18</sup> Sobre la ley n.º 148/1953 («Modifiche al testo unico delle leggi per l'elezione della Camera dei Deputati approvato con decreto Presidenziale 5 febbraio 1948, n. 26»), conocida como «ley engaño», véase, entre las publicaciones recientes, M.S. PIRETTI, *La legge truffa*, Bologna, 2003 y G. QUAGLIARIELLO, *La legge elettorale del 1953* (Bologna, 2003).

<sup>19</sup> Véase la ley n.º 615/1954.

<sup>20</sup> G. AMATO, *I sistemi elettorali in Italia: le difficoltà del cambiamento*, *Quad. cost.* (1981), 527.

<sup>21</sup> G. AMATO, *I sistemi elettorali in Italia*, cit., 527.

La resistencia de los partidos «históricos» en el cambio será aún más fuerte, ya que, a pesar de la dificultad comprensible de «adoptar nuevos enfoques» por grupos formados políticamente en un entorno proporcional y de la preocupación que las nuevas reglas electorales beneficien a los competidores, hay miedo a perder el poder.

Algunas iniciativas, como la de la Democracia Cristiana cercana a Mario Segni, indican que el clima está cambiando, y no parece distante el tiempo para la aprobación de nuevas leyes electorales que permitan a los ciudadanos ser protagonistas de la elección de las mayorías de gobierno.

El *referendum* del 9-10 de junio de 1991 que elimina la preferencia múltiple para la elección de la Cámara de Diputados (dejando a los electores la oportunidad de expresar su preferencia por un solo candidato)<sup>22</sup> demuestra que hay un deseo de cambio por parte de los electores y allana el camino para un cambio profundo de los sistemas electorales que va a pasar en la próxima legislatura.

#### 4. LOS SISTEMAS ELECTORALES MAYORITARIOS INTRODUCIDOS POR LAS LEYES N° 276 Y N° 277/1993

En un marco político que ya ha sufrido un cambio radical después de los acontecimientos de 1989<sup>23</sup>, con la desaparición del Partido Comunista Italiano, contra los que tuvo lugar la «*conventio ad excludendum*»<sup>24</sup>, y que está cambiando radicalmente para el efecto perjudicial de la acción del poder judicial contra la financiación ilegal de la política y la malversación en la administración pública, lo que determinará la disolución de los partidos de gobierno es el *referendum* del 18 de abril de 1993, el cual deroga el sistema electoral del Senado, marcando la transición desde sistema proporcional a mayoritario.

Las leyes n.º 276 y n.º 277/1993, inspiradas en la ley electoral del Senado como resultado del *referendum*, pero haciendo algunas distinciones entre las

<sup>22</sup> Véase A. CHIMENTI, *Storia dei Referendum. Dal divorzio alla riforma elettorale* (Roma-Bari, 1993), 106 ss.; A. BARBERA y A. MORRONE, *La Repubblica dei Referendum* (Bologna, 2003), 124 ss.

<sup>23</sup> Véase R. DAHRENDORF, *1989. Riflessioni sulla rivoluzione in Europa* (Roma-Bari, 1991).

<sup>24</sup> La «situación anómala del «caso italiano»»: así M. PEDRAZZA GORLERO, «Sviluppo economico e riforme istituzionali. Considerazioni introduttive», en *Scienza e Cultura*, 1990, pp. 333 s. y en *Congetture costituzionali*, cit., 239 s., que pone de relieve las consecuencias negativas de ese fracaso en el sistema político-institucional. El Autor recuerda apropiadamente que el Partido Comunista Italiano, «excluido de la dirección política principal», sin embargo, estaba «involucrado en la solución de importantes problemas económicos y políticos», ejerciendo tal vez una «influencia decisiva».

Cámaras, dibuje un sistema mayoritario con un solo miembro de una sola vuelta electoral, moderado por la distribución de una cuarta parte de los escaños por representación proporcional y por un mecanismo de recuperación para las fuerzas políticas sin éxito en colegios particulares (disociación). Esto favorece la formación de dos grandes coaliciones que compiten por el liderazgo del país y permite al elector elegir la mayoría de gobierno<sup>25</sup>.

Hay por lo tanto una Constitución, la de 1948, que la doctrina ampliamente predominante considera «neutral» en materia electoral, sino que se ha redactado en un sentido proporcional. Algunas leyes electorales fueron escritas después de pasar por el principio de representación proporcional de la voluntad del pueblo, y a pesar no contener normas contrarias a los distintos artículos de la Constitución, parecen incompatibles con la estructura constitucional<sup>26</sup>.

Esto plantea dos cuestiones.

La primera es: ¿La reforma electoral requiere la introducción de enmiendas a la Constitución y de normas legislativas que permiten la «salida de las urnas» por la mayoría para gobernar? En otras palabras: ¿Para completar la transición de una democracia consensual a una de alternancia, se necesita una reforma institucional que haga claramente una distinción entre las funciones de la mayoría y la oposición y que fortalezca la dirección política del gobierno? <sup>27</sup>.

La segunda cuestión es: ¿Demandas de reforma electoral que se hagan cambios a la Constitución y las leyes constitucionales con el fin de preservar las garantías constitucionales y, por lo tanto, limitar el poder de la mayoría? Por lo tanto, hay que elevar el quórum para la elección del Presidente de la República, los miembros «laicos» del Consejo Superior de la Magistratura,

<sup>25</sup> Véase, entre los demás, G. PASQUINO, *I sistemi elettorali* (Bologna, 2006), 55 ss.

El nuevo sistema electoral se define de varias maneras por los académicos: G. PITRUZZELLA, sub art. 92, en *Commentario della Costituzione*, fundada por G. BRANCA e continuada por A. PIZZORUSSO, *Il Consiglio dei Ministri. Art. 92-96* (Bologna-Roma, 1994), 232, lo define mayoritario «con medida correctiva proporcional»; C. AMIRANTE, *Le procedure di revisione costituzionale*, en *I valori della Costituzione italiana*, S. MAROTTA (ed.), (Napoli, 1996), 42 y A. REPOSO, *Lezioni sulla forma di governo italiana. Dalla monarchia statutaria al modello semipresidenziale* (Torino, 1997), 105, lo definen «semi-mayoritario»; A. PIZZORUSSO, «I nuovi sistemi elettorali per la Camera dei deputati e per il Senato della Repubblica», en *Riforme elettorali*, cit., 130 e G. SARTORI, «Una occasione mancata? Intervista sulla riforma costituzionale», L. MORLINO (ed.) (Roma-Bari, 1998), 62, lo definen «mixto» (ese Autor añade «con carácter mayoritario»).

<sup>26</sup> Véase, en particular, M. PATRONO, *Maggioritario in erba. Legge elettorale e sistema politico nell'Italia che (non) cambia* (Padova, 1995), 40 ss.

<sup>27</sup> Véase M. PATRONO, *Maggioritario in erba*, cit., 43 ss.

los jueces de la Corte Constitucional, de forma que no estén influenciados por la mayoría<sup>28</sup>.

En el buscar respuesta a la primera pregunta, se puede observar que la arquitectura constitucional, cuyo equilibrio se basa en la presencia de los órganos de dirección y de garantía, permite tanto un sistema político «consensual» como uno de «alternancia» (bipolar o bipartidista). Se puede, por lo tanto, considerar compatible con la Constitución tanto que la mayoría y la minoría –la dialéctica de la democracia parlamentaria– sean asociadas en las decisiones políticas, estableciendo una relación estable y un intercambio desigual que tiende a distorsionar las funciones del gobierno y de la oposición; tanto que, por el contrario, la mayoría y minoría ejercen respectivamente sus distintas funciones de dirección y de control, incluso revertiendo sus propias condiciones periódicamente, alternándose con intervalos más o menos regulares en el Gobierno<sup>29</sup>. Por lo tanto, no podemos decir que la Constitución de 1948 es un obstáculo para la afirmación de la democracia «gobernante», y que de la reforma mayoritaria del sistema electoral del año 1993 sea derivada la necesidad de un cambio constitucional destinado a reforzar los poderes la mayoría.

Esto no significa que el texto constitucional no tenga que ser mejorado mediante el fortalecimiento de los poderes de la mayoría y, al mismo tiempo, garantizando a las minorías un estatuto de la oposición, lo que sería apropiado para acompañar a la eventual revisión de la Constitución con un cambio de reglamentos parlamentarios. Tampoco se puede negar que el cambio en el sistema político y electoral, con la transformación de las elecciones desde una expresión de preferencia por un partido político (o movimiento), a

<sup>28</sup> Sobre la cuestión de la elevación del *quorum* para elegir órganos de garantía, véase, entre otros, S. CASSESE, *Maggioranza e minoranza. Il problema della democrazia in Italia* (Milano, 1995), 7 ss.; V. ONIDA, *Costituzione*, cit., 20 e 73 s.; L. ELIA, *Intervento*, en *Il pensiero giuridico di Carlo Lavagna* (F. Lanchester ed.), (Milano, 1996), 303 s.

<sup>29</sup> Sustancialmente en el mismo sentido D. NOCILLA, «Brevi note su Costituzione e mutamento politico», in *Multiformità e unità della politica*, Atti del Convegno tenuto in occasione del 70° compleanno di Gianfranco Miglio, 24-26 ottobre 1988, L. ORNAGHI y A. VITALE (eds.) (Milano, 1992), 351 s.; P. CIARLO, «Partiti in trasformazione e revisione della Costituzione», en *Democrazia e forma di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, S. GAMBINO (ed.) (Rimini, 1997), 108; A. MANNINO, «I rapporti tra la maggioranza e le opposizioni in Italia: dall'Assemblea Costituente all'entrata in vigore dei regolamenti parlamentari del 1971», en *Il parlamento repubblicano (1948-1998)*, S. LABRIOLA (ed.) (Milano, 1999), 99 ss.

La distinción entre los dos tipos de sistemas políticos en el texto se expresa en la dicotomía entre democracias «consensuadas» (También llamado, cuando se quiere dar una connotación negativa al modelo, «asociativas») y las democracias «mayoritarias», que – como se sabe – fue formulada por A. LIIPHART, *Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries* (New Haven-London, 1984).

la que se concedía una «delegación en blanco», a una votación de investidura de la mayoría de gobierno, puede causar «tensión» en la Constitución formal. Pensemos, en particular, en el papel de Presidente de la República en la gestión de crisis de gobierno, en el poder de disolución del Parlamento, etc.

En cuanto a la segunda pregunta, una parte de la doctrina ha dado una respuesta afirmativa. En el supuesto de que el *quorum* requerido por la Constitución en caso de votos especiales sea «típico de un régimen proporcional»<sup>30</sup>, se argumentó que, en presencia de un sistema mayoritario, se debe aumentar el *quorum*. En particular, tiene que ser aumentada la mayoría necesaria para la aprobación de las leyes de enmienda a la Constitución, a fin de evitar el riesgo de que la mayoría de gobierno se apropie de la facultad de revisión<sup>31</sup>. De esta manera, se acaba refutando la tesis –que, como visto antes, está aceptada por la jurisprudencia constitucional y por la doctrina– que la Constitución es «neutral» en materia electoral.

En cambio, podemos decir que, a pesar de ser «neutral», la Constitución no admite distorsión alguna de la relación entre votos y escaños. El artículo 138 contiene principios que parecen dar a entender dudas razonables sobre la constitucionalidad de los sistemas electorales que, mediante la asignación de la mayoría de dos tercios a un partido político o una coalición de partidos que representa un porcentaje menor de los votantes (o, mejor, a un partido o una coalición de partidos que obtuvo un porcentaje inferior a dos tercios de los votos válidos, especialmente si no haya alcanzado la mayoría absoluta, es decir la mayoría de votos que puede sacrificar la garantía de las minorías), evitan que las minorías promuevan el referéndum, y luego activen un mecanismo de defensa de las minorías mediante la resolución legislativa aprobada por la mayoría de Gobierno<sup>32</sup>. En particular, al disponer la aprobación

<sup>30</sup> A. MACCANICO, «Intervento», en *Come modificare la Costituzione. La democrazia repubblicana fra riforme e garanzie*, G. TORLONTANO (ed.), en *Nuova antologia* (julio-septiembre, 1994), 15. En el mismo sentido, entre los demás, C. PINELLI, «Ancora Costituzione della Repubblica o repubblica senza costituzione?», en *Studi parl. e di pol. cost.* 1 (1995): 32. Más recientemente, véase L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale* (Torino, 2011), 523 s.

<sup>31</sup> Sobre ese tema, véase G. FERRI, *Il referendum nella revisione costituzionale* (Padova, 2001), 178 s.

<sup>32</sup> De acuerdo con L. EINAUDI, *Lo scrittoio del Presidente (1948-1955)* (Torino, 1956), 22, está en contradicción con la Constitución «(un premio que priva a sus minorías el derecho de oponerse efectivamente a las reformas de la Constitución)»

En la literatura constitucional se expresan en el sentido constitucional de la ilegalidad de los sistemas electorales que asignan a los ganadores una mayoría de dos tercios de los escaños M. LUCIANI, *Riforme elettorali e disegno costituzionale*, cit., 100 y A. D'ALOIA, «Dai voti ai seggi. Limiti costituzionali alla distorsione della rappresentanza elettorale», *Rass. parl.* (2014): 827.

definitiva de las leyes de enmienda a la Constitución cuando se expresa a su favor una mayoría que también incluye una parte considerable de la minoría de la oposición, el artículo 138 establece el *principio de garantía «interna»* de la minoría. Permitiendo, además, un llamamiento al pueblo para proteger la misma minoría, dicho artículo establece el *principio de garantía «externa»* de la minoría. Si bien el principio de garantía interna pueda ser eludido gracias a una «recuperación» y al principio de garantía externa, el mismo no puede decirse del principio de garantía externa. Por lo tanto, no se puede impedir la aplicación del principio de garantía externa si la minoría no encontró tutela en el Parlamento<sup>33</sup>.

Se debería, por lo tanto, descartar la hipótesis que los nuevos sistemas electorales se hayan convertido en «tácitas revisiones» –como se afirma en la doctrina– a el artículo 138 de la Constitución, lo que debilita su «carácter garantista»<sup>34</sup>.

## 5. LA LEY N° 270/2005

El sistema electoral introducido en 1993 se mantuvo en vigor hasta la aprobación de la ley n.º 270/2005<sup>35</sup>.

Algunos comentaristas han señalado que la nueva ley representa un regreso al pasado.

Sin embargo, si bien es cierto que con la votación de lista restableció el sistema proporcional, también es cierto que el premio de mayoría, convirtiendo la minoría más representativa en mayoría, dio un carácter claramente mayoritario a la ley electoral.

La ley electoral de 2005, por lo tanto, determina la transición de un sistema mayoritario a otro tipo de sistema de mayoría. Esto para satisfacer las necesidades –en parte convergentes, divergentes en parte– de los partidos de la mayoría de gobierno (Forza Italia, Alleanza Nazionale, Lega Nord, Unione di Centro y Nuovo PSI): a) contener la desproporción entre votos y escaños, lo cual es típico de los sistemas mayoritarios, pero puede llegar a ser muy alta en el caso de circunscripciones uninominales; b) permitir que cada uno se

<sup>33</sup> Véase G. FERRI, *Il referendum nella revisione costituzionale*, cit., 173 ss.

<sup>34</sup> Véase G. ZAGREBELSKY, «Verso una iperdemocrazia plebiscitaria?», en *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, G. NEPPI MODONA (ed.) (Torino, 1996), 246.

<sup>35</sup> Sobre esa ley, véase, entre los demás R. BALDUZZI y M. COSULICH, «In margine alla nuova legge elettorale politica», en *Giur. cost.* (2005), 5179 ss.; R. D'ALIMONTE y A. CHIARAMONTE, «Proporzionale ma non solo. La riforma elettorale della Casa delle libertà», *Il Mulino* 1 (2006), 34 ss.; G. TARLI BARBIERI, «I molti vizi e le poche virtù della nuova legge elettorale», en *Dem. dir.* 1 (2006), 29 ss.; C. FUSARO, «La legge elettorale del 2005: profili ordinamentali e costituzionali», en *Proporzionale ma non solo: le elezioni politiche del 2006*, R. D'ALIMONTE y A. CHIARAMONTE (eds.) (Bologna, 2007), 89 ss.

diferencie electoralmente de la lista opositora, marcando su identidad, sin alejarse de la lógica de bipolaridad; c) sustituir la competición dentro de las circunscripciones con una competición entre partidos; d) dar el poder para elegir los parlamentarios a los grupos de líderes de los partidos; e) garantizar una representación parlamentaria «autónoma» al partido más pequeño de la coalición (il Nuovo PSI). Esto con el objetivo preciso de limitar las pérdidas en caso de una derrota en las inminentes elecciones políticas –considerando una derrota muy probable, debido a que las encuestas predecían a una victoria clara para el centro-izquierda<sup>36</sup>.

La «caza» al premio –que consiste, por lo que pertenece a la Cámara de Diputados, en la asignación de escaños adicionales «hasta el umbral de 340»– implica la formación de dos grupos que incluyen a todos los partidos, mucha parte de las cuales tiene acceso a la representación ya que los umbrales electorales se superan fácilmente.

Con referencia a la Cámara, la ley electoral prevé un umbral de 2% a nivel nacional para las listas de la coalición, la mitad de la prevista por la ley anterior, y no se aplica a la lista más votada entre los que no lo han alcanzado. En cuanto al Senado –cuya legislación electoral no prevé la concesión de un premio nacional, sino una multiplicidad de premios regionales (un premio en cada región italiana donde la coalición con el mayor número de votos haya obtenido el 55% de escaños)<sup>37</sup>–, el umbral es de 3% a nivel regional, pero puede ser evitado por los partidos más pequeños por acuerdos electorales, porque la ley permite implícitamente la presentación de listas conjuntas<sup>38</sup>.

El sistema electoral parece estar dispuesto de modo que favorezca el sistema multipartidista y, por lo tanto, una mayor fragmentación de la

---

<sup>36</sup> No se puede dejar de mencionar que la adopción de una enmienda a la ley electoral en contra de la voluntad de la oposición, persiguiendo intereses partidarios, constituye una falta grave, ya que las «reglas del juego» deben modificarse con el consentimiento de todos los «actores» o al menos la gran mayoría de ellos. Aunque hay que decir que el nuevo sistema, en realidad, no le importaba las partes menores del centro (en particular, a la Refundación Comunista, lo que podría conseguir escaños «propios» de la Cámara y el Senado, acceder a la autonomía), y el hecho de que hubo una obstrucción en el Parlamento es tal vez más de un signo de una actitud de las minorías no demasiado hostil a la modificación de la ley electoral.

<sup>37</sup> Un mecanismo irracional, lo de los premios regionales, que, dada la distribución territorial de la aprobación electoral, podría reforzar las partes que habían aprobado la ley n° 270/2005. Véase, desde un sentido crítico, G. ZAGREBELSKY, «Una riforma del voto irrazionale e incostituzionale», en *la Repubblica*, 25 de octubre de 2005.

<sup>38</sup> En 2006 Verdi, Comunisti Italiani y Consumatori Uniti se presentaron a las elecciones de la Cámara con tres listas distintas y con una única lista (llamada «Insieme con l'Unione») al Senado, la que obtuvo 4,1% a nivel nacional.

representación política, lo que hace más difícil la gobernabilidad: un «regalo envenenado», se podría decir, al futuro ganador.

Pero el hecho es que mientras que en las primeras elecciones en las que se aplica el nuevo sistema electoral el premio de mayoría en elección de la Cámara se asigna a las coaliciones de partidos que están muy cerca de la mayoría absoluta de votos<sup>39</sup>, en las elecciones de 2013 –cuando se afirma un nuevo movimiento político, el Movimento 5 Stelle, el cual recoge los sentimientos de más de un cuarto de los votos, rompiendo la bipolaridad– el premio se otorga a una matriz (el centro-izquierda) que llegó a menos del 30% de votos. Es un resultado que pone de manifiesto la irracionalidad de una ley que no preveía un umbral mínimo para la consecución del premio. Dicha irracionalidad se destaca aún más teniendo en cuenta de que el segundo puesto se tarda sólo 124 escaños (un poco más de un tercio de los a que tiene derecho el ganador)<sup>40</sup>.

## 6. LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL N° 1/2014

Con la sentencia n.º 1/2104, la Corte Constitucional declaró constitucionalmente ilegítimos los sistemas electorales de la Cámara y del Senado.

La Corte, vistas sus anteriores resoluciones, reiteró que la Constitución es «neutral» en materia electoral. No hay, en otras palabras, modelo de sistema electoral impuesto por la Constitución», ya que «deja a la discreción del legislador la elección del sistema más apropiado y eficaz en vista del contexto histórico».

El sistema electoral, sin embargo, «si bien constituye una expresión de la amplia facultad legislativa, no está libre de control». Es «siempre censurable en curso de juicio de constitucionalidad cuando sea manifiestamente irrazonable».

Según la Corte, la provisión de un «mecanismo de recompensa» que consiste en la asignación de una cuota adicional de escaños sobre la base de la adjudicación proporcional es compatible con la Constitución en dos condiciones: a) que persiga un objetivo de importancia constitucional; b) que se haga respetar el «vínculo del menor sacrificio posible de otros intereses y valores constitucionalmente protegidos».

Sobre el «mecanismo de recompensa» previsto por el sistema electoral de la Cámara, la primera condición debe ser satisfecha debido a que la legislación, en cuanto concebida para «facilitar la formación de una mayoría

<sup>39</sup> En 2006 el centro-izquierda prevalece en las elecciones a la Cámara con el 49,81%, mientras que en 2008 el centro-derecha gana el 46,81%.

<sup>40</sup> Según L. CANFORA, *La trappola. Il vero volto del maggioritario* (Palermo, 2013), 9, fue el «mayor escándalo» de la «historia política italiana».

adecuada en el Parlamento», tiene como objetivo el de «garantizar la estabilidad del gobierno del país» y «acelerar el proceso de toma de decisiones». La segunda condición no puede, sin embargo, ser satisfecha debido a la falta de señalamiento de un «umbral mínimo de votos por la lista (o listas de la coalición) de mayoría relativa». Esta circunstancia, distorsionando los límites de la relación entre votos y escaños, penaliza excesivamente otros intereses constitucionalmente relevantes y causa «una profunda alteración de la composición de la representación democrática, la que es la base de toda la arquitectura existente del orden constitucional».

Un premio de mayoría sin umbral mínimo se plantea, en concreto, en contraste con las siguientes disposiciones constitucionales: el artículo 1, apartado 2, debido a que la composición de la asamblea electa está demasiado lejos de la soberanía popular (es decir, la voluntad del pueblo expresada en las elecciones); los artículos 3 y 48, apartado 2, porque viola la igualdad del voto (que no exige al legislador ordinario la elección de un sistema en particular, pero todavía «requiere que cada voto haga una contribución potencial y eficaz a la formación de los órganos de elección») y «adquiere diferentes tonos en función del sistema electoral elegido»); con el artículo 67, debido a que el Parlamento, formado sobre una base que falsifica el voto popular, ya no sería el lugar de la representación política nacional.

En cuanto a los premios regionales, previstos por el sistema electoral del Senado, no podrá existir incluso la primera condición, debido a que el mecanismo con más premios es inadecuado para alcanzar el objetivo de garantizar la estabilidad del gobierno y la eficiencia en la toma de decisiones. De hecho, «tiene el efecto de que la mayoría en la asamblea del Senado sea el resultado aleatorio de una suma de premios regionales que pueden llegar a invertir el resultado obtenido a partir de listas o coaliciones de listas sobre una base nacional, favoreciendo la formación de mayorías parlamentarias que no coinciden en ambas Cámaras del Parlamento, a pesar de una distribución homogénea del voto».

Con esa resolución –que fue bien recibida por la mayoría de los expertos<sup>41</sup>–, la Corte Constitucional ha «golpeado en el corazón» a la ley n° 270 del 2005, cambiando los sistemas electorales de mayoritarios en proporcionales, con la corrección causada por las barreras.

La operación «de demolición» de la Corte Constitucional se completó con el rechazo de las listas bloqueadas, que tienen un orden predeterminado e inalterable por los votantes.

---

<sup>41</sup> La sentencia n° 1/2014 ha sido objeto de muchos comentarios, por parte de los constitucionalistas, de los que no es posible hablar aquí. Sin embargo, se puede remitir al *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014, dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della L. n. 270 del 2005*, in *Giur. cost.*, 2014.

No obstante, la Corte Constitucional no ha indicado que las listas bloqueadas sean siempre ilegítimas. Lo que sin duda son ilegítimas, según la Corte, son las reglas especiales contenidas en la ley n.º 270/2005 que limita la libertad de los electores y contradice el principio democrático. De hecho, esta ley dispone que todos los miembros del Parlamento sean elegidos a través de listas bloqueadas; que las listas sean «largas», o sea que se compongan de una «lista de candidatos muy larga (en los distritos más poblados)», a quienes el votante «raramente conoce»; que sean aceptadas «candidaturas múltiples» (es decir, que cada candidato tenga la oportunidad de presentarse en varias circunscripciones), por lo que «la expectativa de elección con respecto a la misma orden de la lista puede ser decepcionada, teniendo en cuenta [...] el derecho del ganador a optar por otras circunscripciones sobre la base de las instrucciones del partido».

La disciplina censurada –observó la Corte– no es «comparable ni con otros sistemas que se caracterizan por listas cerradas solamente en una parte de los escaños, ni con otros grupos que se caracterizan por las pequeñas dimensiones territoriales, en los cuales el número de candidatos a ser elegidos es demasiado bajo para asegurar un conocimiento eficaz de la misma y con ello la eficacia de la elección y la libertad de voto (al igual que lo que sucede en el caso de las circunscripciones uninominales)».

Parecería, entonces, que para que la Corte Constitucional sean admisibles los sistemas electorales que asignan sólo una parte de escaños con listas cerradas y tal vez listas bloqueadas, a condición de que, sin embargo, el voto de la lista, por sus características concretas también pueda ser considerado como un voto a personas (pensemos, por ejemplo, en las listas de tres o cuatro candidatos –las dichas listas «cortas»– cuyos nombres están impresos en la tarjeta, lo que facilita a los electores «reconocer» a los candidatos) .

Según algunos, se trata de una decisión correcta también en este sentido. Ella expresaría una posición equilibrada, que no limita la discreción del legislador de forma inadecuada en un ámbito políticamente sensible, sino afirma que hay un nivel mínimo de libertad a ser protegido en la expresión de la votación: el votante debe estar habilitado para tomar una decisión que tenga en cuenta a la persona a ser elegido. El voto no puede quedarse reducido en el caso de una preferencia por un «partido en abstracto»<sup>42</sup>.

Sin embargo, hay algunos expertos constitucionalistas que han mostrado preocupación<sup>43</sup>. Para ellos, deducir del artículo 48, apartado 2, la obligación

<sup>42</sup> Véase, por ejemplo, en este sentido, M. PEDRAZZA GORLERO, citado por G. FERRI, «I diritti politici dei cittadini e i sistemi elettorali delle Camere», en *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale*, G. FERRI (ed.) (Napoli, 2015), 107.

<sup>43</sup> Véase, entre los primeros comentarios de juristas en la presa, A. BARBERA, *Intervista al Quotidiano Nazionale*, 6 de diciembre de 2013 (a juicio del cual la corte se equivocó).

del legislador al voto preferencial para el candidato sería arbitraria. En este sentido, se puede observar que el artículo 48, apartado 2, definitivamente requiere que cada elector tenga la oportunidad de expresarse sin interferencia al momento de votar, suponiendo que exista una pluralidad de opciones políticas (como puede verse en el resto del artículo 49). Libertad de voto, por lo tanto, significa sin duda libertad de elección entre varias listas, que están caracterizadas por un símbolo, y están formadas por candidatos. Un elemento personal es presente, por lo tanto, en el concepto de lista, y no se puede decir que el voto de la lista es un voto que no tiene por objeto las personas. Lo que es cierto que, cuando la lista es larga y hay candidatos en una circunscripción que simultáneamente tienen candidatos en otros grupos, se crea una situación muy problemática, ya que se fortalece el poder de las «secretarías» de los partidos y aumenta la distancia entre los votantes y candidatos, los cuales, por así decirlo, se convierten en «menos visibles», pero no hasta el punto de afirmar que estén oscurecidos y que, en última instancia, el elemento subjetivo desaparezca de la votación (¿el votante no tendría la oportunidad de ver los nombres de los candidatos no deseados en la lista y actuar en consecuencia? ¿O hay que aceptar las justificaciones del ciudadano que, después de la elección de personajes sospechosos, a los que él mismo contribuyó, dice: «¿Yo voté por ese partido, pero no pudo evitarlo, ya que con las listas cerradas son «los dirigentes» de los partidos que deciden quién será elegido?»).

## 7. LA LEY N° 52/2015 SOBRE LA ELECCIÓN DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS («ITALICUM»)

Porque de acuerdo con la jurisprudencia constitucional nacional el Parlamento no puede quedar sin un sistema electoral de aplicación inmediata, la decisión de la Corte no podía dejar un vacío.

La sentencia n.° 1/2014, declarando inconstitucionales algunas partes de la ley n.° 270/2005, «mantuvo en pie» una legislación que prevé un sistema electoral proporcional con un escrutinio de lista y voto preferencial. Se trata de un sistema que no se adapta más a la situación de hoy, ya que la mayoría de fuerzas políticas representadas en el Parlamento están convencidas de que, para evitar el peligro de inestabilidad, se necesita una ley electoral que permita a los ciudadanos elegir la mayoría de gobierno.

Dado que no hay consenso suficiente para la introducción de un sistema mayoritario con distritos uninominales, la única solución era la de un sistema proporcional con un sistema de listas y el premio de mayoría. O, mejor dicho: un sistema electoral mayoritario caracterizado por un premio de mayoría, es

---

Véase otro comentario a la doctrina en, entre otros, V. ONIDA, *Intervento en Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, cit.

decir, un mecanismo que hace que la minoría popular más representativa se convierta en mayoría parlamentaria, dándole una cuota adicional de escaños. Esto, por supuesto teniendo en cuenta de la sentencia de la Corte.

La nueva ley electoral de la Cámara –la n.º 52/2015, conocida como «Italicum»<sup>44</sup>– por lo tanto, proporciona un umbral mínimo de 40% de votos válidos para la consecución del premio, en el que la lista más votada obtendrá 340 escaños (el premio es, por lo tanto, la asignación de los escaños necesarios para llegar a este número). Los restantes escaños, salvo los destinados en el extranjero en virtud del artículo 56 de la Constitución, se dividen proporcionalmente entre listas minoritarias que han superado el 3% de los votos válidos en todo el país, después de deducir los puestos atribuidos a Trentino Alto-Adige y Valle d’Aosta a los candidatos no estén relacionados con la lista ganadora<sup>45</sup>.

Sin embargo, ya que no hay garantía de que una lista llegará al 40% de los votos en la primera vuelta, se prevé una segunda vuelta en la que se enfrenten las dos listas más votadas en la primera vuelta. La lista más votada obtendrá 340 escaños.

La nueva ley electoral ha despertado en la doctrina constitucional, reacciones dispares.

Algunos han señalado que el umbral del 40% a pesar de constituir una mejora con respecto a la situación anterior y al proyecto de ley aprobado en primera lectura por una rama del Parlamento (que preveía un umbral del 37%), es demasiado bajo. Según ellos, constituye una distorsión inaceptable del principio democrático, en desacuerdo con la sentencia de la Corte, la que requiere que en el equilibrio de los intereses constitucionales no haya un sacrificio excesivo para la representatividad de las Cámaras. En cuanto a la posibilidad de segunda vuelta, hay dudas de constitucionalidad, ya sea porque no hay ninguna indicación de un umbral para acceder a ello. Por consiguiente, sería posible participar en dos listas fuertemente minoritarias, lo que resultaba en una competición «distorsionada», ya sea porque que no incluye ninguna condición para activar el premio (por ejemplo, con respecto al porcentaje obtenido por los beneficiarios). De esa manera, una fuerza política

<sup>44</sup> Sobre esta ley han hablado muchos expertos constitucionales. Dado el alcance limitado de este estudio, no es posible explicarlos por completo.

<sup>45</sup> Sobre las cuestiones problemáticas en la disciplina especial de estas dos regiones, véase L. Spadacini, «L’Italicum e alcune sue ulteriori criticità: la disciplina per Valle d’Aosta e Trentino Alto Adige, la distribuzione dei seggi tra i collegi e il differimento dell’applicazione della riforma», en *Forum di Quad. cost.* (2015).

con un modesto nivel de consentimiento popular podría convertirse en mayoría de gobierno<sup>46</sup>.

Otros, sin embargo, creen que la ley no puede ser considerada como una falta de respeto de la información contenida en la sentencia n.º 1/2014. Es establecido, de hecho, un umbral mínimo para la adjudicación del premio, lo que le pedía expresamente a la Corte, para evitar lo que ocurrió en la Legislatura XVII. No hay datos precisos sobre el umbral previsto por la sentencia, la que establece un principio: lo que hemos visto en relación al equilibrio de intereses, lo que significa que la protección del valor de la gobernabilidad no puede dar lugar a un sacrificio desproporcionado para los demás (valores de la soberanía popular y de la representatividad de las asambleas elegidas). Si bien un umbral más alto puede considerarse preferible, no es que el 40% sería poco razonable, sino que probablemente es el mínimo indispensable<sup>47</sup>. En cuanto a la predicción de la segunda ronda entre las dos listas más votadas, ella representa la «tarjeta de reserva», la solución definitiva para asegurar, sin embargo, que se haya una fuerza política con una serie de grandes escaños suficientes para gobernar durante el período (aunque la estabilidad del Gobierno y la eficacia de su acción no puede ser garantizada por el sistema electoral). Puede pasar que una alta abstención, posiblemente junto con un gran número de votos en blanco y no válidos, condujera a asignar una mayoría de escaños en la Cámara a una lista representativa de una parte bastante limitada del electorado, mientras que se es preferible una mayoría de gobierno ampliamente legitimada por el voto popular. Sin embargo, la segunda vuelta, que prohíbe alianzas entre listas, está abierta a todos los elec-

<sup>46</sup> Esta opinión fue expresada por V. ONIDA, *Una legge elettorale che non rispetta la reale maggioranza*, en *Corriere della Sera*, 10 de marzo de 2015. Para ulteriores reflexiones críticas, véase, entre otros, M. VOLPI, «Italicum: un sistema anomalo e antidemocratico», en *Costituzionalismo.it* 1 (2015).

<sup>47</sup> En este sentido, durante el largo debate que ha anticipado la aprobación de la ley, M. AINIS, «Bene, con due dubbi», en *Corriere della Sera*, 21 de enero de 2014; P.A. CAPOTOSTI, «Le incognite della riforma alla prova delle Camere», in *Il Messaggero*, 21 de enero de 2014; A. PACE, «Intervista» en *la Repubblica*, 30 de enero de 2014; M. OLIVETTI, «Legge elettorale, prospettive di un'intesa», en *Avvenire*, 31 de enero de 2014; E. CHELI, «Intervista» en *Il Messaggero*, 13 de marzo de 2014; G. SILVESTRI, «Intervista» a *la Repubblica*, 23 de noviembre de 2014. Según M. LUCIANI, «Intervista» a *la Repubblica*, 5 de marzo 2014, el umbral mínimo debería colocarse entre el 40 y el 45%.

Entre los expertos que han comentado después de la entrada en vigor de la ley consideran razonable el umbral del 40% S. CECCANTI, «L'Italicum come rimedio alla frammentazione», *Nomos* 3 (2015), en <[http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2016/01/1-pro-e-contro-Italicum\\_Nomos3-2015.pdf](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2016/01/1-pro-e-contro-Italicum_Nomos3-2015.pdf)>; M. PEDRAZZA GORLERO, en *I diritti politici dei cittadini e i sistemi elettorali delle Camere*, cit., 111; G. SCACCIA, «La legge elettorale «Italicum» fra vincoli sistemici ed equilibri costituzionali», en *Quest. giust.* (2015), 17 ss.

tores, y los que en la primera vuelta no se eran reconocidos en ningún de los dos candidatos, tienen una «segunda opción». Ellos deben elegir, entonces, no el candidato que es «más cerca», sino «el menos distante» como ocurre, por ejemplo, en la votación para la elección de los alcaldes (donde, sin embargo, se les permite hacer alianzas). Pueden renunciar al voto (por igual adversidad contra los contendientes, por convicción de la inutilidad del voto, etc.), pero lo que importa a los efectos de evaluar la constitucionalidad del mecanismo electoral, es que la ley les confiere la oportunidad para hacerlo, sin dejar de ofrecer un nivel aceptable de representatividad de las fuerzas que contribuyeron en la primera ronda<sup>48</sup>.

Las condiciones actuales del sistema político italiano, sin embargo, plantean preocupaciones legítimas sobre la adecuación de la votación, al menos con referencia a su marco legislativo.

El otro punto en el que es necesario que el legislador modifique la regulación anterior es el de las listas bloqueadas.

Cuando se descartó el sistema mayoritario con distritos uninominales, lo que garantiza mayor «visibilidad» de los candidatos y se asegura de que los votantes puedan tomar una decisión verdaderamente informada sobre las personas que los representarán —aunque hay que recordar que, desde este punto de vista, las leyes electorales de 1993 han tenido efectos desalentadores<sup>49</sup>—, el problema podría ser resuelto mediante la liberación de las listas, es decir, que los votantes puedan siempre expresar, además del voto por una lista, la preferencia por uno o más candidatos.

Sin embargo, esta solución hubo resistencia por parte de los partidos, sobre todo en lo relativo a la necesidad de sus élites para retener el poder en la elección de los elegidos. Esta actitud no puede ser interpretada, como pasa a menudo, en términos exclusivamente negativos, asumiendo que el papel de los partidos políticos es lo de «representar intereses y seleccionar a grupos dirigentes»<sup>50</sup>.

Se ha encontrado así una solución de compromiso, con la disposición de listas parcialmente bloqueadas. De hecho, el bloque se aplica sólo a las cabeceras de listas de las 100 circunscripciones plurinominales en que se distribuyen los 20 distritos electorales. Las cabeceras de las listas serán así seguramente elegidas si la lista corresponde a un escaño, y esto debería

<sup>48</sup> Véase otra vez en este sentido, M. PEDRAZZA GORLERO, en *I diritti politici dei cittadini e i sistemi elettorali delle Camere*, cit., 111-2.

<sup>49</sup> Las candidaturas en los colegios eran, de hecho, impuestas «desde arriba». Las direcciones nacionales de los partidos aliados se ponían de acuerdo sobre la distribución de candidaturas, descuidando el vínculo de los candidatos con el territorio.

<sup>50</sup> M. PEDRAZZA GORLERO, *Le riforme istituzionali per l'alternativa di governo*, cit., 300.

asegurar un acceso en el Parlamento a la dirección de los partidos. Por lo que se refiere a todos los demás candidatos (es decir, los incluidos en la lista del segundo al último lugar, que puede coincidir con el tercer o el noveno, correspondiendo a cada circunscripción un número de colegios electorales no inferior a 3 y no superior de 9), los ciudadanos, en cambio, pueden expresar una preferencia. También se proporciona, a fin de equilibrar la representación de género, la posibilidad de expresar una preferencia distinta para un candidato de sexo diferente de aquel para el que se expresó la primera preferencia<sup>51</sup>. Por lo tanto, serán elegidos, después de las cabezas de listas y «a la competencia de los escaños que pertenecen a cada lista en cada circunscripción, «los candidatos que hayan obtenido la mayoría de votos».

También en este caso la solución adoptada por el legislador ha dado lugar a evaluaciones contradictorias por los expertos.

Algunos han argumentado que no cumple con la sentencia n.º 1/2014 de la Corte Constitucional, o por lo menos que hay dudas al respecto<sup>52</sup>. De hecho, se exigiría –según una interpretación «rigurosa»– que las listas sean abiertas, porque sólo entonces podría recuperar la relación entre electores y elegidos, que es la piedra angular en la democracia. Aun admitiendo que sean permitidas otras soluciones, tales como listas semi-bloqueadas, debe tenerse en cuenta que el conjunto legislativo está aún demasiado orientado a favor del aparato del partido (con una penalización para los ciudadanos), ya que, según los cálculos llevados a cabo, los elegidos en la Cámara serán principalmente las cabezas de las listas indicadas por «secretarías»<sup>53</sup>, para el beneficio de que sigue siendo la regla de que las cabeceras de lista pueden presentar su candidatura en diez colegios. Se trata –en opinión de muchos expertos– de una estafa para los electores, que contribuye a personalizar los partidos «a

---

<sup>51</sup> Para ser aceptado, en la totalidad de los candidatos en cada lista de circunscripción, ninguno de los sexos puede ser representado en más de 50%. Sólo para las cabeceras de las listas se podrán establecer excepciones a la restricción, alcanzando un máximo del 60% del mismo sexo en cada circunscripción.

<sup>52</sup> Véase, entre los demás, L. CARLASSARE, «Danno democratico», disponible en <<http://www.libertaegiustizia.it/2015/08/17/legge-elettorale-danno-democratico/>>; M. VILLONE, *La legge 52/2015 (Italicum): da pochi voti a molti seggi*, in *Costituzionalismo. it* 1 (2015); M. VOLPI, *Italicum*, cit.

<sup>53</sup> Sin embargo, no se pueden hacer predicciones precisas. Sólo se pueden hacer hipótesis. Lo más probable, de acuerdo con uno de los mayores expertos de los sistemas electorales, es que la mitad de los candidatos será elegido con el voto bloqueado y otra mitad con la preferencia: véase R. D' ALIMONTE, «Candidati bloccati metà degli eletti», en *Il Sole 24 Ore*, 20 de enero de 2015 (que sostiene que el resultado dependerá esencialmente de «dos factores: el número y distribución de los candidatos múltiples y el número de colegios que uno o más partidos perdedores tendrán más de un escaño»).

través de la atracción de nombres» de *leaders*<sup>54</sup>. No se puede, por lo tanto, considerar suficiente la prohibición de candidaturas múltiples para todos los candidatos sin cabeceras de listas.

Otros creen, sin embargo, que la solución dada por el legislador cumple por completo las «demandas» de la Corte Constitucional<sup>55</sup>. De hecho, el objetivo de su decisión es lo de establecer la ilegalidad de un sistema que, mediante la entrega del poder de elegir los miembros del parlamento en manos de pequeños grupos (de los cuales se dice a menudo, con tono polémico, que no fueron elegidos, pero «nombrados»), «estaba expropiando» los electores, que eran incapaces de expresar en términos concretos una preferencia para las personas. Se trata de un sistema que, despersonaliza totalmente la contienda electoral, debido a una combinación de una serie de factores (la presencia de listas largas, la exclusión de los votos, la posibilidad de candidaturas múltiples, utilizadas al extremo por algunos líderes políticos<sup>56</sup>, etc.), que no permite el establecimiento de una relación entre electores y candidatos. La nueva ley electoral, si bien no es un gran avance, modifica la situación anterior, mediante la introducción de una serie de medidas correctoras que en su conjunto personalizan el sistema de votación. Acordamos en el hecho de que crea una situación que no es ideal desde el punto de vista de la relación entre los electores y los candidatos, pero, a la luz de la sentencia n.º 1/2014, se puede afirmar que cambia el marco jurídico de lo suficiente para ser compatible con la Constitución<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Véase V. ONIDA, «Intervista» en *Il Sole 24 Ore*, 1 de mayo de 2015, cuya valoración sobre la nueva ley electoral es «definitivamente» negativa. El número de diez es considerado «excesivo» incluso por los expertos que tienen opinión favorable: véase, entre otros, R. D'ALIMONTE, «Un sistema che assicura governabilità», en *Il Sole 24 Ore*, 11 de diciembre de 2014 y S. CECCANTI, «16 risposte alle 16 domande» en *Il Sole 24 Ore*, 3 de mayo de 2015, en <[http://www.huffingtonpost.it/stefano-ceccanti/italicum-risposte-sole\\_b\\_7199470.html](http://www.huffingtonpost.it/stefano-ceccanti/italicum-risposte-sole_b_7199470.html)>, que habla de un compromiso «negativo» pero «políticamente necesario» porque de lo contrario los partidos menores no habrían ninguna «certeza de la elección de su secretario».

Sobre el entramado entre candidaturas múltiples y voto de preferencia véase, en sentido crítico, R. D'ALIMONTE, «Il rischio di un pasticcio», en *Il Sole 24 Ore*, 3 de diciembre de 2014 y «I candidati plurimi e le preferenze», en *Il Sole 24 Ore*, 17 de enero de 2015. El mismo Autor ha destacado «asimetría» en «el hecho de que, mientras que el partido ganador tendrá una proporción significativa de los elegidos con preferencias, casi todos los perdedores entrarán en el Parlamento con el voto bloqueado» (véase R. D'ALIMONTE, «Ma l'Italicum non è a rischio», en *Il Sole 24 Ore*, 5 de febrero de 2015).

<sup>55</sup> Véase, entre los demás, S. CECCANTI, «16 risposte», cit.

<sup>56</sup> Para un análisis crítico, véase M. ANIS, «Pluricandidati? Scelgano prima», en *Corriere della Sera*, 18 de enero de 2013.

<sup>57</sup> Véase M. PEDRAZZA GORLERO, en *I diritti politici dei cittadini e i sistemi elettorali delle Camere*, cit., 114-5.

## 8. LA LEY ELECTORAL DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS Y EL SENADO: ¿UNA POSIBLE SITUACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD?

La nueva ley electoral de la Cámara entró en vigor el 1 de julio de 2016. Ella nació, como hemos visto, por un fallo de la Corte Constitucional que contiene «principios» implementados con el modo más adecuado a las necesidades de los partidos, y, de hecho, sería ilusorio pensar que la más política de las leyes se puede hacer independientemente de la voluntad de las partes mismas, tal vez para satisfacer los deseos de una «sociedad civil que se cree, sin fundamento, mejor que su clase política»<sup>58</sup>.

La razón por la cual el legislador ha considerado oportuno posponer los efectos es que, en el momento de su aprobación, quedaba todavía por aprobar la ley de enmienda constitucional que, en el ámbito de una amplia reforma de la Parte II de la Constitución, convierte al Senado en un representante elegido de las instituciones locales, excluyéndolo de la relación fiduciaria. La Cámara de Diputados se quedaría, entonces, como único lugar de la «política»: el solo que puede dar o quitar la confianza en el Gobierno.

Cabe preguntarse qué podría suceder en el caso de que la revisión de la legislación de la Parte II de la Constitución –aprobada en segunda resolución con una mayoría absoluta, pero inferior a dos tercios– fuese rechazada por el *referendum* popular contemplado en el artículo 138 de la Constitución<sup>59</sup>, que fue solicitado por los parlamentarios (tanto los de la mayoría, como de la oposición) y por 500 mil electores y que tendrá lugar este año.

Nos encontraríamos con dos sistemas electorales muy diferentes, ya que el Senado sería elegido por el sistema resultante de la sentencia n.º 1/2014 (llamado, en la jerga política y periodística, «Consultellum»): un sistema proporcional con la lista electoral y el voto de preferencia individual.

Esto podría plantear un problema. De hecho, el premio de mayoría, que –como se mencionó anteriormente– supone un sacrificio para la representación democrática, se puede justificar para la consecución de un objetivo

<sup>58</sup> M. PEDRAZZA GORLERO, *Le riforme istituzionali per l'alternativa di governo*, cit., 299.

Para subrayar la politicidad de la ley electoral, véase T. E. FROSINI, *Rappresentanza + Governabilità = Italicum*, 12 de mayo de 2015, en <<http://www.confrontocostituzionali.eu/?p=1434>>, quien opina que por eso se quita al sindicato la legitimidad constitucional.

Cabe destacar que la reforma electoral *in itinere* introduce un control preventivo sobre las leyes electorales. Véase, por último, S. CATALANO, «Il controllo sulle leggi elettorali: riflessioni sulla legge di revisione costituzionale approvata dal Parlamento che introduce il ricorso preventivo», en *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale*, cit., 173 ss.

<sup>59</sup> Véase G. FERRI, *Il referendum nella revisione costituzionale*, cit.

constitucional significativo, como la estabilidad del Gobierno. ¿Pero cómo podría serlo si persiste igual bicameralismo con las dos cámaras relacionadas con el Gobierno por la relación fiduciaria, una de las cuales sólo se eligió con el sistema que contempla el premio de la mayoría?

Sin embargo, hay que recordar que nuestra Constitución, al establecer siempre que el Senado sea elegido «sobre una base regional» (artículo n.º 57), introduce un elemento de diferenciación de los sistemas electorales de las Cámaras, y parece ofrecer un argumento a favor de la legitimidad de la ley por las diferencias entre los sistemas. La doctrina admite pacíficamente, incluso a la luz de los diferentes programas aprobados por la Asamblea Constituyente en los sistemas electorales de la Cámara y el Senado<sup>60</sup>, que se puedan adoptar diferentes sistemas, y –como hemos visto– las leyes electorales siempre han presentado diferencias, no sólo por lo que se refiere al aspecto «regional». Podría haber, en principio, una diversidad también en cuanto a la fórmula electoral (es decir el mecanismo de procesamiento de votos en escaños para ser distribuidos entre los competidores electorales).

La hipotética situación sería muy inusual, y el legislador debería hacerse cargo e intervenir para eliminar un «anomalía». Por supuesto, se puede afirmar que la intervención del legislador sería políticamente oportuna, al fin de evitar un «lío». Sin embargo, no es claro si es legalmente necesario, habida cuenta de que los expertos italianos expresaron posiciones distintas sobre el tema.<sup>61</sup>

Si se encuentra con la situación contraria, es decir, en el caso en que la ley de la enmienda constitucional entrase en vigor, probablemente estaríamos frente a otro «lío»: el de la elección del Senado. No sería, de hecho, elegido con el sistema resultante de la sentencia n.º 1/2014, sino de acuerdo con las disposiciones de la Constitución revisada.

Sin embargo, mientras que en el artículo 2, apartado 2 del texto revisado, se prevé la elección de senadores por los Consejos Regionales y los Consejos de las Provincias autónomas de Trento y Bolzano (por lo tanto, por elección

<sup>60</sup> V. *supra*, § 1.

<sup>61</sup> Para la tesis según la cual es constitucionalmente legítimo que, en un Parlamento con dos Cámaras con los mismos poderes, la legislación electoral atribuya un premio de mayoría solo a la Cámara de Diputados, véase, entre otros, R. D'ALIMONTE, «Sull'Italicum frenatori all'opera», en *Il Sole 24 Ore*, 22 de noviembre de 2014; A. BARBERA, «Intervista a la Repubblica», 23 de noviembre de 2014; R. D'ALIMONTE y C. FUSARO, «Un premio solo alla Camera? Un'opzione del tutto legittima», en *Il Sole 24 Ore*, 30 de noviembre de 2014; S. CECCANTI, *16 risposte*, cit. Para la tesis contraria, véase, entre otros, M. LUCIANI, *Intervista a la Repubblica*, 21 de noviembre de 2014; G. SILVESTRI, *Intervista*, cit.; M. AINIS, «Le nascoste imperfezioni dell'Italicum», en *Corriere della Sera*, 8 de noviembre de 2014 y «Il rompicapo perfetto disorienta i cittadini», en *Corriere della Sera*, 24 de noviembre de 2014; G. AZZARITI, «Intervista» en *la Repubblica*, 5 de mayo de 2015.

indirecta), el artículo n.º2, párrafo 5, establece que los senadores sean elegidos «de acuerdo con la decisión de los electores por los candidatos para consejeros en ocasión de la renovación de dichos órganos». Aquí está el problema: si «de acuerdo» significa que los consejos no tienen «elección independiente de los poderes, la elección no es una elección sino una ratificación». Si, sin embargo, los consejos «puedan tomar decisiones, es el cumplimiento que se contradice»<sup>62</sup>.

## 9. OBSERVACIONES FINALES SOBRE LAS RECIENTES PROPUESTAS PARA LA MODIFICACIÓN DEL «ITALICUM»

Los resultados de las elecciones municipales del 5 y 19 de junio 2016 confirman la tendencia «tripolar» del sistema político<sup>63</sup>, porque hay tres fuerzas principales que se reúnen y se dividen casi por igual la gran mayoría de los votos.

A los partidos tradicionales de centro-derecha y centro-izquierda, que se han alternado en el gobierno desde 1994, se ha añadido una fuerza política que puede aspirar a ganar las elecciones nacionales y, por lo tanto, a dirigir el país: el Movimento 5 Stelle.

El punto es que este movimiento, que representa aproximadamente el 30% del electorado, y no parece capaz de lograr en la primera ronda el premio de mayoría previsto en el «Italicum», sin embargo, tiene una fuerte capacidad de atracción en la segunda ronda. Esto ha sido demostrado por el hecho de que sus candidatos fueron ganadores en casi todas las segundas rondas para la elección de alcaldes, incluso cuando tenían un destacamento fuerte de los candidatos más votados en la primera vuelta.

El hecho de que la victoria del Movimento 5 Stelle en la próxima elección general ya no aparece como un evento remoto, sino como una posibilidad real, gracias al «Italicum» (que, como hemos visto, prevé una segunda vuelta entre las dos listas más votadas en el caso de que ninguna lista llegue al 40% de los votos en la primera ronda), ha abierto un debate sobre la modificación de la ley electoral de la Cámara.

<sup>62</sup> Véase G. ZAGREBELSKY, *Intervento* en la primera intervención pública del Comité por el No al *referendum* constitucional Renzi-Boschi, Roma, Sala della Regina di Montecitorio, 11 de enero de 2016 (disponible en el enlace <<http://www.libertaejustizia.it/2016/01/11/riforme-costituzionalila-posta-in-gioco/>>).

El presidente de dicho Comité por el No, Profesor Alessandro Pace, en una carta enviada a los parlamentarios el 20 de noviembre de 2015, ha observado con dureza que una «formulación» así «críptica» es «indigna de una Constitución» (<<http://www.libertaejustizia.it/2015/11/21/riforma-costituzionalele-ragioni-del-no-lettera-ai-parlamentari/>>).

<sup>63</sup> Véase *supra*, § 5.

Algunos han propuesto la eliminación de la segunda vuelta, proporcionando un único sistema de turnos <sup>64</sup>.

La atención hasta el momento se centró sobre la asignación del premio de mayoría, que, manteniendo la segunda vuelta, algunas fuerzas políticas (todo el centro-derecha, sino también Sinistra Italiana) querrían asignar a la coalición, en lugar de la lista, más votada <sup>65</sup>.

Este cambio facilitaría la alianza entre las fuerzas políticas de centro-derecha y centro, porque cada partido, presentándose ante el electorado con su propio símbolo y su lista de candidatos, preservaría su propia identidad y «autonomía». Es posible prever también que si las partes del mismo grupo político, en lugar de presentar una lista única, se presentarán con varias listas obtendrán más éxito.

Sin embargo, la propuesta para cambiar el «Italicum» reemplazando el premio de mayoría a la lista por el premio de coalición es rechazada por el Movimento 5 Stelle, que considera como hostil el intento de cambiar el sistema de elección de la Cámara. De hecho, este movimiento, es el único que rechaza alianzas electorales con otras fuerzas políticas, y que no podría sacar ninguna ventaja por un sistema que favorece las coaliciones, incluso sufriendo para la presión para formar una alianza con otros partidos. En otras palabras, el Movimento 5 Stelle probablemente debería competir con dos opositores más fuertes y aumentar el riesgo de que se quede fuera de la votación.

Esta propuesta también parece encontrar la oposición de la mayoría del partido gobernante, el Partido Democrático, según el cual el premio a la coalición podría conceder demasiado poder a partidos pequeños, lo que les permitiría ejercer un papel desestabilizador. El temor –manifestado también por algunos expertos– es que se volvería a alianzas de gobierno «contenciosas y no homogéneas», «incapaces de gobernar», mientras que Italia, en un período muy difícil como el actual, se necesitarían mayorías cohesivas y gobiernos fuertes <sup>66</sup>.

El resultado de este debate sobre el cambio del sistema electoral no es todavía predecible.

---

<sup>64</sup> Una propuesta en dicho sentido ha sido formulada por la minoría del Partido Democrático: véase E. PATA, «La sinistra Pd lancia il «Mattarellum 2.0», gelo di Renzi», en *Il Sole 24 Ore*, 20 de julio de 2016. También el Presidente emérito de la Republica Giorgio Napolitano apoya la abolición de la segunda vuelta, siendo que podría dar la victoria a un partido no demasiado representativo (véase *Il Foglio Quotidiano*, 20 de julio de 2016).

<sup>65</sup> Véase R. D' ALIMONTE, «Premio di coalizione per far saltare la «coerenza» dell'Italicum», en *Il Sole 24 Ore*, 3 de julio de 2016.

<sup>66</sup> Véase, entre las intervenciones más recientes, S. PASSIGLI, «Perché l'Italicum va rivisto (ma senza peggiorarlo)», en *Corriere della Sera*, 4 de julio de 2016; ID., «Essenziale modificare l'Italicum per il futuro delle riforme», en *Corriere della Sera*, 30 de agosto de 2016.

Cabe destacar que una enmienda a la ley electoral que acaba de entrar en vigor es un tema políticamente sensible. Para abordar la situación se necesitaría un enfoque de largo plazo y la búsqueda de una mayor participación por las fuerzas políticas<sup>67</sup>. Es incorrecto cambiar las reglas electorales de acuerdo con las conveniencias<sup>68</sup>. La mayoría la opinión pública, probablemente, percibiría el cambio sobre algún punto concreto del «Italicum» –como, por ejemplo, lo de la segunda vuelta– como un acto de prepotencia dictado por el miedo a perder.

*TITLE: The election of the Italian parliament: constitutional limits and political requirements*

*RESUMEN: El ensayo trata de los sistemas electorales de las Cámaras en la Italia Republicana. En la primera parte, de carácter histórico, se explican las razones por las cuales se adoptó inicialmente un sistema proporcional, que se mantuvo en vigor durante muchas décadas. Entonces, se exponen las razones que llevaron en 1993 a la transición a un sistema predominantemente de mayoría. La segunda parte trata de los acontecimientos actuales. A partir de la importante sentencia de la Corte Constitucional n.º 1/2014, que declaró inconstitucional el sistema electoral de las Cámaras introducido por una ley de 2005, la ley n.º 52/2015, que introdujo el nuevo sistema electoral de la Cámara de Diputados (Italicum). El ensayo termina con algunas reflexiones sobre el sistema de elección del Senado previsto en la reforma constitucional en curso y sobre la hipótesis de un nuevo cambio en el sistema electoral. Este cambio, según algunos, sería necesario porque el Italicum no es adecuado para el sistema político italiano actual, que se caracteriza por la presencia de tres grandes partidos políticos (Partito Democratico, Movimento 5 Stelle, y alianza de centro-derecha).*

*PALABRAS CLAVE: Parlamento italiano, sistema electoral, Constitución, partidos políticos, reformas*

*ABSTRACT: The essay deals with the electoral systems of the Chambers in Republican Italy. The first part of the essay offers an historical overview, explaining the reasons for which a proportional system was initially adopted, and remained in force for many decades. Subsequently, it sets out the reasons that led to the 1993 transition to a predominantly majority system. The second part deals with current events. Starting from the very important decision of the Constitutional Court n. 1/2014, which declared unconstitutional the electoral system of the Chambers introduced by a*

<sup>67</sup> Véase M. OLIVETTI, «Riforma elettorale, oltre l'Italicum? Senza calcoli si può», en *Avvenire*, 4 de agosto de 2016.

<sup>68</sup> Véase G. PASQUINO, «L'Italicum non va bene ma il ballottaggio sì», en *Corriere della Sera*, 5 de septiembre de 2016.

*2005 Act, the Law 52/2015, which introduced the new electoral system of the Chamber of Deputies (the Italicum). The essay concludes with some reflections on the Senate election system, envisaged by the constitutional reform in progress, and on the hypothesis of a further change in the electoral system. This change, according to some, would be necessary since the Italicum is not be suitable to today's Italian political system, which is characterized by the presence of three major political parties (Democratic Party, Movimento 5 Stelle, and the center-right alliance).*

*KEY WORDS: Italian Parliament, electoral system, Constitution, political parties, reforms*

*RECIBIDO: 11.09.2016*

*ACEPTADO: 24.10.2016*

# EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS ECONÓMICAS EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿ES POSIBLE OTRA POLÍTICA?

Daniel Guerra Sesma

doi: 10.18543/ed-64(2)-2016pp43-65

---

**SUMARIO.** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL MARCO JURÍDICO DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA. 3. EL CASO DE GRECIA: SOBERANÍA NACIONAL VS. INTEGRACIÓN EUROPEA. 4. LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO-NACIÓN: ¿HAY OPCIÓN? 5. ESCOLIO. 6. CONCLUSIONES.

---

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

En Derecho Internacional Público definimos a la Unión Europea como una organización internacional de integración. Las organizaciones internacionales (en adelante, OO.II.) son intergubernamentales en el sentido de que están formadas por Estados y sus gobiernos son, como responsables de su política exterior, los que normalmente actúan en ellas. Sin embargo, la intergubernamentalidad es más clara en las OO.II. de cooperación, donde las decisiones son adoptadas básicamente por los Estados<sup>2</sup>. Las OO.II. de integración, en cambio, tienen una parte de las competencias cedida por éstos y unos órganos propios que adoptan decisiones autónomamente, así como un

---

<sup>1</sup> Agradezco las sugerencias realizadas por los profesores de la Universidad de Sevilla Marycruz Arcos y Luis Palma.

<sup>2</sup> En el caso de la UE, hay que citar los límites constitucionales establecidos por el Tribunal alemán de Karlsruhe a partir de la famosa sentencia BVerfGE 89, 155, de 12 de octubre de 1993, que mantiene la tradicional doctrina de la supremacía constitucional.

derecho interno que les es más o menos vinculante. El ejemplo paradigmático que se suele citar es el de la UE, aunque se pueden mencionar también, sin alcanzar el mismo nivel de integración, el MERCOSUR y la Organización Mundial de la Salud.

El proceso de integración europea es lento y complejo, y responde a la lógica de la Declaración Schuman (1950) de ir paso a paso, asumiendo por atribución competencias materiales para luego ir construyendo el marco institucional de referencia. El proceso ha tenido dos fases distintas: una primera, entre el Tratado de París de 1951 que crea la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA) y el Acta Única Europea de 1986, y una segunda que llega hasta el Tratado de Lisboa (2007), vigente desde el 1 de diciembre de 2009.

La primera fase partió de la idea de Europa como un espacio de paz y de seguridad común después de dos guerras mundiales que se produjeron, sobre todo, por la ancestral enemistad franco-alemana. La producción conjunta de carbón y acero por estos dos países, elementos necesarios para la fabricación de armas, alejaba la posibilidad de nuevas tensiones entre ellos. A ello hay que añadir el poso que dejó la cooperación económica de los países europeos para gestionar la ayuda del Plan Marshall (1947-48), lo que se tradujo en la creación de la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE, 1948), que se transforma en 1965 en la OCDE. Esta cooperación marcó la primera fase de la construcción europea, basada en la construcción de un marco económico para la producción conjunta de recursos mineros, industriales y agrícolas, así como en la supresión de barreras comerciales, aduaneras y de circulación de bienes, personas y servicios entre los Estados miembros.

En efecto, la preocupación inicial de los impulsores de la integración europea fue su vertiente económica. A partir del AUE de 1986, y sobre todo de la cumbre de Maastricht en 1992, se construye un complejo marco institucional que acoge las competencias económicas e intenta dar legitimidad formal a la toma de decisiones sobre las mismas. Los tres pilares de las Comunidades Europeas –la CE, la cooperación en asuntos de Justicia e Interior, y la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)– se irán fundiendo en una única organización internacional. Sin embargo, esta construcción política ha tenido diversos problemas. De una parte, la opinión pública no acepta de buen grado esa prioridad económica en el proceso de integración, y no percibe claramente dónde reside la toma de decisiones y a quién se ha de reclamar la responsabilidad política correspondiente –la *accountability*– (Torreblanca, 2014; Rodríguez Aguilera, 2015). En una palabra: el marco institucional se percibe como difuso, complejo y artificial, como si se diseñara para justificar los objetivos económicos primarios, convirtiéndose en lo que Enzensberger denomina «el gentil monstruo de Bruselas»

(Enzensberger, 2014). Por otra parte, la integración europea no responde claramente a un proceso clásico de federación de territorios previamente soberanos, lo que sería más fácilmente comprensible, sino que alterna elementos federales con otros intergubernamentales. En mi opinión, el tipo de constitución europea va muy ligado al grado de democratización del mismo.

Hay que partir de la base de que los Estados europeos no son las trece colonias británicas que constituyeron los Estados Unidos de América. No es probable que naciones tan antiguas y diferentes como Alemania, Francia, Italia, España, Suecia o el Reino Unido, con relaciones históricas pacíficas unas veces y conflictivas otras, lleguen a constituir un Estado federal europeo, pues eso supondría su disolución como Estados y no parece que eso vaya a ocurrir. Pero mientras tanto es cierto que van atribuyendo, a través de los diversos tratados constitutivos, competencias a la Unión, y no es menos cierto que, de acuerdo con las tesis de Schumman y Monnet, siguen cediendo funciones desde el punto de vista material, sobre todo en el terreno económico. El Tratado Constitucional de 2004, rechazado por los pueblos holandés y francés en referéndum, fue un intento de definir el marco político para el proceso de integración que se estaba viviendo. Sin embargo, ese intento reprodujo en parte las características que la opinión pública europea, en general, apreciaban como negativas desde un punto de vista democrático y de clarificación institucional, lo que se demostró en los referéndums citados, en los que también intervinieron factores de política interna. La propia denominación de «Tratado constitucional» dio pistas de la confusión del proceso, pues a la vista de una parte de la doctrina constitucional y sobre todo internacionalista resultaba un oxímoron desde el momento en que un Tratado es un acuerdo entre Estados (u organizaciones internacionales) mientras que una Constitución es un acuerdo entre ciudadanos de un país, por lo que pertenecen a categorías jurídicas distintas. La composición de la Convención redactora y la complejidad del texto propuesto desalentó la posibilidad de un auténtico proceso constituyente de tipo federal, con un marco institucional definido, un esquema competencial claro y unas responsabilidades políticas bien determinadas. A pesar de los avances que suponía, la mayoría de los electorados francés y holandés, escépticos o desconocedores de su contenido, lo rechazaron precisamente por querer más Europa y ante todo otra Europa, sobre la que no hay tampoco un suficiente consenso en su definición.

La integración política es más exigible aún en el contexto geopolítico actual dominado por la globalización y por tres grandes Estados de magnitudes y vocación imperiales: EE.UU., Rusia y China (Beck, 2000; Held & McGrew, 2003). Los tres más poderosos, aunque por razones distintas:

- EE.UU. mantiene la fuerza militar más importante, aunque sus contradicciones en Irak, Afganistán y en su lucha contra el terrorismo yihadista dan pistas de que ello ya no garantiza el predominio en el mundo como antes. Sin embargo, EE.UU. ha reflatado su economía antes que Europa, sobre todo porque su economía capitalista es mucho más abierta y con más capacidad de recuperación, y por la actuación en la crisis financiera de una Reserva Federal de la que Europa aún carece. Sin llegar al nivel de concentración del poder político de Rusia y China, y con una legitimidad democrática, no se debe minusvalorar el hecho de que las políticas económica y exterior están dirigidas por un gobierno presidencialista.
- Rusia configura una creciente concentración de poder en el aparato controlado por Vladimir Putin. Concentración de poder político, que raya en la intolerancia de una oposición abierta, y de poder económico en la posesión de enormes fuentes de hidrocarburos de la que Europa es claramente dependiente.
- China une a la concentración del poder político en manos del Partido Comunista una evolución económica de apertura liberal y un creciente dominio del comercio mundial acompañado de fuertes reservas financieras con las que opera libremente en África y América Latina y adquiere cada vez más deuda pública de más Estados.

## 2. EL MARCO JURÍDICO DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA.

Para entender bien el grado de integración económica y la relación con las soberanías nacionales, debemos estudiar el marco normativo que la regula, para lo que consideramos los siguientes tratados:

- el Tratado de la Unión Europea (TUE), de 1992.
- el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), de 2007.
- el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), de 1997.
- el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG), de 2012.
- el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), de 2013.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> TUE: <<http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>>

TFUE: <<http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>>

PEC: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:l25021&from=ES>>

TECG: <<http://www.boe.es/boe/dias/2013/02/02/pdfs/BOE-A-2013-1118.pdf>>

MEDE: <<http://boe.es/boe/dias/2012/10/04/pdfs/BOE-A-2012-12378.pdf>>

Podemos decir que la UE, en este momento, avanza hacia un modelo de confederación implícita con un importante nivel de integración política y económica. Implícita porque no se define así en los tratados, y que sigue avanzando, a su manera, aplicando mecanismos federales de coordinación pero sin llegar a un proceso constituyente de tipo federal (Ruipérez, 2000)<sup>4</sup>. Esto se ha puesto de manifiesto en la crisis con Grecia, en la que se dirimen dos cuestiones:

- una, el concepto de soberanía dentro de la UE;
- dos, la política económica aplicable en la UE.

Siendo dos cuestiones distintas, están íntimamente relacionadas. En efecto, en Grecia no sólo ha ganado las últimas elecciones una coalición que reclama más soberanía nacional (como también en Polonia, pero desde un signo político opuesto), sino que además la quiere para aplicar una política económica distinta a la dominante en la Unión. La respuesta de ésta ha sido contundente al dejar claro que un Estado miembro no puede aplicar unilateralmente una política económica que no haya sido coordinada con los demás Estados en el Consejo, sobre todo cuando debe recibir ayudas de la Unión. Esto es lo que Wolfgang Schäuble, ministro de Finanzas alemán, le dijo a su homólogo griego, Yanis Varoufakis, tras su primera entrevista: «Respeto los resultados electorales. El problema es cuando se hacen promesas que no son realistas a costa de terceros».<sup>5</sup>

El artículo 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) marca como un objetivo fundamental de la Unión el mercado interior:

La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

El artículo 5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) consagra el principio de coordinación de las políticas económicas de los EE.MM. en el Consejo, que aplicará medidas para garantizarla y definirá las orientaciones de la misma:

---

<sup>4</sup> En sus propios términos, y citando a La Pérgola, la Unión Europea no es un *Bundesstaat* (Estado federal) ni una *Staatenbund* (Federación de Estados), sino un término medio que el TC alemán llama *Staatenverbund* (RUIPÉREZ, 2000: 77).

<sup>5</sup> *El País*, 5.02.15: <[http://internacional.elpais.com/internacional/2015/02/05/actualidad/1423142092\\_538144.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/02/05/actualidad/1423142092_538144.html)>

Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas en el seno de la Unión. Con este fin, el Consejo adoptará medidas, en particular las orientaciones generales de dichas políticas.

Se aplicarán disposiciones particulares a los Estados miembros cuya moneda es el euro.

La Unión tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas.

Éstas se concretan en el Capítulo 1 del Título VIII (antes VII del TCE), en cuyo artículo 121 se define la política económica de los Estados como «una cuestión de interés común». Dicha política, bajo la coordinación del Consejo, se considera necesaria para alcanzar los objetivos del art. 3 TUE y 119-120 TFUE: mercado interior, economía de mercado abierta y libre competencia. Esto es más evidente en la zona euro, donde la política monetaria es igualmente común.

Así, el artículo 119 define la política económica aplicable en la UE como «la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia».

Los arts. 121.2 y 136.1 asignan al Consejo la elaboración, a iniciativa de la Comisión, de las «orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión», así como las funciones de coordinación, supervisión y control, recogidas en el citado 136.1 y también en los arts. 121.3, 121.4.

El art. 126 establece que «los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos», y deposita la función de control en la Comisión, que procurará la «observancia de la disciplina presupuestaria» atendiendo a la relación entre déficit público y PIB (3 %) o entre deuda pública y PIB (60 %, según el Protocolo 12 del TUE). En caso de que un Estado incumpla el nivel máximo de déficit establecido, la Comisión traslada la función de control al Consejo, que puede establecer las siguientes medidas (art. 121.11):

- exigir al Estado miembro de que se trate que publique una información adicional, que el Consejo deberá especificar, antes de emitir obligaciones y valores,
- recomendar al BEI que reconsidere su política de préstamos respecto al Estado miembro en cuestión,
- exigir que el Estado miembro de que se trate efectúe ante la Unión un depósito sin devengo de intereses por un importe apropiado, hasta que el Consejo considere que se ha corregido el déficit excesivo,
- imponer multas de una magnitud apropiada.

El citado Protocolo 12 del TUE, en su artículo 3, imputa a los Gobiernos centrales la responsabilidad del déficit estatal excesivo y establece que «los Estados miembros garantizarán que los procedimientos nacionales en materia presupuestaria les permitan atender, en dicho ámbito, a sus obligaciones derivadas de los Tratados.», y les obliga a comunicar a la Comisión sus déficits previstos y reales y el nivel de su deuda.

El PEC ya preveía este mecanismo de supervisión y sanción para los Estados que pasaran el 3 % de déficit público, a no ser que se debiera a circunstancias inhabituales independientes de la voluntad del Estado o a una recesión económica grave. De hecho, la Comisión envió una comunicación al Consejo advirtiendo que «fijar objetivos idénticos para todos los países en una Unión con 25 Estados miembros no es conveniente desde un punto de vista económico», y que «la existencia de plazos idénticos para todos los países para corregir el déficit excesivo presenta límites fundamentales ya que no permite tener en cuenta las diferencias económicas entre países, como las evoluciones cíclicas y los niveles de endeudamiento». Estas recomendaciones sólo fueron parcialmente consideradas por el ECOFIN el 20 de marzo de 2005, en un documento en el que se añadía que «el aumento de la coordinación de las políticas fiscales debe hacerse respetando el principio de subsidiariedad del Tratado y las prerrogativas de los Gobiernos nacionales para determinar sus políticas estructurales y presupuestarias», pero concluyendo, tras esta concesión retórica, que «los Estados deben cumplir las recomendaciones del Consejo».<sup>6</sup>

En todo caso, el Consejo podía y puede valorar las circunstancias del déficit de cada Estado para decidir la sanción o bien prolongar los plazos de cumplimiento, de acuerdo con el art. 126.6 TFUE y el 3b del TCEG, aplicándose recientemente en el caso de Francia. Este tratado puede considerarse como una actualización del Pacto de Estabilidad de 1997 en un sentido más restrictivo:

<sup>6</sup> Informe del Consejo ECOFIN, 20 Marzo 2005 «Mejorar la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento»: <<http://register.consilium.eu.int/pdf/es/05/st07/st07619-re01.es05.pdf>>.

Este informe se tradujo en sendos reglamentos de modificación del PEC,

- el REGLAMENTO (CE) N.º 1055/2005 DEL CONSEJO de 27 de junio de 2005 por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1466/97 del Consejo relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005R1055&from=EN>>
- el REGLAMENTO (CE) N.º 1056/2005 DEL CONSEJO de 27 de junio de 2005 por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1467/97 relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005R1056&from=EN>>

- Exige la inclusión de sus normas en el derecho interno de cada Estado, preferentemente por vía constitucional (art. 1.2),
- crea la Cumbre del Euro (regiones semestrales de Jefes de Estado y de Gobierno de la Zona euro)
- estrecha la coordinación de las políticas económicas entre los Estados miembros,
- endurece el proceso sancionador contra el Estado que no cumpla el objetivo de déficit público (3 % del PIB), al poder ser denunciado ante el Tribunal de Justicia (art. 8), y mantiene el compromiso de la deuda pública inferior al 60 % del PIB en veinte años como máximo.
- sitúa el límite de déficit estructural en el 0'5 % y del 1 % en los países que tengan una deuda inferior al 60 % del PIB.

A este control por parte del Consejo hay que añadir la puesta en marcha del Semestre Europeo en la zona euro a partir de 2013, a través del cual la Comisión puede recomendar y supervisar, durante los seis primeros meses del año, la aplicación de los criterios de convergencia. Asimismo, la Comisión puede supervisar los proyectos presupuestarios de los EE.MM. antes de su aprobación nacional.

Este nivel de integración no se ha dado en otras materias, y no sólo en la política. Si bien los EE.MM. han cedido su soberanía económica, no han hecho lo mismo con la política exterior, materia en la que se reservan sus propias competencias nacionales, lo que limita la PESC como política común. Las relaciones exteriores diplomáticas y las cuestiones relativas a la nacionalidad son demasiado sensibles para los Estados como para cederlas siquiera a una O.I. de integración. Que un Estado renuncia a otorgar la nacionalidad supondría renunciar a su propia nacionalidad, y por lo tanto a su propia existencia. Otras políticas comunes, como la de agricultura, pesca, transportes y consumo, han alcanzado también un alto grado de integración. Pero resulta curioso que la política económica, que define igualmente la soberanía nacional de los Estados, no haya tenido ese miramiento por su parte en favor de un contexto superior marcado por unos principios ideológicamente sesgados.

### 3. EL CASO DE GRECIA: SOBERANÍA NACIONAL VS. INTEGRACIÓN EUROPEA

Así pues, los tratados dejan bien claro que las políticas económicas de los Estados ya no son autónomas, sino que deben estar coordinadas y supervisadas por el Consejo y cumpliendo además unos principios liberales, de acuerdo con los objetivos de la Unión. La soberanía nacional invocada por Syriza ha desaparecido en el terreno económico porque su ejercicio se ha

traspasado al ámbito de la Unión. Pero no lo ha hecho a alguno de los órganos centrales que representan a la ciudadanía europea –como el Parlamento–, sino a otro órgano, el Consejo, compuesto por los gobiernos de los EE.MM. (por más que sí se ha traspasado parcialmente a la Comisión). Es decir, la política económica de los Estados sigue básicamente en manos de los mismos, pero ya no de forma aislada sino coordinada, porque su aplicación requiere el acuerdo conjunto de todos.

Realmente, las competencias económicas de los Estados se han difuminado entre el Consejo y el mercado interior. Cuando un Estado ya no puede intervenir en la economía nacional porque su competencia la ha cedido a la UE (por ejemplo, para aprobar ayudas públicas a un sector productivo), no se plantea un conflicto competencial entre el gobierno del Estado y un órgano equivalente superior, sino entre el Estado y la Unión como sistema institucional que consagra el mercado interior y la libre competencia. Esas ayudas ya no las podrá otorgar el Estado, pero no porque las tiene que dar un órgano europeo competente, sino porque en la UE ya no se puede dar ese tipo de ayudas<sup>7</sup>. Luego no es un problema de abrogación de las competencias estatales por parte de la Unión, sino un conflicto entre el Estado nacional y el mercado interior europeo: en una palabra, entre Estado y mercado interior. La limitación de competencias económicas de los Estados miembros no significa menos Estado y más Unión, sino menos Estado y más mercado.

La política económica europea es, pues, la acordada por los Estados en el Consejo, no la aplicada por un gobierno que no existe, lo que sería más lógico en un proceso constituyente en el que hubiera un gobierno ejecutivo (que es lo que podría ser la Comisión). Así, la integración europea avanza con la aplicación de mecanismos más propios de un *federalismo intergubernamental* que de un *federalismo orgánico* o, en términos de Habermas, *federalismo ejecutivo* o *tecnocrático* (Habermas, 2012). Las decisiones importantes ya no las toman los Estados individualmente, sino la Unión, pero dentro de ésta siguen siendo los Estados las que las acuerdan en el seno del Consejo, del Consejo Europeo y del Eurogrupo. El ámbito de decisión interestatal prima sobre el central, representado por la Comisión y el Parlamento Europeo. La Comisión no es un Gobierno ejecutivo, sino un órgano regulador con competencias, como hemos visto, limitadas. Por su parte, el Parlamento carece aún de las funciones legislativas propias de un parlamento soberano porque no hay soberanía europea, sino sólo ciudadanía europea.

Por consiguiente, los avances en la integración económica se están dando por la mancomunidad de decisiones entre los Estados, más que por la consolidación de los órganos centrales de la Unión. Y con un sesgo determinado:

---

<sup>7</sup> Las ayudas estatales pueden alterar la competencia del mercado interior, por lo que sólo se admiten las indicadas en el artículo 107 del TFUE.

control del déficit público y mercado interior libre. El PEC, el TCEG y el MEDE han supuesto sin duda pasos importantes en dicha integración, pero es limitada porque no vienen acompañadas de las correspondientes uniones fiscal, bancaria, laboral y social. La integración política, como ya se ha indicado, va más lenta, aunque un paso federal importante ha sido el ejercicio de las competencias exclusivas de la Unión (art. 3 TFUE) y de las compartidas con los EE.MM. que han pasado el examen de subsidiariedad (arts. 4 TFUE y 5.3 TUE).

Este proceso hace que muchos ciudadanos no tengan una idea clara de quién decide qué en Europa. Pueden preguntarse: «si los Estados nacionales ya no deciden las políticas económicas, ¿quién lo hace?». La respuesta, como se ha dicho, está en los Tratados: decide el Consejo, es decir, los mismos Estados pero de forma acordada. Desde un planteamiento típico de Estadonación, no es fácil asimilar el hecho de que las competencias económicas estatales no se hayan traspasado a otros órganos unitarios con una responsabilidad concreta. El paso de las mismas al Consejo se puede ver como un traspaso competencial difuso, como si esa competencia anteriormente estatal se perdiera por el camino porque no es asumida por la Comisión. Así, es cierto que el mecanismo de acuerdo entre Estados es un avance, pero lo sería más si la política económica europea la asumiera un órgano central como una Comisión con funciones más ejecutivas que regulatorias. Es decir, un órgano claramente perceptible y al que se le pudiera imputar la responsabilidad política correspondiente de manera más clara. Un paso decidido en esta línea sería que el BCE se convirtiera en un auténtico banco público europeo con capacidad legal, —no excepcional y limitada como ahora— para adquirir directamente deuda pública de los Estados miembros. Nos encontramos ante la perversión que supone la compra indirecta a través de la banca privada, que adquiere créditos del BCE a interés cero para adquirir la deuda de los Estados, a los que luego exige intereses del 4 o el 5 %.

A esa sensación contribuye también el que en el seno del Consejo sean Alemania y otros Estados del norte (apoyados por algunos disciplinados alumnos del Sur), los que intentan imponer sus tesis económicas basadas en el ajuste de las cuentas públicas por encima del estímulo de la demanda y de un mayor intervencionismo estatal. Sin embargo, determinadas medidas y sucesos recientes pueden limitar ese dominio alemán:

1.º La presentación del Fondo Europeo de Inversiones Estratégicas (conocido como «Plan Juncker»<sup>8</sup>) como un estímulo a la demanda mediante la promoción de nuevas inversiones públicas. Una vez descartada la

---

<sup>8</sup> <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0903&from=FR>>

consignación de las aportaciones nacionales al Plan como déficit de los Estados, hay que consignar prudencia sobre algunos aspectos diseñados en el Plan pero que el tiempo nos dirá cuál es su evolución:

- por una parte, el Plan establece que un Comité de Inversiones, propuesto por el Consejo<sup>9</sup>, evaluará la idoneidad de los proyectos inscritos en un Directorio. Es importante que éstos no se vean afectados ni por intereses territoriales de los inversores nacionales ni de los privados;
- la respuesta de la inversión privada al Fondo de Inversiones Estratégicas (FEIE), que ha de alcanzar los 315.000 millones de euros: habrá que ver si las aportaciones de los Estados (de momento sólo Francia, Alemania, Italia con 8.000 millones cada uno, y España con 1.500), y las garantías del BCE y del BEI son suficientes para estimular dicha inversión.

2.º La decisión del BCE de adquirir títulos de deuda pública de los EE.MM. en el mercado secundario (Programa OMT) es un paso para aligerar la presión que los acreedores privados ejercen sobre ellos. Hay que destacar en esta decisión el informe del abogado general del TJUE, el español Pedro Cruz Villalón, a instancias de una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Constitucional alemán<sup>10</sup>. Cruz Villalón señaló que dicha adquisición, en determinadas condiciones, no extralimita las competencias atribuidas al BCE relacionadas con la política monetaria, por lo que no implica su intrusión en la política económica del Consejo. Esta doctrina ha sido confirmada por el TJUE en su sentencia del 16 de junio. Se trata, en todo caso, de una medida no convencional que persigue la reducción de los intereses de la deuda pública estatal, no la financiación de dicha deuda, y no rebasa el principio de proporcionalidad competencial.<sup>11</sup>

3.º El Mecanismo Único de Supervisión (MUS): la propuesta de que el BCE pueda estar presente en los Consejos de Administración de los Bancos para una mejor supervisión ha sido previamente negociada con Alemania.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> En la propuesta de Reglamento de 5.03.15: <<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%206831%202015%20INIT>>

La propuesta de la Comisión, en <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0903&from=FR>>

<sup>10</sup> <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-01/cp150002es.pdf>>

<sup>11</sup> <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-06/cp150070es.pdf>>

<sup>12</sup> <[http://www.bde.es/bde/es/areas/supervision/sup/Mecanismo\\_Unico\\_/](http://www.bde.es/bde/es/areas/supervision/sup/Mecanismo_Unico_/)>

4.º El informe del Gobierno español sobre el futuro de la Unión económica, que se suma a las propuestas de Francia y Alemania, más moderadas. España propone pasos más decididos hacia la unión bancaria y fiscal, y a ampliar con más decisión las facultades del BCE.

5.º En respuesta al eurodiputado asturiano Jonás Fernández, la Comisión ha reconocido que el art. 310 del TFUE no impide a la Unión emitir deuda pública, sino sólo para equilibrar el presupuesto<sup>13</sup>.

6.º Avances en la aprobación de un Impuesto sobre Sociedades Europeo, paso importante para la unión fiscal.

Podríamos preguntarnos si el multilateralismo que se le exige a Grecia, ¿no lo está violando en parte también Alemania? Entre la ya citada declaración de Van Schaüble («El problema es cuando se hacen promesas que no son realistas a costa de terceros»), y esta de Mario Draghi: «no es admisible que la política económica de un país entrañe riesgos que rebasen las fronteras y afecte a los restantes socios de la unión monetaria»<sup>14</sup>, ¿hay mucha diferencia? Draghi también está denunciando aquí el unilateralismo de Alemania, el mismo que se exige a Grecia. ¿Cuál es la diferencia? Que Grecia lo pide, y Alemania lo impone. ¿Por qué? Porque puede.

Dos cosas lo favorecen: de acuerdo con su relato nacional, el que los alemanes ya iniciaran las reformas que ahora exigen a los demás, con la *Agenda 2010* de Gerhard Schröder. Y en segundo lugar porque el gobierno de coalición entre los dos grandes partidos de centroderecha (CDU-CSU) y centroizquierda (SPD) aporta más legitimidad a la aplicación de sus políticas y una envidiable estabilidad tanto política como económica.

En todo caso, las cosas son como son y si Syriza y otros partidos como Podemos quieren cambiar la política económica europea, no pueden hacerlo ya unilateralmente desde cada Estado, sino que tendrán que cambiar la correlación de fuerzas dentro del Consejo y del Eurogrupo, intentando convencer a otros gobiernos de la necesidad del cambio. La suspensión por la UE del referéndum que Giorgios Papandreu propuso en 2011 para que el pueblo griego se manifestara sobre el segundo rescate acordado con Bruselas, dio buena cuenta de los márgenes negociadores. La última opción sería la salida

<sup>13</sup> <<http://elsocialistadigital.es/europa/item/679-la-comision-europea-reconoce-que-el-tratado-de-la-ue-no-prohibe-la-emision-de-deuda-publica-comunitaria.html>>

<sup>14</sup> *Die Zeit*, 30.08.12. Declaraciones citadas también en *La Vanguardia*, 8.06.15 y *El País*, 20.08.13, en un artículo del propio Habermas titulado «Cuando las élites fracasan»: <<http://blogs.lavanguardia.com/diario-de-futuro/la-socialdemocracia-y-la-re-nacionalizacion-de-europa-habermas-irrumpe-en-las-elecciones-alemanas-76750>> y <[http://elpais.com/elpais/2013/08/13/opinion/1376411438\\_682870.html](http://elpais.com/elpais/2013/08/13/opinion/1376411438_682870.html)>

de la Unión, contemplada en el art. 50 del TUE, y que ahora el Reino Unido plantea seriamente.

Syriza enfocó su comienzo gubernamental, entre el segundo y el tercer rescate, como una negociación bilateral con la UE a todo o nada, y quizá no exploró de manera suficiente la vía del diálogo con gobiernos socialdemócratas más proclives a sus tesis. Aunque esta vía tampoco era clara. Francia e Italia, con gobiernos formalmente socialdemócratas, aplican políticas semejantes a las de la canciller Merkel, que las desarrolla en coalición con el SPD. Aunque parece que su posición se flexibilizó posteriormente, el vicescanciller alemán Sigmund Gabriel, a la sazón presidente del SPD, compartió la postura estricta expresada por sus socios democristianos con respecto a Grecia.

Según EuroActive<sup>15</sup>, en la actualidad hay ocho primeros ministros pertenecientes a la Alianza de Socialistas & Demócratas, por siete liberales (ALDE) y seis democristianos (EPP). Sin embargo, si hacemos un repaso a algunos de esos gobiernos presididos por un socialdemócrata veremos que dicha variable no garantiza hoy en día un cambio cualitativo en la política económica de la UE.

Francia, con la aprobación de la Ley Macron<sup>16</sup> de reformas liberales de la economía, no parece ser un socio fiable para Syriza. A ello hay que añadir que no está en condiciones de apoyar al nuevo gobierno griego en su intento de flexibilizar las condiciones del rescate, toda vez que a Francia se le ha perdonado el incumplimiento de los objetivos del Tratado de Estabilidad y se le ha concedido dos años más para conseguirlo.

Por su parte, Matteo Renzi, no parece estar en condiciones de plantear en Europa lo que no está haciendo en Italia, después de la aprobación de la *Jobs Act*, que flexibiliza el mercado laboral, con una fuerte protesta sindical y con una escisión en la izquierda del Partido Democrático liderada por Stefano Fassina. Aun así, Renzi defiende públicamente una política distinta a la promovida por Alemania.

Es cierto que en Portugal se ha constituido un Gobierno de izquierdas entre el PS, el Bloco de Esquerda y el Partido Comunista. Pero no es menos cierto que el PSD (centroderecha, en la oposición) ha apoyado la polémica venta del banco público BANIF al Santander con un rescate estatal de 3.000 millones de euros, y que los aliados de izquierdas del PS han votado en contra. Asimismo, el Gobierno de Antonio Costa no acepta la aplicación de algunas medidas ordenadas por la Comisión para la aceptación final de su

---

<sup>15</sup> Disponible en <[http://euroefe.euractiv.es/5943\\_infografias/3696910\\_que-partido-politico-tiene-mas-lideres-en-las-cumbres-de-la-ue.html](http://euroefe.euractiv.es/5943_infografias/3696910_que-partido-politico-tiene-mas-lideres-en-las-cumbres-de-la-ue.html)>

<sup>16</sup> Por Emmanuel Macron, ministro francés de Economía e Industria, impulsor de las reformas.

presupuesto. Entre sus socios y la Comisión, Costa tendrá que hacer equilibrios para dar estabilidad a su Gobierno y a la economía portuguesa.

El Partido Socialdemócrata austriaco ha formado una *Große Koalition* o gran coalición con el democristiano ÖVP para frenar la subida del extremista FPÖ, mientras que los socialdemócratas suecos no han tenido más remedio que formar una coalición amplia con los verdes y el centro-derecha para aprobar sus presupuestos y evitar unas nuevas elecciones. A su vez, el progresista eslovaco Robert Fico ha formado otra coalición plural entre su partido, el socialdemócrata SMER, con el derechista Movimiento por una Eslovaquia Democrática de Vladimír Mečiar y los nacionalistas húngaros de J. Slota, desarrollando una política igualmente liberal y poco generosa con los refugiados sirios.

Quizá la dirección de Syriza constató la insuficiencia de la socialdemocracia europea para intentar cambiar el sesgo liberal del Consejo. Aun así, se repitieron las elecciones y volvió a obtener la confianza de una parte importante del pueblo griego. Los electores helenos entendieron que la coalición de Tsipras era la única que podía sacarles del atolladero aunque fracasara en la primera negociación, toda vez que Nueva Democracia fue responsable de la situación y el PASOK y los demás partidos no estaban en condiciones de enderezar el rumbo.

Algo influiría en un cambio de política económica que en unas próximas elecciones al Parlamento Europeo se fraguara una mayoría electoral de izquierdas. Pero mientras aquella resida en el Consejo, las elecciones nacionales seguirán siendo más importantes, puesto que será el color de los gobiernos que lo conformen el que determine si se mantienen como hasta ahora o experimentan algún cambio. Excepto en el caso de Grecia y España, no se vislumbra una alteración cualitativa en la correlación de fuerzas a nivel europeo hacia la izquierda, manteniéndose el bipartidismo clásico desde la Segunda Guerra mundial entre las fuerzas democristianas y socialdemócratas, sólo limitado por el ascenso, más que de las izquierdas transformadoras, de los nacionalismos de derecha (caso de Francia). Un hipotético éxito de Syriza en su negociación con el Eurogrupo habría estimulado el voto favorable a las posiciones más izquierdistas. Si además de Syriza, Podemos, Die Linke, Sinistra-Ecologia e Libertà y el Front de Gauche gobernarán en sus respectivos países, estaríamos ante un cambio cualitativo que se traduciría en una nueva mayoría en el Consejo, en la aplicación de otra política económica y en la reforma de los tratados. Pero esto no va a suceder, y la actual mayoría de gobiernos socialdemócratas no sugiere un cambio cualitativo a la vista de las políticas que están aplicando a nivel nacional<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> En cambio, opinan lo contrario FERNÁNDEZ, J., *La reorientación de Europa y las elecciones españolas* (Cinco Días, 17.12.2015) y SÁNCHEZ CUENCA, I., *¿Pactar qué?* (in-

A día de hoy, Syriza vuelve a gobernar pero habiendo pactado un programa de ajuste con Europa para evitar la salida griega del euro. El problema es que cada vez hay más sectores en Alemania y otros países del Norte que creen que ayudar a Grecia es ya inútil por desconfiar de sus posibilidades de crecimiento. Puede extenderse la idea de que las ayudas a Grecia sólo sirven para pagar deudas anteriores, no para regenerar su economía.

#### 4. LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO-NACIÓN: ¿HAY OPCIÓN?

El contexto europeo en el que ha actuado la socialdemocracia ha variado notablemente desde la posguerra mundial hasta ahora. Los años 50-70 se caracterizaron por la reconstrucción del continente como un espacio común de paz, seguridad y cooperación económica. Pero a la vez la de los Estados-nación sobre la base de la transformación de los anteriores Estados liberales en nuevos Estados del bienestar, que contemplaban no sólo los derechos individuales y de participación, sino también los sociales. Así, se consideró a los nuevos Estados europeos como suministradores principales de servicios públicos esenciales para la comunidad y se contempló una intervención relativa en la economía. El Estado pasó a ser no sólo una estructura política sino también un agente económico necesario, respetando el funcionamiento del mercado pero pudiendo regularlo en aras de la igualdad social.

Los nuevos Estados iban recuperando el peso industrial y primario que antaño tenía la minería y la siderometalurgia, desarrollando sectores como el automovilístico y otros que aparecieron entonces –electrodomésticos, plásticos–. Esta recuperación industrial permitía una cierta autosuficiencia económica y configurar nuevos Estados sociales y democráticos con bases fiscales propias. Los Estados, en una palabra, podían financiarse básicamente con los impuestos de unas poblaciones con altas tasas de actividad, y contaban con unas balanzas comerciales estables. Ese contexto fue el que marcó la acción de la socialdemocracia en favor del desarrollo de los nuevos Estados sociales y democráticos, con la aquiescencia de una democracia cristiana, inspirada en el pensamiento social de la Iglesia, que también ponía el equilibrio social por encima de los abusos del viejo capitalismo.

Sin embargo, dos hechos fundamentales cambiaron esta situación:

1.º desde principios de los ochenta, los gobiernos de Reagan en EE.UU. y de Thatcher en Reino Unido modificaron las bases estructurales de las economías occidentales con su propuesta de «capitalismo popular». Fórmula que implicaba

---

foLibre, 30.12.2015).

la privatización y la desregulación de la economía, así como la potenciación de la economía financiera y de servicios y el acceso de la clase trabajadora a la pequeña propiedad financiera, mediante la conversión de las empresas, privadas y públicas, en nuevas sociedades anónimas. Ello comportó un cambio económico y cultural, que afectaba a la estructura social por la importancia creciente del sector servicios, con una población activa cada vez más numerosa. El marco general, pues, era de aparición de nuevos sectores económicos y sociales, y del endeudamiento financiero tanto a nivel privado como público. Todo ello modificó el esquema socioeconómico propicio en el que actuaba la socialdemocracia, que vio cómo se desestructuraba su cuerpo electoral y las bases social, fiscal y económica del Estado. En adelante, los Estados ya no primarían sus ingresos en las políticas fiscal y comercial, sino que se irían endeudando y dependiendo cada vez más de la financiación exterior, tanto típica (organismos internacionales) como atípica (agentes del mercado).

2.º La construcción europea, como se ha dicho, se realizó sobre las bases del mercado interior y la libre competencia, limitando la acción del Estado social que pudiera repercutir en el conjunto del continente. La supresión de las barreras comerciales y económicas que interferían en dicho mercado limitaban la acción de un Estado nacional que, en sentido contrario, se había desarrollado en un sentido más intervencionista, como se ha indicado en el anterior apartado. Así, se vivía un proceso con dos caras aparentemente contradictorias: nuevos Estados sociales e intervencionistas a nivel nacional, nueva Europa de mercado libre a nivel continental. Esta contradicción tendría que resolverse en algún momento en favor de una u otra orientación. Al avanzar el proceso de construcción europea, que acabaría imponiéndose, el principio del mercado libre se impuso sobre el de la intervención nacional. Sin duda, las políticas privatistas de Reagan-Thatcher y el avance de la globalización financiera contribuyeron definitivamente a incardinar la nueva Europa en ese contexto neoliberal.

Hay que decir que la socialdemocracia tuvo una mala experiencia con el Programa Común francés de socialistas y comunistas en 1982. La política de nacionalizaciones y de intervención estatal no dio los resultados esperados, sino una recesión económica a la que no querían llegar las nuevas socialdemocracias gobernantes de Grecia, España, y Portugal, entre otras. Asimismo, el colapso del régimen soviético y la caída del Muro de Berlín orientó a la socialdemocracia europea a postulados más permeables con el capitalismo de libre mercado, al que se veía como el único contexto posible y en el que, acaso, se podrían desarrollar determinadas políticas sociales para amortiguar sus perversos efectos.

A partir de ahí pareció como si la socialdemocracia se quedara sin modelo. Intentó reservar los servicios públicos elementales como sanidad,

educación y pensiones, privatizando lo demás, renunciando a más intervencionismo del Estado, reduciendo la progresividad de la política fiscal, admitiendo como inexorables los efectos de la globalización y recurriendo a la financiación exterior del Estado. Todo lo más, se pasaba a defender el keynesianismo como propuesta de estímulo de la demanda interna mediante una política activa de inversiones en obras públicas. Pero aceptó los principios del mercado interior y del neoliberalismo. El marco jurídico descrito en el primer apartado de este trabajo fue pactado con la socialdemocracia, con gobiernos socialdemócratas en el Consejo. Todo el proceso europeo, los tratados constitutivos, los pactos de estabilidad de 1997 y 2012, todo ha sido pactado entre el centro-derecha y la socialdemocracia en el Consejo Europeo y en el Parlamento. Ha sido ese bipartidismo el que ha sostenido el proceso, y la socialdemocracia ha contribuido acriticamente.

Ahora, cuando se ven los efectos de esta evolución neoliberal y hay muestras de rechazo por una parte creciente de la ciudadanía europea, algunas voces de la socialdemocracia alzan su voz contra la política de austeridad defendida por Alemania y otros Estados (en España: Urquizu, 2012; Fernández, 2013; Blanco, 2014; López Garrido, 2014). Piden una nueva política económica europea y un nuevo marco institucional que la reconozca. Una nueva política económica que ponga el acento no en la reducción de déficit y del gasto público sino en el estímulo a la actividad económica en aras del crecimiento. Y un nuevo marco institucional que facilite una mejor gobernanza política y que se traduciría en:

- transformar la Comisión en un Gobierno europeo con poderes ejecutivos y hacerla responsable de la política económica, como lo son los gobiernos en los EE.MM.; en el Semestre Europeo, codecidir con el Consejo.
- ampliar las funciones legislativas del Parlamento Europeo y las competencias del BCE;
- dotar a la Comisión de la función de iniciativa legislativa para trasladar proyectos al PE;
- acelerar las uniones fiscal-laboral y social;
- animar la conversión de los partidos nacionales en partidos europeos.

Quizá sea demasiado tarde, porque ambas cosas, juntas, exigen una reforma de los tratados. De los mismos tratados que la socialdemocracia contribuyó a diseñar y aprobar, comenzando por Maastricht. Y exigen su renegociación con el mismo centro-derecha con el que siempre se ha pactó porque se aceptaron sus postulados económicos. No parece que la socialdemocracia como movimiento europeo, ni los gobiernos socialdemócratas actuales, estén en condiciones de forzar esa renegociación, sino tan sólo de

acompañar, con mejor o peor ánimo, los cambios institucionales que Alemania y sus Estados seguidores impulsen: acaso, la federalización de algunas políticas y de los mecanismos de decisión, pero en el Consejo, el Consejo Europeo y el Eurogrupo. Es decir, una mayor federalización económica, intergubernativa y cooperativa bajo la influencia de Alemania pero no una federalización orgánica depositada en las instituciones centrales de la Unión. Aunque el Semestre Europeo representa un avance, la Comisión y el Parlamento tienen un papel más propositivo que decisorio, reservado al Consejo y al Consejo Europeo.

Al ser una organización intergubernamental, la política de la UE no viene determinada por diferencias ideológicas o partidistas, como sucede en sus Estados miembros, sino por intereses territoriales de los gobiernos en el Consejo y por las relaciones interinstitucionales. El marco clásico derecha-izquierda es más nacional que europeo, ya que las instituciones están compartidas por las diversas familias políticas a excepción del Parlamento. Se ha puesto de manifiesto en la elección de Jean-Claude Juncker como nuevo presidente de la Comisión: siendo el candidato del centro-derecha para las elecciones de 2014, se convirtió en el candidato del Parlamento frente a los que inicialmente prefería el Consejo Europeo, Christine Lagarde y Michel Barnier. Y, como tal, apoyado también por la socialdemocracia (excepto la española), a cambio de la introducción de nuevas medidas económicas de estímulo a la demanda, como el Plan de Inversión para Europa (conocido como *Plan Juncker*).

Al aceptar la construcción europea sobre la base del mercado interior libre, la socialdemocracia ha renunciado a dos mecanismos de intervención en la economía, que son el Estado nacional y un auténtico gobierno europeo. En cuanto al primero, las competencias monetaria o industrial eran determinantes para la autonomía económica. La fiscal la mantienen los Estados, pero con unas crecientes necesidades de financiación exterior. Realmente, las competencias actuales de los Estados son las derivadas de la aplicación del principio de subsidiariedad, por el que los Estados retienen las competencias no atribuidas a la Unión. Las más importantes en el terreno económico ya han sido atribuidas, y seguirán aumentando pero, como ya se ha indicado, en un proceso de federalización cooperativa en los órganos intergubernamentales, en los que la toma de decisiones estarán influidas por los intereses de los EE.MM. de mayor PIB. Aunque la Unión es susceptible de ir asumiendo mayores cotas de competencias implícitas, no parece tampoco que se avance en la gobernanza política, que es lo que ahora reclama la socialdemocracia. El paradigma dominante es, antes al contrario, estrechar la coordinación de las decisiones interestatales en materia económica, pero no crear nuevas instituciones centralizadas ni potenciar las ya existentes. Las reticencias de Alemania y de otros EEMM a la compra de deuda pública por parte del BCE

y a la creación del MEDE –al que se impuso un régimen transitorio de aplicación– anuncian claramente cuál es su posición ante este proceso. Por lo tanto, los avances que haya en este sentido pueden ser limitados y no será fácil la atribución de nuevas competencias a la Unión. Y, si fuera así, se atribuirían básicamente al Consejo.

En este contexto, importantes sectores sociales reclaman más Estado, más *accountability* reconocible. En la medida en que la UE no la garantiza, lo que se pide es más Estado nacional, intentando recuperar algunas competencias sobre todo en materia económica y de intervención. Esta renacionalización la defienden tanto partidos de izquierda (Syriza, Podemos) como de derecha (Frente Nacional). También algunos sectores socialdemócratas creen que hay que recuperar el Estado y su potencial regulador (Blanco, 2014: 168-170). Pero, ¿cuál ha de ser su ámbito, nacional o continental? Es decir, ¿la disyuntiva es volver al Estado nacional, o avanzar hacia una mayor integración? Si aceptamos que volver al Estado nacional ya es imposible y además contra-productivo (por los límites que implica en la políticas públicas), y si al mismo tiempo constatamos que avanzar hacia un Estado europeo es poco menos que una quimera (por las diferencias entre los Estados existentes y su negativa a desaparecer), ¿cuál es el camino?

Parece que la única respuesta realista es la de ir avanzando paso a paso, de acuerdo con la estrategia de Schumann-Monnet, en la integración material y competencial, procurando aclarar el marco institucional, de tal forma que los ámbitos decisorios fueran reconocibles por los ciudadanos. Un marco institucional que, tal como se apuntó antes, debería pasar por aumentar las funciones de la Comisión, el Parlamento y el BCE. Y profundizar en las políticas comunes, superando las contradicciones existentes en materias tales como inmigración, política exterior, asilo y refugio. Nos encontramos con el hecho de que los mismos Estados que piden políticas comunes en estas materias son renuentes a la cooperación y a ceder más competencias. La actual crisis de los refugiados es un claro ejemplo de ello. Incluso los EE.MM. han sido renuentes a la hora de aplicar las cláusulas de solidaridad contempladas en el 42.7 TUE y 222 TFUE solicitadas por Francia tras los atentados de noviembre en París. Bélgica, recientemente golpeada, ni siquiera las ha pedido.

La socialdemocracia debería reflexionar sobre la posibilidad de definir una política económica europea que fuera inspirada por la Comisión y ejecutada por los EEMM, pero no decidida por éstos. Hoy por hoy la función de iniciativa legislativa de la Comisión no se extiende a la política económica. En suma, alguna autoridad ha de haber en la Unión que sustituya a los Estados en su desarrollo. Si no es así, no ha de extrañar que haya partidos de izquierda que quieran recuperar un cierto intervencionismo estatal sobre el mercado aunque sea a nivel nacional.

## 5. ESCOLIO

Europa está en una encrucijada, a medio camino entre los Estados nacionales y la unión política. Se vislumbra una Europa confederal, más que federal. Quizá el *Estado transnacional* en el que pensaba Ulrich Beck (1998). Pero incluso si nos paramos en la confederación podemos discutir sobre el nivel de integración al que se puede llegar. La confederación es un modelo que ya exige un cierto grado de federalismo. La duda es hasta qué punto y sobre qué órganos. Si, tal como se apuntó antes, potenciamos un federalismo intergubernamental o un federalismo central. Los Estados Miembros son conscientes de que se ha llegado a un punto en el que cualquier avance en la unión europea implica reducir sus competencias, y es lógico que sean prudentes. Por eso están conformes con que la integración se deposite en los órganos compuestos por ellos y en las materias consensuadas, aunque eso puede generar algunas contradicciones entre unos y otros. Se acepta una cierta federalización de la política económica, pero no en la PESC, inmigración, asilo y refugio. En este sentido, habrá que ver el destino de la reciente propuesta de una Agencia Europea para los Refugiados propuesta por la Comisión. Agencia a la que, para empezar, podría denominársele «Federal».<sup>18</sup>

Por otra parte, no es tan seguro que el papel de los Estados se reduzca con todo esto. Quizá la categoría histórica de «Estado-nación» haya desaparecido. Pero eso no significa que haya desaparecido el Estado como tal, sino que se ha transformado en un Estado miembro de la Unión, algo así como en un Estado confederado. Un Estado que, manteniendo su ámbito nacional, sin embargo ha perdido buena parte de su soberanía. Pero esto no significa que llegue a desaparecer. Sólo lo haría si la propia Europa se convirtiera en un gran Estado Federal, lo que exigiría un proceso constituyente que se intentó tímidamente en 2004 y no salió bien. Este proceso constituyente es difícil que lo volvamos a ver. Más bien avanzaremos, como ya se ha dicho, hacia una mayor federalización de algunas materias.

Pero, por paradójico que parezca, esta cesión de soberanía hacia la UE puede contribuir a la consolidación de los Estados pero con otro carácter. La obsesión por el control del déficit público, que es como decir de las cuentas públicas de todas las administraciones, le obliga a ser un órgano colaborador esencial para la UE, en detrimento de las administraciones internas subestatales, que verán, esas sí, claramente mergadas sus competencias. El caso de España es paradigmático por cuanto ambos procesos, cesión de soberanía hacia la Unión y mayor descentralización interna, parecen ser simultáneos. Pero en la práctica se puede apreciar cómo el proceso de control europeo se va imponiendo. Cuando la Generalitat de

<sup>18</sup> *El Periódico*, 6.04.16: <<http://www.elperiodico.com/es/noticias/internacional/bruselas-sugiere-crear-una-agencia-europea-para-repartir-los-refugiados-5033209>>

Cataluña se queja de que cada vez está más controlada por el Gobierno central, es porque éste a su vez lo está por la Comisión. No es un control discrecional. En tiempos de crisis, los recursos disminuyen y los controles administrativos aumentan. Pero eso vale para todos, desde la Comisión hacia abajo. El esquema de control general que se vislumbra es el de Comisión-Estados, con lo que éstos fortalecen su papel de garantes del mismo de acuerdo con el principio de subsidiariedad, en detrimento sobre todo de sus administraciones inferiores, ya sean regionales o locales.

Esta evolución economicista no evitará los nacionalismos estatales. Sólo serán superables si se federaliza la Unión económica y políticamente, potenciando los órganos centrales y garantizando una gestión democrática y transparente de sus políticas.

## 6. CONCLUSIONES

- No sólo hay política económica EN la Unión Europea, sino que hay una política económica DE la Unión. Está definida en el artículo 119 del TFUE, y desarrollada en el conjunto de tratados y normas comunitarias. Los Estados son administraciones subalternas que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, aplican dicha política. Al estar más controlados por la UE –sobre todo por la Comisión y el Consejo– ellos a su vez controlan más a sus administraciones internas en el objetivo de controlar el déficit público, por lo que de rebote, y de acuerdo con el principio de subsidiariedad, su papel puede verse fortalecido a pesar de la cesión de soberanía hacia la Unión, en tanto que administraciones colaboradoras de ésta.
- El marco jurídico de la UE, con la cesión del ejercicio de competencias atribuidas por los Estados Miembros sobre todo en materia económica, no permite mantener la soberanía económica en manos de aquéllos. Cualquier partido, ante un acontecimiento electoral, debe tenerlo claro y no engañar a los electores con eso. Lo honesto, en caso contrario, es rechazar dicho marco y buscar la mayoría política necesaria para modificarlo.
- Dicha mayoría se ha de articular país por país, y no sólo en las elecciones al Parlamento Europeo, pues es en el Consejo donde se pueden arbitrar los cambios.
- La socialdemocracia no representa un cambio decidido en este sentido. Ha contribuido a la construcción de la actual Unión junto a liberales y democristianos. En la actualidad intenta presentar una opción a la política de austeridad proponiendo más el aumento de ingresos fiscales que el control excesivo del gasto para la reducción del déficit público.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- BARÓN CRESPO, E., *La era del federalismo* (Barcelona: RBA, 2014).
- BECK, U., *¿Qué es la globalización?* (Barcelona: Paidós, 1998).
- BLANCO, F., *La economía socialdemócrata. Crisis y globalización* (Madrid: Tecnos, 2014).
- ENZENSBERGER, H. M., *El gentil monstruo de Bruselas* (Barcelona: Anagrama, 2014).
- FERNÁNDEZ, J., *Una alternativa progresista* (Barcelona: Deusto, 2013).
- HABERMAS, J., *La constitución de Europa* (Madrid: Trotta, 2012).
- HELD, D. y MCGREW, A., *Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial* (Barcelona: Paidós, 2003).
- LÓPEZ GARRIDO, D., *La Edad de Hielo. Europa y Estados Unidos ante la Gran Crisis: el rescate del Estado del Bienestar* (Barcelona: RBA, 2014).
- MEDINA ORTEGA, M., *El derecho de secesión en la Unión Europea* (Madrid: Marcial Pons, 2014).
- RUIPÉREZ, J., *La «Constitución Europea» y la teoría del poder constituyente* (Madrid: Biblioteca Nueva, 2000).
- RODRÍGUEZ-AGUILERA, C., *El déficit democrático europeo* (Madrid: Catarata, 2015).
- TORREBLANCA, J. I., *¿Quién gobierna en Europa?* (Madrid: Catarata, 2014).
- URQUIZU, I., *La crisis de la socialdemocracia: ¿qué crisis?* (Madrid: Catarata, 2012).

*TITLE: The exercise of economic competences in the European Union: is possible another policy?*

*RESUMEN: La integración europea es difusa, combina los aspectos económico y político y supone la atribución de parte de sus competencias por los Estados Miembros. El Estado-nación europeo de los años 50-70, más industrial y con suficiencia fiscal, fue un marco adecuado para el desarrollo de políticas socialdemócratas. Sin embargo, la globalización económica, las políticas neoliberales de Reagan y Thatcher a partir de los años 80, y una construcción europea consagrada al mercado interior, han transformado ese marco. Se analiza el marco jurídico que regula la política económica en la UE, y partiendo del mismo se plantea si hay una definición de la política económica y en qué principios se inspira. En caso afirmativo, se cuestiona si podemos hablar no sólo de política económica «en» la UE, sino también de una política económica «de» la UE. Si es así, quién la define y aplica, y si es posible el desarrollo de una política distinta. A partir del caso griego con Syriza, se plantea finalmente si dada la correlación de fuerzas en el Consejo y el Parlamento, y teniendo en cuenta los cambios de gobierno en algunos países del sur de Europa (Grecia, Portugal, ¿España?), puede haber un cambio de orientación al respecto.*

*ABSTRACT: European integration is diffuse, it combine economical and political aspects and means the assignment of part of her competences from the Member States. The european State-nation of 50's-70's years,*

*more industrial and with fiscal sufficiency, was an appropriate framework for the development of social democrat policies. Nevertheless, economic globalization, Reagan and Thatcher's neoliberal policies parting from 80's years, and a consecrated to domestic market european construction have transformed that framework. It's analyzed the legal framework that rules the economic policy in the EU, and parting from it arises if there is a definition of economic policy and which are its principles. In affirmative case, it's questioned if we can talk about not just an economic policy «in» EU, but about an economic policy «of» EU. If there is, who defines it and who implement it, and if is possible the development of a different policy. Parting from case of the Greece with Syriza, it arises finally if with the correlation of forces in European Council and Parliament, and attending the changes of government in countries of southern Europe (Greece, Portugal, Spain?), it could be a change of direction in this issue.*

*PALABRAS CLAVE: Integración, Europa, soberanía, política económica, subsidiariedad, federalismo.*

*KEY WORDS: Integration, Europe, sovereignty, economic policy, subsidiarity, federalism.*

*RECIBIDO: 23.05.2016*

*ACEPTADO: 19.12.2016*



# ESTUDIO COMPARADO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DELITO DE FALSEDAD DOCUMENTAL EN EL DERECHO HISPÁNICO E INGLÉS EN EL MEDIEVO

Luis Iglesias Rábade

doi: 10.18543/ed-64(2)-2016pp67-100

---

**SUMARIO:** I. EVOLUCIÓN DE LAS NOTAS DISTINTIVAS DEL TIPO Y DE SU RÉGIMEN SANCIONADOR. 1. El Bajo Imperio romano. 2. El Alto Medioevo temprano hispánico-visigodo. 3. El Alto Medioevo temprano anglosajón. 4. El Alto Medioevo tardío hispánico-posvisigodo. 5. El Alto Medioevo tardío anglo-sajón. 6. El Bajo Medioevo temprano hispánico. 7. El Bajo Medioevo temprano anglo-normando. 8. El Bajo Medioevo tardío hispánico. 9. El Bajo Medioevo tardío inglés. II. CONCLUSIONES

---

## I. EVOLUCIÓN DE LAS NOTAS DISTINTIVAS DEL TIPO Y DE SU RÉGIMEN SANCIONADOR

### 1. *El Bajo Imperio romano*

El estudio del delito de falsedad documental en el Derecho hispánico del Medioevo requiere un previo examen de sus orígenes normativos que se remontan a *Lex Cornelia*<sup>1</sup> del emperador Sila. Esta ley, inicialmente prevista

---

<sup>1</sup> \* Mi profundo agradecimiento al Prof. Dr. Pedro Ortego Gil por la revisión, comentarios y aportaciones para la realización de este trabajo.

La *Lex Cornelia testamentaria nummaria* del año 81 a.C., –también conocida como *Lex Cornelia de falsis*–, denominación que figura, por ejemplo, en CICERÓN, *Orationes Verrinae*, 2, 1, 108 o en el *Dig.* 48, 5, 5, que lleva por título *de lege Cornelia de falsis et*

para sancionar la falsificación de testamento, de moneda y del sello imperial, fue ampliando su ámbito subjetivo de aplicación por medio de los senado-consultos que se promulgan en la época del Principado<sup>2</sup> y de la interpretación jurisprudencial de los jurisconsultos del Bajo Imperio hacia el s. III d. C., principalmente de Paulo, Ulpiano y Marciano<sup>3</sup>, quienes redefinieron el ámbito objetivo del *crimen falsi* y elaboraron las notas distintivas del tipo. Paulo, partiendo de la concepción de «falso jurídico» como *quidquid in veritate non est, sed pro vero adseveratur*<sup>4</sup>, –definición muy similar a la *imitatio veritatis* que figura en las *Novellae Leges* justinianas<sup>5</sup>–, vino a integrar en el tipo penal la manipulación o «falsificación» del contenido de un documento auténtico<sup>6</sup>, aunque no existen indicios de que la simple desfiguración de la «genuinidad formal» irrogase también antijuridicidad<sup>7</sup>. Por otra parte, la

---

*de senatus consulto Liboniano*. Vid. D'Ors, Á., «Contribuciones a la historia del crimen falsi», en *Studi in onore di Edoardo Volterra* (Milano, Giuffrè, 1969), II, p. 544; ALEJANDRE GARCÍA, J. A., «Estudio histórico del delito de falsedad documental», *A.H.D.E.*, 42, 1972, p. 128; ARCHI, G. G., «Problemi in tema di falso nel Diritto romano», *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali*, XXVI, Pavia, 1941, pp. 39 y ss.; HEINEMANN, F., *Das Crimen Falsi in der altitalienischen Doktrin*, Decker, Berlin 1904, pág 21 y ss. o MARLASCA MARTÍNEZ, O., «La regulación de la falsificación de los documentos en el derecho romano y en la ley de los visigodos», *Estudios de Deusto*: 47.1, 1999, pp. 213-217.

<sup>2</sup> El sc. Liboniano (16 d.C.) extiende la aplicación de la *Lex Cornelia* al que escribe un testamento instituyéndose a sí mismo como heredero o legatario en testamento ajeno (*Dig.* 48, 10 pr.); el sc. Liciniano (16 d. C.), a los que recibieren prebendas o pactaren recibirlas por declaraciones falsas (*Dig.* 48, 10, 1 (Marciano); el sc. Messaliano (20 d.C.), al pacto mendaz de letrados y testigos para acusar a una persona inocente (Ulpiano, *Coll.* 8.7.2); el sc. Geminiano (29 d.C.), a los que recibieren dinero para acusar falsamente o para deponer falso testimonio (Ulpiano, *Coll.* 8.7,3).

<sup>3</sup> Bajo el enunciado, *qui..consenserit*, Paulo incorpora al ilícito punible al instigador y al cómplice [Paulo, *Sent.* 4,7,2 (Interpretatio)], ampliación que también está implícita de la locución *qui falsas testationes faciendas* que utilizan Ulpiano (*Dig.* 48, 10, 9) o Marciano (*Dig.* 48, 10, pr.). Este último incluye también como sujeto de la acción falsaria al que intentare sobornar a un juez (Marciano, *Dig.*, 48, 10,1 y 2). No existe, en cambio, una mención específica a un tipo penal agravado pare el infractor en función de su oficio. D'Ors no cree que se contemplase ningún tipo de infractor cualificado («Contribuciones...», *cit.*, p. 544); *vid.* Alejandro, «Estudio histórico», *cit.*, p. 34.

<sup>4</sup> Paulo, *Sent.*, 5, 25, 3.

<sup>5</sup> *Novellae Leges*, 73.

<sup>6</sup> Paulo incluye en el tipo penal la manipulación de testamento auténtico perteneciente a una persona viva (Paulo, *Sent.*, 5, 25, 7). *Vid.* ALEJANDRE, «Estudio histórico...», *cit.*, p. p. 130.

<sup>7</sup> Paulo introduce bajo la expresión *aliud instrumentum* un diseño abierto de documento, del mismo modo que vocablos como *scripserit, signaverit, resignaverit* (Paulo, *Sent.*, 4,7,1) o *scriberet, scripserit, signare, interlinere* (*Dig.* 48, 10 pr.), presuponen que la acción punible del delito de falsedad documental tenía que materializarse en un instrumento quirográfico, bien fuese papiro o pergamino, con idoneidad suficiente para la per-

conducta supuestamente falsaria sólo recibía el reproche penal de la *Lex Cornelia* si se realizaba a sabiendas y dolosamente (*sciens dolo malo*<sup>8</sup>), integrando también en el tipo la tentativa, pues al infractor no le faltó ánimo de delinquir<sup>9</sup>.

Voces autorizadas discrepan respecto al interés tutelado por la *Lex Cornelia*<sup>10</sup>, sin embargo, atendiendo al carácter público de los testamentos y de los documentos administrativos oficiales, es factible que la *Lex Cornelia de falsis* protegiese la seguridad del documento en el tráfico jurídico<sup>11</sup>. Menor grado de anuencia se ha conseguido respecto a si el perjuicio ajeno era un elemento constitutivo del tipo. Pese a que Paulo se refiere al *fraudem alicuius*<sup>12</sup> como una de las consecuencias de la conducta transgresora, no se puede concluir que sólo se castigase la falsedad que hubiese causado daño a tercero, pues en realidad hubo que esperar a la Baja Edad Media para que se integrase el *praeiudicium alterius* como elemento constitutivo de la antijuridicidad.

El régimen penal de la *Lex Cornelia* fue evolucionando de modo que inicialmente en el s. I a.C. los ilícitos que se integraban en el mismo tipo penal –falsificación de testamento, moneda y sello– se sancionaban con pena capital sin distinción del estatus social del infractor. Posteriormente en la época republicana, la pena de muerte podía eludirse con el exilio voluntario y pérdida de la ciudadanía –*interdictio aquae et igni*– exigiéndose además la *publicatio bonnorum* en el período republicano tardío<sup>13</sup>. En el Bajo Imperio, hacia el s. III d.C, según señala Paulo, los tipos penales recogidos en la *Lex Cornelia de falsis* se castigaban con la deportación a un domicilio coactivo, generalmente una isla, para el infractor *honestior*, mientras que el *humilior* sufría la pena *ad metalla* o crucifixión<sup>14</sup>. La actuación punible de los

---

petuación de la declaración del emisor más allá de la vida de éste y de aquéllos que habían intervenido en él (*in dubio testis mortuus non censetur stare pro instrumento*) y aptitud suficiente para acoger disposiciones administrativas y manifestaciones jurídicamente relevantes como *acta, epistula* o *rescripta* (Paulo, *Sent.* 5, 25, 1) o *rationes, libelli, album propositum, testationes, chirographa epistulae* (Paulo, *Sent.* 5, 25, 5).

<sup>8</sup> Vid. PAULO, *Sent.*, 5, 25, 1 y 5, 25, 9; Ulpiano, *Dig.* 48, 10, 9; MARCIANO, *Dig.* 48, 10. pr.; Iustiniani Instituciones, 4, 18, 7 o *Novellae Leges*, 73.

<sup>9</sup> Vid. ARCHI. G. G. «Problemi in...», *cit.* p. 40. Vid. también HEINEMANN, F., *Das Crimen...*, *cit.*, pág 22.

<sup>10</sup> Lo que se pretende tutelar es la *fides publica*, según Archi, mientras que D'ORS entiende que el interés protegido es el uso regulado del *signum*. Vid. ARCHI, *Problemi in...*, *cit.*, p. 114 y D'ORS, «Contribuciones...», *cit.*, p. 546.

<sup>11</sup> Vid. CARNELUTTI, F., *Teoría del falso*, Cedam, Padua, 1935, p. 2.

<sup>12</sup> Paulo, *Sent.*, 5, 25, 5.

<sup>13</sup> Modestino, *Dig.* 48, 10, 33.

<sup>14</sup> Paulo, *Sent.*, 4, 7, 1 y 5, 25, 9.

esclavos, muchos de ellos adiestrados en el oficio de la escritura, se sancionaba con pena capital, aunque eran exonerados de culpa cuando su conducta era fruto del mandato de sus dueños<sup>15</sup>, del mismo modo que se exoneraba de culpabilidad al que aportaba documento falso ignorando la inautenticidad o la adulteración del documento exhibido<sup>16</sup>.

## 2. *El Alto Medievo temprano hispánico-visigodo*<sup>17</sup>

En los territorios hispánicos del Alto Medievo temprano el *Liber Iudiciorum* atesora las mismas notas constitutivas del delito de falsedad documental que figuraban en las *Sententiae* de Paulo<sup>18</sup> y que se reproducen en gran parte en el *Liber*<sup>19</sup> bajo la rúbrica *Falsariis Scripturarum*<sup>20</sup>. Se sanciona la falsificación de documento público con sello real<sup>21</sup>, la adulteración de documentos privados<sup>22</sup>, incluida la tentativa o maquinación para incorporarlos al tráfico jurídico<sup>23</sup>, la falsificación de disposiciones testamentarias<sup>24</sup>, la falsificación de carta de crédito o pago<sup>25</sup>, la falsificación perpetrada por fedatario público como un tipo penal agravado<sup>26</sup> y la falsedad ideológica consistente en la

<sup>15</sup> *Ibid.*, Marciano, *Dig.*, 48, 10, 8.

<sup>16</sup> Paulo, *Sent.*, 4, 7, 1; 4, 7, 5 y 4, 7, 9 o Ulpiano, *Collatio*, 8, 7, 1. *Dig.* 48, 10, 31. Vid. MARLASCA MARTÍNEZ, O., «La regulación...», *cit.*, p. 217.

<sup>17</sup> Para una comparación más coherente de las fuentes normativas hispánicas y anglosajonas se diferencian cuatro subperiodos históricos en la Edad Media: el Alto Medievo temprano (último cuarto del s. V hasta finales del s. VII e inicios del VIII en el contexto hispánico), el Alto Medievo tardío (siglos VIII-X), el Bajo Medievo temprano (desde el s. XI hasta el último cuarto del s. XIII) y el Bajo Medievo tardío (desde el último cuarto del s. XIII hasta el último cuarto del s. XV).

<sup>18</sup> *Vid.* Paulo, *Sent.*, 5, 25, 1 y 5. *Vid.* también el *Edictum Theodorici* de los ostrogodos, cap. 90.

<sup>19</sup> El Código de Eurico no incluye expresamente una ley sobre el delito de falsedad documental. Sin embargo, D'ORS sostiene que las *Antiquae* (7, 5, 4 y 7, 5, 5) del *Liber*, relativas a la falsedad testamentaria son euricianas (D'ORS, Á., «El Código de Eurico», *Estudios Visigóticos*, Roma, Madrid 1960, p. 72).

<sup>20</sup> *Lib.* 7, 5.

<sup>21</sup> *Lib.* 7, 5, 1.

<sup>22</sup> *Lib.* 7, 5, 2.

<sup>23</sup> *Lib.* 7, 5, 2.

<sup>24</sup> *Lib.* 7, 5, 4; 7, 5, 5. y 7, 5, 6. Nótese, no obstante, que las leyes 7, 5, 4 y 7, 5, 5 se remiten a aplicar los castigos previstos en vigor para los falsarios, previsiblemente las penas consuetudinarias de los visigodos. Repárese que el uso de penas aflictivas como la marca y azotes incluso para los *honestiores* rompe claramente con la tradición romana que consideraba impropio marcar o azotar a los hombres libres.

<sup>25</sup> *Lib.*, 7, 5, 7.

<sup>26</sup> El tipo agravado par el escribano, que en el ejercicio de su función, falsifica un documento ya figura en el *Codex Theodosianus* (9, 9, 1). *Vid.* también *Antiqua*, *Lib.* 7, 5.

fabulación de prometer por escrito algo irreal, inexistente o sin efectos jurídicos<sup>27</sup>.

Citando la versión vulgar del *Liber*, el *Fuero Juzgo*, bajo la rúbrica *De los que falsan los escriptos*<sup>28</sup>, se tipifica el delito de falsificación de los *scriptos del rey*, dictándose que *Quien mudar(e) alguna cosa de mandado del rey, ó desfziere, ó ennadiere en tempo, ó en día, ó en otras cosas*, o quien corrompiese no sólo *el siello del rey*, sino también *otras senales*, será sancionado *si es homne de grand guisa*, con la pérdida de la mitad de sus bienes, y si es persona vil, con la mutilación de la «mano pecadora»<sup>29</sup>. Las conductas punibles «mudar, «deshacer» o «añadir» no son tasadas, en tanto que las expresiones *ó en otras cosas* y *otras senales* abre el ámbito delictivo a otras actividades análogas. Del mismo modo, el instrumento objeto de falsificación queda también abierto con la expresión *alguna cosa de mandado del rey*.

En relación con los documentos privados, el *Liber* tipifica dos ilícitos: un tipo básico en el que se integra la confección, uso y manipulación dolosa de documento propio sancionándose a quien [citando el *Fuero Juzgo*] *faze falso escripto, ó lo usar en iuizio, ó otra cosa, sabiéndolo... ó quien faze siello, ó sennal falsa, ó que la usa* o a quien *desfaze la verdad del scripto* propio existente, a quien *corrompe* el contenido de documento auténtico propio o a quien lo *rompe*, eliminándolo del tráfico jurídico, para no asumir la obligación contraída, castigándose con pena de pérdida patrimonial de la cuarta parte de sus bienes, si es *omne de grand guisa*. El tipo agravado se establece para el caso de robo y manipulación de documento ajeno para obtener ventaja en causa judicial, pues en este caso, existe no sólo falsedad, sino una actuación previa de apropiación o uso indebido de documento ajeno para realizar la conducta delictiva de falsificación. El transgresor *quanto fizo danno* a la víctima, le resarcirá con tres partes de sus bienes y la otra cuarta parte al rey, y si no tuviere bienes *sea siervo con toda su buena daquel cuyo era el escripto*, igual castigo se impone a la persona vil, probablemente para el tipo básico y el agravado en tanto que no se espera de él capacidad económica para resarcir. No obstante, para este tipo agravado, a parte de la sanción de pérdida patrimonial, o, en su caso, la degradación a la condición de siervo, se

9.

<sup>27</sup> El *Liber* penalizaba este tipo de falsedad intelectual o ideológica con pena patrimonial y corporal; *vid. Lib. 7, 5, 8*.

<sup>28</sup> *F.J., 7,5*: «De los que falsan escriptos». Para un estudio más detallado de la regulación visigoda en relación a este delito, *vid. MARLASCA MARTÍNEZ, O.*, «La regulación...», *cit.*, pp. 221-228.

<sup>29</sup> *F.J., 7, 5, 1*.

une la pena de corporal de cien azotes independientemente de la condición social del falsario<sup>30</sup>.

Siguiendo con la tradición de la *Lex Cornelia*, el *Liber* exige para la configuración del tipo la existencia de una actuación consciente y dolosa (*dolo malo; sabiéndolo*<sup>31</sup>). De ahí que, al igual que en la época de Paulo, se exima de responsabilidad al reo que no tuvo ánimo de defraudar<sup>32</sup>, a quien aportó involuntaria o inconscientemente documento falso<sup>33</sup> o a quien realizó la acción por mandato de dueño y señor<sup>34</sup>. No obstante, el *Liber* también avanza significativamente en la determinación del grado de responsabilidad de los sujetos del delito. Además de incluir al instigador como sujeto punible y al cómplice con quien el autor material *consenserit* la perpetración del ilícito como ya lo hacía Paulo<sup>35</sup>, el *Liber* equipara a los autores materiales con los cómplices (*eorum conscii*)<sup>36</sup>, con los que consienten (*consenserint*) en que su nombre se plasme en carta falsa de crédito<sup>37</sup>, con los que *conseian*<sup>38</sup> o con los que retuvieren a sabiendas en su poder cosa prometida a un tercero<sup>39</sup>. El *Liber* tampoco refleja explícitamente, entre las notas distintivas del delito, la necesaria existencia de un perjuicio ajeno o un beneficio propio para que se configure objetivamente el tipo<sup>40</sup>. Considerando que la *mutatio veritatis* y el dolo son los dos elementos constitutivos esenciales de la antijuridicidad, la actuación punible podría consumarse cuando se realizaba una acción con aptitud suficiente para provocar daño a otro u obtener un enriquecimiento injusto, aunque el falsario no se hubiese lucrado, pues ánimo no le habría faltado. En todo caso, el *praeiudicium alterius* tendría efectos más bien procesales en tanto que la autoría se habría probado si existía motivación para la falsedad que se deducía de la presunción de un beneficio propio; del mismo modo, para que se produjese acción falsaria, el instrumento objeto de la falsificación tendría que tener la aptitud idónea para provocar daño o una neutralización de cualquier efecto jurídico<sup>41</sup>.

<sup>30</sup> *F.J.*, 7, 5, 2.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Lib.*, 7, 5, 3.

<sup>33</sup> *Lib.*, 7, 5, 3.

<sup>34</sup> *Lib.*, 7, 5, 2

<sup>35</sup> Paulo, *Sent.* 4,7,2.

<sup>36</sup> *Lib.*, 7, 5, 2.

<sup>37</sup> *Lib.*, 7,5,7.

<sup>38</sup> *F.J.*, 7, 5, 2

<sup>39</sup> *Lib.*, 7,5,8. Con más detalle, *vid.* ALEJANDRE, «Estudio histórico.», *cit.*, pp. 139-140.

<sup>40</sup> El *F.J.*, 7, 5, 2.

<sup>41</sup> ROJAS AGUIRRE, L. E., «Historia dogmática de la falsedad documental», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2012, 2.º semestre,

Con respecto al régimen sancionador, el *Liber Iudiciorum* recoge en gran medida la tradición de la ley del talión<sup>42</sup>, aunque como un sistema punitivo subsidiario de la avenencia o composición, pues aquel infractor que tenía capacidad económica podía resarcir<sup>43</sup>. Sin embargo, muchos delitos se sancionaban con penas corporales de mutilación, azotes, decalvación, desorbitación, castración y marcas infamantes<sup>44</sup>. Pues bien, la falsificación de documento o sello real y la usurpación de la autoridad regia, que se concreta en cualquier forma de alteración del contenido del documento, de la fecha, de la firma y sello, se castiga con pérdida patrimonial de la mitad de los bienes para los *honestiores* y mutilación de mano para los *humiliores*<sup>45</sup>. Mientras que la falsificación de documentos privados o confección de escrituras falsas y la maquinación para hacerlas con el fin de incorporarlas al tráfico jurídico se castiga, independientemente de la condición social de los infractores, con la confiscación de una cuarta parte de los bienes y la pena corporal de cien azotes<sup>46</sup>. Finalmente, a los notarios públicos que falsificaban documento, usurpando la autoridad real, se les impone castigo agravado consistente en penas corporales acumulativas de mutilación de mano, doscientos azotes y decalvación<sup>47</sup>.

### 3. *El Alto Medioevo temprano anglo-sajón*

La falsificación documental en los territorios de la Inglaterra altomedieval carece de apoyo normativo. Es conocido que la ley penal de los anglosajones se forjó en su propio derecho consuetudinario al margen de la tradición romana<sup>48</sup>. En realidad, hasta comienzos del s. VII –coincidiendo con el proceso de cristianización y el desplazamiento del alfabeto rúnico por

pp. 554-555.

<sup>42</sup> *F.J.*, 6, 4, 3 y 5.

<sup>43</sup> *F.J.*, 6, 4, 3: «Que los que fieren ó lagan los ombres deven meter su cuerpo á otro tal, ó de se avenir con ellos»; pues, *ibid.*: «La muy grand sandez de muchos omnes es de vengar por mayor pena».

<sup>44</sup> Las penas físicas se aplicaban para delitos como: el rapto y la violación (*F.J.*, 3, 3, 1), el amancebamiento (*F.J.*, 3, 2, 8), el adulterio (*F.J.*, 3, 2, 3), las prácticas abortivas (*F.J.*, 6, 3 1 y 5), las prácticas supersticiosas (*F.J.*, 6, 2, 4), la apropiación indebida (*F.J.*, 5, 4, 8; 7, 1, 1; 7, 2, 13), la homosexualidad o la sodomía (*F.J.*, 3, 5, 6).

<sup>45</sup> *Lib.7*, 5. 1.

<sup>46</sup> *Lib.7*, 5. 2. *Vid.* también *Lib.7*, 5. 1; 7, 5. 2; 7, 5. 4; 7, 5. 5; 7, 5. 6; 7, 5. 7; 7, 5. 8 y 7, 5. 9. Según MARLASCA MARTÍNEZ, O., «La regulación...», *cit.*, p. 229: la sanción de mutilación (humiliores) y pérdida patrimonial (*honestiores*) coincidía con la de los longobardos.

<sup>47</sup> *Antiqua, Lib.7*, 5. 9.

<sup>48</sup> «Germanic tribesmen did not have a Roman sensibility of law...in such a family-based society, the laws of the folk-moot would probably have left much unsaid since the majority of legal disputes would have been settled internally» (TUCKER, Ch., «Anglo-Sa-

el latino— no se inicia la actividad de codificación y recopilación escrita del derecho regio. Eso sí, cuando se compila se adapta, tanto en el ámbito penal sustantivo como procesal, al nuevo credo cristiano<sup>49</sup>. Los Códigos de los monarcas anglo-sajones del Alto Medievo temprano no recogen expresamente el delito de falsedad documental, salvo la prescripción relativa a la adulteración del sello regio, que no se contemplaba como un *crimen falsi*, sino como un acto de traición al rey, de modo que el infractor que quebrantaba su lealtad se sancionaba con pena capital<sup>50</sup>. Por su parte, el documento privado no representaba todavía un instrumento probatorio o de garantía de derecho, por eso no se incorporaba a los autos en sede judicial, por tanto, su falsificación era irrelevante jurídicamente. Los derechos y privilegios, los acuerdos entre particulares o clanes, las deudas contraídas, etc. se acreditaban en juicio por medio de testigos de parte (*oath-helpers*) y las controversias se defendían por el sistema de la *compurgatio* o apuesta de ley (*wager of law*) consistente en probar la pretensión de la parte en juicio con la declaración bajo juramento de testigos del lugar. Además, en el Alto Medievo temprano las concesiones reales de feudos y derechos se realizaban en régimen de posesión *folkland*, sin la emisión de un documento escrito<sup>51</sup>, de modo que el disfrute o, en su caso, su entorpecimiento, se dirimía en sede judicial aportando prueba testifical. Esto demuestra que el perjurio y el falso testimonio tenga un tratamiento extenso en los códigos anglo-sajones, pero no así la falsedad documental.

#### 4. *El período altomedieval tardío hispánico-posvisigodo*

En los territorios hispánicos reconquistados confluyen el *Liber* y el derecho local. En la práctica, en muchos territorios —y en las comunidades mozárabes— el *Liber* pervive en la tradición oral pero se aplica el derecho municipal o señorial<sup>52</sup>. Estos nuevos ordenamientos territoriales recogen en

---

xon Law: Its Development and Impact on the English Legal System», en *USAFA Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1991, p. 135).

<sup>49</sup> Como señala HOLDSWORTH, «We expect therefore to find that the church exercised some influence over Anglo-Saxon law; and more so because, during this period, the close unity between church and state prevented the growth of a separate system of ecclesiastical courts...ecclesiastical canons and secular laws are hardly distinct» (HOLDSWORTH, W., *A History of English Law*, Oxford University Press, London, vol. II. 3.º ed. 1927, p. 22).

<sup>50</sup> *Vid.* Æthelred, v. 30.

<sup>51</sup> Como señala STENTON, F. M., *Latin Charters of the Anglo-Saxon Period*, Oxford, Oxford University Press, 1955, pp. 60-61: «...the stages by which these rewards to faithful companions passed into hereditary properties are unrecorded...».

<sup>52</sup> La aplicación del *Liber* en la Alta Edad Media no ha de entenderse como una aplicación directa de la ley escrita, sino como referente jurídico que se trasmite de generación

gran medida los elementos definitorios del delito de falsedad documental – *mutatio veritatis* y dolo– del *Liber* siguiendo la tradición pauliana, pero no convergen en el régimen sancionador. Mientras que la jurisdicción eclesiástica optaba por la sanción espiritual, el poder regio prefirió hacer uso de las penas pecuniarias<sup>53</sup>. Así, en el *Fuero Viejo* de Castilla se halla una prescripción relativa a las cartas de crédito, donde se establece una sanción patrimonial tanto para el cristiano que aducía falsedad sin causa como para el judío falsario<sup>54</sup>. El Derecho aragonés también opta por la pena pecuniaria o patrimonial<sup>55</sup>, del mismo modo que contempla un mayor reproche penal para el falsificador cualificado, pues al notario que incurriese en este delito se le obligaba a rehacer el documento, multa de sesenta sueldos y pérdida de su oficio<sup>56</sup>. También los ordenamientos de la órbita del *Fuero de Cuenca*, como el de Alarcón, Béjar, Baeza, Alcaraz o Zorita inciden en la falsedad cometida por notario público<sup>57</sup>. De la escueta expresión *Si notarius de falsitate, aut defraudatione convictus fuerit* habremos de entender que se refiere a la falsificación realizada por notario de documento público o privado, siempre que éste último tuviese aptitud para documentar declaraciones con relevancia jurídica. El notario, como depositario de la fe pública, es la única persona jurídicamente obligada a documentar la verdad, pero bien es cierto, que la mendacidad de las declaraciones de particulares recogidas por el notario, que las cree verdaderas y ciertas, no le subsumen a éste en el tipo. En los fueros citados se sanciona al fedatario público con pena patrimonial del duplo de lo defraudado, si el negocio o la cuantía de la causa no alcanzase los cien mencales y pena corporal de mutilación del dedo pulgar de la mano derecha

---

en generación de forma oral y que adquiere carácter de derecho general supletorio u orientador de un «nuevo derecho, surgido de las necesidades del momento y, en consecuencia, con unas características comunes para todo el territorio dominado por cristianos» (IGLESIA FERREIRÓS, A., «Derecho municipal, derecho señorial, derecho regio», *Historia, Instituciones, Documentos*, n.º 4, 1977, pp. 125-126). *Vid.* ALEJANDRE, «Estudio histórico...», *cit.*, p. 124.

<sup>53</sup> El *Fuero Viejo Castilla*, 1: 1, 6, 2 preveía la sanción de cinco sueldos de caloña a quien quebrantare el testamento del *jues de Ynfançon*. *Vid.* ALEJANDRE, «Estudio histórico», *cit.*, p. 150.

<sup>54</sup> *Fuero Viejo*, 3, 4, 19.

<sup>55</sup> *Fuero de Jaca*, A, 35: «...aquei qui la presenta [carta falsa] deu dar LX ss. [sueldos] per calonia». *Vid.* también, aunque con alguna divergencia procesal, la versión que figura en *Fuero de Jaca*, A, 257, ed. MOLHO, M., «El fuero de Jaca», en *Fuentes para la historia del Pirineo*, t. I, Zaragoza, 1964. Respecto a los indicios de falsedad en documento, *vid.* CANELLAS LÓPEZ, Á., «El documento notarial en la legislación foral del reino de Aragón», en *Medievalia*, 10, 1992, pp. 73-78.

<sup>56</sup> *Vid.* CANELLAS LÓPEZ, Á., «El documento notarial...», *cit.*, p. 80.

<sup>57</sup> *Fuero de Alarcón*, 389; *Fuero de Béjar*, 538; *Fuero de Baeza*, 425; *Fuero de Alcaraz*, 6, 33 o *Fuero de Zorita*, 348.

cuando el valor de lo defraudado superase esa cuantía<sup>58</sup>. Por su parte, el *Fuero de Teruel*, solo prevé la pena corporal de mutilación del dedo pulgar como subsidiaria de la pena patrimonial en caso de insolvencia o impago de ésta<sup>59</sup>.

Curiosamente, en el *Fuero General de Navarra* no parece que se sancione al falsario, sino simplemente se establece un mecanismo procesal para evitar que la parte falsaria se valga de un medio de prueba espurio quebrantando la acción de la justicia, por eso se dan instrucciones para detectar carta falsa, dictándose que, si se probase su falsedad, no se tenga como instrumento válido de prueba<sup>60</sup>. Los *Usatges* no hacen referencia a la falsedad documental, por lo que entiende Alejandro que en Cataluña el *Liber* continuó siendo la norma aplicable para este delito<sup>61</sup>. Es posible, no obstante, que los *Usatges* sigan su propio derecho consuetudinario y no confieran todavía al documento un alto valor probatorio, siendo la prueba testifical, al igual que en los territorios ingleses, la que impera en sede judicial. Esto justificaría que los *Usatges* disponen de una extensa y detallada regulación referida tanto al falso testimonio como al perjurio<sup>62</sup>.

En la práctica forense del período altomedieval, previsiblemente la pena de falso era impuesta por el juez que actuaba en la causa principal. En todo caso, la potencial falsedad tenía que alegarse por la parte perjudicada, aunque no se descarta la actuación de oficio como en los casos de falso testimonio<sup>63</sup>. Es posible que, concluido el juicio de la causa principal y dictada sentencia, la parte perjudicada por la supuesta aportación de documento falso de contrario, pudiera entablar acción judicial, no sólo para que se determinara la autenticidad o falsedad del documento y la posible imposición de pena de falso al infractor, sino para revertir el pronunciamiento de la causa principal, si el documento inveraz hubiera sido determinante en el fallo.

<sup>58</sup> Vid. *Fuero de Cuenca*, XVI, 29, 455.

<sup>59</sup> *Fuero de Teruel*, 86.

<sup>60</sup> *Fuero General de Navarra*, II, 6, 15, ed., ILARREGUI, P. y LAPUERTA, S., Pamplona, 1869.

<sup>61</sup> ALEJANDRE, «Estudio histórico...», *cit.*, pp. 153 y ss.

<sup>62</sup> Vid. *Usatges*, 143 y 162.

<sup>63</sup> Así se desprende de las primeras leyes visigóticas de ERVIGIO (*Lex Visigothorum*, 2, 4, 7) o EGICA (*Lex Visigothorum*, 2, 4, 8) en las que se regula el delito de falso testimonio junto con los plazos de los que dispone la víctima para iniciar el proceso. Empero, hay ciertos indicios de que el juez podría actuar de oficio en el Derecho visigodo. Por ejemplo, cuando en la Ley de Egica mencionada se señala: «potestas iudiciara comprobata» o cuando en la Ley de Chindasvinto se determina que la pena se condicione a que «in mendatio inventitur» (*Lex Visigothorum*, 2, 4, 6) se estaría otorgando al juez la potestad de persecución de oficio.

Tampoco es posible precisar con certeza –en los supuestos en los que se enjuiciaba un delito de falsedad documental como causa separada– si los juzgadores eran nombrados por las partes en litigio como jueces de avenencia<sup>64</sup> o, si por el contrario, necesariamente tenían que ser jueces oficiales nombrados por la autoridad real para dictar «fazañas»<sup>65</sup>.

## 5. *El Alto Medievo tardío anglo-sajón*

A partir de finales del s. VIII, en el Alto Medievo tardío, los reyes anglosajones, junto a otros miembros de la alta nobleza, ofician con cierta frecuencia *charters* de carácter administrativo y concesiones de «posesión *bookland*»<sup>66</sup>. La adulteración o falsificación de estas *charters* se tipificaba como un delito *unemendable*, cuyo enjuiciamiento se reservaba a la *Curia Regis* y se castigaba con la pena de muerte, no porque existiese una prescripción concreta sobre el régimen penal del delito de falsedad documental, sino porque este ilícito, al igual que en el Altomedievo temprano, entraba en la categoría penal de traición que no podía resarcirse con pena pecuniaria o corporal sustitutoria<sup>67</sup>. Es posible, en atención a la legislación del rey Cnut ya a inicios del s. XI, que se integrase en la categoría de traición también la

<sup>64</sup> MARTÍNEZ MARINA, F., *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla especialmente sobre el código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio*, Imprenta D.E. Aguado, Madrid, 1834, I, p. 165.

<sup>65</sup> En relación al carácter normativo u orientativo de las «fazañas», *vid.* MARICHALAR MARQUÉS DE MONTESA, A. y MANRIQUE, C., *Historia de la legislación y recitaciones del derecho civil de España*, t. II, Imprenta Nacional, Madrid 1861-1872, pp. 223-233. Sostienen estos autores que el fuero de albedrío correspondía a jueces oficiales que juzgaban según su leal saber y entender con arreglo a las disposiciones legales y a lo que se consideraba justo según la costumbre del lugar. *Vid.* también GARCÍA GONZÁLEZ, J., «Miscelánea I: Notas sobre Fazañas», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1963, p. 612. MINGUIJÓN, en cambio, cree que son «fallos dictados sin sujeción a las leyes escritas, según el leal saber y entender de los juzgadores, y que debían servir de norma para fallar los casos análogos que en adelante se presentaren» (MINGUIJÓN Y ADRIÁN, S., *Historia del Derecho español*, t. II, Cuadernos, Zaragoza, 1925, 3.º ed. p. 115). Por su parte, GALO SÁNCHEZ dice que son «sentencias que en ocasiones sientan jurisprudencia y a veces son dadas conforme al libre albedrío del juez» (GALO SÁNCHEZ, *Curso de Historia del Derecho*, Instituto Editorial Reus, 1960, p. 72). Aunque, precisa que las fazañas podrían haber sido fuente del Derecho antes de Alfonso X, pues a partir de la Partida 2, 22, 14, las sentencias del rey son fuente creadora de Derecho, no en vano Alfonso X prohibió que se juzgase por Fazaña de jueces no reales (GALO SÁNCHEZ, «Para La Historia de la redacción del antiguo Derecho castellano», *A.H.D.E.*, 1929, p. 263).

<sup>66</sup> A nuestros días llegaron más de un millar de *Charters*, bien como *diplomas* (otorgamiento de título de posesión de derechos y privilegios), como *writs* (órdenes o prohibiciones reales) o incluso como *wills* (legados de carácter institucional).

<sup>67</sup> *Vid.* Æthelred, v. 30.

quiebra de lealtad al señor feudal por parte de sus súbditos<sup>68</sup>, lo que supondría que recibirían también esta sanción los que adulterasen carta o sello de su señor. Por su parte, el documento privado carecía de efectos jurídicos, pues no se contemplaba aún como medio de prueba en sede judicial, de modo que su potencial falsificación no se intengraba en ningún tipo penal.

## 6. *El Bajo Medioevo temprano hispánico*

En este período los *scriptoria* de las instituciones monásticas en la defensa de sus derechos legítimos o espurios hicieron pasar por instrumentos genuinos documentos que representaban un tipo de «falso histórico» o «diplomático». Son innumerables los supuestos de falsificación documental que se consideran prototipos de «falso histórico», especialmente entre los siglos XI a XIII<sup>69</sup>. Más controvertido es el denominado «falso diplomático o

<sup>68</sup> Cnut, ii. 57.

<sup>69</sup> Vid. GARCÍA DE CORTÁZAR, J. Á., «La construcción de memoria histórica en el monasterio de San Millán de la Cogolla (1090-1240), en CORDERO, J. (coord.). *Los monasterios riojanos en la Edad Media: historia cultura y arte*. Logroño, 2005, pp. 71-94; y AZCÁRATE, P., ESCALONA, J., JULAR, C. y LARRAÑAGA, M., «Volver a nacer: historia e identidad en los monasterios de Arlanza, San Millán y Silos (siglos xii-xiii)», *Cahiers d'Études Hispaniques Médiévales*, 2006, vol. 29, pp. 359-394. En la pugna judicial entre el cenobio de Silos y el concejo, ambas partes se acusaron mutuamente de presentación de documentos falsos en el proceso judicial. Vid. ESCALONA MONGE, J., «Lucha política y escritura: falsedad y autenticidad documental en el conflicto entre el monasterio de Santo Domingo y el burgo de Silos (siglos XIII-XIV)», *Conflictos sociales, políticos e intelectuales en la España de los siglos XIV y XV*. XV, Semana de Estudios Medievales de Nájera, Logroño, 2004, pp. 205-252. Vid. también GARCÍA DE CORTÁZAR, J. Á., «Monasterios castellanos, memoria histórica y organización de la sociedad y del espacio en los siglos x al xiii», *Actas del congreso sobre la Abadía de Santo Domingo de Silos*. Vol. II, Burgos, 2003, pp. 143-176. En relación a la confirmación real del diploma (espurio) fundacional del cenobio de Arlanza, vid. CANTERA MONTENEGRO, M., «Falsificación de documentación monástica en la Edad Media: Santa María de Nájera», *Espacio, Tiempo y Forma*, Serie III, H.ª Medieval, t. 26, 2013, pp. 63-64 y también ESCALONA, J., AZCÁRATE, P. Y LARRAÑAGA, M., «De la crítica diplomática a la ideología política. Los diplomas fundacionales de San Pedro de Arlanza y la construcción de una identidad para la Castilla medieval», *Actas del VI Congreso Internacional de Historia de la Cultura Escrita*. Alcalá de Henares, 2002, vol. II, pp. 159-206 o AZCÁRATE, P., ESCALONA, J., JULAR, C. y LARRAÑAGA, M., «Volver a nacer...», *cit.*, pp. 359-394 y ESCALONA, J. y AZCÁRATE, P., «Una fuente "casi" perdida para la historia de la Castilla medieval. Notas en torno al Becerro de San Pedro de Arlanza». *Hispania*, 2001, vol. 208, pp. 449-474. Respecto al cartulario del monasterio de Santa María de Valpuesta, vid. BARRAU-DIHIGO, L., «*Chartes de l'Église de Valpuesta du IX au XI siècle*», *Revue Hispanique*, 7, 1900, pp. 274-293; FLORIANO CUMBREÑO, A. C., *Diplomática española del periodo astur. Estudios de las fuentes documentales del reino de Asturias (718-910)*. Oviedo, 1949.1951, vol I, pp. 102-1012; IBÁÑEZ

formal». Muchas obras literarias y documentos públicos existentes en nuestros días son copias de un original que en muchos casos se ha perdido. El copista tenía la venia para introducir interpolaciones e incorporar modificaciones en los usos lingüísticos adaptándolos a su época o a su dialecto, también podía modificar expresiones que podían ser mal interpretadas por sus coetáneos, podía incluso omitir texto ambiguo, ilegible o soez<sup>70</sup>. Sin embargo, las actuaciones en documentos de carácter jurídico, aun afectando aparentemente sólo a la forma, podían imprimir al texto modificado mayor relevancia jurídica que la que supuestamente tenía el texto original. Por ejemplo, la emulación de un tipo de grafía, escritura y dicción de carácter arcaico con el fin de dar la apariencia de que el documento «original» (ahora reconstruido) procedía de una época que asegurase la supuesta legitimidad del derecho o privilegio. Así pues, aun reproduciendo con literalidad el contenido del documento original, podía, en realidad, ocultar una conducta tendente a provocar un engaño respecto al momento histórico del documento genuino, dándole de este modo más autoridad y mayor derecho.

En este período el reproche penal de una conducta de falsedad documental se saldaba con pena pecuniaria, pena irrelevante para sancionar la actividad falsaria de los *scriptoria* monacales. Considerando además que este tipo de falsificación era perpetrada por hombres de iglesia, escaso margen quedaba al juez regio para sancionar al autor material porque éste se diluía en la propia estructura organizativa de la institución. No obstante, la impunidad podía también perjudicar a la propia entidad falsaria en tanto en cuanto sus propios intereses podían verse afectados por las falsificaciones de otros. Por eso, ante las limitaciones de la norma penal y del escaso rigor de las penas, tanto el poder eclesiástico como el regio optaron por incorporar, en sus escrituras y formularios, imprecaciones, maldiciones y anatemas contra aquellas personas que osasen a corromper la verdad documentada, confiando que el temor al castigo divino era más eficaz que la ley terrenal.

---

GARCÍA, M. Á., «El “Privilegio” de Alfonso II: introducción al señorío de Valpuesta en los siglos XI-XII», *Sancho el Sabio*, núm. 18, 2003, pp. 151-174. GARCÍA VILLADA, Z., «Valpuesta 804-2000. Mil doscientos años de historia», *Estudios Mirandeses*, XX, Miranda de Ebro, 2000, pp. 101-138; IBÁÑEZ GARCÍA, M. Á., «El “Privilegio” de Alfonso II: introducción al señorío de Valpuesta en los siglos XI-XII», *Sancho el Sabio*, núm. 18, 2003, p. 162.

<sup>70</sup> Vid. SILVESTRE, H., «Le problème des faux au Moyen Age (A propos d’un livre de M. Saxer)», *Le Moyen Âge*, núm. 66, 1960, p. 363.

## 7. *El Bajo Medioevo temprano anglo-normando.*

Al igual que en el contexto hispánico, se producen multitud de adulteraciones de documentos en los centros religiosos anglo-normandos con fines de reivindicación histórica y de aseguramiento de supuestos de derechos y privilegios entre los s. XI y XIII. Tras la Conquista normanda de Inglaterra en 1066, Guillermo I traspasó, sin documento escrito, cientos de feudos y haciendas de los nativos nobles anglo-sajones a caballeros normandos que le habían acompañado en el campo de batalla<sup>71</sup>. Asimismo, entre 1066 a 1135 cerca de 175 nuevos centros religiosos se establecieron en Inglaterra amparados por privilegio real o nobiliario de posesión de feudo. Pese a que la concesión se consumaba con el acto solemne de toma de posesión, lo cierto es que los centros religiosos empezaron a requerir un documento para asegurarse principalmente el carácter perpetuo del privilegio o derecho. Por ejemplo, en la Crónica del monasterio de Abingdon se registran 24 concesiones reales y de otros nobles a la abadía entre 1101 a 1115, pero sólo 8 figuran en un *Charter*, de modo que la única evidencia del derecho concedido es la del cronista o, en algunos casos, de la posterior confirmación real<sup>72</sup>. Por otra parte, la *Royal Chancery* no mantiene un registro de las concesiones reales hasta el año 1199<sup>73</sup>.

El motivo de la masiva reproducción y potencial «falsificación» de documentos a partir sobre todo del s. XII se debe fundamentalmente al desplazamiento de la prueba testifical de los *oath-helpers* en juicio<sup>74</sup> hacia la prueba

<sup>71</sup> Pese a que se atribuye a Guillermo I la *Charter* de concesión del feudo de Richmond al Conde Alan Rufus of Brittany, el manuscrito se elaboró posteriormente. *Vid.* CAYE, C. T., *Middle English Conveyances*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 1; *vid. Regesta Regum Anglo-Normannorum*, ed. Davis, H. W. C., Clarendon Press, Oxford, 1913-69, I, 27.

<sup>72</sup> *Chronicon Monasterii de Abingdon*, ed. Revd. Stevenson, J., Roll Series, 1858, II, 51-111.

<sup>73</sup> CAYE, C. T., *Middle English Conveyances*, *cit.*, p. 3.

<sup>74</sup> En efecto, la incesante controversia jurisdiccional entre la Corona —que consideraba el perjurio como un delito contra la Administración de justicia— y la autoridad eclesias-tica —que reclamaba para su jurisdicción el castigo de los perjuros aduciendo que el falso testimonio depuesto en proceso judicial bajo juramento era un pecado sujeto a la sanción divina— propició que los perjuros actuasen impunemente de forma casi profesionalizada creando una inseguridad jurídica que era necesario atajar; *vid.* POLLOCK, F. y MAITLAND, F. W., *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2 vols. Cambridge, Cambridge University Press (2.ª ed.), 1968, t. II, p. 543: «And so our ancestors perjured themselves with impunity». Esta sistema de aportación de prueba testifical dio paso en el s. XII a la primacía de la prueba documental en juicio desapareciendo los *oath-helpers* como un cuerpo institucionalizado de aportación de prueba o verificación de hechos, aunque las partes siguieron presentando prueba de aquellos testigos que supuestamente habrían tenido conocimiento directo o presencial de los hechos, *vid.* HIATT, A., *The Making of Medie-*

documental, lo que propició que muchos arrendatarios y los titulares de derechos y privilegios se viesen obligados a reconstruir por escrito su historia e intereses legítimos, mientras otros aprovechaban también para documentar derechos espurios<sup>75</sup>. Además, en el último tercio del s. XIII, entre 1278 y 1294, el rey Eduardo I quiso tener constancia de los títulos de sus súbditos nobles y para ello envió comisionados a los diferentes señoríos ingleses requiriendo, a través de mandatos judiciales, *quo warranto*, a sus súbditos «tenentes» –nobles e instituciones– que probasen documentalmente su carta de derechos y libertades y bajo qué título de garantía de derecho (*by what warrant*) poseían sus tierras y ejercían sus jurisdicciones. La mayoría de los nobles no podían presentar documentación acreditativa de sus derechos, de modo que el monarca acabó aceptando aquéllos ejercidos pacíficamente antes del año 1189<sup>76</sup>. No cabe duda de que el requerimiento real tuvo un efecto significativo en la reafirmación del derecho a través del documento. Por tanto, las abundantes reproducciones y adulteraciones de documentos entre los siglos XI y XIII se deben, en gran parte, a la aspiración de reafirmar los derechos y privilegios de sus titulares<sup>77</sup>, dada la dimensión jurídica que estaba adquiriendo el documento escrito en sede judicial.

Ranulf de Glanvill, en la segunda mitad del s. XII, es el primer jurista que hace referencia al delito de falsedad documental, señalando que se comete delito también por falsificación de documento privado<sup>78</sup>. No aporta ninguna

---

*val Forgeries: False documents in Fifteenth-Century England*, University of Toronto Press, 2004, p. 22. Vid. también BROOKE, C.N.L., «Approaches to medieval forgery», en BROOKE, C.N.L., ed. *Medieval Church and Society, Collected Essays*, London, 1971, pp. 100-120.

<sup>75</sup> Como advierten Morey y Brooke: «In the eleventh and twelfth centuries social pressures were such that respectable men and respectable communities forged as they had not forged before and would never forge again (MOREY, A y BROOKE, C. N. L., *Gilbert Foliot and his Letters*, Cambridge Studies in Medieval Life and Thought, New Series, 11, Cambridge, 1965, p. 128).

<sup>76</sup> CLANCHY, M. T., *From Memory to Written Record: England, 1066-1307*, Blackwell, Oxford, 1993, p. 3.

<sup>77</sup> TOUT, T. F., *Mediaeval forgers and forgeries*, The University Press, London, 1920, p. 212.

<sup>78</sup> GLANVILL, Ranulph, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, libr. xix, c. 7: «Generale crimen falsi plura sub se continet crimina specialia. Quem admodum de falsis cartis, de falsis mensuris, de falsâ monetâ, et alia similia quae talem falsitatem continent super quam aliquis accusari debeat et convictus condemnari (...) notandum quod si quis convictus fuerit de cartâ falsâ distinguendum est utrum carta regia an privata; quia si carta regia tunc is qui super hoc convincitur condemnandus est tanquam de crimine laesae majestatis. Si vero fuerit carta privata tunc cum convicto mitius agendum est sicut in caeteris minoribus criminibus falsi». Vid. RANULF DE GLANVILL, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, (c. 1188), ed. y trad. al inglés por G. D. HALL, *The Trea-*

concreción sobre los elementos constitutivos del tipo, limitándose a expresar cuál es la sanción correspondiente. Así, al convicto de falsificación de documento o sello real se castigaba con la pena capital por haber cometido un delito de *lèse-majesté*, pues el infractor habría quebrantado la lealtad y la voluntad real<sup>79</sup>, mientras que la falsificación de carta o documento privado se incluía entre los delitos menores<sup>80</sup>. No obstante, esta referencia a la carta privada n.º debía referirse al documento que afectaba a la relación jurídica entre dos o más individuos, sino al documento de Derecho privado en el que al menos una de las partes era una institución o un noble. Por ejemplo, en 1221, un judío, convicto de haber falsificado una escritura del prior del convento de Dunstable se salva de la horca pagando una elevada cantidad de dinero al monarca<sup>81</sup> o el caso de un lugareño también de Dunstable, Moses, que presentó en juicio una escritura falsa, como evidencia de que el prior de Dunstable le debían dinero. Demostrada la falsedad fue enviado a la Torre de Londres para ser ahorcado, aunque posteriormente se libró de la pena exiliándose del reino<sup>82</sup>. Además, a la luz de las penas impuestas en estos dos supuestos, el delito de falsedad de documento privado parece haber entrado en la categoría penal de «felonía» en el s. XIII, dejando de ser delito «menor» como indicaba en el siglo anterior Glanvill.

Al igual que en el contexto hispánico, junto a las actuaciones legítimas de reivindicación histórica<sup>83</sup>, los *scriptoria* monacales anglo-normandos documentaron también otras proezas, hazañas y privilegios espurios por conocidos amanuenses<sup>84</sup> amparados por una conciencia corporativa de permisividad

---

*tise on the Laws and Customs of the Real of England Called Glanvill*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 176 y ss.

<sup>79</sup> En las *Leges Henrici Primi*, 75, párrafo 2 (c. 1115) se incluye también la quiebra de lealtad del vasallo con su señor como delito de traición, lo que incluiría la vulneración del sello o carta señorial como delito de traición equiparable a la traición al rey.

<sup>80</sup> GLANVILL, Ranulph, *Ibid.*, pp. 176-7. *Vid.* HENRY DE BRACTON, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (escrito entre 1235 a 1260), ed. WOODBINE, G. E., *Bracton on the Laws and Customs of England* (trad. y ed. revisada por Thorne, Samuel), Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1968, vol. II, p. 337.

<sup>81</sup> *Annales Dunstable*, 66. *Vid.* POLLOCK, F. y MAITLAND, F. W. *The History of English Law before the Time of Edward I*, cit., II, p. 540.

<sup>82</sup> LUARD, H. R. (ed.), *Annals of Dunstable, Annales Monastici*, Rolls Series, London, 1865-9, iii, p. 66. *Vid.* TOUT, T. F., *Mediaeval forgers and forgeries*, cit., p. 211, nota 1.

<sup>83</sup> Como señala TOUT, T. F., *Mediaeval forgers and forgeries*, cit., p. 208: «It was almost the duty of the clerical class to forge. If it did not always commit culpable forgeries for its own particular interest, it forged, almost from a sense of duty, for the benefit of society, the community, the house whose interests it represented»

<sup>84</sup> Es conocido el acto de contrición del monje Guerno que en su lecho de muerte en el monasterio de Saint-Médard en Soissons confesó haber dedicado su vida a la «falsificación» de documentos en los monasterios de San Agustín en Canterbury y Saint-Ouen en

e impunidad<sup>85</sup>. Además, en los territorios ingleses todos los «falsificadores» eclesiásticos gozaban del privilegio del «beneficio del clero» ante el juez real, de modo que podían cometer su primer delito con absoluta impunidad. Por otra parte, los tribunales eclesiásticos no castigaban estas conductas, bien al contrario, el «falsificador» gozaba de una buena posición por sus conocimientos lingüísticos y destrezas en su actividad<sup>86</sup>. Además, en este caso, el emisor era la institución que daba forma documental a su propia declaración valiéndose instrumentalmente de otra persona para crear el documento<sup>87</sup>, lo que, ateniéndonos a la exigencia de la necesaria corporalidad de una manifestación para que se irrogase antijuridicidad, la institución quedaba en un limbo jurídico penal. Por ello, se desarrolló en el derecho penal histórico una concepción más espiritualista en la que la imputación de autoría había de realizarse asumiendo un criterio más amplio que tuviese en cuenta la voluntad del autor más que su implicación física en la producción del documento<sup>88</sup>. No obstante, este enfoque espiritualista n.º daba satisfacción al tema central de la imputación de autoría, especialmente por la enorme dificultad de probar cuál era la voluntad de su autor o, en otros términos, quién era el autor espiritual, y más complejo todavía era determinar cuál era el «espíritu» del emisor.

En contraste a la posición doctrinal de la «corporalidad» y al enfoque «espiritualista» se fue forjando también en el Bajo Medievo tardío una tercera vía concernida en determinar el nexo jurídico existente entre el declarante y la declaración<sup>89</sup>. Se podría pensar que el escriba —el documentante— de los *scriptoria* que corporiza la declaración del emisor —la institución— formando parte de la organización del declarante crea un documento «auténtico» (aunque no represente la verdad) en la medida en que el autor intelectual

---

Rouen (Vid. LEVISON, W., *England and the Continent in the Eighth Century*, Oxford University Press, Oxford, 1946, pp. 207-23). Vid. también COULTON, G. G., *Five Centuries of Religion*, 4 vols., Cambridge University Press, Cambridge, 1923-1950, vol III, pp. 310-312 y PEARSALL, D., «Forging Truth in Medieval England», en RYAN, J. y THOMAS, A. (eds.), *Cultures of Forgery. Making Nations, Making Selves*, Routledge, New York y London, 2003, p. 5).

<sup>85</sup> Vid. GRAFTON, A., *Forgers and Critics: Creativity and Duplicity in Western Scholarship*, Princeton University Press, Princeton, 1990, p. 104 y RENDELL, KENNETH W. 1994. *Forging History: The Detection of Fake Letters and Documents*, University of Oklahoma Press, Norman, 1994.

<sup>86</sup> vid. GILES CONSTABLE, «Forgery and Plagiarism in the Middle Ages», *Archiv für Diplomatik* 29 (1983): 1-41.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>88</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, Cedecs, Barcelona, 1999, p. 96 y ss.

<sup>89</sup> Para una revisión de la doctrina de la teoría espiritualista aplicada al delito de falsedad documental, aplicando modelos actuales, vid. en VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental...*, *cit.*, p. 98 y ss.

del documento es representado de forma eficaz por el copista o amanuense<sup>90</sup>. Por el contrario, si el escriba no tiene poder de representación –o no está permitida su representación legalmente– y actúa por sí mismo corporizando un testimonio propio o manifestación inexistente estaría creando un documento inauténtico. Así pues, existe una multitud de documentos auténticos, pero inveraces, en cuanto representan ejemplos claros de «falso histórico»<sup>91</sup>, en la documentación institucional inglesa de esta época del Bajo Medioevo temprano.

## 8. *El Bajo Medioevo tardío hispánico*

En el Bajo Medioevo tardío, tras la Recepción del Derecho romano y canónico, surge una importante actividad doctrinal en el seno de los juristas italianos de la Escuela de Bolonia abriéndose también nuevos espacios respecto a las notas definitorias del delito de falsedad documental y a su tipicidad. Así, ya hacia el año 1230, el jurista Azo, al glosar la *Novella 73*<sup>92</sup> optó por

<sup>90</sup> Como señala Jakobs, sólo las copias de documentos originales pueden ser considerados documentos auténticos cuando «son imputables a la organización del emisor y corporiza su declaración misma»: JAKOBS, G., *Falsedad documental...*, cit., p. 160, nota 127.

<sup>91</sup> A modo ilustrativo, recordemos, por ejemplo, que en la Inglaterra normanda figuran 208 disposiciones reales (*acta*) supuestamente dictadas por Guillermo I, sin embargo, muchos de ellas, al menos 62, se redactaron en el siglo siguiente a su reinado y del resto, una tercera parte se inventaron. Vid. CLANCHY, M. T., *From Memory to Written Record: England, 1066-1307*, cit., pp. 324 y ss. Es conocida la disputa judicial entre la abadía de Evesham y el obispo de Worcester en la que aquélla presentó ante la Curia judicial sendas bulas de inicios del s. VIII del papa Constantino, las bulas examinadas por el entonces papa Inocencio III las declaró auténticas, sin embargo resultaron ser falsas, vid. PEARSALL, D., «Forging Truth in Medieval England», cit., p. 6. Son también conocidos los fueros (*charters*) y privilegios de la abadía de Chertsey en Surrey que se re-editaron en el s. XIII y se hicieron pasar como genuinas y datadas del s. VII, vid. CLANCHY, M. T., *From Memory...*, cit., p. 322 y PEARSALL, D., «Forging Truth in Medieval England», cit., p. 6 y MALDEN, H. E., «The possession of Cardigan Priory by Chertsey (A Study in some Medieval Forgeries)», *Transactions of the Royal Historical Society*, Third Series, 5, 1911, pp. 224-225). La Universidad de Oxford exhibe documentación falsa de su origen fundacional en las escuelas del rey Alfredo el Grande en el s. IX, vid. CLANCHY, M. T., *From Memory...*, cit., p. 149 y PEARSALL, D., «Forging Truth in Medieval England», cit., p. 6. Los monarcas ingleses también validaron multitud de documentos falsos, en parte porque la confirmación de autenticidad reportaba beneficios para las arcas reales. Por ejemplo, en Inglaterra en el s. XIII, la simple confirmación que no implicaba ninguna modificación en relación al documento original o genuino se tarifaba en 1/9 del valor de la carta-fuero confirmada, denominadas «*Charters of inspeximus*», Vid., *Foedera*, I. 75-76; vid. también TOUT, T. F., *Mediaeval forgers and forgeries*, cit., p. 215.

<sup>92</sup> Vid. HEINEMANN, F., *Das Crimen Falsi...*, cit., p. 8.

cambiar el elemento nuclear del tipo de *crimen falsi* que figuraba en el texto justinianeo –la *imitatio veritatis*– por la *immutatio veritatis*, nota distintiva que también se recoge posteriormente en las *Partidas* como «mudamiento de la verdad»<sup>93</sup>. Así pues, el *falsum* jurídico –documental– no se perfecciona con la imitación de la realidad, sino con la conducta que la transforma, bien sea alterándola, contradiciéndola o destruyéndola.

La doctrina italiana aportó un nuevo elemento constitutivo a la acción punible de *falsum* al incluir expresamente el perjuicio ajeno como nota determinante del tipo, de modo que la antijuridicidad deviene de la conjugación de la *immutatio veritatis*, del dolo falsario y del *praeiudicium alterius*<sup>94</sup>, aun cuando el emisor del documento falso no se hubiese lucrado como consecuencia de esta conducta. Así, la falsedad se configura en torno a las notas que se integran en la definición que posteriormente en 1595 dio Farinaccio como *falsitas est veritatis mutatio dolosae et alterius prejuditium facta*<sup>95</sup>. Las *Partidas* inciden en el acto material de mudamiento de la verdad, bien sea en la confección misma del documento falso (falsedad hará el que *hiciese privilegio o carta falsa*<sup>96</sup>), o en la adulteración de la verdad escrita en el documento (...o *rayase o cancelase o mudase alguna escritura verdadera o pleito u otras palabras que eran puestas en ella cambiándolas*<sup>97</sup>) o en la manipulación de los signos externos de autenticidad (*quitase los sellos*<sup>98</sup>). Pero también es falsedad la conducta dirigida a ocultar la verdad (*falsedad hará el que tuviese carta u otra escritura de testamento que alguno hubiese hecho, si la negase diciendo que no la tenía, o si la hurtase a otro que la tuviese en guarda y la escondiese, o la rompiese*<sup>99</sup>). El legislador dejó abierto el perímetro de las conductas potenciales dirigidas a la falsificación documental con la expresión *o la dañase [la carta] de otra manera cualquiera*<sup>100</sup>. En todo caso para que estas acciones configurasen el tipo tenían que realizarse *a sabiendas o falsamente*<sup>101</sup>.

Las fuentes normativas medievales hispánicas no utilizan el término «falsificación» ni tampoco se utiliza *forgery* o *counterfeit*<sup>102</sup> en el derecho inglés.

<sup>93</sup> *Part.*, 7, 7, 1.

<sup>94</sup> *Vid.* HEINEMANN, F., *Das Crimen Falsi...*, cit., p. 20. Para la noción de *falsum* en la doctrina italiana medieval, *vid.* ROJAS AGUIRRE, L. E., «Historia dogmática de la falsedad documental», cit., pp. 550-555.

<sup>95</sup> FARINACCIO, Próspero, *Praxis et theoria criminalis*, 1595. Questio 150.

<sup>96</sup> *Part.*, 7, 7, 1.

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> *Forgery* procedente del vocablo del francés medieval *forgier*, que a su vez procede del verbo *forger* «manufacturar» o «fabricar», empieza a adoptar un valor semántico pe-

Se refieren exclusivamente a «falsedad». Sin embargo, cuando estos vocablos se incorporan a la terminología jurídica que tipifica el delito de falsedad documental, las nociones de falsedad y falsificación se intercambian, pese a que semánticamente la falsedad es cualidad o condición de lo falso y falsificación es acción o efecto de falsificar<sup>103</sup>. Esta distinción no sería banal porque, siendo así, la falsificación sólo sería aplicable a las cosas y no a la conducta de las personas<sup>104</sup>, pero como acabamos de ver las *Partidas* incluyen en el tipo a las conductas de ocultación de carta auténtica<sup>105</sup>. Repárese, entonces, que, mientras que la falsificación implica la preexistencia del elemento físico que es objeto de alteración, la falsedad, en cambio, puede manifestarse a través de un hecho o actuación que no representa la verdad, o simplemente mediante la omisión dolosa de elementos verdaderos que no tienen necesariamente un soporte físico<sup>106</sup>. Como se ha expresado de forma gráfica: «poner lo falso en el lugar que *debiera* ocupar lo verdadero» es falsedad, mientras que «poner lo falso en el lugar *ocupado* anteriormente por lo verdadero» es falsificación<sup>107</sup>.

Actualmente algunas voces tratan de integrar ambas figuras bajo el mismo paradigma aduciendo que la falsedad es el género y la falsificación una de sus especies. Esta posición surte efectos, en tanto que toda falsificación conlleva necesariamente la nota de falsedad, mientras que ésta puede manifestarse sin aquélla<sup>108</sup>. En cualquier caso, la pretensión de utilizar estos paradigmas modernos relativos a la noción de falsedad o falsificación al contexto medieval resulta inoperante porque se trata de ámbitos culturales distintos. Por ejemplo, las fabuladas narraciones de vidas de santos<sup>109</sup> o de héroes

---

yorativo asociado con la «fabricación» de historias ficticias en el s. XIV. El vocablo *counterfeit* para «falsificación» empieza a usarse a finales del s. XIII procedente del francés *contrefait* «imitación», falsa representación de la verdad.

<sup>103</sup> Vid. JIMÉNEZ ASEÑO, E., «Falsificación de documentos», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1958, t. IX, p. 467.

<sup>104</sup> Vid. PACHECO, J. F., *El Código penal concordado y comentado*, Imprenta de Santiago Sau, Madrid, 1848, tomo II, p. 266. Para una exposición más extensa, vid. VILLACAMPA IRIARTE, C., *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, cit., pp. 324 y ss. y CALLE RODRÍGUEZ, M.<sup>a</sup> V., *La falsedad documental inocua en la jurisprudencia española*, Universidad Complutense, Madrid, 2003, pp. 15 y ss.

<sup>105</sup> *Part.*, 7, 7, 1.

<sup>106</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1980, p. 906.

<sup>107</sup> APARICIO RAMOS, J., A., *La falsedad en la letra de cambio*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, p. 12.

<sup>108</sup> GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El código Penal de 1870 concordado y comentado*, t. III, (2.<sup>a</sup> ed.), Sucesores de J.A. García, Madrid, 1911, p. 770.

<sup>109</sup> Agnellus of Ravenna escribía en el s. IX: «where I could not uncover a story or determine what sort of life they led....I have, with the assistance of God through your prayers, made up a life for them. And I believe n.º deception is involved» (AGNELLUS OF

legendarios<sup>110</sup> carecen de autenticidad «histórica» para el observador actual, mientras que en el contexto cultural del Medieval se consideraban documentos históricos genuinos. De modo que los arquetipos de la nota de *falsum*, bien sea como lo antitético «de lo genuino o auténtico», o lo antagónico «de lo verdadero» tienen su reflejo en el ámbito jurídico-penal, en cuanto que la nota de *falsum* podría a representar una realidad no genuina («inauténtica») no punible, por ejemplo, la copia de un manuscrito original con interpolaciones y adaptaciones formales, o bien una conducta mendaz punible porque existía el propósito de engañar y perjudicar a un tercero.

Lo que no cabe duda es que a efectos de actuación punible, era necesario que la desfiguración de la genuinidad formal o la inveracidad objetiva se acompañase de culpabilidad, de modo que la antijuridicidad de la actuación humana surgía de un certero «animus laedendi». En realidad, esta doble percepción de la tipicidad del delito de falsedad documental no es inocua porque nos conduce a dos ámbitos clásicos de falsificación punible –falso histórico y falso diplomático – que afectaría al grado de responsabilidad, pero no a su exoneración.

Volviendo a los elementos constitutivos del tipo, tras la Recepción del derecho romano y canónico en la segunda mitad del s. XIII, se diseñaron tres notas distintivas aglutinadores de la tipicidad del delito de falsedad documental. La primera nota constitutiva del tipo es la determinación y voluntad dolosa de «fabricar» una declaración documentada o alterar conscientemente la genuinidad de un soporte físico documental existente utilizando medios y acciones que pretenden convertir en veraz lo que no es. Otro elemento distintivo de la antijuridicidad requiere que el carácter punible de esa inveracidad se materialice en acciones capaces de perturbar de forma efectiva, con efectos jurídicos, el tráfico documental o de ponerlo en riesgo suficiente con aptitud potencial para causar un perjuicio ajeno con independencia de que la maquinación falsaria resulte o no eficiente para lograr la consumación del delito. Se requiere también, como elemento constitutivo de la acción punible,

---

RAVENNA, *Liber pontificalis ecclesiae Ravennae*, en JONES, Ch., *Saints' Lives and Chronicles in Early England*, Cornell University Press, Ithaca, Londres, 1947, p. 63). Reginald of Canterbury señala en el prefacio de la vida de San Malchus (c. 1100): «so that however many miracles we may ascribe to Malchus personally, we will not have deviated from the truth. In addition, we do not deny that we have invented many things, as is the custom of versifiers», *vid.* REGINALD of *Canterbury, Vita S. Malchi*, ed. LEVI ROBERT LIND, *The Vita Sancti Malchi of Reginald of Canterbury: A Critical Edition with Introduction, Apparatus Criticus, Notes, and Indices*, Illinois Studies in Language and Literature, 27, 3–4, Urbana, 1942.

<sup>110</sup> GEOFFREY OF MONMOUTH en su *Historia regum Britanniae* hacia el año 1135 relata las hazañas del mítico e inexistente Rey Arturo que sus contemporáneos asumieron como cierta.

que el dolo falsario acarree un daño o perjuicio ajeno, aun cuando el emisor material o instigador del documento falso no se hubiese lucrado de su conducta<sup>111</sup>.

Las fuentes normativas hispánicas del Bajo Medievo integraron históricamente ilícitos muy heterogéneos bajo la rúbrica «De las falsedades» sin una acotación del ámbito material del tipo. En general, el legislador medieval se limitó a actualizar la casuística de conductas falsarias que los jurisconsultos del Bajo Imperio romano –Paulo, Ulpiano y Marciano– enunciaron en su interpretación de la *Lex Cornelia de falsis*. El Derecho castellano es un buen ejemplo de ello, por ejemplo, el *Fuero Real* recupera la casuística de acciones concretas de comisión del delito prácticamente transcritas de Paulo<sup>112</sup>, aunque es cierto que introduce nuevos elementos relativos al modo de consumación del delito, dejando incluso la enumeración abierta con la expresión *por otra guisa cualquier*<sup>113</sup>.

El *Fuero Real* establece una serie de garantías de validez del documento como instrumento de prueba judicial<sup>114</sup> al mismo tiempo que prevé un procedimiento autorizado y supervisado por el alcalde para rehacer un documento público que se hubiere deteriorado<sup>115</sup>. A diferencia de lo que ocurre en los territorios ingleses, el *Fuero Real* otorgó al documento que contenía una declaración privada un alto valor probatorio en pleito si se hacía ante fedatario público<sup>116</sup>, siempre y cuando éste reconociese a los declarantes por ser personas «de la tierra» o, si no lo «fueren», el escribano tenía que reconocer a los testigos como vecinos del lugar<sup>117</sup>. También el *Fuero Real* prevé la renovación de documento privado deteriorado, siempre y cuando diesen el consentimiento «aquellos contra quien aquellas cartas son fechas»<sup>118</sup>. Los documentos privados escritos sin las formalidades previstas podían aportarse en juicio, eso, sí, con el valor de simple testimonio (*por testimonio, vala*<sup>119</sup>), por tanto carecerían de valor probatorio, si la parte contraria demostraba su

<sup>111</sup> Vid. *FR.*, 4, 12, 6; *Esp.*, 4, 12, 47 y 48; *Part.*, 7, 7, 1; 3, 28, 118.

<sup>112</sup> PAULO, *Sent.*, 4, 7, 1: «*scripserit, recitaverit subiecerit, signaverit, suppresserit, amoverit, resignaverit, deleverit...*»

<sup>113</sup> *FR.*, 4, 12, 6: «*mudando, tolliendo, ennadiendo, desatando, camiendo el dia o el mes, o la era...*»

<sup>114</sup> Para que el documento tenga carácter público ha de realizarse por escribano nombrado por el rey, o por la autoridad en la que aquél hubiere delegado, y escribirá «con su mano» la totalidad del documento ante tres testigos y con expresión de día, mes y año de realización. (*FR.*, 2, 9, 1 y 1, 8, 7).

<sup>115</sup> *FR.*, 2, 9, 5.

<sup>116</sup> *FR.*, 1, 8, 5.

<sup>117</sup> *FR.*, 1, 8, 7.

<sup>118</sup> *FR.*, 2, 9, 5.

<sup>119</sup> *FR.*, 2, 8, 9.

inautenticidad. Del mismo modo que si una parte presentaba dos o más documentos privados con declaraciones contradictorias o incompatibles, a ninguno de ellos se le otorgaba ningún valor de prueba<sup>120</sup>. Parece que el juez, de oficio, podía examinar los documentos exhibidos en juicio cotejando las matrices y protocolos de las escrituras y comparándolas con otras escrituras realizadas por el mismo escribano<sup>121</sup>.

En el *Espéculo* se regula este delito irrogándose la pena de falso al que altere, modifique o elimine el nombre de alguien en documento que emane del rey y lleve su rúbrica («carta del rey»), al que usurpe o suplante la identidad de alguien en documento oficial, al que modifique, altere la rúbrica, al que incluya o elimine testigos de los hechos que se describen en el documento. Se dispusieron con rango normativo una serie de prevenciones que debían adoptar los escribanos cuando recibiesen la encomienda de redactar cartas oficiales<sup>122</sup>. Por eso, el delito de falsificación de «carta del rey», en particular del sello real, se consideraba un delito atroz equiparable a los delitos de traición que se castigaban con la pena capital y confiscación de la mitad de los bienes<sup>123</sup>. Igual rigor punitivo se le impondrá al escribano que elimine, borre, tache o altere alguna parte del documento genuino público. También se ha de sancionar con pena de falso a los que den traslado al rey o autoridad civil o eclesiástica de documentos oficiales falsos.

Es evidente que la circulación de documentos espurios causaba gran preocupación en la Casa Real, por eso, el monarca dictó instrucciones normativas al fin de que se delimitase con claridad quién estaba autorizado a «dar cartas en casa del rey»<sup>124</sup>, alertando, además, a los administradores de justicia de las diferentes formas en las que se podía producir la falsificación de un documento real (oficial)<sup>125</sup>. También en el Título XII del Libro IV del *Espéculo*, denominado «De los escribanos e de las cartas», se establecen directrices para la confección de diferentes tipos de escrituras privadas y cartas del rey, al tiempo que se explicitan de *quantas maneras pueden ser fechas falsidades en las cartas*. El *Espéculo* describe un inventario abierto de las modalidades de comisión del delito de falsedad<sup>126</sup>. Las *Partidas*, por su parte, vuelven a reincidir en que «*puédese hacer la falsedad en muchas maneras*»<sup>127</sup>, lo que muestra la preocupación real por atajar estas conductas hasta el

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> *FR.*, 2, 9, 4.

<sup>122</sup> *Esp.* 4, 12, 5

<sup>123</sup> *Esp.* 5, 14, 11.

<sup>124</sup> *Esp.* 4, 6, 3.

<sup>125</sup> *Esp.* 4, 12, 48.

<sup>126</sup> *Esp.*, 4, 12, 47 y 48

<sup>127</sup> *Part.*, 7, 7, 1.

extremo que se habilita a los jueces para que puedan ser asistidos de *omes sabidores e catar e escodriñar la letra, e la figura de ella, e la forma e el signo del escribano*<sup>128</sup>.

Cuando el documentante era fedatario público garantizaba que la manifestación del declarante era auténtica y genuina, –aunque podía ser inveraz– de suerte que el documento era instrumento de garantía de lo documentado, aunque la manifestación del declarante no representase la verdad. Por el contrario, cuando un escribiente particular documentaba la manifestación del declarante, aquél sólo ayudaba instrumentalmente a éste, estableciéndose una relación «cognitiva o sensorial», exenta de eficacia jurídica<sup>129</sup>. Por eso, el *Espéculo*<sup>130</sup>, el *Fuero Real*<sup>131</sup> o las *Partidas*<sup>132</sup> enuncian con detalle las posibles modalidades falsificación dolosa por parte de los fedatarios públicos, elevando a rango normativo una serie de prevenciones que debían adoptar los escribanos cuando recibiesen la encomienda de redactar cartas oficiales<sup>133</sup>.

El régimen sancionador del delito de falsedad documental en el Derecho de Castilla en la Baja Edad Media tardía se basa en el castigo, el escarmiento y la intimidación en concordancia con el objeto de la pena que no es otro que *la enmienda de pecho y escarmiento que es dado segund ley a algunos por los yerros que fizieron*<sup>134</sup>. Con carácter general, el delito de falsedad documental se sanciona con pena pecuniaria, pena corporal –generalmente la mutilación y el marcado– y pena capital dependiendo de la condición social del reo, de la cuantía del interés lesionado o puesto en riesgo y del tipo de documento objeto de falsificación. Por ejemplo, el *Fuero Real* dispone que se sancione con la pena capital al notario y escribano público que alteren el contenido de la verdad de lo declarado para avalar una pretensión en causa judicial cuya cuantía superase cien maravedís; o, en su caso, con la pena de amputación de mano en litigio de una cuantía inferior<sup>135</sup>. El *Fuero Real* también determinaba que la falsificación de carta real por persona de cualquier condición social acarrearba la pena de muerte y la confiscación de la mitad de los bienes<sup>136</sup>. Pena corporal infamante – marcado en la frente–, exilio y confiscación de bienes se dictaba también en el *Fuero Real* para el delito de fal-

<sup>128</sup> *Part.*, 3, 28, 118.

<sup>129</sup> JAKOBS, G., *Falsedad documental...*, cit., p. 146.

<sup>130</sup> *Esp.*, 4, 12, 47.

<sup>131</sup> *FR.*, 4, 12, 1.

<sup>132</sup> *Part.*, 7, 7, 1.

<sup>133</sup> *Esp.* 4, 12, 5.

<sup>134</sup> *Part.*, 7, 31, 1.

<sup>135</sup> *FR.*, 4, 12, 1.

<sup>136</sup> *FR.*, 4, 12, 6.

sificación del sello regio, incluyendo la pérdida de los hábitos para los hombres de iglesia. Si la falsificación de sello no afectaba a la Casa real se eximía de marcado al infractor, manteniéndose las restantes penas<sup>137</sup>.

Las *Partidas* también establecen un régimen punitivo en atención al tipo de documento (documento papal<sup>138</sup>, carta real, documento privado, testamento, etc.) y de la condición social del infractor. Así, prescribe la pena capital para los siervos y el destierro y la confiscación de bienes para los hombres libres si no tenían herederos directos hasta el tercer grado<sup>139</sup>. No obstante, ni las personas de calidad se libraban de la pena capital si falsificaban el sello o el contenido de carta o privilegio real o papal<sup>140</sup>. Para los hombres de iglesia —y con el fin de evitar conflictos de jurisdicción— las *Partidas* disponen de una pena alternativa a la pena capital consistente en la privación de su condición de eclesiástico, el destierro y la marca infamante<sup>141</sup>, en parecidos términos a lo que preveía también el *Fuero Real*. Caso distinto es la falsificación perpetrada por escribano público<sup>142</sup> al que el Código alfonsino impone la pena de muerte o, en su caso, la amputación de la mano ejecutora del delito y la pena infamante de inhabilitación para el oficio y para ser testigo en juicio<sup>143</sup>.

Finalmente, cabe reseñar, como ya señaló Alejandro, que en las fuentes normativas no exista referencia explícita a la falsificación de documentos emitidos por autoridades administrativas, judiciales o eclesiásticas inferiores al Rey o al Papa. El «desacato» a la autoridad intermedia entraría, según este autor, en el mismo régimen penal de los documentos privados<sup>144</sup>, lo cual parece discutible, aunque dicho autor no indica que se encuadre en el mismo tipo penal, sino en el mismo régimen sancionador. Nótese, además, que Alejandro incluye en la misma categoría de documento privado, la falsedad de documentos puramente privados (de Derecho privado) incluidos los que hubieren sido objeto de intervención por escribano público, pues n.º dejan de tener carácter privado. No obstante, esto nos lleva a un nivel de análisis distinto, cual es la «fe pública» que adquiere un documento privado, que no se convierte en público por el hecho de estar autenticado por fedatario público, pero en la medida en que adquiera relevancia su función probatoria, deja de ser inocuo en la tipicidad del delito. Bien es cierto que el escribano se limita

<sup>137</sup> *FR.*, 4, 12, 2.

<sup>138</sup> *Part.*, 7, 7, 6.

<sup>139</sup> *Part.*, 7, 7, 6.

<sup>140</sup> *Part.*, 7, 7, 6.

<sup>141</sup> *Part.*, 1, 6, 60.

<sup>142</sup> *Part.*, 7, 7, 1.

<sup>143</sup> *Part.*, 7, 19, 16).

<sup>144</sup> ALEJANDRE, «Estudio histórico..», *cit.*, p. p. 167.

a documentar unos hechos narrados pero no su verdad, de modo que el documento puede ser auténtico, pero inveraz. Sin embargo, si el destino de ese documento es entrar en el tráfico jurídico, el documento privado autenticado corporeiza una presunción de veracidad y autenticidad con fuerza probatoria *iuris tantum*.

### 9. *El Bajo Medioevo tardío inglés.*

En los territorios ingleses, tanto en *Britton*<sup>145</sup>, donde se recoge una compilación de la ley inglesa, como en *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* de Henry de Bracton<sup>146</sup> se diferencia entre la falsificación de carta y sello regio, que sigue incluida dentro de los delitos de traición, y la falsificación de otro tipo de documento público que se encuadra entre los delitos de felonía<sup>147</sup>. En línea con esta tipología, el *Statute of Treason* de 1352 integra también el delito de falsificación del *Great and Privy Seal* del rey entre los siete tipos de traición contra la Corona y que parece estar vigente a inicios del s. XV. Así, cuando en 1401 se juzga en el *King's Bench* a un inculpado bajo la acusación de *Forgery of the king's commission and misusing the king's seal*, probado su delito, el reo fue eviscerado y colgado (*drawn and hanged*<sup>148</sup>).

Más controvertida debió ser la clasificación penal de la falsificación de documento con sello de un noble por parte de su siervo. En el último cuarto del s. XII los *Courts of Assize* (jueces reales itinerantes) aplicaban la pena de muerte agravada por ser uno de los delitos de traición<sup>149</sup>, sin embargo, un siglo más tarde, el *Fleta* incorpora esta trasgresión entre los delitos de felonía, castigándose a su infractor con la pena de infamia perpetua y la pena corporal de exposición en la picota<sup>150</sup>.

Respecto a los documentos privados, la doctrina jurídica y los compendios legislativos del *Common Law* reclamaban la existencia de ciertos elementos externos que acreditasen la autenticidad del documento para que tuviera relevancia jurídica en el ámbito civil. Por ejemplo, en *Britton* la autenticidad se presumía con la existencia del sello de ambas partes

<sup>145</sup> *Britton*, i. 25.

<sup>146</sup> BRACTON, Henry de, ii. p. 258, fo. 118b.

<sup>147</sup> *Britton*, i. 25.

<sup>148</sup> *The Year Books* (1401), 2 Hen. 4, 25, folio 25a.

<sup>149</sup> *Vid.* el Assize de Northampton de 1176 citado por TOUT, T. F., «Medieval forgers and forgeries», *cit.*, p. 210.

<sup>150</sup> [The treatise called] *Fleta*, I, 52-53, ed. RICHARDSON, H. G. y SAYLES, G. O., *Selden Society*, vol. 72, London, 3 vols, 1955 (1647). El *Fleta* se escribió hacia el año 1290 y se considera un epítome de *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* de Henry de Bracton. Se cree que su autor le puso este título por haber sido escrito en la prisión de Fleet.

contractuales<sup>151</sup>, mientras que para Bracton la genuinidad se acreditaba con el sello del cedente o arrendador y de los testigos, no siendo necesario el sello del beneficiario<sup>152</sup>. El sello o la firma de los testigos parece que no era requisito necesario de validez, así el *Fleta*<sup>153</sup> y el *Britton*<sup>154</sup> sólo se posicionan por recomendar su inclusión. En realidad, todo apunta a que los hombres libres disponían de su propio sello personal<sup>155</sup>. La impresión del sello debía ir acompañada de la expresión: *Quod ut ratum sit (o In cuius rei testimonium huic scripto sigillum meum apposui*<sup>156</sup>, fórmula que debió exigirse para que sirviese de prueba en sede judicial, pues en los *Year Books* ya en 1492 se dejó constancia de que «*if a man seals a deed («escritura») without these words «In cuius rei testimonium sigillum suum apposuit» it is not a good deed*»<sup>157</sup>. Por otra parte, mientras que en *Britton*<sup>158</sup> se indica que la fecha era un elemento acreditativo del documento, ni Bracton ni en el *Fleta* se hace referencia a esta exigencia. De hecho, los documentos privados anteriores al s. XIV raramente incluían la fecha. Señala Coke siglos más tarde que los que realizaban documentos a finales del s. XII y durante el s. XIII omitían la fecha deliberadamente para acogerse a la prohibición de litigar en los tribunales reales sobre la veracidad de las escrituras hechas antes de la «legal memory», esto es, antes de 1189<sup>159</sup>.

Cuando una parte en juicio alegaba manipulación de escritura (privada), la otra parte podía presentar su oposición a que se considerase tal alegación por el juez. En 1302 un contendiente aduce que el sello de una escritura estaba *hanging by a thread*, la otra parte se opuso a que el juez entrase a

<sup>151</sup> *Britton*, I, 251. *Britton* es un compendio de la ley inglesa escrito en el reinado de Eduardo I. Pese a que se atribuye su autoría al obispo de Hereford, John Le Breton, dicho extremo no se ha confirmado toda vez que incluye disposiciones posteriores a la muerte de aquél en 1275.

<sup>152</sup> Bracton, Henry de, II, 119-20, f. 38 y 108-109, ff. 33b, 34.

<sup>153</sup> *Fleta*, III, 31.

<sup>154</sup> *Britton*, I, 257.

<sup>155</sup> *Vid.* Los campesinos libres en el norte de la Inglaterra ocupada por los escandinavos ya disponían de sello personal para actuar como actores en sus negocios jurídicos o como testigos de otros en el s. XI. *Vid.* STENTON, F., M, *The Free Peasantry of the Northern Danelaw*, Oxford, 1969, pp. 28-136.

<sup>156</sup> Bracton, Henry de, II, 119, f.38.

<sup>157</sup> *Year Book* (V) 7 HENRY VII, Trin. plea 1. Los *Year Books* son relatos jurídico-procesales que se «imprimieron» entre 1268 a 1535.

<sup>158</sup> *Britton*, I, 257.

<sup>159</sup> COKE, SIR EDWARD, *The First Part of the Institutes of the Laws of England, Or, a Commentary upon Littleton*, 16th ed. de Hargrave, F. y Butler, Ch., 3 vols. Londres, 1809, I, f. 6a. *Vid. supra*: Eduardo I acabó aceptando aquellos derechos ejercidos pacíficamente antes del año 1189.

valorar dicho extremo y el juez dio por concluida la cuestión<sup>160</sup>. Pero si la parte no alegaba su derecho a oponerse, se obligaba en todos sus términos a lo contenido en la escritura<sup>161</sup>.

La acción para activar un proceso penal por la falsedad en documento privado como acción accesorias a una causa principal relativa a un título o derecho de propiedad empieza el s XIV. A partir de esta época los jueces reales podían examinar la aptitud y autenticidad del documento aportado como prueba en juicio comprobando el *seal* y la *rasure*. Bajo el vocablo *rasure* se incluye la eliminación o borrado de palabras o frases escribiendo otras nuevas en la sección borrada o incluyéndolas en interlineados. Le correspondía litigar la inveracidad y probarla a la parte damnificada. En 1331, un letrado inicia su alegación diciendo que la escritura que aportaba la otra parte era sospechosa y requería al juez que lo comprobara. El juez Herle le responde *If there is a rasure you must see it and plead your plea, and not throw on us the job of pleading your plea*<sup>162</sup>. Una vez alegada y fundamentada la falsificación por la parte en juicio, entonces el juez accedía a su examen y si constataba la *rasure*, dictaba la inveracidad del documento y se tenía como no «producido», castigándose a la parte, aunque no fuese el autor material del documento, con pena pecuniaria o pena subsidiaria de prisión en caso de insolvencia<sup>163</sup>. No se consideraba fraudulenta o falsaria la *rasure* hecha antes del estampado del sello. Así, en 1361, un varón había hecho una escritura haciendo una donación a su hermana, posteriormente hizo una *rasure* borrando el nombre de la hermana y colocando en su lugar a dos de sus hermanos. La hermana alegó falsificación que no prosperó<sup>164</sup>. Por otra parte, la *rasure* tenía que afectar a los elementos esenciales del documento como la identidad de las partes, la descripción del derecho e interés u obligación, la parte dispositiva. No eran invalidantes los errores en el listado de testigos o de lugares, por ejemplo<sup>165</sup>.

También en el ámbito procesal, si una parte alegaba en juicio que la escritura que se aportaba había sido realizada por la otra parte (o sus antepasados), ésta podía simplemente negarlo (*nient son fet*) y se tenía como no existente. En cambio, si la alegación del controvertido documento era aceptada por la otra parte para determinar su validez en juicio, la escritura quedaba en sede

<sup>160</sup> YB (Rolls Series) 30 & 31 Edward I, 152-153.

<sup>161</sup> YB (V) 41 Edward III, Pasch. pl. 7.

<sup>162</sup> YB (V), 5 Edward III, Trin. pl. 39.

<sup>163</sup> YB (V) 7 Edward III, Mich. pl. 44. y 24 Edward III, Mich. pl. 35.

<sup>164</sup> YB (v) 35 Lib. Ass., pl 6.

<sup>165</sup> YB (Roll Series) 12 & 13 Edward III, p. 54.

judicial para averiguar su autenticidad posponiéndose la vista<sup>166</sup>. Si se declaraba falsa, la escritura se retiraba del tráfico jurídico, si era verdadera se entregaba a la parte que la había producido como genuina. La única impronta de criminalidad en este proceso se producía cuando uno de los contendientes alegaba que era su propia escritura y luego se demostraba que era falsa. En estos casos, el delito tipificado de *misdemeanour* (menos grave) se castigaba con multa o encarcelamiento en caso de insolvencia<sup>167</sup>. Como señala Plummer, los procesos en causas civiles del Bajo Medioevo eran una auténtica «legal chicane» centrada en sembrar sospecha sobre la genuinidad de la prueba documental para anular la pretensión contraria<sup>168</sup>.

En una *Petitio* al Parlamento en 1371<sup>169</sup> se solicitaba la calificación penal de felonía para el delito de falsificación de documentos privados, lo que demuestra que existía cierta impunidad por la comisión de este delito. Además, otros acontecimientos históricos vienen a acentuar la preocupación por la difusión de documentos privados falsos. Por una parte, tras la peste negra, los nobles vieron amenazados sus privilegios ante las revueltas de los siervos que querían desprenderse de sus ataduras de servidumbre; especialmente violenta fue la Revolución Campesina o el Gran Alzamiento (*Pesants' Revolt* o *Great Rising*) de 1381 en la que los campesinos quemaron muchos archivos señoriales, precisamente con el propósito de que la nobleza quedara desposeída de los documentos que sustentaban sus derechos. Aplastada la revuelta social, la nobleza recupera su posición y se afana en poner por escrito sus privilegios.

Por otra parte, en los nuevos burgos emergentes surgen movimientos político-religiosos, como los Lolardos, seguidores de la doctrina de Wycliff, que intensifican la labor de alfabetización con el objeto de que los más humildes pudiesen leer por sí mismos los textos sagrados. Aparecen así nuevos amanuenses laicos que se buscan un medio de vida en el ámbito de los letrados, y obviamente muchos de ellos dispuestos a la falsificación mendaz. Así,

<sup>166</sup> En la mayoría de los casos las escrituras quedaban incautadas y no se reanudan los casos. Vid. KAYE, J. M., *Medieval English Conveyances*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 18. Vid. *Select Cases in the Court of King's Bench under Edward I*, ed. Sayles, G.O., Selden Society, 1936, I, pp. cxxi, clx.

<sup>167</sup> KAYE, J. M., *Medieval English Conveyances*, cit., p. 18.

<sup>168</sup> PLUMMER, Ch., ed. *The Governance of England, otherwise called The Difference Between an Absolute and Limited Monarchy* de John Fortescue, The Lawbook Exchange, New Jersey, 1999, p. 31: «Forgery of documents seems to have been common, and when statutes were passed against this practice advantage was taken of these statutes to throw suspicion on genuine title deeds». Vid. ROT. Parl. iii. 543b; iv. 10a; 119b, 121b o 378a.

<sup>169</sup> RAMSAY, N. L., «Scriveners and Notaries as Intermediaries in Later Medieval England», en J. I. KERMODE, ed., *Enterprise and Individuals in Fifteenth-Century England*, Stroud, 1991, p. 100.

a la actuación individual corrupta de pícaros, estafadores o deudores insolventes se une la de los grupos organizados<sup>170</sup>. Para atajar esta situación en el primer año de reinado de Enrique V, en 1413, se aprueba la primera ley contra la falsificación de documentos utilizados en el tráfico jurídico (*Statute Against Forgers of false Deeds*<sup>171</sup>). En la exposición de motivos el legislador menciona que muchas personas han sido desposeídas de sus propiedades por medio de escrituras falsas y anima a los poseedores de tierras y otras tenencias, cuyos títulos se hubiesen extinguido, extraviado, deteriorado o falsificado, a que acudan a los tribunales para recuperar su título e incluso para ser resarcidos por daños y perjuicios. Este *Statute* de 1413 califica de delito menos grave (*misdemeanour*) la falsificación de documentos privados que, a sabiendas y con perjuicio de terceros, se realiza en beneficio propio, estableciéndose para el infractor cualificado la pena corporal de mutilación de la mano transgresora como sistema expeditivo de inhabilitación perpetua, castigo que llevaba incorporado la pena accesoria de infamia. Esta nueva Ley apenas altera las previsiones penales del *Common Law*, toda vez que el tipo penal sigue considerándose un delito menor (*misdemeanour*), no obstante el cambio fundamental es que se proporciona a la parte perjudicada una acción civil para buscar el resarcimiento del daño causado. Así pues, el *Statute* de 1413 introdujo la acción por daños y perjuicios contra aquellos que *forged and proclaimed any false deeds* y para los que entorpecían el disfrute del título o la posesión con documentos falsos<sup>172</sup>.

Esta acción podía dirigirse no sólo contra el emisor de la declaración que empleaba un documentante para que le hiciese la escritura falsa, sino también contra el propio autor material, de suerte que ambos eran castigados bajo la acusación de *forgery*: el documentante como autor material y el declarante por utilizarla en juicio en perjuicio ajeno y beneficio propio. La sanción deja de ser pecuniaria imponiéndose para ambos pena de picota. Por ejemplo, John Lydeyard reclamaba la propiedad que poseía Thomas Seyntcler por considerarla herencia de su mujer, exhibiendo en juicio un documento adulterado tras sobornar a un escriba de la Torre de Londres, William Broket, para que hiciese una pequeña modificación en la escritura cambiando la edad

<sup>170</sup> Statute 1 Henry V. c. 3 (redactado en francés): «diverses malvais personnes, aucuns de lour testes demesne et aucuns per faux conspiracie et covyne, subtilement ymaginent et forgent de nouvelle divers faux faitz et miniments (...) per la quele ymaginacion et fau-xitee pluisours des ditz lieges de lour possessions sont troublez et vexez et touttditz en awere demurrauntz de lou possessions et estat».

<sup>171</sup> Statute 1 Henry V. c. 3.

<sup>172</sup> Statute, 1 Henry V, c. 3: (traducción moderna): «the party so grieved shall have his suit in that case, and recover his damages; and the party convict shall make fine and ransom at the king's pleasure».

del causante. La falsificación, reconocida por Broket ante el tribunal, le supuso, al igual que a John Lydeyard, la pena de vergüenza pública en la picota «por documentar un hecho falso traicionando la relación entre personas asegurada en la palabra y el testimonio»<sup>173</sup>.

En la revisión de las causas que se sustanciaron en el *Common Pleas Court* de Westminster entre 1268 a 1525, encontramos en los *Year Books* sólo 45 causas registradas (como causa principal) por falsificación de escrituras (*forgery of false deeds*), 39 de ellas entre 1425 a 1460<sup>174</sup> –ninguna antes

<sup>173</sup> GREEN, R.F., *A Crisis of Truth: Literature and Law in Ricardian England*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1999, pp. 248-249. Vid. también, HIATT, A., *The Making of Medieval Forgeries: False documents in Fifteenth-Century England*, cit., p. 7.

<sup>174</sup> No se incluyen en la siguiente relación los juicios en las que una de las partes alega que la escritura, que aduce la otra parte, es falsa, sólo las causas en las que el objeto del litigio es la falsificación misma de escrituras de carácter privado. Vid. en la siguiente Tabla la evolución con un descenso significativo a partir de la década de 1460 hasta final de siglo, lo que demuestra la escasa efectividad del Statute de 1413:

<i>Year Book</i>	Date	Plea	Folio n.º	<i>Year Book</i>	Date	Plea	Folio n.º
1425	4 Hen. 6	7	4a-4b	1442	20 Hen. 6	addit. 21	42a-42b
1426	4 Hen. 6	4	25b-26b	1442	20 Hen. 6	addit. 32	44b-45a
1429	7 Hen. 6	31	34a	1442	21 Hen. 6	11	4b-5a
1430	8 Hen. 6	35	33b-34a	1443	21 Hen. 6	5	51a-51b
1430	9 Hen. 6	33	50b	1443	22 Hen. 6	24	15a
1431	9 Hen. 6	22	26a-26b	1444	22 Hen. 6	29	53a-54a
1431	9 Hen. 6	28	26b	1448	27 Hen. 6	21	3a
1431	10 Hen. 6	12	3b-4b	1454	32 Hen. 6	4	1b-2b
1431	10 Hen. 6	16	5a	1455	33 Hen. 6	1	12a
1431	10 Hen. 6	82	24a	1455	33 Hen. 6	18	21a
1432	11 Hen. 6	5	2b	1455	33 Hen. 6	23	22a-22b
1433	11 Hen. 6	2	14a-14b	1456	35 Hen. 6	46	37b
1434	12 Hen. 6	10	8a-8b	1459	37 Hen. 6	24	36a-36b
1437	15 Hen. 6	Stat-h1	99r	1463	3 Edw. 4	23	26b-27a
1440	18 Hen. 6	5	5a-6a	1465	4 Edw. 4	2	40b-41a
1440	18 Hen. 6	6	6a-7b	1470	10 Edw. 4	13	47 SS 113
1440	19 Hen. 6	52	29b	1475	15 Edw. 4	5	24b-25a
1440	19 Hen. 6	80	36b-38a	1482	22 Edw. 4	Fitzherbert	86r
1441	20 Hen. 6	22	11a	1495	10 Hen. 7	27	20b

Source: *Medieval English Legal History: An Index and Paraphrase of Printed Year Book Reports, 1268–1535*, compiled by David J. Seipp, Boston University.

de 1425 y sólo 6 entre 1460 a 1525–, un número muy poco significativo en relación al conjunto de litigios (22.318) registrados en los *Year Books* entre 1268 a 1525, lo que representa sólo un 0.20 %<sup>175</sup>. Nótese también que existe un descenso muy considerable de casos entre 1460 y 1525, último año de los registros de los *Year Books*, lo que demuestra que el *Statute* de 1413 no era suficientemente efectivo para reprimir estas conductas, hasta el punto que ya no se presentaban acciones ante el juez. Por otra parte, sólo hemos detectado en los *Year Books* un caso de enjuiciamiento y condena de un reo convicto de falsificación de documento regio –*Forgery of the king's commission and misusing the king's seal*–, en 1401<sup>176</sup>, lo que prueba también la escasa incidencia de este delito de traición en la práctica forense inglesa. Lo cierto es que se necesitaba probablemente una mayor concreción del ámbito objetivo y subjetivo del tipo penal y mayor rigor sancionador que no llegó hasta la promulgación del *Statute* 5 Elizabeth I, c. 14, en 1563, cuya regulación ya queda fuera de este estudio.

## II. CONCLUSIONES

La regulación del *crimen falsi* como un tipo penal no encuentra acogida en las fuentes normativas anglo-sajonas hasta el s. XV cuando en el año 1413 se aprobó el *Statute Against Forgers of false Deeds* (1 Hen. V. c. 3). Hasta entonces la legislación inglesa se limitó a incluir las conductas de falsedad documental en una de las tres categorías penales (delitos de traición, de felonía y menores o  *misdemeanour*) aplicándose las penas que correspondían a cada una de estas clases de imputabilidad. Lo más significativo, a diferencia de las fuentes normativas hispánicas, es que hasta el s. XII no se contempló antijuridicidad en la falsificación de documento privado. Además, pese a que el documento adquiere valor probatorio con efectos jurídicos a partir de finales del s. XII, los tribunales en aplicación del emergente *Common Law* no observan ilícito punible en la confección de un documento privado con intención de defraudar, sino la sustentación de una pretensión en juicio basada en un documento falso. Por tanto, el juez no entraba en el análisis sobre la autenticidad del instrumento documental exhibido porque el mismo proceso n.º disponía de un mecanismo procesal para rastrear la genuinidad del

<sup>175</sup> Si proyectásemos esta comparación al s. XVIII, por ejemplo, la época de mayor expansión de la falsificación documental, principalmente de instrumentos bancarios y mercantiles, vemos un incremento porcentual significativo. Tomamos como referencia los casos de *Forgery* dirimidos en el Tribunal Penal Central de Londres (Old Bailey) que asciende 605 de un total de 49.399 litigios, lo que representa un 1.22 %. [fuente: *Old Bailey Proceedings Online* –1674-1913– (www.oldbaileyonline.org)].

<sup>176</sup> *The Year Books* (1401), 2 Hen. 4, 25, folio 25a.

documento. La inautenticidad la tenía que probar la parte que la aducía en sede judicial. De hecho, en la revisión de los *Year Books* no hallamos hasta el año 1425 ninguna acción judicial principal con el objeto de invalidar o neutralizar los efectos jurídicos de un supuesto documento falso.

En los territorios hispánicos, en cambio, existió una regulación específica del delito de falsedad documental, tanto de los documentos públicos como privados, desde la época visigoda, siguiendo las notas distintivas de la *Lex Cornelia*. A semejanza del *Liber*, los ordenamientos territoriales y locales en su mayoría regularon este delito con similares elementos constitutivos con anterioridad al s. XIII, aunque con diferente régimen sancionador. Pese a la dispersión que existe en los diferentes ordenamientos territoriales hispánicos se produce una gran coincidencia con las disposiciones inglesas en relación a la falsificación de documentación real, tanto en lo que se refiere a los elementos constitutivos del tipo como a la calificación del delito como acto de traición, aunque con diferente tipología de penas. En cambio, mientras que en los territorios hispánicos existe una regulación exhaustiva en relación a la potencial falsificación de escribanos y notarios públicos, en los territorios ingleses no se contempla ningún tipo de documentante cualificado, siendo sancionado, si fuese el caso, de igual modo emisor y documentante.

*TITLE: A comparative study of the legal status of the crime of forgery in the Hispanic and English law in the Middle Ages*

*RESUMEN: Este estudio examina y compara la regulación del delito de falsedad documental en las fuentes normativas del Alto y Bajo Medioevo hispánico e inglés con el fin de determinar la evolución de: (i) los elementos constitutivos del tipo, sus notas distintivas y el diseño de su ámbito subjetivo y objetivo, (ii) el grado de responsabilidad del infractor y el perfeccionamiento de la comisión del delito, (iii) la aptitud del instrumento gráfico para acoger una potencial falsificación, (iv) la adecuación de la actividad legislativa a la conducta antijurídica, (v) el bien jurídico protegido, (vi) la evolución de la tipología de penas; y (vii) el grado de percepción de la sociedad y de las instituciones medievales de la antijuridicidad del «falso histórico» y «diplomático». Se revisa la regulación de este ilícito en los diferentes ordenamientos territoriales hispánicos, mientras que las carencias legislativas relativas a este delito en los territorios ingleses hasta 1413 se suple con las aportaciones doctrinales de juristas del Bajo Medioevo y los relatos judiciales de los *Year Books*.*

*PALABRAS CLAVE: Falsedad documental, Derecho medieval, Hispánico, Inglés. Estudio comparado.*

*ABSTRACT: This study examines and compares the indictable offense of forgery in the legal sources of Hispanic and Anglo-Saxon territories in Early and Late Middle Ages. An attempt is given to determine the*

*development of: (i) the constituent elements of the crime, its distinguishing notes, its subject-matter and the prospective committers, (ii) the degree of responsibility of the offender, (iii) the ability of the graphical instrument to host a potential counterfeiting or forgery, (iv) the adequacy of legislative activity to this unlawful behaviour, (v) the interest legally protected, (vi) the development in the types of punishments; and (vii) how medieval society and institutions perceive «historical» and «diplomatic» forgery. This study examines the regulation of this offense in different Hispanic territorial jurisdictions. The legislative deficiencies relating to this crime in the English territories until 1413 is supplemented by the contributions of legal doctrine of Late Middle Ages and the law reports of the Year Books.*

*KEY WORDS: Forgery, Medieval Law, Hispanic, English. Comparative study.*

*RECIBIDO: 18.04.2016*

*ACEPTADO: 19.12.2016*

# EL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN EN EL NUEVO MARCO REGULATORIO DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE SEGURIDAD CIUDADANA LO 4/2015 DE 30 DE MARZO

Marcos Francisco Massó Garrote

doi: 10.18543/ed-64(2)-2016pp101-126

---

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA NUEVA LO 4/2015 DE 30 DE MARZO DE PROTECCIÓN DE SEGURIDAD CIUDADANA (LPSC). II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. NATURALEZA JURÍDICA Y DIMENSIÓN POLÍTICA DEMOCRÁTICA. III. CONTENIDO Y EJERCICIO DEL DERECHO. A. *Modalidades y clases del Derecho de Reunión*. 1. Reuniones en lugares cerrados. 2. Las Reuniones en lugares abiertos de tránsito público: el derecho de manifestación. a. La comunicación previa de la autoridad gubernativa. b. Pacífica y sin armas. B. *Los límites al ejercicio del derecho de reunión*. 1. El Concepto de alteración del orden público. 2. Los límites derivados del ejercicio de otros derechos: el caso especial de la libre circulación de personas. 3. Los límites derivados de la integridad moral de las personas. 4. Los límites inherentes al ejercicio del derecho de petición y la autonomía de las Cortes. 5. Derecho de reunión versus Derecho de participación política. 6. El uso de uniformes paramilitares de los asistentes. IV. LAS ACTUACIONES DE LA LO 4/2015 LPSC PARA EL MANTENIMIENTO Y RESTABLECIMIENTO DE LA SEGURIDAD CIUDADANA EN REUNIONES Y MANIFESTACIONES. IV. LAS POTESTADES ESPECIALES DE POLICÍA ADMINISTRATIVA DE SEGURIDAD EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN Y EL NUEVO RÉGIMEN SANCIONADOR. A. *Los sujetos responsables y la regulación de las nuevas infracciones*

*muy graves. B. La nueva regulación y supuestos de infracciones graves. C. El nuevo catálogo de infracciones leves. V. CONCLUSIONES.*

## I. INTRODUCCIÓN: ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA NUEVA LO 4/2015 DE PROTECCIÓN DE SEGURIDAD CIUDADANA

La justificación de la nueva LO 4/2015 del 30 de marzo, de protección de seguridad ciudadana (LPSC) que entró en vigor el 1 de abril de este año, a juicio del legislador tiene su base en la demanda creciente en torno al concepto de seguridad difícilmente demostrable. Sin embargo, no aparecen dentro de la opinión pública, un preocupación tal que amerite una reforma de este calado que implica un control estricto del espacio público, pues de acuerdo con las encuestas apenas el 0.2 % de la población considera que la inseguridad es el principal problema del país. Las modificaciones que lleva aparejada la ley actual, con relación a la ley anterior LO 1/1992 del 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, suponen una restricción en nuestras libertades sin precedentes en toda la etapa democrática, pues afectan especialmente al derecho de manifestación, al derecho de reunión, a la libertad de expresión, al derecho de información, a la libertad personal y al derecho de huelga. Con esta Ley, llamada popularmente como «Ley Mor-daza» se ha desplegado desde el Poder Político un incremento de la respuesta penal y sancionadora por razones de seguridad. La realidad es que esta norma surge en un contexto de evidentes tensiones sociales y resulta imposible no relacionar estas iniciativas con el malestar social existente ante la precarización de las relaciones laborales y el incremento del desempleo, así como ante los recortes en sanidad, educación, justicia o prestaciones sociales. El desmantelamiento del Estado Social está provocando una reacción de defensa de sus principios básicos entre numerosos sectores de la ciudadanía.

Debe señalarse, que este descontento social se ha canalizado hacia las más variadas formas de protesta, las cuales han tenido como denominador común el carácter esencialmente pacífico de las mismas. A pesar del gran número de manifestaciones y reuniones convocadas en los últimos tiempos, sólo se han producido alteraciones del orden público en un porcentaje irrelevante. Precisamente por ello, no puede sorprender que las restricciones legales no se dirijan de manera directa contra las alteraciones del orden público, sino contra el ejercicio intenso y democrático del ciudadano de su derecho a manifestarse libremente como forma de expresar su discrepancia. Por ello, el espíritu de la reforma, suavizado eso sí desde su proyecto original hasta su redacción final, a causa de los dictámenes emanados del Consejo del Poder Judicial y del Consejo de Estado, viene a sancionar de manera especial determinadas formas reivindicativas críticas con el poder político, lo que supone

a nuestro juicio la puesta en cuestión de propio Estado democrático, al restringir uno de sus derechos más básicos como es el derecho de manifestación. La idoneidad de las medidas contempladas en la ley implican importantes injerencias al derecho de reunión y manifestación como analizaré a continuación que afectan tanto los principios de idoneidad y proporcionalidad, lo que ha provocado que tengamos una ley que amplía en gran medida el margen de discrecionalidad del poder público y de la autoridad, en la adopción de medidas que pueden restringir el derecho de reunión y manifestación, lo que se traduce en un coste para los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y libertades, que no parece en modo alguno equilibrado por los beneficios concretos que resultan del orden público. A pesar de que la ley afecta un gran contenido de medidas de seguridad ciudadana me centraré en este artículo en aquellas que afectan o inciden en el ejercicio democrático del derecho fundamental de reunión y manifestación.

## II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. NATURALEZA JURÍDICA Y DIMENSIÓN POLÍTICA DEMOCRÁTICA

El derecho de reunión es uno de los derechos fundamentales más relevantes en un Estado de naturaleza democrática, pues tiene que ver con la libertad de los ciudadanos de congregarse con otros, según sus propias preferencias, cuyos propósitos pueden ser políticos, económicos, sociales, culturales o de cualquier otra índole. A tal respecto, su contenido esencial no es otro que el de reconocer el carácter gregario que opera como uno de los rasgos distintivos de la especie humana. Sin embargo, es evidente que la cobertura conceptual del derecho de reunión está provista de mayor amplitud, toda vez que el mismo es catalogado, simultáneamente como un derecho político y como un instrumento eficaz para el ejercicio de otros derechos fundamentales, como es el caso de la libertad de expresión<sup>1</sup> y el derecho de asociación. Como ha tenido ocasión el Tribunal Constitucional de afirmar este principio es cauce del principio democrático participativo. Su naturaleza política es puesta de manifiesto por la doctrina más relevante<sup>2</sup>. El TC parece consolidar en toda su

<sup>1</sup> En ese sentido, Ruiz Robledo cataloga al derecho de reunión como un derecho híbrido de los derechos de libertad ideológica y de asociación. Cfr. RUIZ ROBLEDO, Agustín, *Compendio de Derecho Constitucional español* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 314.

<sup>2</sup> A propósito de esta cualidad, el propio TC, en la referida sentencia 85/88 califica al derecho de reunión como «un cauce del principio democrático participativo», mientras que Torres Muro lo cataloga como uno de los elementos básicos de toda sociedad libre y democrática. Cfr. TORRES MURO, Ignacio, *El derecho de reunión y manifestación* (Ma-

doctrina esta visión al definir en una de sus últimas sentencias, el derecho de reunión como «aquella manifestación colectiva de la libertad de expresión, como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivos en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático»<sup>3</sup>.

La doctrina también es unánime a la hora de considerar el derecho de reunión con una técnica de acción política directa, al servicio de fines que extravasan el puro contenido del derecho<sup>4</sup>. El derecho de reunión como dere-

---

drid: Civitas, 1991), 7. Por otro lado, el jurista costarricense Manrique Jiménez Meza plantea que: «La nueva dimensión constitucional de la democracia está ligada al eficaz derecho ciudadano de participación en asuntos de interés público, con técnicas instrumentales para su ejecución y defensa, al amparo de los ordenamientos jurídicos compuestos del derecho escrito y no escrito». Cfr. JIMÉNEZ MEZA, Manrique, *Derecho constitucional y administrativo* (3.ª ed., San José: Editorial Jurídica Continental, 2005), 201. Siguiendo este razonamiento, es indudable que, más que cualquier otro derecho fundamental, el derecho de reunión se conecta idóneamente con los requerimientos que exige la creación de un sistema democrático participativo, por lo que puede decirse enfáticamente que el orden democrático de las sociedades actuales no puede existir sin una adecuada proyección legislativa y un verdadero ejercicio del derecho de reunión, coincidiendo así con Solozábal, quien claramente expresa que sin derecho de reunión no habría democracia. Cfr. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, «La configuración constitucional del derecho de reunión», *Anuario Parlamento y Constitución* 5 (2001): 106.

<sup>3</sup> Entre otras, STC 170/2008 de 14 de diciembre, FJ.3, que reitera en las SSTC 66/1995 de 8 de mayo, FJ.3, 196/2002 de 28 de octubre, FJ.4 y la 301/2006, de 23 de octubre, FJ.2.

<sup>4</sup> Afirma Santamaría Pastor que: «... difícilmente podría concebirse un sistema democrático sin el reconocimiento de este derecho fundamental, el cual además de hacer posible el intercambio de ideas y opiniones, permite al conjunto social influir en la toma de decisiones del poder del poder político», SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «El artículo 21», en *Comentarios a la Constitución*, dirigido por Fernando Garrido Falla (Madrid: Civitas, 1985), 412. González Rivas califica tal derecho como «un auténtico Derecho público subjetivo y afirma que presenta un contenido positivo como libertad instrumental del principio democrático participativo y un contenido obligacional en la medida en que compete a los servicios de orden público la protección positiva del referido derecho». GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, *El derecho de reunión y manifestación* (Madrid: Civitas, 1992), 15 y VIDAL MARÍN, Tomás, «El Derecho de reunión y manifestación», *Revista Parlamento y Constitución* 1 (1990): 266. Esta dimensión política, objetivo e institucional es la que resalta con toda razón Torres Muro cuando señala al derecho de reunión como el más básico de toda sociedad democrática «cuyo ejercicio puede tener lugar, bien únicamente convocando y promoviendo la reunión o manifestación de que se trate, o bien solamente asistiendo a las mismas, sin perjuicio, claro está, de que determinadas personas ejercitarán la libertad de reunión llevando a cabo ambas actividades». Véase TORRES MURO, *El derecho de reunión...*, 24. En consecuencia señala SORIANO DÍAZ, «El Estado tiene la obligación de preparar los medios coadyuvantes al ejercicio de este derecho de

cho público subjetivo individual de ejercicio colectivo y cauce del principio democrático tiene su naturaleza más básica en la extensión de la libertad de expresión como uno de los elementos más básicos de toda sociedad libre y democrática. Se trata sin duda de un derecho fundamental de autonomía propia, pero de indudable carácter instrumental respecto de otros derechos fundamentales como el derecho de asociación, el derecho de participación política, la libertad sindical, pero sobre todo de la libertad de expresión. De hecho, para muchos grupos sociales, señala la STC 301/2006, este derecho es en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones<sup>5</sup>. Siguiendo esta línea argumental el TEDH subraya que la protección de las opiniones y de la libertad de expresión constituye uno de los objetivos de la libertad de cualquier democracia y constituye uno de los fines y fundamentos de la libertad de reunión<sup>6</sup>. Recuerda el TEDH en el asunto *Guner* que «la libertad de reunión y el derecho a expresar puntos de vista a través de ella, están entre los valores primordiales de una sociedad democrática. La esencia de la democracia es su capacidad de resolver los problemas por medio de debates abiertos. Las medidas restrictivas de naturaleza preventiva para suprimir la libertad de reunión y expresión, hacen un flaco favor a la democracia y a menudo la ponen en peligro. En una sociedad democrática basada en el Estado de Derecho, se debe ofrecer una adecuada oportunidad de expresión de las ideas políticas que discutan un orden existente y cuya realización se proponga por medios pacíficos, a través del ejercicio del derecho de reunión». La protección de la libertad de expresión de opiniones personales, es uno de los objetivos de la libertad de reunión pacífica. Por tanto, la libertad de expresión encuentra un claro vehículo de ejercicio a través de la libertad de reunión, que se convierte así en un cauce, entre otros, para el ejercicio de los derechos políticos de quienes intervienen en la manifestación.

---

cara a los participantes en el acto de la reunión, y de otra parte, ha de establecerse las medidas de seguridad necesarias para la tutela de derechos de terceros que podrá ser afectada por la celebración de la reunión». Véase SORIANO DÍAZ, Ramón, «Artículo 21. Derecho de Reunión», *Comentarios a la Constitución de 1978*, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil (Madrid: Edersa, 1984), 568.

<sup>5</sup> SSTC 301/2006, de 23 de Octubre, FJ.2 y 195/2003, de 27 de Octubre FJ.3.

<sup>6</sup> STEDH caso *Stannkov*, de 2 de octubre del 2001, numeral 85 o también que «la libertad de expresión constituye uno de los medios principales que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho reunión y de asociación» (STEDH caso *Rekvenyi*, de 20 de mayo de 1999, numeral 58).

### III. CONTENIDO Y EJERCICIO DEL DERECHO

#### A. *Modalidades y clases del derecho de reunión*

##### 1. Reuniones en lugares cerrados

La celebración de reuniones en lugares cerrados carece de peculiaridades procedimentales y afectan en muy escasa medida al ejercicio del derecho fundamental. Solo la LODR 9/1983 se limita a facultar a los organizadores y promotores de las mismas para solicitar la presencia de delegados de la autoridad gubernativa (art.6). Su función es puramente preventiva y se orienta en la finalidad de ayudar a los organizadores a mantener el buen orden de la reunión y, en caso necesario, poder ponerse en contacto con la autoridad para adoptar medidas adicionales de seguridad. En todo caso, los delegados no podrán intervenir en las discusiones o debates ni harán uso de la palabra para advertir o corregir a los participantes todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7 de la LECRIM a efectos de la Comisión de eventuales delitos. N.º debe confundirse la no exigencia de autorización previa para reunirse con la autorización previa del propietario de un local, de titularidad pública o privada, para su uso como lugar de reunión (STC/91/1983, de 7 de noviembre, FJ.2).

Como apunta Gavara de Cara, el texto del artículo 6 permite deducir que esta modalidad de reunión debe ser forzosamente pública y con carácter abierto, ya que, en caso contrario, las reuniones de este tipo se encontrarían excluidas del ámbito de la LODR<sup>7</sup>. Con todo, las facultades de suspensión y disolución de reuniones y manifestaciones por parte de la autoridad pública se extienden también a las reuniones en lugar cerrado. Las reuniones en lugares cerrados que impliquen la utilización de dependencias públicas o las celebradas, en general en el ámbito laboral, se encuentran sometidas al correspondiente permiso para dicha utilización. En realidad, la autorización no se exige para la celebración de la reunión en sí sino, por ejemplo, en el ámbito público, para la utilización de unas dependencias destinadas de modo preferente a la prestación de un servicio público<sup>8</sup>. El fundamento no es otro que dichas reuniones pueden afectar al funcionamiento de la actividad de que se trate y requieren la colaboración de la empresa privada o de las Administraciones Públicas para llevarlas a cabo. El conflicto entre derecho de reunión y manifestación y el derecho de propiedad privada se resuelve, generalmente a favor del derecho de propiedad con la tipificación de determinadas

<sup>7</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *El sistema de organización y ejercicio del derecho de reunión y manifestación* (Madrid: Mc. Graw-Hill, 1997), 78.

<sup>8</sup> STC 29/200 de 31 de enero, FJ.3

conductas como las constitutivas de allanamiento de morada o los desórdenes públicos.

## 2. Las reuniones en lugares abiertos de tránsito público: las manifestaciones

Se incluyen aquí en esta modalidad tanto las reuniones que se celebren en lugares de tránsito público como las manifestaciones, es decir las reuniones de carácter dinámico en las que se produce el desplazamiento de personas en un lugar de tránsito público. Sobre estas reuniones ha escrito Santamaría Pastor que su ámbito es más estricto que el clásico concepto de reuniones al aire libre, en cuanto remite a un dato puramente jurídico, o sea, si el lugar en cuestión está o n.º destinado normalmente al tránsito de personas o vehículos. En consecuencia, las reuniones celebradas al aire libre, pero en lugar no abierto al tránsito público (por ejemplo, un campo de fútbol) comprende las celebradas en locales públicos descubiertos o los espacios abiertos como un campo acotado, equivalente por tanto a las concentraciones<sup>9</sup>. Las manifestaciones no han de entenderse como sinónimo de reuniones en lugar abierto, pues entonces las reuniones en lugares de tránsito público serían también manifestaciones, sino como reuniones en marcha, estos es las procesiones cívicas, séquitos y cortejos como en la Ley Alemana de 1880 o los *Aufzüge*<sup>10</sup>. Tanto unas como otras son siempre públicas. En cuanto a los requisitos para poder celebrar este tipo de reunión, el artículo 8 señala los siguientes:

### a. *La Comunicación previa a la autoridad gubernativa.*

Al realizarse estas reuniones en un determinado lugar en la que el riesgo para la libertad de los manifestantes y los derechos y bienes básicos de terceros imponen su comunicación previa a la autoridad gubernativa a efectos de la adopción por su parte de las medidas pertinentes<sup>11</sup>. Pero esta intervención administrativa no puede consistir en una autorización que impida cualquier tipo de reunión, lo cual deberá hacer imposible una comprensión de la comunicación que la equipare a la solicitud de autorización, como resulta, de la exclusión constitucional expresa de la autorización. La comunicación previa se refiere a los siguientes términos: se trata de un escrito dirigido a la autoridad gubernativa con una antelación mínima de 10 días y 30 como máximo.

<sup>9</sup> Véase SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «El artículo 21», 416.

<sup>10</sup> Véase SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., «La configuración constitucional del derecho de reunión», 20.

<sup>11</sup> La finalidad no es otra señala el TC en su STC 59/1990 de 29 de marzo de posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes como la protección de los derechos y bienes de titularidad de terceros.

No obstante, y únicamente cuando existan circunstancias extraordinarias y graves, nuestro ordenamiento jurídico admite que dicha comunicación pueda hacerse en un plazo inferior a las 24 horas (STS de 12 de diciembre de 1994). La amplitud de los plazos para efectuar en las convocatorias ordinarias, guarda estrecha relación con el control judicial de la posible prohibición y con la finalidad que cumple la comunicación que no es otra que la autoridad gubernativa valore adecuadamente las condiciones de ejercicio de ese derecho y adopte las medidas necesarias tanto para posibilitar su ejercicio como para proteger los derechos y bienes de titularidad de terceros<sup>12</sup>. En efecto, como no podría de ser de otra manera, la posible intervención de la autoridad gubernativa no es para controlar y en su caso prohibir sino de garantizar y respetar para que el derecho de reunión se realice en las mejores condiciones y respeto para los bienes y las personas afectadas. Los posibles excesos que pueda incurrir la autoridad gubernativa en el ejercicio de sus potestades son susceptibles de control judicial. El incumplimiento de dichos requisitos constituye un ilícito administrativo de un requisito necesario por ser constitucional. En consecuencia, si falta la autoridad administrativa puede prohibirla cuando circunstancialmente tenga conocimiento oficioso de la misma y siempre disolverá una vez iniciada, pero rechazamos la tesis de García Escudero y Pendás<sup>13</sup> que han defendido que la falta de comunicación su consecuencia inmediata es la suspensión o disolución cuando la Administración no pudiera disponer de los medios oportunos para salvaguardar el orden público, incluso ni siquiera eso cuando la manifestación cumpla con los requisitos materiales de la misma<sup>14</sup>. También el TC insiste en la STC 66/1995 en que solo se puede prohibir una reunión cuando existan razones fundadas que

<sup>12</sup> Véase en este sentido la opinión de FANLO LORAS, A., «El derecho de Reunión, Manifestación y Asociación: especial referencia a los Partidos Políticos y Colegios Profesionales» en el libro colectivo *Libertades Públicas y Derecho Administrativo, Cuadernos de Derecho Judicial*, 20 (Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1994), 45.

<sup>13</sup> GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, Piedad y PENDÁS GARCÍA, Benigno, «Régimen jurídico del derecho de reunión», *Revista de Derecho Político* 22, 1986: 206.

<sup>14</sup> Señala Vidal Marín que la comunicación previa de la reunión debe hacerse por escrito y su contenido ha de ser congruente con la finalidad de la misma, es decir, debe comprender los datos estrictamente necesarios para que la autoridad gubernativa pueda tomar las medidas pertinentes pero para proteger el derecho de reunión y para evitar incidencia negativa, VIDAL MARÍN, «El derecho de reunión y manifestación», *Parlamento y Constitución*, 1, 1997, 269. En esta misma línea López González señala que la ausencia de este requisito concede lógicamente a la autoridad gubernativa la posibilidad de prohibir el ejercicio de este derecho. Ahora bien, esta posibilidad hay que entenderla referida a aquellos casos en los cuales la falta de comunicación conlleva la imposibilidad de que la Administración adopte medidas necesarias para proteger el orden público. LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional* (Madrid: Ministerio de Justicia, 1995), 45. Para Pérez Castaño esta prohibición no es una

permitan concluir que se producirá una situación de desorden material entendiéndose por tal aquel que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en lo que afecta a la integración física o moral de las personas o la integridad de bienes públicos o privados, siempre y cuando se trate de un desorden material que ponga en peligro la integridad de bienes públicos o privados, siempre y cuando se trate de un desorden material que ponga en peligro la integridad de personas o de bienes<sup>15</sup>.

*b. Pacífica y sin armas.*

Otro de los elementos que configura el ejercicio del derecho de reunión son los elementos constitucionales del artículo 21 cuya exigencia determina que la reunión debe ser pacífica y sin armas. Desde el punto de vista penal, debemos entender por armas aquel objeto contundente o peligroso preparado para la alteración de la paz pública o aquel instrumento cuya naturaleza le hace objetivamente adecuado para herir a las personas o dañar a las cosas, destinándoles intencionalmente sus portadores a tal propósito. Reunión pacífica es aquella cuyos promotores excluyen comportamientos violentos en su transcurso, garantizándose a través de la organización correspondiente un desarrollo en paz de la misma, de modo que durante su celebración no se va a instigar a la comisión de un delito o de desórdenes ni tolerarse su realización. Naturalmente el carácter pacífico de la reunión no cuestiona el hecho de que haya incidentes, aunque sean graves, causados por una minoría o por un colectivo antisistema, de manera que la protección del ejercicio constitucional de un derecho no puede quedar disponible al designio *antidemocrático* de una minoría. No obstante, la protección constitucional de este derecho fundamental no excluye la responsabilidad penal de quienes sean sus autores en los términos previstos en los artículos correspondientes del Código Penal arts. 513 y 514. La prohibición de portar armas se incumple cuando lo hace un número significativo de asistentes, de modo que quienes las llevan sean irreductibles para el propio servicio de orden de la concentración. En cuanto al término «sin armas» podemos también resaltar la opinión de Torres Muro

---

obligación para la autoridad, sino una posibilidad. PÉREZ CASTAÑO, Domingo, *Régimen jurídico del derecho de reunión* (Madrid: Ministerio del Interior, 1997), 345.

<sup>15</sup> En todo caso la decisión tiene que ser motivada sobre estos argumentos y no solo sobre la falta de comunicación previa pues tal y como señalan Ruiz Piñero y Sainz Fernández «las posibilidades de prohibir una manifestación son reducidas: únicamente se podrá producir esa prohibición cuando se ocasione una total obstrucción de las calles que desemboque en un colapso circulatoria durante un periodo de tiempo prolongado, de forma que se provoque la inmovilización de vehículos y se impida el acceso a determinadas zonas o barrios de la ciudad por la imposibilidad de habilitar vías alternativas» RUIZ PIÑERO, F.L. y SAINZ FERNANDEZ, R, *El derecho de reunión y Manifestación* (Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2010), 51.

que siguiendo a Pace concluye que «atendiendo al sentido último de la falta de reconocimiento del derecho a reunirse con armas, que parece ser el de evitar que se añada a la presencia de numerosas personas el riesgo de que éstas lleven objetos con los que agredir, cabe que serán armas a los efectos de calificar al reunión de «armada» solamente aquellos objetos que tengan por objetivo atacar o defenderse violentamente de las demás personas. En síntesis sería reunión con armas aquella en la que la mayoría de los participantes con el consentimiento de los organizadores llevase objetos cuyo único objetivo fuera de ser utilizados para atacar o defenderse»<sup>16</sup>. En definitiva, la finalidad constitucional de la misma no es otra aquellas reuniones que tengan por objeto o al menos muchas posibilidades de alterar la vida normal ciudadana de una manera violenta. No obstante, por concepto de «arma» no puede entenderse cualquier objeto que sea susceptible de causar un daño físico a otra persona puesto que entonces pocos objetos podrían escapar de esta consideración. A nuestro juicio, por arma hay que entender todo objeto cuyo uso normal sea atacar a otro o defenderse (pistolas, navajas, cadenas, etc...)»<sup>17</sup>. En

<sup>16</sup> Véase TORRES MURO, *El derecho de reunión...*, 65.

<sup>17</sup> Si bien como afirman García-Escudero y Pendás, «es evidente que tal circunstancia tendrá que determinarse en cada caso, siendo preciso acudir a criterios valorativos, es decir, debe ponderarse adecuadamente, el número de asistentes con armas, la calidad de estas, la actitud de los restantes concurrentes, el conocimiento o el control del hecho por los organizadores, etc.)», GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ Y PENDÁS GARCÍA, «Régimen jurídico del derecho de reunión», 208. González Pérez, refiere como ilícitas aquellas a las que se porten, siguiendo el Código Penal, Art. 514.1 del C.P. «armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro medio peligroso». GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho de reunión y manifestación* (Madrid: Ed. Civitas, Madrid, 2002), 34. En este sentido el concepto de reunión armada nos sitúa ante el tipo definido en el artículo 167.2 del CP que considera ilícitas las reuniones o manifestaciones en el sentido señalado. El tipo delictivo se realiza por la tenencia de armas en sentido estricto, esto es, aquellos objetos cuyo uso específico sea atacar o defenderse violentamente de las demás personas (armas de fuego pero también otros objetos contundentes como porras, barras de hierro, piedras, etc...). Según señalan Ruiz Piñero y Saiz Hernández (2010, p.42), bastaría un día de lluvia para que los paraguas de los manifestantes sirvieran de elemento definidor del tipo delictivo, pues un paraguas, además de proteger de la lluvia, puede ser utilizado como objeto agresivo.

Tomás Vidal afirma en su trabajo que por reunión pacífica hay que entender la que no es violenta, señalando que será pacífica aquella que no tenga por finalidad la comisión de actos violentos o bien aquella en cuyo desarrollo se producen actos de violencia significativos para a continuación examinar el tema de las reuniones que pueden por objeto la defensa o apología de las acciones violentas, entiende que la defensa de tales acciones no confiere a una reunión el carácter de violenta, puesto que es perfectamente factible que estas reuniones se desarrollen de una manera pacífica. Ahora bien, otra cosa es que la apología de acciones violentas constituya ilícito penal, en cuyo caso, tales reuniones no podrán ser objeto de tutela jurídica (VIDAL MARTÍN, «El derecho de reunión y manifiesta-

cualquier caso del concepto pacífico se desprende que para calificar una reunión de no pacífica es necesario que los actos de violencia se produzcan por un número notable de asistentes.

## B. *Los límites al ejercicio del derecho de reunión*

### 1. El concepto de alteración del orden público

El artículo 21.2 de la CE faculta a la autoridad gubernativa a prohibir el ejercicio del derecho de reunión cuando existan razones fundadas de alteración del orden público con peligro para las personas o bienes, estableciendo así expresamente un límite al ejercicio del derecho. Por su parte y congruentemente con este mandato constitucional, la LODR habilita a la autoridad gubernativa para suspender y disolver las reuniones y manifestaciones en las que concurren estas circunstancias.

Por lo que se refiere a la limitación del derecho de reunión el TC ha recordado que dicho derecho no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, tiene sus límites, entre los que se encuentra tanto el específicamente previsto en el artículo 21.2 como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado de ese derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales<sup>18</sup>. El propio Convenio de Derechos Humanos en su artículo 11.2 prevé la posibilidad de adoptar las medidas restrictivas que previstas en la ley, sean necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos y en este sentido el TC en su STC 195/2003, de 27 de Octubre, FJ.4 siguiendo la doctrina del TEDH (STEDH caso *Cisse*, de 9 de abril del 2002) consideró proporcionada la orden gubernativa de evacuación de una iglesia ante una reunión pacífica en sí misma no perturbadora del orden público y del derecho de culto, en la que, sin embargo, el estado de salud de

---

ción», 281). En la misma línea Solozábal Echevarría (2001, p.112) señala que «desde la interpretación de los derechos in favor libertatis y la condición de éste derecho como instrumental de la libertad de expresión impide considerar como no pacífica y por tanto anticonstitucional una reunión en la que por ejemplo se defiende la revolución, aunque no cabría la incitación a la comisión concreta de actos violentos de este carácter». También para que se califique de violenta es necesario que se trate de una situación de violencia apreciable y significativa, no localizada y accidental, jugando el principio de proporcionalidad un papel capital (SANTAMARÍA PASTOR, «El artículo 21», 418).

<sup>18</sup> STC 170/2008, de 15 de diciembre, F.J.2.

los congresados se había degradado y las circunstancias sanitarias eran muy deficientes.

El concepto de orden público es un concepto jurídico indeterminado, que, por tanto debe ser interpretado de una manera restrictiva, favoreciendo así el ejercicio del Derecho Fundamental. En este sentido, la mayoría de la doctrina considera que el orden público a que hacen referencia los precitados preceptos, constitucional y legal, hay que entenderlo en sentido material, en tanto «limitación de un derecho por razón de tranquilidad, seguridad o salubridad pública».

Ahora bien, la alteración del orden público sin más no es suficiente para que la autoridad lo prohíba, suspenda o disuelva una reunión o manifestación. La CE y la LODR requieren que esa alteración vaya acompañada de peligro para personas y bienes. De acuerdo con la doctrina del TC en su STC 55/1990 «aun admitiendo que la alteración del orden público se produce cuando injustificadamente se limita el derecho a la libre circulación, es evidente que la norma constitucional exige también la creación de una situación de peligro que hay que estimar cumplida cuando la conducta de los manifestantes pueda inferirse determinada violencia física o, al menos, moral con alcance intimidatorio para terceros». De ahí que en los casos en los que existan razones fundadas que lleven a pensar que los límites señalados no van a ser respetados, la autoridad competente pueda exigir que la concentración se lleve a cabo de forma respetuosa con dichos límites constitucionales, o incluso, si no existe modo alguno de asegurar que el ejercicio de este derecho lo respete, puede prohibirlo.

Ahora bien, para que los poderes públicos puedan incidir y limitar el ejercicio del derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio, o prohibiéndolo incluso, es preciso, tal y como acaba de señalarse, que existan razones fundadas, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho de reunión, tal y como hubo proyectado por su promotor o sus promotores, producirá una alteración del orden público proscrita en el artículo 21.2, o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes y derechos protegidos por la CE<sup>19</sup>.

Además, no basta con que existan dudas sobre si el derecho de reunión pudiera producir efectos negativos, debiendo presidir toda actuación limitativa del mismo principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión (*favor libertatis*), de manera que sólo razones convincentes e imperativas

---

<sup>19</sup> Entre otras, STC 195/2003 de 27 de Octubre, FJ.4 y STC 170/2008 de 15 de Diciembre, FJ.3.

puedan justificar la restricción a esa libertad<sup>20</sup>. De esta doctrina, se hecho especial énfasis en que el concepto de orden público con peligro para las personas y bienes del artículo 21.2 debe ser interpretado como una «situación de hecho», es decir, el orden en sentido material en los lugares de tránsito público y no como un orden sinónimo de respeto a principios y valores jurídicos y metajurídicos, puesto que el contenido de las ideas sobre las reivindicaciones que pretenden expresarse y defenderse mediante el ejercicio de este derecho no puede ser sometido a controles de oportunidad político. Por último, toda limitación del derecho de reunión, señala el TC debe ser ejercitada por los poderes públicos bajo el criterio de proporcionalidad, es decir, antes de prohibir una concentración deben proponerse modificaciones que permitan el ejercicio del derecho<sup>21</sup>.

Como consecuencia de lo dicho anteriormente las concentraciones tan sólo pueden prohibirse, dentro del concepto de orden público, en aplicación del límite previsto del artículo 21.2, cuando existe una situación de desorden material en el lugar de tránsito público, entendiéndose por desorden material el que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas o la integridad de bienes públicos o privados. Estos son los dos elementos que configuran el concepto de orden público con peligro para personas y bienes consagrada en el la CE. Sólo podrá afectarse el orden público cuando el desorden externo en la calle ponga en peligro real la integridad de personas o de bienes<sup>22</sup>.

## 2. Los límites derivados del ejercicio de otros derechos: el caso especial de la libre circulación de personas

El ejercicio del derecho de reunión en lugares de tránsito público y manifestación impide, generalmente, el normal ejercicio de otros derechos fundamentales por parte de los ciudadanos que no participan en las mismas, fundamentalmente el derecho a la libre circulación. En este caso pues estamos ante un conflicto de derechos, que habrá de ser resuelto por los órganos jurisdiccionales mediante una adecuada ponderación, caso por caso. En concreto se ha plantada reiteradamente dicho ejercicio de ponderación de bienes en sobre el tráfico circulatorio. Para ello sigue siendo acertada la doctrina consolidada del TC en su STC 163/2006. En efecto, en el caso de las concentraciones que afectan a la circulación de vehículos por las vías de tránsito público lo primero que cabe afirmar es que sólo en supuestos muy concretos podrá concluirse que la afectación del tráfico conlleva una alteración del

<sup>20</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ.6.

<sup>21</sup> STC 301/2006 de 23 de Octubre, FJ. 4

<sup>22</sup> STC 163/2006, de 22 de mayor FJ.2.

orden público. Es cierto que la paralización del tráfico con finalidad primordial de alterar la paz pública no constituye un objeto integrable en el derecho de reunión en lugares de tránsito público. Sin embargo, no es menos cierto que por su propia naturaleza el ejercicio de este derecho requiere la utilización de los lugares de tránsito público y, dadas determinadas circunstancias, permite la ocupación, por así decir, instrumental de las calzadas. En suma, la celebración de este tipo de reuniones, suele producir trastornos y restricciones en la circulación de personas y, por lo que aquí interesa, de vehículos que se ven impedidos de circular libremente por el lugar en que se celebre la reunión<sup>23</sup>. Pero el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación sino de participación y por ello se establece para conciliar ambos derechos la exigencia de comunicación previa al objeto de que los poderes públicos puedan adoptar las medidas preventivas necesarias para lograr es compatibilidad. Concretamente, para poder prohibir la manifestación deberá producirse la abstracción total de vías de circulación que provoquen colapsos circulatorios en los que, durante un periodo de tiempo prolongado, quede inmovilizados vehículos y se impida el acceso a determinadas zonas o barrios de la ciudad por imposibilidad de que la autoridad gubernativa habilite vías alternativas de circulación. En estos supuestos de colapso circulatorio con inmovilización e imposibilidad de acceso a determinadas zonas por inexistencia de vías alternativas, como se dijo en la STC 59/1990, puede resultar afectado el orden público con peligro para las personas o bienes si, por ejemplo, resulta imposibilitada la prestación de servicios esenciales con incidencia en la seguridad de las personas o bienes, como son los servicios de ambulancias, bomberos, policía o urgencias médicas. Para restringir el derecho de reunión del artículo 21.2 sobre el ejercicio del derecho fundamental del artículo 19 de la CE deberá ponderarse caso por caso con el fin de verificar si existen razones fundadas para creer que el colapso circulatorio tendrá las características y los efectos antes descritos<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> STC 59/1990, FJ.2.

<sup>24</sup> En definitiva señala el TC en su STC 163/2006 «no puede invocarse una genérica conflictividad circulatoria, ya que incluso en zonas de densa circulación, pueden darse casos en los que circunstancias específicas de las reuniones convocadas –días festivo, poca asistencia de los convocantes o la garantía de no obstrucción prolongada de calzadas– lleven a la convicción de que no existen razones fundadas de que la reunión va a producir un colapso circulatorio que altere el orden público con peligro para personas o bienes».

### 3. Límites derivados de la dignidad e integridad moral de las personas

En ese sentido el TC ha puesto de manifiesto que el Derecho de reunión y manifestación no comprende la posibilidad de ejercer una violencia moral intimidatorio sobre terceros, porque ello es contrario al bien constitucionalmente protegido como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral, artículos 10 y 18 de la CE (STC 2/1982).

### 4. Derecho de reunión versus Derecho de participación política

Han sido recientemente nuestros tribunales de justicia y también el TC los que han observado conflictos entre el ejercicio de este derecho fundamental y los derechos de participación política. El TC ha tenido la ocasión de pronunciarse recientemente en SSTC 37 y 38/2009, ambas de 9 de febrero y 96/2010 de 15 de noviembre. En resumen, la doctrina del TC entiende que para los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, restringiéndolo, modificándolo o incluso prohibiéndolo en periodo electoral es preciso que existan razones fundadas, lo implica una exigencia de motivación de la resolución en la que no bastan con que existan dudas sobre si el derecho de reunión pudiera producir efectos negativos en un proceso electoral, que aquí particularmente nos interesa, pues si bien señala el TC en sus sentencias citadas, «las opiniones derivadas de este intercambio, exposición, defensa, o reivindicación pueden llegar a influir en los ciudadanos en los procesos electorales, dicha situación sólo puede ser contemplada como una mera sospecha o una simple posibilidad. En otro caso, debe favorecerse el ejercicio del derecho de reunión aun en detrimento de otros derechos, en especial los de participación política, no sólo por significarse como un derecho esencial en la conformación de la opinión pública, sino para la necesidad de su ejercicio previo de los mencionados derechos». Por este motivo el derecho de reunión debe prevalecer, salvo que resulte suficientemente acreditado por la Administración, y, en su caso, por los Tribunales que la finalidad principal de la convocatoria es la captación de sufragios. El mero hecho de que el artículo 53.1 de la LO 5/1985 de 19 de junio de Régimen Electoral establezca que no puede difundirse propaganda electoral ni realizarse actos de campaña alguno, no impide en modo alguno que durante la jornada de reflexión no pueda celebrarse ninguna reunión o manifestación pública cuyo objeto tenga algo que ver con el debate político y, por tanto, pueda influir indirectamente en las decisiones de los electores. Teniendo en cuenta el carácter de exposición pública y colectivo de ideas, opiniones o reivindicaciones que es consustancial al ejercicio del derecho de reunión, es elemental que, por principio, toda reunión o manifestación pueda conectarse en último término, aunque sea remotamente, con el

debate político y, por lo mismo, con las decisiones de los electores, si bien dicha hipótesis resulta insuficiente para limitar el derecho de reunión<sup>25</sup>.

#### 5. Límites derivados del ejercicio del derecho de petición del artículo 29 y la autonomía de las Cortes

En ese sentido, el artículo 77 de la CE prohíbe la presentación directa de peticiones a las Cámaras a través de manifestaciones ciudadanas. La prohibición afecta a las manifestaciones que preceden a la entrega a las Cámaras de una petición. Como pone de relieve Alonso de Antonio la finalidad pretendida es doble. En primer lugar se trata de proteger los alrededores de la sede de la asamblea parlamentaria. En segundo lugar, se pretende evitar la potencial coacción para los miembros de dicha asamblea por parte de quienes acuden a la manifestación. Estas manifestaciones se encuentran tipificadas en el artículo 494 del Código Penal.

#### 6. El uso de uniformes paramilitares de los asistentes

Las reuniones en las que se haga uso de este tipo de uniformes serán suspendidas y disueltas por la autoridad gubernativa (art. 5 de la LODR). La inclusión de este límite por el legislador es consecuencia directa del mandato constitucional, según el cual toda reunión debe ser pacífica. Es bastante presumible que las reuniones en las que la mayor parte de los asistentes aparezcan ataviados con uniformes de dicho carácter tendrán por objeto la comisión de actos violentos.

### IV. LAS ACTUACIONES Y PRINCIPIOS GENERALES DE LA LO 4/2015 PARA EL MANTENIMIENTO Y RESTABLECIMIENTO DE LA SEGURIDAD CIUDADANA EN REUNIONES Y MANIFESTACIONES

Aunque en principio, la actual ley da apariencia de que se prevé la protección de la celebración de reuniones y manifestaciones, la realidad es que del análisis de su contenido se dirige a regular la disolución de las mismas y no exactamente a la protección de este derecho fundamental, pues todas las medidas que contempla están orientadas no a proteger, sino a limitar el ejercicio del mismo. Así, con respecto a la mencionada protección, se marca, como objetivo de las autoridades, no que procuren que no se perturbe la seguridad ciudadana (lo que se refleja en la LO 9/83 del 15 de julio de 1983, reguladora del derecho

<sup>25</sup> STC 96/2010, F.J.4

de reunión), sino que impidan esa perturbación, situando en primer lugar, no la protección del derecho de reunión y manifestación, sino la protección de la seguridad ciudadana, cuya interpretación queda a expensas de lo que las autoridades consideren como tal. Aunque se mantiene la posibilidad de disolver reuniones y manifestaciones en los supuestos previstos en el artículo 5 de la LO 9/1983 anteriormente citada, que regula el derecho de reunión, con la nueva ley se elimina la necesidad de realizar estas disoluciones «en la forma que menos perjudique». Como novedad, se prevé que antes de adoptar las medidas precisas para la disolución de reuniones y manifestaciones, los agentes deberán avisar a las personas afectadas, lo que nos remitiría a la necesidad de entregar resolución motivada. Sin embargo, este deber impuesto a los agentes desaparece en la práctica cuando se incluye que el aviso se podrá hacer de manera verbal, lo que conlleva la inexistencia de control de su cumplimiento, pues bastaría con los argumentos expuestos por los agentes de autoridad para darle veracidad a los hechos, aunque no se haya producido, si la urgencia de la situación lo hiciera imprescindible, introduciendo, nuevamente, conceptos indeterminados que de dejan a la libre interpretación de los agentes, pudiendo imaginar que, en la disolución de cualquier reunión o manifestación, siempre se podrá alegar que existía una situación de urgencia.

Finalmente, introduce otra novedad que atenta gravemente contra los derechos de reunión y manifestación, pues permite a los agentes disolver dichas reuniones o manifestaciones cuando se produzca una alteración de la seguridad ciudadana, con armas, artefactos explosivos, u objetos contundentes o «de cualquier otro modo peligrosos», lo que permite de nuevo a los agentes de seguridad proceder a la disolución aun en el caso de que la alteración del orden público sea llevado a cabo por un grupo muy reducido de personas o incluso una sola y también obrando de acuerdo a la libre interpretación de los agentes, dada la indefinición de objetos que pueda servir de medio para alterar el orden público. Por ejemplo, tirar una piedra o enarbolar una bandera cualquiera podría dar lugar a la disolución de una manifestación o reunión, según lo dispuesto en el texto legal.

## V. LAS POTESTADES ESPECIALES DE POLICÍA ADMINISTRATIVA DE SEGURIDAD EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN Y EL NUEVO RÉGIMEN SANCIONADOR

### A. *Los sujetos responsables y la regulación de las nuevas infracciones muy graves*

En relación con los sujetos responsables, aparece un nuevo artículo que dispone que la responsabilidad de las infracciones cometidas recaerá

directamente en el autor del hecho que cometa la infracción, eliminando del anterior anteproyecto la responsabilidad extensiva para todas las infracciones, pero se mantiene la definición de responsables como «organizadores o promotores de reuniones o manifestaciones», en términos similares a la anterior ley: las personas físicas o jurídicas que hayan suscrito la preceptiva comunicación, y los que, no habiendo suscrito o presentado la comunicación, de hecho las presidan, dirijan o ejerzan actos semejantes, o quienes por publicaciones o declaraciones de convocatoria de las mismas, por las manifestaciones orales o escritas que en ellas se difundan, por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos pueda determinarse razonablemente que son directores o inspiradores de aquéllas. Como novedad, este artículo incluye también la exoneración de responsabilidad de los menores de 14 años.

En cuanto al catálogo de infracciones se establece una nueva clasificación de infracciones leves, graves y muy graves. Con respecto a las infracciones muy graves, es verdad que el número de las mismas baja considerablemente respecto al anterior proyecto, de 10 a 4, atenuadas, eso sí, por los dictámenes preceptivos al proyecto de ley, tanto del Consejo General del Poder Judicial, como del Consejo de Estado. Las novedades más importantes en este apartado de infracciones graves son dos, la primera, aunque desaparece como infracción muy grave, la celebración de reuniones no comunicadas en lugares de tránsito público o de manifestaciones, cuya responsabilidad corresponde a los organizadores o promotores, siempre que concurrieran una serie de requisitos agravatorios del hecho, en su lugar se califican como muy graves las reuniones o manifestaciones en áreas prohibidas que tengan la consideración de infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, desconociendo hasta donde son sus inmediaciones, así como la intrusión en sus recintos, su sobrevuelo, interferencia, ilícita u obstrucción en su funcionamiento, siempre que se haya generado un riesgo para las personas o perjuicio en dicho funcionamiento. Una vez más, se comete el error de incorporar conceptos jurídicos indeterminados en materia sancionadora, lo que provoca una gran discrecionalidad y arbitrariedad en la aplicación de la normativa. Además, aquí la responsabilidad se extiende a los organizadores y promotores en sentido amplio. Se sigue equiparando en la ley el concepto de manifestación no comunicada con manifestación prohibida, cuando se trata de casos sustancialmente diferentes: en el primer caso no se ha cumplimentado un requisito formal obsoleto (la comunicación-autorización encubierta) y en el segundo caso, la autoridad gubernativa ha prohibido expresamente su celebración. Para evitar la indefinición en que incurrían los últimos anteproyectos y proyectos, las Disposición Adicional Sexta establece ahora que se entenderá por infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la

comunidad<sup>26</sup>. En este apartado, también se incluye como infracción grave la proyección de haces de luz sobre pilotos o conductores de medios de transporte, que puedan deslumbrarles o distraer su atención y provocar un accidente. La cuantía de la multa podría llegar desde los 30.000 euros hasta los 600.000 euros, igual que en el anterior anteproyecto y la actual LPSC.

### B. *La nueva regulación y supuestos de infracciones graves*

El eje central de la LPSC gira entorno a sancionar conductas especialmente vinculadas al ejercicio del derecho de manifestación y de reunión. Por cuanto respecta a las nuevas infracciones graves, si bien es verdad que la cantidad ha sido minimizada pasando de 31 a 16 en la actualidad<sup>27</sup>, estas nuevas infracciones son un compendio del repertorio de protesta social, plasmando una a una estas acciones y definiendo así nuevas infracciones sancionadas con multas que oscilan entre 601 a 30.000 euros:

- a) La perturbación del orden en actos públicos, deportivos, culturales, espectáculos, oficios religiosos u «otras reuniones a las que asistan numerosas personas», llamado en el anterior proyecto «reuniones numerosas» (art.36.1). En el anterior proyecto se exigían que fueran perturbaciones graves, en este se elimina el calificativo de grave. De

---

<sup>26</sup> Según la Disposición Adicional Sexta de la LO 4/2015, de 30 de marzo (BOE N.º 77 de 31 de marzo del 2015), son infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad a los efectos de los dispuesto en los artículos 35.1 y 36.9 las siguientes:

- a) Centrales nucleares, petroquímicas, refinerías y depósitos de combustible.
- b) Puertos, aeropuertos y demás infraestructura de transporte.
- c) Servicios de suministro y distribución de agua, gas y electricidad
- d) Infraestructura de telecomunicaciones.

<sup>27</sup> El anterior proyecto de ley incluía las siguientes infracciones graves que ahora se han eliminado de la ley actual:

- Alterar el orden público encapuchado o con cualquier elemento que dificulte la identificación.
- Perturbación del orden en campaña electoral.
- Ofensas o ultrajes a España, a las Comunidades Autónomas y entidades locales o a sus instituciones, símbolos, himnos o emblemas, efectuadas por cualquier medio.
- Manifestaciones públicas, escritas o verbales, efectuadas a través de cualquier medio de difusión, así como el uso de banderas, símbolos o emblemas para incitar comportamientos que alteren la seguridad ciudadana.
- Forzar o inducir a menores al consumo de alcohol o drogas
- El botellón, cuando perturbe gravemente la tranquilidad ciudadana y no esté autorizado. Sobre esta cuestión ya hay una ley específica que no era necesario volver a sancionar por lo mismo.

- nuevo nos encontramos con conceptos jurídicos indeterminados susceptibles de arbitrariedad de manera que bastará cualquier mínima alteración para que la autoridad gubernativa pueda sancionar o la apreciación de la misma puedan actuar las fuerzas de seguridad sobre el ejercicio del derecho fundamental de reunión, dejando la nueva ley de esta manera una vez más, un amplio poder discrecional y de actuación a los agentes encargados de velar por la seguridad ciudadana.
- b) El artículo 36.2 sanciona como infracción grave las concentraciones frente al congreso de los Diputados, el Senado o las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas siempre y cuando no se comuniquen previamente e independientemente estén o no estén los diputados reunidos y no constituya infracción penal. Como señala la propia norma es necesario que sea una perturbación grave (en el último proyecto se incluía solo la perturbación). Con ello se sanciona los «rodea congreso», independientemente además de que estén reunidas las Cortes, dando lo mismo si se perturba o no el normal funcionamiento y sancionando en definitiva el mero hecho de protestar. De nuevo es sintomático la finalidad de no permitir esta visibilización del malestar social ante los órganos representativos de la ciudadanía. Sin embargo, la naturaleza de determinadas reuniones implica que se desarrollen ante la sede de instituciones representativas. Como señala la STC 66/1995 de 8 de mayo, hay lugares que tienen «un relieve especial para los convocantes puesto que son condición necesaria para que las opiniones y las reivindicaciones lleguen a sus destinatarios principales».
- c) Con la misma sanción se castiga los actos de obstrucción que pretenden impedir a cualquier autoridad, empleado público o corporación oficial el ejercicio legítimo de sus funciones, el cumplimiento o la ejecución de acuerdos o resoluciones administrativas o judiciales, siempre que se produzcan al margen de los procedimientos legalmente establecidos y no sean constitutivos de delito. La citada norma parece especialmente concebida para sancionar los actos de protesta contra los lanzamientos hipotecarios.
- d) Otra infracción grave resulta de obstaculizar gravemente de los servicios de emergencia en el desempeño de sus funciones, matizando respecto del proyecto anterior que serán los casos en que se provoque o incremente un riesgo para la vida o integridad de las personas o daños en los bienes.
- e) La desobediencia o resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, la negativa a identificarse o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación.
- f) La negativa a disolver reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público cuando concurren los casos previstos en la ley para instar

- dicha disolución. Eso es novedoso respecto al anterior proyecto, que lo que sancionaba era directamente la celebración de reuniones sin previa comunicación. Las negativas a hacer algo entrarían dentro del genérico de «desobediencia»; por lo que no era necesario ya especificarlo nuevamente.
- g) La perturbación del desarrollo de una reunión o manifestación lícita, cuando con constituya delito. En todas estas últimas infracciones la sanción prevista hasta 30.000 euros resulta manifiestamente desproporcionada, lo cual queda aún más acentuado si comparamos la reacción jurídica que se propone ante esta conducta con la actualmente existente en el propio Código Penal.
- h) De igual modo resulta desproporcionada el castigo con la misma sanción de la falta de colaboración con las fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la averiguación de delitos o en la prevención de acciones que puedan poner en riesgo la seguridad ciudadana en los supuestos comentados en el apartado «f» (art.36.15). Resulta desproporcionado dicho deber, al reclamarse una conducta activa a ciudadanos que supera los límites razonables del comportamiento exigible por parte de los poderes estatales, con una sanción en caso de incumplimiento que también resulta desmesurada.
- i) Por último, en este catálogo de infracciones graves que afectan especialmente al derecho fundamental de reunión y manifestación se encuentra el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad de los agentes, las instalaciones o el riesgo del éxito de la información, sin menoscabar el derecho fundamental a la información. Esta infracción es así misma contradictoria de manera que la coetilla «sin menoscabar el derecho fundamental de información» no se aplicará. A día de hoy, la persecución a los periodistas, fotógrafos o streamer, y a todo aquel que saque un móvil para grabar una intervención legal, es muy elevada, con esta previsión los agentes tienen la excusa para ponerte una multa, y le tocará al ciudadano agotar la vía administrativa y en su caso previo pago de tasas recurrirla judicialmente.

### C. *El nuevo catálogo de infracciones leves*

No menos problemático resulta el nuevo catálogo de infracciones leves que al igual que en el resto de infracciones se han reducido<sup>28</sup> en la ley actual

<sup>28</sup> En el anterior anteproyecto se incluían las siguientes infracciones que ahora se han eliminado.

- La colocación de tiendas de campaña o tenderetes sin permiso en la calle.

y lo que es más importante la multa o sanción ha pasado del anterior anteproyecto entre 1001 y 30.000 euros al actual 100 a 600 euros lo que evidenciaba el principal objetivo de la ley al restringir este derecho fundamental: su carácter disuasorio. Entre las conductas reguladas como infracciones leves más relevantes que afectan especialmente al ejercicio del derecho de reunión y manifestación caben señalar las siguientes:

- a) Las manifestaciones y reuniones no comunicadas, correspondiendo su responsabilidad a los promotores. En el último anteproyecto se incluía como infracción grave la celebración de reuniones y manifestaciones no comunicadas y la negativa a su disolución, en la actual ley se incluye la negativa a su disolución como grave y la celebración sin comunicar como leve incumpliendo los preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la LO 9/1983 de 15 de julio pero en todo caso la responsabilidad corresponderá a los organizadores y promotores.
- b) Incumplir restricciones de circulación peatonal o itinerario con ocasión de un acto público, reunión o manifestación, cuando provoquen alteraciones menores en su normal desarrollo. Concepto ambiguo: «alteraciones menores», a valorar por los agentes en cada caso, dejando un amplio margen de discrecionalidad que puede derivar fácilmente en una actuación arbitraria.
- c) Las faltas de respeto y consideración que realizan las Fuerzas y Cuerpos de seguridad en el ejercicio de sus funciones. En el anterior anteproyecto abarcaba las manifestaciones a través de cualquier medio de difusión. En el último proyecto las faltas de respeto o consideración sancionable se extiende a cualquier momento.
- d) Especialmente relevante en la ley actual ha sido tipificar como infracción leve la ocupación de cualquier inmueble contra la voluntad de su propietario. Eso es nuevo y de graves consecuencias, pues el último anteproyecto no se refería a inmuebles o viviendas sino solo a espacios comunes. Se sanciona con ello la ocupación pacífica de inmuebles, en donde además del proceso judicial de las personas que resulten imputados se podrán sancionar a aquellos ciudadanos que ocupen pacíficamente un centro social, comercial o financiero con el mero fin de realizar una protesta hasta incluso simpática como pudiera ser cantar dentro de una oficina bancaria.
- e) Así mismo se castiga igualmente escalar a edificios o monumentos o lanzarse sobre ellos. En la ley actual se elimina la infracción grave y

- 
- Entorpecer la circulación peatonal.
  - Prácticas de juegos o deportes en lugares no habilitados cuando haya riesgo para las personas o bienes.

la leve abarcará todo tipos escalamiento, aunque se exige que exista un riesgo cierto de que se ocasionen daños a las personas o a los bienes.

- f) Otras infracciones menores son retirar las vallas de la policía que delimitan los perímetros de seguridad, los daños o el deslucimiento de bienes inmuebles de uso o servicio público, así como de bienes muebles o inmuebles privados en la vía pública, cuando no constituyan infracción penal o la proyección de haces de luz, mediante, mediante cualquier tipo de dispositivo sobre miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad para impedir o dificultar el ejercicio de sus funciones.

## V. CONCLUSIONES

El nuevo texto aprobado de la LPSC contrasta claramente con la doctrina del Tribunal Constitucional que de manera clara y directa ha desarrollado como se ejerce el derecho fundamental de reunión y manifestación, con atribuciones en materias de protección del orden público y la seguridad ciudadana más orientada a regular las facultades de policía e intervención administrativa de la autoridad que garantizar el ejercicio del derecho de reunión y manifestación. El origen de esta ley tiene su origen en las tensiones existentes ante el desmantelamiento del Estado Social. Ello está convirtiendo el descontento y el conflicto social en un asunto de orden público, por una gestión inadecuada de la pluralidad democrática por parte del poder ejecutivo con reformas que como esta suponen el mayor atentado al Estado democrático de toda la etapa democrática, limitando especialmente el derecho de manifestación, el derecho de reunión, el derecho a la información y los derechos fundamentales a la libertad de expresión y el derecho de huelga.

La reforma incluye un incremento desproporcionado de las infracciones existentes en materia de orden público. Estas nuevas conductas resultan especialmente molestas al poder político, como las movilizaciones de distintos colectivos sociales, la ocupación pacífica de entidades bancarias o la convocatoria de manifestaciones y concentraciones a través de las redes sociales. Sin embargo, en una sociedad plural resulta positivo que se puedan expresar los diferentes puntos de vista que la conforman, siempre y cuando no se causen daños a personas o bienes, pues como señaló la STC 9/2007 «en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también de un ámbito de participación».

A lo largo de todo el articulado se detecta la reiteración administrativa en la tipificación de conductas que ya estaban en el Código Penal como determinadas modalidades de desórdenes públicos o la propia desobediencia no introduciéndose ninguna alusión sobre la aplicación del principio constitucional «*non bis in Idem*». Con dicha redundancia se aprecia una

clara voluntad de extraer del análisis judicial determinadas conductas muy vinculadas al ejercicio de derechos fundamentales como el derecho de manifestación, el derecho de reunión o la libertad de expresión. Resulta necesario recordar, que han sido nuestros propios jueces y tribunales los que han considerado que no existía infracción penal en determinadas manifestaciones o reuniones ante edificios oficiales, ni tampoco de los denominados escraches cuando se han desarrollado pacíficamente, ni en diversas actuaciones de protesta contra los desalojos hipotecarios. En consecuencia, la reforma del derecho administrativo sancionador, se inspira en una clara desconfianza en la actuación del poder judicial, por no haber satisfecho las exigencias punitivas del poder político. Resulta preocupante que dichas materias, vinculadas al ejercicio de derechos fundamentales, no sean analizados por órganos independientes e imparciales, sino por una administración pública que tiene un interés directo en los conflictos objeto de dichos procedimientos.

La amplitud fáctica de las nuevas normas y la discrecionalidad en la valoración de las conductas sancionables administrativamente provocarán un incremento del margen de actuación policial que atenta contra el principio constitucional de la proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, el balance de costes y beneficios en lo que respecta a los derechos y valores constitucionalmente protegidos que se encuentran involucrados. En efecto, la ampliación del margen de discrecionalidad de los agentes estatales en la adopción de medidas que puedan restringir el derecho de reunión y asociación evidentemente se traduce en un coste para su libre ejercicio que no aparece equilibrado con claridad por los beneficios concretos a la actual situación de orden público. En cuanto la necesidad en términos de proporcionalidad de estas medidas la jurisprudencia del TC en su sentencia 301/2006 de 23 de octubre resulta clara: «...reiteradamente este Tribunal se ha referido a que toda limitación del derecho de reunión debe ser ejercitada por los poderes públicos bajo el criterio de la proporcionalidad, es decir, antes de prohibir una concentración deben proponerse modificaciones que permitan el ejercicio del derecho».

La aplicación de esta nueva ley, si bien como ya hemos señalado ha sido muy suavizada tras los dictámenes que del Consejo del Poder Judicial y del Consejo de Estado que la tachaban de inconstitucional, generará con todo un efecto disuasorio y de desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales, ante el riesgo de que eventuales circunstancias puedan provocar en el marco de una manifestación o de una reunión, la privación de libertad o la insolvencia económica. En definitiva, la citada reforma supone el mayor impacto negativo en nuestro Estado Democrático al erosionar gravemente el ejercicio de los derechos fundamentales de clara raíz política y democrática como son el derecho de reunión, manifestación y expresión.

*TITLE: The right of meeting and demonstration in the new regulatory framework of the citizen security protection Act of 4/2015 of March 30*

*RESUMEN: El presente trabajo de investigación tiene como objeto el estudio, incidencia y limitaciones que ha suscitado la reciente aprobación de Protección de Seguridad Ciudadana LO 4/2015 de 30 de marzo, en concreto en aquellas medidas que afectan al ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación y a todo un modelo de Estado Social y Democrático de derecho que está siendo amenazada con la presente crisis económica y social. La realidad de esta norma surge en un contexto de evidentes tensiones sociales cuyo descontento social antes las crisis y los recortes sociales se está canalizando hacia las más variadas formas de protestas, lo que ha supuesto con esta reforma restringir uno de sus derechos más básicos como es el derecho a la manifestación. La aplicación de esta ley ha supuesto regular un conjunto de medidas que afectan a la dimensión constitucional de este derecho y especialmente de su contenido esencial, lo que se traduce a nuestro juicio desde el análisis más concreto de la doctrina del Tribunal constitucional como una intervención legislativa inconstitucional y en un coste antidemocrático para los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y libertades. A pesar de que la ley afecta a un gran contenido de medidas de seguridad ciudadana me centraré en este artículo en aquellas que afectan o inciden el ejercicio democrático del derecho fundamental de reunión y manifestación.*

*PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales, Derecho de Reunión, Manifestaciones Públicas, participación política, libertad de expresión. Derecho democrático. Ley mordaza. Tipos de reuniones. Orden Público. Seguridad ciudadana.*

*ABSTRACT: The object of the present research is the study of incidence and limitations that has raised the recent approval of Citizen Security Protection LO 4/2015 of 30<sup>th</sup> of March, specifically in those measures that affect the exercise of the fundamental right of Assembly and Demonstration, and to a whole model of Social and Democratic State of law, which is being threatened with the current economic and social crisis. The reality of this norm arises in a context of obvious social tensions whose social discontent against the crises and the social cuts is being channeled towards the most varied forms of protest, that with this reform has supposed to restrict one of its most basic rights as it is the right to demonstrate. The application of this law has meant regulate a set of measures which affect the constitutional dimension of this right and especially its essential content, that translates in our view, from the most concrete analysis of the doctrine of the Constitutional Court, as an unconstitutional legislative intervention and at an undemocratic cost to citizens in the exercise of their rights and freedoms. Although the law affects a large number of citizen security measures, on this article I will focus in those that affect or influence the democratic exercise of the fundamental right of Assembly and Demonstration.*

*KEY WORDS: Fundamental Rights, Right of Assembly, Public Demonstrations, Political Participation, Freedom of Speech, Democratic law, «Jaw law» (Ley mordaza), Types of Assembly, Public order. Citizen security.*

*RECIBIDO: 18.04.2016*

*ACEPTADO: 19.12.2016*

# LA LEY DE DEFENSA DE LA REPÚBLICA DE 21 DE OCTUBRE DE 1931: INTRODUCCIÓN A SU CONTEXTO POLÍTICO-JURÍDICO, A SU NORMATIVA CONEXA Y BREVE COMPARATIVA CON SU HOMÓNIMA ALEMANA, LA GESETZ ZUM SCHUTZE DER REPUBLIK\*

Alberto Oehling de los Reyes

doi: 10.18543/ed-64(2)-2016pp127-155

---

**SUMARIO.** I. INTRODUCCIÓN. II. LA PRE-NORMATIVA EN MATERIA DE DEFENSA INTERNA EXTRAORDINARIA DE LA REPÚBLICA. III. LA LEY DE DEFENSA DE LA REPÚBLICA DE 21 DE OCTUBRE DE 1931. IV. EL SUPUESTO MODELO: LA LEY DE PROTECCIÓN DE LA REPÚBLICA ALEMANA. V. LA POST-NORMATIVA EN MATERIA DE DEFENSA INTERNA EXTRAORDINARIA DE LA REPÚBLICA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

La II República española nació en un contexto político-jurídico no del todo propicio. En lo que se refiere a las circunstancias políticas del nuevo régimen, en primer lugar, porque alguno de los actos de impulso hacia el sistema republicano habían tenido un menor o mayor cariz violento, muy en particular, la Sublevación de Jaca de Fermín Galán y del Aeródromo de Cuatro Vientos de Ramón Franco y Queipo de Llano en 1930<sup>1</sup>; en segundo lugar,

---

\* El estudio de la normativa y del material utilizado para la parte de este trabajo dedicada a la *Gesetz zum Schutze der Republik*, se realizó aprovechando una estancia de

porque la nueva República no traía consigo en realidad todos los apoyos sociales que hubiera querido desear, como se entrevé ya en el resultado de los no del todo determinantes comicios municipales de 12 de abril de 1931<sup>2</sup>, a la postre referéndum Monarquía-República<sup>3</sup>. En realidad, con qué apoyo mayoritario objetivo nacía la nueva España no estaba, en el fondo, nada claro. Desde el principio, se vería que el nuevo régimen no sólo no gozaba del apoyo de los monárquicos, sino tampoco de otros sectores que se hubieran presupuesto más afines al cambio de sistema, como los partidos de la izquierda radical. Después, las numerosas declaraciones de estado de guerra

---

investigación en el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, en Friburgo, durante el mes de agosto de 2016.

<sup>1</sup> Sobre las escaramuzas y bajas en la Sublevación de Jaca entre la columna de sublevados, policía, Guardia Civil y el Ejército gubernamental, véase, por ejemplo, TUÑÓN DE LARA, M., «La Sublevación de Jaca», *Historia* 16, n.º 1 (1976): 63-64; AZPIROL PASCUAL, J. M.<sup>a</sup> y ELBOJ BROTO, F., *La sublevación de Jaca* (Zaragoza: Guara, 1984): 27-36, 109-117. Respecto al conato de Cuatro Vientos, organizado por Ramón Franco, Pablo Rada, Queipo de Llano e Hidalgo de Cisneros, entre otros, fuera de la toma del aeródromo militar por los sublevados, no conllevaría bajas, puesto que el plan de bombardear el Palacio de Oriente desde el aire por Ramón Franco se frustró por éste cuando, antes del bombardeo, vio niños jugando en los aledaños del palacio; lanzando, en su lugar, octavillas en favor de la República. Véase el testimonio del piloto en FRANCO, R., *Madrid bajo las bombas* (Madrid: Zeus, 1931): 164-174.

<sup>2</sup> 39.248 concejales republicanos electos frente a los 41.224, según MARTÍNEZ CUADRADO, M., en *Elecciones y partidos políticos en España (1868-1931)* (Madrid: Taurus, 1969), 855.; 22.150 monárquicos frente a la quinta parte republicanos (5.875) de un total de 28.025 concejales a elegir, según GARCÍA-GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho*, Vol. I (Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, S.A., 1977), 962; en las capitales de provincia, los republicanos sacaban clara mayoría, obteniendo 953 concejales frente a los 602 monárquicos, según AGUIRRE, P., BEGNÉ, A., y WOLDENBERG, J., *Sistemas políticos, partidos y elecciones: Estudios comparados* (México D.F.: Nuevo Horizonte Editores, 1997), 113. En cambio, el *Anuario Estadístico de 1931*, INE 1932-1933 (Tabla IX), que da cifras de los concejales elegidos en las elecciones de 12 de abril de 1931 facilitadas por las respectivas Juntas municipales del Censo Electoral, ofrece los siguientes números: Concejales proclamados por el artículo 29 de la Ley Electoral de 1907 (de elección inmediata, sin necesidad de votaciones, por presentación de un único candidato o por presentación de igual número de candidaturas que puestos de concejales a cubrir), 13.940 republicanos, 887 socialistas, 6.065 monárquicos, 10 comunistas y 6.043 de otros partidos; Concejales elegidos por votación, 20.428 republicanos, 3.926 socialistas, 12.970 monárquicos, 57 comunistas y 9.155 de representantes de otros partidos. Véanse las tablas por provincias en la página Web del INE en <<http://www.ine.es/inebaseweb/search.do?monoSearchString=concejales>>.

<sup>3</sup> Véase así, por ejemplo, OLIVER ARAUJO, J., *El sistema político de la Constitución de 1931* (Palma: Universidad de las Islas Baleares, 1991), 23.

en muchos lugares de España desde los inicios de la República<sup>4</sup>, así como, más tarde, la rebelión de Sanjurjo de 1932 y la propia Revolución de 1934, demostrarían, de algún modo, la dificultad continua que tuvo la República para romper esta situación de desafecto, confrontación y caos y poder llegar a asentar el régimen en un clima de normalidad política mínima. La aparición de bandas de paramilitares de izquierdas y derechas obviamente empeoraría mucho la situación, pues, de alguna manera, se puede decir que no cesaron durante todo el periodo de inicio y consolidación de la República de realizar actuaciones de desestabilización del régimen. Ya desde la primavera de 1933 Lister reconocía que los comunistas, a través del MAOC (Milicias Antifascistas Obreras y Campesinas) disponían de un manípulo instruido en formación militar, lo mismo que las Juventudes Socialistas, que también tenían sus fuerzas clandestinas de choque<sup>5</sup>. El 29 de octubre de 1933 José Antonio había creado la Falange, también con estructura e incluso atuendo militar<sup>6</sup>. Los anarquistas, la FAI y la CNT, también llevaban a cabo una especie de terrorismo callejero y de guerra de guerrillas que solamente entre abril de 1931 y diciembre de 1933 costó la vida a nada menos que 221 personas<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> La prensa se haría eco de las sucesivas declaraciones de estado de guerra del momento por revueltas anticlericales, quemas de conventos o revoluciones a nivel provincial. Véase así, por ejemplo, la declaración de Estado de guerra en Sevilla el 16 de abril de 1931, en la noticia «El Gobierno provisional de la República continúa sus primeros trabajos de organización del nuevo régimen», en el diario *ABC*, edición del 17 de abril de 1931, pp. 9 y 26; declaraciones de estado de guerra de Alicante, Cádiz, Málaga y Sevilla de 12 de mayo de 1931 y de Valencia de 13 de mayo, en la noticia «Breve resumen de información desde el día 11 de mayo hasta el 3 de junio», en el diario *ABC*, edición del 6 de junio de 1931, p. 37; «Levantamiento del estado de guerra en Córdoba», *ABC*, edición del 17 de junio de 1931, p. 22; «Ayer se declaró el estado de guerra en Gerona», *ABC*, edición del 18 de junio de 1931, p. 31; «Se levanta el estado de guerra en Gerona», *ABC*, edición del 19 de junio de 1931, p. 30; «Se levanta el estado de guerra en San Sebastián», *ABC*, edición del 21 de junio de 1931, p. 27; «Se levanta el estado de guerra en el Campo de Gibraltar», *ibidem*, p. 44; «Huelga general en Granada y Málaga, declaración del estado de guerra en esta última capital», en *ABC*, edición del 30 de junio de 1931, p. 47; «Del Estado de Guerra en Palma de Mallorca», en *ABC*, edición del 9 de julio de 1931, p. 51; «La gravedad de la situación en Sevilla obligó anoche a declarar allí el estado de guerra», en *ABC*, edición del 23 de julio de 1931, p. 19; «Ayer se levantó el estado de guerra en Sevilla», en *ABC*, edición del 30 de julio de 1931, p. 27.

<sup>5</sup> LISTER, E., *Nuestra Guerra. Memorias de un luchador* (Madrid: Silente, 2007), 60.

<sup>6</sup> Véase PRIMO DE RIVERA, P., *Recuerdos de una vida* (Madrid: Dyrsa, 1983): 59, 93-96.

<sup>7</sup> PAYNE, S. G. *El colapso de la República: Los orígenes de la Guerra Civil (1933-1936)* (Madrid: La Esfera, 2006): 80-81 y 566.

En términos jurídicos la principal curiosidad sería la aprobación inmediata de la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1931<sup>8</sup> –que privaría de eficacia con cierto nivel de arbitrariedad un importante número de derechos<sup>9</sup>– y su posterior constitucionalización a través de la disposición transitoria segunda en la Constitución de 9 de diciembre de 1931. Esto situaría al mismo texto constitucional en una posición excesivamente incoherente, en especial con el principio básico de supremacía constitucional, que derivaba de la paradójica supeditación de la norma constitucional a una ley preconstitucional<sup>10</sup>. El poder constituyente de la II República iniciaba su andadura así de una forma ciertamente confusa, puesto que así, como dice Fernández Segado, las garantías de los derechos constitucionales quedaban reducidas a la nada como consecuencia de la extensión de vigencia de dicha norma extraordinaria<sup>11</sup>. Lo cierto es que, dadas las circunstancias de excepcionalidad y tensión del momento, lo lógico hubiera sido no supeditar la Constitución a una norma ante-constitucional, aunque esta hubiera sido aprobada por el poder constituyente; sino al revés, sin zarandajas haber dispuesto en la propia Constitución un capítulo de suspensión extraordinaria de derechos y libertades, constitucionalizando las posibles facultades gubernativas de suspensión de derechos y, aparte, determinando las posibles vías de control parlamentario de dichas medidas. En cambio esto no sólo no se hizo, sino que, además, finalmente se utilizarían además muchos preceptos legales y tics policiales de la Monarquía, lo que, a la postre, alimentaría aún más, si cabe, la desconfianza social en el nuevo sistema, dando por resultado, por un lado, un incremento de las acciones de los paramilitares y radicales; por otro, la utilización constante del Ejército para problemas domésticos de seguridad pública.

## II. LA PRE-NORMATIVA EN MATERIA DE DEFENSA INTERNA EXTRAORDINARIA DE LA REPÚBLICA

La II República se desarrolló constantemente en un clima creciente de inestabilidad político-social interna. En los primeros años, además, esta

---

<sup>8</sup> Para el análisis de la norma y de la Constitución de 9 de diciembre de 1931, hemos utilizado la selección de textos históricos españoles de TIerno GALVÁN, E. (Comp.), *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1978)* (Madrid, Tecnos: Madrid, 1979), 172-191.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La defensa extraordinaria de la República», *Revista de Derecho político* 12 (1981): 110.

<sup>10</sup> Sobre los apoyos y críticas a la Ley de Defensa de la República, véase FERNÁNDEZ SEGADO, «La defensa extraordinaria de la República», 110 y 111, 117-119; el mismo autor en *Las Constituciones históricas españolas* (Madrid: Civitas, 1986): 456-464.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas...*, 528.

situación se agravaba por la situación económica derivada de la crisis de 1929, que produjo en nuestro país una fuerte caída del volumen del comercio exterior, salida de capitales y un parón en la inversión, con la consecuente subida del número de desempleados y la conflictividad social<sup>12</sup>. Por su parte, los excesos de orden público incluían quema de conventos e iglesias, asaltos a periódicos, revueltas y asesinatos por razones de tipo político. Según las estadísticas, en el periodo del Gobierno Provisional, el número de estados de guerra fue de 7, de un total de 20 hasta 1936; 64 muertes violentas por motivos de tipo político, ascendiendo a un total de 400 hasta 1933<sup>13</sup> y de 2.225 hasta 1936<sup>14</sup>. El número de huelgas en 1931 fue de 734 de un total de 3.078 que se produjeron hasta el inicio de la Guerra Civil<sup>15</sup>. Por eso, cuando la República empieza a hacerse cargo del Estado y de la protección interna del nuevo régimen, desde el principio, lo hará a partir de la Ley de Orden Público de la Monarquía y cuando diseñe su propia norma de seguridad ciudadana, en 1933, lo hará además manteniendo vigentes muchos de los principios y previsiones de la norma anterior. En este contexto, el Ejército tomaba una posición destacada, pues, de acuerdo a la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870, cuando la autoridad civil no pudiera, por sí sola, a pesar del uso de potestades de policía excepcionales, restablecer el orden público, podía hacer uso de la fuerza

<sup>12</sup> Véase así SANCHO FLÓREZ, J. G., *La Segunda República española* (Madrid: Akal, 1997), 53-54.

<sup>13</sup> AVILÉS FARRE, J., ELIZALDE PÉREZ-GRUESO, M. D., SUEIRO SEOANE, S., *Historia política de España, 1875-1939*, Vol. I (Madrid: Istmo, 2002), 347; PINO ABAD, M., «Los delitos contra el orden público en el marco de la Ley de defensa de la República de 21 de octubre de 1931», *Anuario de Historia del Derecho español* 82 (1982), 744.

<sup>14</sup> LINZ, J. J., MONTERO J. R., y RUIZ, A. M. R., «Elecciones y política», en CARRERAS, A., y TAFUNELL, X., (Coord.), *Estadísticas históricas de España (Siglos XIX y XX)* (Bilbao: Fundación BBVA, 2005), 1144-1146; PAYNE, S. G., *El colapso de la República...*, 566 y 567. En el último periodo antes del levantamiento, las cifras de asesinatos políticos subirían exponencialmente, como, por ejemplo, indica RUIZ, J., en *El Terror rojo* (Barcelona: Espasa, 2012), 38 y 39, quien da cifras, solamente de febrero hasta el 17 de julio de 1936, de hasta 444 asesinatos políticos.

<sup>15</sup> En 1931, 734 huelgas, con una participación estimada de 284.208 huelguistas; en 1932, 681 huelgas, con una participación estimada de 421.331 huelguistas; en 1933, 1.127, con una participación estimada de 908.364 huelguistas; en 1934, 594 huelgas, con una participación estimada de alrededor de 809.459; en 1935, 181, con una participación de 53.609; y en 1936, 887 huelgas, con una participación estimada de 809.495. LINZ, J. J., MONTERO, J. R., MALUQUER DE MOTES, J., LONCH, M., «Trabajo y relaciones laborales», en CARRERAS, A., y TAFUNELL, X., (Coord.), *Estadísticas históricas de España...*, 1242. Véase también una estadística con cifras ligeramente más bajas en TAMAMES, R., *La República. La era de Franco* (Madrid: Alianza, 1973), 119 y 121. Para más datos estadísticos, véase la página Web del INE, en <<http://www.ine.es/inebaseweb/search.do?monoSearchString=empleados>>.

militar, también a través de la declaración del estado de guerra<sup>16</sup>. Independientemente del deseo personal de Azaña, de preferir mantener al Ejército sin intervenir y utilizar solamente a los cuerpos de seguridad del Estado en los casos de alteración del orden público –muy violentos, por otra parte, y difíciles de controlar, sobre todo en las revueltas anarquistas y en la Revolución de 1934–, lo cierto es que la única alternativa de profilaxis era la utilización de la fuerza militar; posibilidad, por otra parte, incluso reconocida en la Ley de Orden Público de 1870, vigente en los inicios de la II República<sup>17</sup>.

La Ley de Orden Público de 1870 era muy efectiva. Sus ventajas devenían de que era una norma muy represiva, típica del siglo XIX, muy renuente con el mantenimiento de las garantías individuales en casos de alteraciones del orden público. La propia Exposición de Motivos del Decreto de proyecto de reforma de la Ley de Orden Público de 1933 reconocía las bondades y la aplicabilidad de la Ley de 1870 a tales efectos<sup>18</sup>. En el fondo, las posibilidades de restricción de derechos individuales que determinaba la Ley de 1870, de acuerdo a las Constituciones vigentes de cobertura, requería la anterior aprobación por las Cortes de una ley previa de suspensión temporal de garantías constitucionales (artículo 31 de la Constitución de 1869); y solamente por razones de gravedad y urgencia podía realizarse por el Gobierno (artículo 17 de la Constitución de 1876)<sup>19</sup>. Esta previsión –que la propia Ley de Orden Público indicaba en su artículo 1–, no obstante, en los inicios de la II

<sup>16</sup> Artículo 12 de la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870. *Gaceta de Madrid*, n.º 264, de 12 de septiembre, pp. 1799-1801.

<sup>17</sup> Compárese SALAS LARRAZÁBAL, S., *Los datos exactos, de la Guerra Civil* (Madrid, Drágena, 1980), 33.

<sup>18</sup> Véase el texto del Ministro de Gobernación, Casares Quiroga, presentando a las Cortes el Proyecto de Ley de Orden Público, de 6 de abril de 1933, cuando dice que «la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870 era excelente para su tiempo y llena de aciertos (...); tan es así que muchas de sus prescripciones no han envejecido todavía». *Gaceta de Madrid*, n.º 117, de 27 de abril, p. 654.

<sup>19</sup> De acuerdo al artículo 1 de la Ley de Orden Público de 1870, estas previsiones solamente podían aplicarse toda vez que se dictara por las Cortes, con carácter previo, una ley de suspensión de garantías constitucionales, y se dejarían de aplicar cuando las Cortes levantaran sus efectos, restableciéndose así la vigencia de los derechos individuales reconocidos constitucionalmente. La propia Constitución de 1869 así lo determinaba también en el artículo 31, cuando decía que las garantías de libertad personal, residencia, inviolabilidad domiciliaria, libertad de expresión, libertad de imprenta, reunión y asociación únicamente podían suspenderse temporalmente y por medio de una ley y solo por razones extraordinarias de seguridad del Estado. En términos similares se expresaba el artículo 17 de la Constitución de 1876, si bien apuntando que, en caso de que no se pudieran reunir las Cortes en orden a la decisión de tal suspensión temporal, podría quedar decretada la misma por decisión unilateral del Gobierno, sometiendo su decisión al Parlamento tan pronto como fuera posible.

República, quedaba cubierta por la excepcionalidad del cambio de régimen y por el propio Estatuto del Gobierno Provisional de 14 de abril de 1931, que reconocía *motu proprio* la facultad del Ejecutivo de someter temporalmente los derechos a «fiscalización gubernativa». La restricción de las garantías habilitaba a la autoridad civil a la adopción de «cuantas medidas preventivas y de vigilancia fueran convenientes a fin de asegurar el orden público», y en particular: a la detención de cualquier persona que se considerase necesaria, forzar el cambio de residencia del sujeto o su destierro, la entrada en el domicilio de un sospechoso sin su consentimiento y al examen de sus efectos, pertenencias y papeles; así como la disolución de grupos auxiliares de la revuelta y la suspensión de publicaciones que secundaran la comisión de delitos contra la seguridad interior y el orden público. En el caso de que la autoridad civil «no pudiera por sí sola, ni auxiliada con la judicial, dominar la agitación», cabía entonces la adopción, en comandita con la autoridad judicial y militar del territorio<sup>20</sup>, del estado de guerra; pudiendo la fuerza militar, en estos casos, realizar las mismas funciones de policía que la civil para la represión de la rebelión, también en lo que se refiere a la detención y privación del derecho a la libertad personal<sup>21</sup>.

La «defensa extraordinaria del régimen» también se determinó a través de la modificación de la normativa penal<sup>22</sup>. Por un lado, el mismo 15 de abril de 1931, se procedió a la derogación inmediata del Código Penal de 1928 de Primo de Rivera, considerado por el Gobierno Provisional, posiblemente, excesivamente duro con la delincuencia común<sup>23</sup>. Y, por otro lado, se reinstauró –modificándolo–, por Decreto de 2 de mayo de 1931<sup>24</sup>, el Código de 1870, que estaría vigente hasta que la República aprobó el nuevo texto de 1932 y su Ley adicional de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933. Asimismo, por el mismo Decreto de 2 de mayo, se modificaban el Código de Justicia Militar de 1890 y el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888. Las reformas iban dirigidas a cambiar las disposiciones protectoras de la monarquía, trocándolas por previsiones de defensa de la República, por ejemplo, sustituyendo en el Código Penal ordinario de 1870 la mención al «Reino» por

<sup>20</sup> Véase también el Decreto de 29 de octubre de 1931. *Gaceta de Madrid*, n.º 304, de 31 de octubre, pp. 627 y 628.

<sup>21</sup> El artículo 31 de la Ley de Orden Público de 1870 establecía: «La autoridad militar en el estado de guerra podrá adoptar las mismas medidas que la civil y las demás a que esta ley autoriza. Cuidará muy especialmente de que los jefes o comandantes de las fuerzas que conduzcan presos –ya a disposición de su autoridad, ya de la civil o judicial–, la verifiquen con toda seguridad al punto de destino».

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La defensa extraordinaria de la República», 109.

<sup>23</sup> Véase GARCÍA ROSAURO, G., «La aplicación del Código Penal de 1928 en la región de Murcia», *Mvrgेतana* 126 (Murcia: Real Academia Alfonso X el Sabio 2012): 79-90.

<sup>24</sup> *Gaceta de Madrid*, n.º 123, de 3 de mayo, pp. 494 y 495.

«República española», donde ponía «Rey», citando «Jefe del Estado», y donde antes se tipificaban los delitos contra un «Ministro de la Corona» se apuntaba ahora la figura del «Ministro de la República». La modificación incluía los delitos contra la forma de Gobierno de la II República, fijando como punible cualquier acto encaminado –por la fuerza o fuera de las vías legales– al restablecimiento de la monarquía o aquellos actos encaminados a substraer al Gobierno Provisional de sus facultades ejecutivas y legislativas. Igualmente, perfilaba el delito de rebelión en sus dos vertientes: civil y militar. El Decreto definía, *grosso modo*, la rebelión como subversión pública y en abierta hostilidad contra el Gobierno de la República<sup>25</sup>, y la rebelión militar como la sublevación en armas dirigida o auxiliada por militares contra la República y sus órganos institucionales<sup>26</sup>. Ambas modalidades podían llegar a ser condenadas incluso con la pena capital, si bien, por ejemplo, en el caso de Sanjurjo, aun cuando fue sentenciado a muerte por un consejo de guerra<sup>27</sup>, Azaña

<sup>25</sup> El Decreto de 2 de mayo de 1931 reformaba el artículo 243 del Código Penal de 1870 en los siguientes términos: «Son reos del delito de rebelión los que se alzaren públicamente y en abierta hostilidad contra el Gobierno para cualquiera de los objetos siguientes: 1.– Destituir al Jefe del Estado o deponer al Gobierno provisional de la República, o privarles de su libertad personal u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad; 2.– Impedir la celebración de elecciones para la Asamblea Constituyente y la reunión legítima de la misma; 3.– Impedir la celebración de las elecciones para Diputado a Cortes o Senadores; si las hubiere, en toda la República, o la reunión legítima de las mismas; 4.– Disolver las Cortes o impedir la deliberación de alguno de los Cuerpos colegisladores o arrancarles alguna resolución; 5.– Sustraer la Nación o parte de ella o algún Cuerpo de tropa de tierra o de mar, o cualquiera otra clase de fuerza armada, de la obediencia al supremo Gobierno; 6.– Usar o ejercer por sí o despojar a los Ministros de la República de sus facultades propias o impedirles o coartarles su libre ejercicio». Sobre ello, SANDOVAL, J. C., *El delito de rebelión* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 55-66.

<sup>26</sup> Los puntos 8 y 9 del Decreto de 2 de mayo de 1931 reformaban, respectivamente, los artículos 237 del Código de Justicia Militar y 128 del Código Penal de la Marina de Guerra, determinando el delito de rebelión militar como sigue: «Son reos del delito de rebelión militar los que se alcen en armas contra la Constitución del Estado republicano, contra el Presidente de la República, la Asamblea Constituyente, los Cuerpos Colegisladores o el Gobierno provisional y legítimo, siempre que lo verifiquen concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.– Que estén mandados por militares o que el movimiento se inicie, sostenga o auxilie por fuerzas del Ejército; 2.– Que formen partida militarmente organizada compuesta de diez o más individuos; 3.– Que formen partida en menor número de diez, si en distinto territorio de la Nación existen otras partidas o fuerzas que se proponen el mismo fin; 4.– Que hostilicen a las fuerzas del Ejército antes o después de haberse declarado el estado de guerra». Véase, BALDOVÍN RUIZ, E., «El Código de Justicia Militar durante la Guerra Civil: 1936-1939», *Revista de Historia Militar* 113, (2013): 12 y 13.

<sup>27</sup> El consejo de guerra para la determinación de la pena se podía aplicar a militares, pero también a civiles. La prensa de la época hacía eco de algunas reseñas. En el año

finalmente – de conformidad con el artículo 102 de la Constitución– conmutaría el castigo por reclusión perpetua<sup>28</sup>. Y téngase en cuenta que en ambos ámbitos también se tipificaba como punible la sedición, a saber, la sublevación por la fuerza para impedir la promulgación de leyes, los actos de odio o vejación de la autoridad, la desobediencia a los agentes de los cuerpos de seguridad del Estado, los insultos a las autoridades o las instituciones y los desórdenes públicos<sup>29</sup>.

Insisto: en el objeto de análisis no sólo se debe examinar –aunque sea aproximadamente– el acierto o desacierto de las reformas del Gobierno Provisional de la II República, sino también la oportunidad y forma jurídico-constitucional a través de la cual se llevaron a cabo. En el *impasse* que separa el inicio del nuevo régimen y la realización de elecciones a Cortes Constituyentes del 28 de junio de 1931 se formalizó una labor normativa exprés muy abultada, sobre materias sensibles, en particular en la orden a la labor de reforma y deconstrucción del Ejército<sup>30</sup>, con la sola excusa de que así se iba adelantando trabajo, dado que luego, seguramente, los miembros de las Cortes Constituyentes iban a refrendar la labor legislativa pre-constitucional. En cambio, lo cierto es que la ruptura con el sistema político anterior era muy reciente, no había sido del todo pacífica ni de apoyo unánime, razones por la cuales el afianzamiento de la República requería de respetar los tiempos, bus-

---

1932, por ejemplo, el diario ABC reseñaba el consejo de guerra por publicación de artículos que excitaban a la rebelión e injurias por parte de unos militares (véase *ABC* de 6 de marzo, p. 31), por insulto a un superior (*ABC* de 19 de marzo, p. 31) y por injurias al Ministro de la Guerra (*ABC* de 16 de marzo, p. 31; y, en lo que se refiere a consejos de guerra contra civiles, por incitar a revueltas (*ABC* de 16 de marzo, p. 26), por disparar a la Virgen de la Estrella en una procesión de Semana Santa (*ABC* de 20 de mayo, p. 36), por publicaciones clandestinas incitando a revueltas (*ABC* de 4 de junio, p. 20), contra unos ciudadanos y unos militares que trataron de tomar un cuartel (*ABC* de 7 de agosto, p. 34), contra un concejal de Dos Hermanas por frases insultantes a la fuerza armada (*ABC* de 14 de noviembre, p. 33).

<sup>28</sup> Decreto de 25 de agosto de 1932, *Gaceta de Madrid* n.º 239, de 26 de agosto, p. 1.475. Sobre ello, THOMAS, H., SALAS LARRAZÁBAL, R., y VIÑAS, A., *La Guerra Civil española*, Vol. I (Madrid, Ediciones Urbión, 1980), 181 y 182.

<sup>29</sup> Véanse, respectivamente, los artículos 250-276 del Código Penal común de 1870, en la *Gaceta de Madrid*, n.º 243, de 31 de agosto de 1870, pp. 15 y 16; artículos 243-265 del Código de Justicia Militar, en la *Gaceta de Madrid* n.º 279, de 6 de octubre de 1890, p. 76; artículos 136-142 del Código Penal de la Marina de Guerra, *Gaceta de Madrid* n.º 249, de 5 de septiembre de 1888, p. 681.

<sup>30</sup> Sobre ello, OEHLING DE LOS REYES, A., «La defensa y el Ejército en la II República española y en la Constitución de 1931: Aproximación y análisis desde una perspectiva constitucional», en MARTÍN MARTÍN, S., y VÁZQUEZ ALONSO, V., (Dirs.), *Constitución de 1931: Estudios jurídicos sobre el momento republicano español*, Marcial Pons, Madrid, 2017 (en prensa).

car consenso y proceder a tal gran reforma con posterioridad a la aprobación de la Constitución e incardinando los conceptos de protección del régimen en el propio texto constitucional. Ello hubiera concedido a la República también al principio la fuerza de convicción que posee la aprobación de una norma constitucional como elemento de garantía de todos los sectores sociales, y hubiera permitido realizar la transición también con la legitimidad que dan unas elecciones democráticas en libre debate público de opciones y programas políticos. Era un momento de pedagogía constitucional, de contemporizar. No era el momento de proceder a una nueva «cuarentena» de las garantías individuales, de volver sobre las disposiciones de orden público de la Monarquía, ni de cambiar la bandera nacional por una totalmente nueva –cosa que, dicho sea de paso, según Vicente Rojo, «constituyó un grave error» y contribuyó al desafecto del Ejército y de parte de la sociedad a la República<sup>31</sup>–, ni de idear formas de jubilación anticipada del gremio militar, ni de sustituir los días de los patronos de los cuerpos por un «Día del Ejército»<sup>32</sup>, como tampoco de hacer nimios y peregrinos cambios en los uniformes y distintivos de las Fuerzas Armadas. Muchas de las reformas de Azaña y del Gobierno de transición, también en materia de seguridad, realmente, eran cuestiones que podían perfectamente haber esperado a la aprobación de la Constitución; y las prisas, unido a la falta de aptitud<sup>33</sup> y la capacidad de gestión de este tema, acabarían siendo, un nido de incoherencias que alimentarían el desafecto político, o, como apunta Tamames, «un semillero de violencia militar» que, a la postre terminarían por ser una de las principales causas de desaparición de la II República<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Véase el artículo de Javier Nart «Así explicó Vicente Rojo por qué la bandera de la República constituyó un gran error», en el diario *ABC*, edición de 2 de febrero de 2014, pp. 68 y 69.

<sup>32</sup> Véase PUELL DE LA VILLA, F., *Gutiérrez Mellado. Un militar del Siglo XX (1912-1995)* (Madrid: Biblioteca nueva, 1997), 74. Algunas fiestas y patronos del Ejército y la Armada tenían además un origen centenario y gozaban de un arraigo muy fuerte en el seno de los distintos cuerpos. Piénsese, por ejemplo, en la Purísima Concepción, proclamada patrona de la Infantería española desde el día 7 de diciembre de 1585; en Santiago apóstol, con origen en el año 1170, o en la Virgen del Carmen, patrona de la Marina desde, al menos, el año 1791. Sobre ello, HERNÁNDEZ PARDO, P. (Coord.), *Historia de las Fuerzas Armadas*, Vol. V (Zaragoza: Edit. Palafox, 1984), 261-270.

<sup>33</sup> Véase así PAYNE, S. G., en *El colapso de la República...*, 491, cuando dice que «Azaña actuó con ineptitud con los militares (...) tratándolos como enemigos del nuevo régimen, pese a que no fue el caso», Más adelante (p. 547), indica que Azaña llevó a cabo una política militar que «generó hostilidad entre unos oficiales que, en principio, no eran hostiles a la República».

<sup>34</sup> TAMAMES, R., *Breve Historia de la Guerra Civil española* (Barcelona: Ediciones B, 2011), 28.

### III. LA LEY DE DEFENSA DE LA REPÚBLICA DE 21 DE OCTUBRE DE 1931

La aprobación y vigencia de la Ley de Defensa de la República de 1931 supuso solamente un cambio relativo de las medidas de orden público y seguridad interna propias de la época de la Monarquía y la Dictadura de Primo de Rivera, puesto que siguieron permaneciendo vigentes en la nueva ley –en ralentí, por así decir– muchas fórmulas policíacas y de control típicas anteriores a la República. La adhesión de los diputados a la norma fue mayoritaria, en buena medida por la constante excepcionalidad de orden público en la que se encontraba el nuevo régimen desde su nacimiento<sup>35</sup>. No obstante, hubo diputados, como Juan Antonio Balbontín, que se caracterizaron por su acérrima oposición a la aprobación de la norma<sup>36</sup> y que advertían de su sentido contradictorio con los nuevos principios republicanos y democráticos que el sistema pretendía instaurar y de que llevaría a un empeoramiento de la situación lejos de remediarlo. En algún debate parlamentario se tachó la misma de «fascista» y de amenaza de los derechos de los trabajadores<sup>37</sup>. Algún otro representante del Congreso, como Barriobero, decía de la ley que suponía poner la República bajo la tutela policial<sup>38</sup>. Ossorio y Gallardo, y algún otro, en cambio criticaban la ley por su falta de garantías en el procedimiento sancionador<sup>39</sup>. Y, en efecto, en cierto modo, como igualmente indica Fernández de Castro, la aprobación de la Ley de Defensa de la República llevaría incluso a la aparición de medidas bastante represivas, posiblemente en algunos aspectos, más duras que las que había en la época de la Dictadura de Primo de Rivera<sup>40</sup>.

En cierta manera, la Ley de Defensa de la República contenía disposiciones que podían entrar dentro de posible lógica, dadas las circunstancias, como, por ejemplo, *grosso modo*, la consideración como actos de agresión al régimen la incitación a la desobediencia de las leyes y disposiciones de la

<sup>35</sup> GÓMEZ-REINO y CARNOTA, E., «La libertad de expresión en la II República», *Revista de Derecho Político* 12 (1982): 175.

<sup>36</sup> Véase así ÁLVAREZ REY, L., *Los diputados por Andalucía de la Segunda República 1931-1939* (Sevilla: Junta de Andalucía, 2009), 362.

<sup>37</sup> Véanse los comentarios en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados en GARCÍA SANTOS, J. F., *Léxico y política de la Segunda República* (Salamanca: Universidad, 1980), 141 y 247; FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La función de las Fuerzas Armadas en el estado de sitio, en el marco de la Constitución de 1978», en PRIETO, L. / BRUQUETAS, C. (Edit.), *Libertades públicas y Fuerzas Armadas* (Madrid: Ministerio de Educación y Ciencia, 1986): 217 y 218.

<sup>38</sup> GÓMEZ-REINO y CARNOTA, E., «La libertad de expresión en la II República», 175.

<sup>39</sup> *Ibidem*, 176.

<sup>40</sup> FERNÁNDEZ DE CASTRO, I., *De las Cortes de Cádiz al posfranquismo (1808-1956)*, vol I (Barcelona: Ediciones 2001, 1981), 189.

República (artículo 1.1), la incitación a la indisciplina en las administraciones públicas (artículo 1.2), la comisión de actos violentos contra personas y cosas (artículo 1.4), la tenencia ilícita de armas y explosivos (artículo 1.7), la cesación injustificada de industrias o empresas (artículo 1.8), las huelgas realizadas al margen de las prescripciones legales (artículo 1.9) y la alteración injustificada del precio de las cosas (artículo 1.10). En cambio, otras prescripciones en ningún sentido se pueden considerar dentro de lo que se entiende por un Estado democrático y plural, en particular la restricción que hacía del derecho a la libertad ideológica, la libertad de información y expresión (artículos 1.3, 1.5 y 1.6). Por ejemplo, la norma entendía como «acto de agresión a la República», en términos genéricos la mera apología al régimen monárquico, así como el uso de emblemas, insignias o distintivos alusivos al mismo o las personas que lo representaban, de ahí que hasta no se pudiera siquiera tararear la Marcha Real –que se substituyó por el himno de Riego primero y luego por la Internacional<sup>41</sup>–, y así, también, que un músico callejero pudiera ser sancionado, en aplicación de esta norma, por simplemente tocar el himno anterior con su acordeón en la terraza de un bar, o, asimismo, se pudiera proceder a instruir un procedimiento contra unos jóvenes, y clausurar un club deportivo, en razón de que se hubiera entonado en dicho club la Marcha Real<sup>42</sup>. Hasta se llegó, como han puesto de manifiesto Fernández Segado<sup>43</sup>, Gómez-Reino<sup>44</sup>, Langa Nuño<sup>45</sup>, Pino Abad<sup>46</sup> y otros<sup>47</sup>, a la suspensión de periódicos y publicaciones por la simple crítica con las Cortes constituyentes

<sup>41</sup> Sobre ello, véase, también, OEHLING DE LOS REYES, A., «El himno nacional como símbolo jurídico-constitucional en España: Cuestiones conexas, regulación y efectividad práctica», en HÄBERLE, P., *El himno nacional como elemento de identidad cultural del Estado constitucional* (Madrid: Dykinson, 2012), 26 y 27.

<sup>42</sup> Véanse estos casos extraídos de la prensa de la época, en PETTENGHI LACHAMBRE, J. A., *Detrás del silencio. El trágico destino de los Gobernadores Civiles en la II República* (Cádiz: Ed. Artes, 2009), 58 y 108. Sobre ello, véase, también, OEHLING DE LOS REYES, A., «El himno nacional como símbolo jurídico-constitucional en España: Cuestiones conexas, regulación y efectividad práctica», 26 y 27.

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La defensa extraordinaria de la República», 118.

<sup>44</sup> GÓMEZ-REINO y CARNOTA, E., «La libertad de expresión en la II República», 174-178.

<sup>45</sup> LANGA NUÑO, C., «Notas para una historia de ABC de Sevilla desde sus inicios hasta el final de la Guerra Civil (1929-1919)», en PARIAS SÁINZ M., ARIAS CASTAÑÓN, E., JOSÉ RUIZ, M., y BARROSO VILLAR, M. E. (Coord.), *Comunicación, historia y sociedad: homenaje a Alfonso Braojos* (Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001): 479-494.

<sup>46</sup> PINO ABAD, M., «Los delitos contra el orden público...», 749.

<sup>47</sup> CRUZ, R., «La prensa madrileña durante la II República»; Madrid, F., «La prensa confederal en la Segunda República: El diario CNT, 1932-1934», ambos en CASTILLO, S., y OTERO CARVAJAL, L. E. (Edit.), *Prensa obrera en Madrid 1855-1936* (Madrid: Consejería de Cultura, 1987), respectivamente, pp. 359-360 y 389-393.

o el Ejecutivo de turno. Algunos diputados, Unamuno y otros, incluso llegaron a solicitar en las Cortes que se volviera a rehabilitar la anterior Ley de Prensa liberal monárquica de 1883, que, decían, «dejaba más libertad que el nuevo régimen republicano»<sup>48</sup>.

Aparte, estaba la arbitrariedad de determinación de sanciones y la falta de interdicción de la actuación gubernativa. El Gobierno, por vía del Ministro de Gobernación, podía, sin cortapisa alguna, suspender reuniones y manifestaciones con el único requisito (subjetivo) de sospecha de alteración de la paz pública, así como clausurar e intervenir todo tipo de centros y asociaciones (artículo 3). En tanto en cuanto, en muchos casos, los «actos de agresión a la República» quedaban fijados de una forma tan amplia e indeterminada –bajo conceptos de lesión de la paz pública, orden público, menosprecio a las instituciones, etc.–, lo cierto es que el Ministro de turno tenía bastante margen para determinar incluso, según criterio, cuando sí y cuando no se había producido una infracción. Luego, además, no había vía de protección jurisdiccional frente a la sanción, sino solamente vía administrativa ante el mismo Ministro en el brevísimo plazo de veinticuatro horas; en cambio, si se era persona colectiva, era el Consejo de Ministros quien resolvía la reclamación y había de interponerse en plazo de cinco días. Así pues, el Ejecutivo se situaba en la aplicación de la ley en un lugar muy peculiar y discrecional, como «juez y parte», dice Fernández Segado<sup>49</sup>, pues determinaba cuándo y porqué se había infringido la Ley de Defensa de la República, a qué medidas sancionadoras había lugar y, encima, era la entidad encargada de resolver las posibles reclamaciones del ciudadano por la sanción. Y téngase en cuenta que las sanciones de la Ley de Defensa de la República –que podían ser económicas, de separación del servicio, confinamiento y deportación (artículo 2)–, eran aparte acumulativas a las que, por los mismos motivos, pudieran determinarse por las provisiones de Derecho penal (artículo 6).

Además, la aparición de la Ley de Defensa de la República tampoco supuso una menor participación del Ejército en situaciones de alteración del orden público. Por ejemplo, en los disturbios de Burgos de 9 de noviembre de 1931, la sublevación anarquista del Alto Llobregat en Barcelona de 22 de enero de 1932 –por la que, precisamente, en aplicación de la Ley de Defensa de la República, en torno a doscientos implicados fueron deportados a África<sup>50</sup>–, y, más tarde, en los sucesos de Casas Viejas del 10 al 12 de enero de 1933, en donde hubo hasta 25 muertes, intervinieron la Guardia Civil y uni-

<sup>48</sup> PINO ABAD, M., «Los delitos contra el orden público...», 754.

<sup>49</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La defensa extraordinaria de la República», 117.

<sup>50</sup> Sobre ello, con datos y explicaciones de la arbitrariedad de la medida, deportados de otras regiones de España y duras circunstancias de la travesía, véase PINO ABAD, M., «Los delitos contra el orden público...»: 753-754; PÉREZ GARCÍA, G., «La colonia peni-

dades de Infantería del Ejército<sup>51</sup>. La Guardia Civil era igualmente bastante utilizada como manipulo muy efectivo en la disolución por la fuerza de manifestaciones y represión de huelgas, como prueba su intervención, por ejemplo, en los sucesos del 3 y 4 de enero de 1932, con un saldo de cinco obreros heridos, los altercados de Arnedo, donde murieron once obreros y otros muchos resultaron heridos, y en los disturbios de Calatrava la Real en Ciudad Real, donde murieron otros dos trabajadores<sup>52</sup>. A veces, también se utilizaba al Cuerpo de Carabineros que, aunque estaba integrado en el Ministerio de Hacienda, se entendía como una «corporación militar»<sup>53</sup>. De hecho, la República premió, en algún caso, por ley, la prestancia en la defensa del orden y de las leyes del régimen, con dinero y, en el caso de mandos y tropa, con ascensos<sup>54</sup>. Y téngase en cuenta que las veces en que solamente se utilizó a la policía de la República –los Guardias de Asalto– para tales menesteres tampoco deja de ser controvertido, ya que este cuerpo policial, muy temido<sup>55</sup>, con miembros de al menos 1,70 de altura<sup>56</sup> (luego 1,72)<sup>57</sup>, era también un reflejo del Ejército, con sus mismos empleos y divisas (de alférez a coronel en oficiales y de guardia, cabo a subteniente y brigada en suboficiales y escala de agentes), mismos escalafones, iguales técnicas y mandos provenientes de las Fuerzas Armadas<sup>58</sup>. La línea divisoria entre lo militar y lo policial, no estaba aún –como ocurría en la Monarquía–, por tanto, tampoco muy definida. La policía tomaba además nombres típicos de combate («Asalto», «de Vanguardia»), se organizaba en grados de jerarquía militar, compartía mandos con el Ejército y participaban ambos, mano a mano, según las circunstancias, en operaciones de mantenimiento del orden público.

---

tenciaria de Villa Cisneros. Deportaciones y fugas durante la Segunda República», en *Historia y Comunicación social* 7 (Madrid: UCM, 2002): 169-186.

<sup>51</sup> BALLBÉ, M., *Orden público y militarismo...*, 340-342.

<sup>52</sup> PINO ABAD, M., «Los delitos contra el orden público...», 751.

<sup>53</sup> Decreto de 19 de noviembre de 1932 (Preámbulo). *Gaceta de Madrid* n.º 325, de 20 de noviembre, p. 1.246.

<sup>54</sup> *Gaceta de Madrid* n.º 229, de 16 de agosto de 1932, p. 1219.

<sup>55</sup> Así MAURA, M., *Así cayó Alfonso XIII. De una dictadura a otra* (Barcelona: Ariel, 1995), 274-276.

<sup>56</sup> Véanse las condiciones de acceso de la oferta de empleo público para la entrada en el Cuerpo de la Circular de 15 de marzo de 1932, *Gaceta de Madrid* n.º 77, de 17 de marzo, pp. 1.950 y 1.951.

<sup>57</sup> Véanse las condiciones de acceso de la oferta de empleo público para la entrada en el Cuerpo de la Orden de 16 de septiembre de 1932, *Gaceta de Madrid* n.º 261, de 17 de septiembre, pp. 2.013 y 2.014.

<sup>58</sup> Véase BALLBÉ, M., *Orden público y militarismo...*, 346.

#### IV. EL SUPUESTO MODELO: LA LEY DE PROTECCIÓN DE LA REPÚBLICA ALEMANA

En cierto modo, la II República española, en términos genéricos, tiene puntos contextuales de conexión con la República de Weimar en Alemania, y muchos de sus problemas de base que dificultaron su éxito eran equivalentes, aunque con sus peculiaridades y originalidades. La República de Weimar tampoco deviene de forma democrática, sino a través del levantamiento de los marineros de Kiel y la revolución de noviembre de 1918. Como en España, la República de Weimar se desarrolló en un periodo económico muy delicado, tuvo también episodios revolucionarios de ultraizquierda muy desestabilizadores, golpes de Estado por parte de la ultraderecha; igualmente, sobrellevó un crecimiento constante de bandas paramilitares de ambos palos, muy numerosas y muy violentas, como la *Bayerische Rote Armee*, el Frente Rojo (*Rotfrontkämpferbund*) –la milicia armada del Partido Comunista alemán– y, por supuesto, los *Freikorps* y, después, la misma guardia del Partido Nacionalsocialista (*Sturmabteilung*)<sup>59</sup>. Ahora bien, hay distintos hechos que marcan unas diferencias importantes. En primer lugar, la coyuntura de post-guerra y la difícil situación económica de Alemania en los inicios de la República de Weimar, que devenía de una política revanchista irrazonable de los vencedores de la Primera Guerra Mundial y presupuso unas obligaciones por reparaciones de guerra muy fuera de lo soportable para Alemania y que sobrepasaban en gran medida las capacidades económicas alemanas del momento<sup>60</sup>. A ello se unía la toma simultánea por la fuerza, por parte del Ejército francés, de diversas ciudades de Alemania, primero en la zona de Maingau, en abril de 1920<sup>61</sup>, después –entre 1923 y 1925– de la zona del Ruhr, a fin de forzar a Alemania al pago de las reparaciones de guerra, y que dejó un resultado de 137 muertos y 603 heridos<sup>62</sup>. En segundo lugar, los sucesos golpistas y revolucionarios tuvieron distinta intensidad y gravedad. Por ejemplo, el golpe de Sanjurjo de 10 de agosto de 1932, solamente tuvo alrededor de 9 muertos<sup>63</sup>, en cambio, su espejo alemán, que sería la intentona de Kapp y del General von Lüttwitz, de 12 de marzo de 1920, serían 42 los muertos y

<sup>59</sup> Para una comparativa de los hechos que llevaron a la desaparición de ambos sistemas, véase, GÓMEZ CABORNERO, S., «Dos procesos paralelos hacia el final trágico de la democracia las culturas políticas de Weimar y de la II República española», en *Investigaciones históricas: Época moderna y contemporánea* 21 (2001):281-300.

<sup>60</sup> Así ZIPPELIUS, *Kleine deutsche Verfassungsgeschichte* (C.H. Beck, 2006), 136.

<sup>61</sup> *Ibidem* 137.

<sup>62</sup> STURM, R., *Weimarer Republik* (Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2011) 31.

<sup>63</sup> RUIZ MANJÓN-CABEZA, O., *Historia general de España y América*, Vol. 17 (Madrid: Editorial Rialp, 1986), 23.

102 los heridos<sup>64</sup>; luego, además, habría que contar el *Putsch* de Hitler en München de 1923. En relación con los episodios revolucionarios de ultraizquierda, cabe señalar que, con excepción de la Revolución de Asturias de 1934, los levantamientos organizados y renuentes fueron algo más numerosos y respondidos con mucha más virulencia por la policía y los *Freikorps*, como, por ejemplo: el levantamiento espartaquista de 1919, con un resultado final de alrededor de 156 muertos, entre ellos incluso personalidades como Rosa Luxemburg y Karl Liebknecht<sup>65</sup>; la instauración por la fuerza de la República Soviética de Baviera, en abril de 1919, con una cifra de muertos que habría podido llegar a las 1000 víctimas<sup>66</sup>; la matanza ante el *Reichstag* del 13 de enero de 1920, con un resultado final de 42 muertos y 105 heridos<sup>67</sup>, y la intentona comunista (la *Roten Armee*) de instaurar una República del proletariado en la zona del Ruhr, el 13 de marzo de 1920 y que dejó un saldo de alrededor de 1250 muertos<sup>68</sup>. Aparte, se podrían citar otros levantamientos comunistas que fueron también importantes pero más rápidamente controlados como, por ejemplo, los de Eisenach, Gotha, Erfurt, Sonderhausen, Jena, Saalfeld, Hildburghausen y Walterhausen<sup>69</sup>, y, más tarde, en 1923, el alzamiento comunista en Hamburgo<sup>70</sup>. Y, finalmente, en tercer lugar, hay que decir que en España no hizo falta para llevar a cabo el proceso constituyente la configuración de una división militar específica –como pasó en Alemania– para proteger a la Asamblea Constituyente durante sus trabajos parlamentarios, en especial frente a posibles ataques y revueltas de los comunistas. Aquel cuerpo de ejército, *Landesjägerkorps*, al mando del General Maercker, fue, además, trasladado *ex profeso* a la ciudad de Weimar para tal fin, fue colocado estratégicamente en las calles aledañas al *Deutschen Nationaltheater*, donde

<sup>64</sup> Así BENZ, W. / GRAML, H., *Die revolutionäre Illusion* (Berlín: De Gruyter, 1976), 175.

<sup>65</sup> Véase así HOLSTE, H., «Zum Tagungsort der Deutschen Nationalversammlung von 1919 oder: Wie die Weimarer Republik zu ihrem Namen kam», en *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 31–2 (2000), 227. Véase, también, WETTE, W., *Gustav Noske. Eine politische Biographie* (Düsseldorf: Droste Verlag, 1987), 308.

<sup>66</sup> Véase GÖRL, W., «Die Revolution hat gesiegt», en KÄPPNER, J., GÖRL, W., MAYER, C. (Coord.), *München. Die Geschichte der Stadt* (München: Süddeutsche Zeitung, 2008), 271; MAI, G., *Die Weimarer Republik* (München: C. H. Beck, 2009), 28.

<sup>67</sup> REIDEGELD, E., *Staatliche Sozialpolitik in Deutschland, Vol II (1919-1945)* (Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006), 105.

<sup>68</sup> STURM, R., *Weimarer Republik...*, 26.

<sup>69</sup> LINGELBACH, G., «Weimar 1919 –Weg in eine Demokratie», en Eichenhofer, E. (Dir.), *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung– Was ist geblieben?* (Tübingen, Mohr Siebeck, 1999), 42.

<sup>70</sup> HUEY LIANG, H., *Die berliner Polizei in der Weimarer Republik* (De Gruyter, 1977), 112.

se reunía la Asamblea, y fue dotado incluso de material especial<sup>71</sup> e incluso tenía su propio distintivo, unas hojas de roble en plata<sup>72</sup>.

Se ha dicho que la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1931 venía influenciada por su homónima alemana, la Ley de Protección de la República (*Gesetz zum Schutze der Republik*)<sup>73</sup>. Quizás esto pueda ser así en algunos aspectos, pero no en todos. En España la República da paso a la Guerra Civil, en Alemania, en cambio, «el terror y la guerra civil acompañan la fundación de la República de Weimar»<sup>74</sup>. Para empezar, como se ha podido ver anteriormente, las circunstancias excepcionales que llevaron a la aprobación de la norma por el Canciller (*Reichspräsident*) Ebert y el Ministro de Justicia, Gustav Radbruch, fueron hechos mucho más violentos y difíciles de controlar que los que hasta ese momento habían sucedido en la República española; había sufrido ya la aparición de la República Soviética Independiente de Baviera, de abril de 1919, el golpe de Estado de Kapp y von Lüttwitz, de 12 de marzo de 1920, las actuaciones de los paramilitares (*Freikorps*), el asesinato por ultraderechistas del ex-Viceministro durante el Gabinete de Bauer Matthias Erzberger, el 26 de agosto de 1921, y, finalmente, el asesinato, también por ultras, del Ministro de Exteriores, Walter Rathenau, el 22 de junio de 1922, que fue, a la postre, lo que determinó la necesidad de aprobación de la ley<sup>75</sup>. También el ex-Presidente del Gobierno Scheidemann, quien declarara el día 9 de noviembre de 1919, desde el *Reichstag* la *deutsche demokratische Republik* –pocas horas antes, dicho sea de paso, de que Liebknecht

<sup>71</sup> El punto 1 de la orden de creación de este cuerpo decía que «los Landesjägerkorps deben proteger a la Asamblea Nacional y colaborar con la policía en el mantenimiento del orden y la paz». El punto 2 determinaba algunos de los lugares de la ciudad de Weimar donde debía posicionarse, concretamente en «el Hotel Hohenzollern, la Escuela profesional y el Seminario, cada una con una compañía, y en la estafeta de correos, además, con tren de artillería». Aparte la orden se completaba con el número de oficiales y hombres que debían integrar cada compañía, así como cuestiones especiales relativas al armamento; por ejemplo, «con ametralladoras MG-08 situadas en la casa esquina de la calle Sophienstiftsplatz para asegurar la Plaza del Teatro». Véase así LINGELBACH, G., «Weimar 1919 – Weg in eine Demokratie»..., 44-45.

<sup>72</sup> MAERCKER, L. R. G., *Vom Kaiserheer zur reichswehr: geschichte des freiwilligen Landesjägerkorps; ein beitrage zur geschichte der deutschen revolution* (Leipzig: Koehler, 1921), 92.

<sup>73</sup> Véase así MANUEL BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)* (Madrid: Alianza, 1983), 327.

<sup>74</sup> SABROW, M., *Der Rathenau-mord. Rekonstruktion eines Verschwörung gegen die Republik von Weimar* (München: Oldenburg Verlag, 1994), 25.

<sup>75</sup> HEIKO BOLLMEYER, *Der Steinige Weg zur Demokratie. Die Weimarer Nationalversammlung zwischen Kaiserreich und Republik* (Frankfurt am Main: Campus Verlag, 2007), 385-386; UWE BACKES, *Schutz des Staates* (Wiesbaden: Springer, 1998), 34 y 35.

declaraba la *freie sozialistische Republik* desde el Palacio Real de Berlín<sup>76</sup>-, y diputado de la Asamblea Constituyente, había sido objeto de pintadas con amenazas de muerte en su casa, e, incluso, el 4 de junio de 1922, de un intento de envenenamiento por ultraderechistas durante un paseo por el campo<sup>77</sup>. Así las cosas, no extraña que Radbruch, en su discurso en el *Reichstag*, el día 11 de julio de 1922, dijera expresamente que la primera razón de aprobación de la Ley de Protección de la República, de 21 de julio de 1922<sup>78</sup>, fuera, precisamente, prevenir frente a ataques a la misma vida de los miembros del Gobierno, aparte de proteger frente a insultos, amenazas, calumnias y difamación respecto a los altos cargos políticos y asegurar el régimen y sistema constitucional republicano recién instaurado<sup>79</sup>.

Luego, además, la Ley alemana era posterior a la Constitución de Weimar de 1919 y, de hecho, su elaboración se sujetó, al menos, a las prescripciones formales constitucionales y no al revés, como la norma española. Efectivamente, el artículo 48 de la Constitución de Weimar determinaba los casos de suspensión de la vigencia de la Constitución, pero como apuntaría Schmitt, de una «suspensión constitucional de la constitución», en el bien entendido de que «las prescripciones constitucionales serían provisionalmente puestas fuera de vigor con la observancia de las prescripciones legal-constitucionales previstas para tal suspensión»<sup>80</sup>. Estructuralmente el artículo 48 estaba estructurado en cinco bases y venían en dotar, hasta cierto punto, de «poderes dictatoriales» al Ejecutivo para casos extraordinarios<sup>81</sup>. El artículo 48 inciso primero, determinaba la posibilidad del *Reichspräsident*, para casos en

<sup>76</sup> WILLOWEIT, D., *Reich und Staat. Eine kleine deutsche Verfassungsgeschichte* (München: C. H. Beck, 2013), 98; NEUMANN, K., *Freiheit am Arbeitsplatz – Betriebsdemokratie und Betriebsräte in Deutschland und Schweden (1880-1950)* (Frankfurt-New York: Campus, 2014), 170.

<sup>77</sup> «Según su hija, que le acompañaba, fueron alcanzados por un excursionista que llevaba ropa deportiva y que llevaba en la mano izquierda un bastón de montaña y en la mano derecha un bolso que trataba de esconder. Tan pronto como llegó a la víctima, que no sabía qué le podía pasar, el sujeto sacó con su mano derecha una bola de goma del bolso y, dirigiéndose a este, mientras pasaba al lado derecho de Schiedemann, se puso justo delante y se la espachurró en la cara. Schiedemann se cayó y, posteriormente, se le encontraron restos de ácido cianhídrico, tanto en la mandíbula como en la nariz. Aun así, con el agarrotamiento de la parte superior del cuerpo y con las piernas tiradas en el suelo, pudo sacar su revólver y hacer unos disparos sin apuntar, antes de desvanecerse sin sentido». SABROW, M., *Der Rathenaumord...*, 57 y 58.

<sup>78</sup> El texto está disponible en alemán en <[http://www.documentarchiv.de/wr/repschutz\\_ges01.html](http://www.documentarchiv.de/wr/repschutz_ges01.html)>.

<sup>79</sup> RADBRUCH, G., *Reichstagsreden*, Vol. 19 (Heidelberg: C. F. Müller, 1998), 113.

<sup>80</sup> SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza Editorial, 1982), 116 y 117. Traducción de Francisco Ayala.

<sup>81</sup> Véase así WILLOWEIT, D., *Reich und Staat...*, 100.

los que un *Land* no cumpliera las obligaciones constitucionales o legales, de forzarle a su cumplimiento, incluso con utilización de las Fuerzas Armadas. El inciso segundo –y este quizás es el más interesante a los efectos que aquí se tratan– determinaba que, para casos de peligro o alteración grave de la seguridad y el orden público, el *Reichspräsident* podía adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la paz y tranquilidad pública, igualmente incluso con la intervención de las Fuerzas Armadas. Para estos casos, se podían llegar a suspender transitoriamente, totalmente o no, los derechos fundamentales indicados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153, a saber, *grosso modo*, los derechos a la libertad personal, a la inviolabilidad del domicilio, a la inviolabilidad en las comunicaciones, las libertades de expresión, comunicación, información y prensa, los derechos de reunión y manifestación, el derecho de asociación y el derecho a la propiedad privada. El inciso tercero incluía el control parlamentario de tales medidas, previendo que el *Reichspräsident* diera puntual noticia al *Reichstag*, el cual quedaba habilitado para revocarlas, si es que –se entiende– tenía una mayoría suficiente a tales efectos<sup>82</sup>. El inciso cuarto era una extensión de los poderes de suspensión del inciso segundo en favor del Ejecutivo del *Land* (*Landesregierung*), por razones de urgencia, si bien bajo previsión de revocación de las medidas adoptadas por parte del poder central, del *Reichspräsident* o por el *Reichstag*. El quinto inciso, en fin, determinaba un desarrollo por ley formal de esta cuestión.

Antes de la aprobación de la Ley de Protección de la República, tras el asesinato de Rathenau, el *Reichspräsident* Ebert, como primera medida de caución ante este estado de caos, bajo la cobertura del artículo 48 de la Constitución<sup>83</sup>, dicta el Decreto de Protección de la República (*Verordnung zum Schutze der Republik*), de 26 de junio de 1922<sup>84</sup>. El artículo 1.1 de aquella disposición determinaba medidas frente a las reuniones, manifestaciones y actuaciones que pudieran promover o incitar actuaciones contra la forma republicana o actos violentos contra las autoridades del Estado, los miembros del Gobierno o antiguos cargos del Ejecutivo o de las instituciones de los *Länder*; por otra parte (artículo 1.2), preveía la prohibición de asociaciones que realizaran dichos ilícitos. La norma incluía en su artículo 5.1 los tipos de ilícitos y las posibles sanciones que podían sobrellevar; en concreto, pena de cárcel de 3 meses a 5 años y, accesoria, de multa que podía llegar hasta los 500.000 marcos. La protección jurídica se articulaba en por vía de recurso en plazo de dos semanas desde la publicación del acto, si bien sin efecto suspensivo, ante la autoridad administrativa competente del *Land*

<sup>82</sup> Véase así MAI, G., *Die Weimarer Republik*, 29.

<sup>83</sup> SABROW, M., *Der Rathenau mord...*, 161.

<sup>84</sup> Norma disponible en alemán en <<http://www.documentarchiv.de/wr.html>>.

(artículo 1.3), pero a resolver por el denominado Tribunal del Estado para la protección de la República (*Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik*). Este Tribunal sería una magistratura *ad hoc*, creado dentro del poder jurisdiccional y con sede en Leipzig<sup>85</sup>, pero cuyos siete integrantes estarían designados por el mismo *Reichspräsident*, de los cuales solamente tres tenían que ser elegidos entre miembros de la judicatura (*Reichsgerichts*)<sup>86</sup>. Aparte, además, se preveía la suspensión judicial de publicaciones para casos de promoción e incitación de los actos determinados en el artículo 1. Posteriormente a esta disposición se añadiría el Decreto de 29 de junio de 1922<sup>87</sup>, que establecía incluso la pena de muerte o la cadena perpetua para aquellos que participaran en asociaciones o grupos de los que tuvieran conocimiento de que tenían entre sus fines atentar contra miembros del Ejecutivo del *Reich* o de un *Land* o ex cargos del Gobierno, o que participaran económicamente con dichas asociaciones. Estas disposiciones de tipo preventivo venían a completar, de algún modo, el cuadro de conductas tipificadas como delito en el Código Penal<sup>88</sup>, y se comprendían como un pre-borrador de la propia Ley de Defensa de la República posterior y dentro de las medidas del Canciller Ebert y el Gabinete del Presidente de la República Wirth para contener el caos, la violencia y la revolución<sup>89</sup>.

La primera Ley de Protección de la República, era de 22 de julio de 1922<sup>90</sup>, efectivamente, realizaba importantes restricciones de los derechos de asociación, reunión, manifestación y libertad de prensa, determinando, en concreto, como ilegales aquellas asociaciones que realizaran actuaciones dirigidas a la eliminación por asesinato o atentaran contra la integridad física de los miembros del Gobierno de la República o de un *Land* y sancionaba los insultos o difamaciones en público contra las instituciones, el régimen o los colores del *Reich*; pero, la norma, a la vez, precisaba bastante bien los distintos tipos de ilícitos y las posibles penas por la realización de los mismos, así como

<sup>85</sup> Véase SCHULZ, G., *Deutschland am Vorabend der Grossen Krise. Zwischen Demokratie und Diktatur* (Berlín: De Gruyter, 1987), 325 y 326; WINKLER, H. A., *Weimar 1918-1933. Die Geschichte der ersten deutschen Demokratie* (München: C. H. Beck, 1993), 175.

<sup>86</sup> Este tribunal especial sería implementado también por Decreto sobre el *Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik*, de 30 de junio de 1922 (Reichsgesetzblatt 1922 I, 534-536), y, después, por el Decreto sobre la misma materia de 29 de julio de 1922 (Reichsgesetzblatt 1922, I, 673-674).

<sup>87</sup> Norma disponible en alemán en <<http://www.documentarchiv.de/wr.html>>.

<sup>88</sup> Véase así GOLTSCHKE, F., *Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch)* (Berlín-New York: De Gruyter, 2010), 55.

<sup>89</sup> WINKLER, H. A., *Weimar 1918-1933...*, 175.

<sup>90</sup> Reichsgesetzblatt 1922 I, 585-590. El texto está disponible en lengua alemana en <[http://www.documentarchiv.de/wr/repchutz\\_ges01.html](http://www.documentarchiv.de/wr/repchutz_ges01.html)>.

las medidas dables de orden público y las vías de fiscalización o control judicial a llevar a cabo por el ya citado Tribunal del Estado para la protección de la República<sup>91</sup>.

En efecto, los artículos 7 y siguientes de la norma determinaban bastante claramente los ilícitos, a saber, en términos generales, el atentado contra los miembros del Gobierno del *Reich* o de un *Land*, participar de algún modo en su realización, proferir amenazas, calumnias, injurias contra ellos, la connivencia con un país extranjero para alterar la forma republicana del Estado, atentar contra los altos cargos del Estado y la tenencia, fabricación o tráfico de armas y explosivos para tales fines. Luego, en materia de sanción, repetía las penas de los decretos anteriores: de tipo general, de tres meses a cinco años, más la accesoria –esto sí cambiaba– de hasta un millón de marcos (artículos 7 y 8), y, como tipo especial, de pena de muerte o cadena perpetua para casos de intento o asesinato de miembros del Gobierno del *Reich* o del *Land*, y, a su lado, de pena de cárcel no inferior a los cinco años para casos de simple participación (artículo 1); aparte se recogía ahora también la posible pena de destierro por periodos de hasta cinco años, la expulsión del territorio de Alemania, para casos de extranjeros, la pérdida de derechos políticos y de condición funcional y sueldo para casos de empleados del Estado (artículos 9 y 10). En materia de garantías, el *Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik*, como señala Hueck, era un ente jurisdiccional del *Reich*, con competencias diversas, en el área del Derecho Penal, el Derecho Administrativo y en el Derecho Procesal Constitucional: era tribunal penal, por sus competencias de enjuiciamiento de delitos penales políticos contra la República o por alteración del orden público (en particular, atentado o tentativa contra la vida de los representantes del Estado); era tribunal administrativo, por su competencia para conocer sobre la realización de los ilícitos determinados en la norma por parte de asociaciones, partidos y agrupaciones de todo tipo y dirimir sobre la posible suspensión de publicaciones; y, finalmente, era también tribunal constitucional por cuanto era el ente encargado de dirimir sobre los posibles conflictos por las medidas a adoptar entre el Ejecutivo del *Reich* y la autoridad de los *Länder*<sup>92</sup>. El procedimiento por disolución de partidos o agrupaciones y reuniones, así como de prohibición de publicaciones, ante esta magistratura quedaba además perfilado a través del Decreto que establecía el procedimiento ante el Tribunal para la protección de la Repú-

<sup>91</sup> No obstante, parece que el plan de Ebert no solo estaba en crear un tribunal adicional de protección constitucional frente a este tipo de casos, sino también quitar esta función de protección extra de los juzgados ordinarios, en tanto muchos de sus miembros no parecían fieles a la República y despertaban ciertas desconfianzas. Véase así HUECK, I. J., *Der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1996), 90.

<sup>92</sup> HUECK, I. J., *Der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik...*, 8.

blica en cuestiones administrativas de 1 de agosto de 1922<sup>93</sup>. Igualmente, con el complementario de la norma alemana, la Ley de obligaciones del funcionario para la protección de la República de Weimar, también de 21 de julio de 1922<sup>94</sup>, sucedía algo parecido. Esta norma, referida a los empleados públicos, obligaba, en efecto, a tener una relación de servicio compatible con la forma de Estado republicana y sancionaba la utilización del puesto público para hacer eco de proclamas contra la República o a favor de la Monarquía<sup>95</sup>, pero no llegaba a castigar la falta de celo y la negligencia, como hacía la norma española, y fijaba, además, a efectos sancionatorios administrativos por estas causas, la realización del correspondiente procedimiento disciplinario.

En cambio, como es sabido, en la norma española era el Ministro de Gobernación quien tenía mayores facultades para la aplicación de la ley y proceder *motu proprio* a la suspensión de reuniones, manifestaciones y asociaciones y proceder a la intervención de cualquier entidad privada que se entendiera podía ser contraria al régimen<sup>96</sup>; luego, el control judicial de las medidas y sanciones, como han probado Fernández Segado<sup>97</sup> y Ballbé, era casi inexistente<sup>98</sup>.

En el caso alemán, toda esta normativa de excepción y, en concreto, la utilización del Ejército (*Reichswehr*) para resolver la situación de caos podían estar justificadas, sobre todo, como se ha visto, en el primer periodo de la República de Weimar. En España se puede decir que hay dos lecturas: una preventiva y una aperturista. Esta división sugiere en términos generales que, en efecto, cabría entender que en la II República, desde los primeros meses de su andadura, había riesgos de suficiente entidad (anarquistas, monárquicos, izquierda y derecha radical) como para el mantenimiento de la situación de excepción y la utilización constante del Ejército en orden a la protección del régimen<sup>99</sup>, mientras otros dejan entrever que las huelgas y conatos de tensión político-social no requerían una restricción tal de las garantías individuales

<sup>93</sup> Reichsgesetzblatt 1922 I, 675. Norma disponible en alemán en <http://www.documentarchiv.de/wr.html>.

<sup>94</sup> *Gesetz über die Pflichten der Beamten zum Schutze der Republik*, de 21 de julio de 1922, que reformaba la *Reichsbeamten-gesetz* (Ley de Funcionarios del Reich) de 18 de mayo de 1907. Disponible en alemán en [http://www.documentarchiv.de/wr/rbeamtepflicht\\_ges.html](http://www.documentarchiv.de/wr/rbeamtepflicht_ges.html).

<sup>95</sup> RUDOLF, B., «Verfassungsfeinde im öffentliche Dienst», en Thiel, M. (Coord.), *Wehrhafte Demokratie* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2003), 214.

<sup>96</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La defensa extraordinaria de la República», 116.

<sup>97</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La defensa extraordinaria de la República», 117.

<sup>98</sup> Véase BALLBÉ, M., *Orden público y militarismo...*, 333.

<sup>99</sup> Para una lista de autores en esta línea, véase la relación de FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La defensa extraordinaria de la República», 111.

ni, después, de los derechos constitucionales, como hacia la Ley de Defensa de la República, y que, quizás, la falta de apertura en este sentido y de ampliación de las libertades tras el fin de la Monarquía empujó la situación a una mayor inestabilidad<sup>100</sup>. Esta extensión de excepcionalidad, además, habría llevado a un exceso de uso de las fuerzas armadas como elemento de mantenimiento de orden público, que, a la postre habría llevado también a una progresiva mayor politización del gremio militar –en algunos casos integrando asociaciones de extrema derecha, la Unión Militar Española (UME), desafecta a la República, de carácter republicano-radical, como la Unión Militar Antifascista (UMA) y la Unión Militar Republicana Antifascista (UMRA)<sup>101</sup>–, con efectos igualmente desestabilizadores<sup>102</sup>.

La Ley de Protección de la República de 21 de julio de 1922 sería modificada por la Ley de 31 de marzo de 1926 y la Ley de 8 de julio de 1926, determinando su vigencia por un plazo de solamente cinco años, si bien, después, la Ley de 2 de junio de 1927 terminaría por darle dos años más de prórroga de vigencia<sup>103</sup>. La nueva Ley de Protección de la República (*Zweite Gesetz zum Schutze der Republik*) sería de 25 de marzo de 1930<sup>104</sup>. Esta norma era más rala y laxa, posiblemente porque la especial coyuntura de violencia en la que nació la primera Ley de Protección de la República, hacía ya ocho años, en 1922, había evolucionado, en particular, supuestamente ya no habría **tanto riesgo a atentados terroristas de la ultraderecha frente a altos cargos**. Es cierto es que continuaba habiendo choques y ataques entre nacionalsocialistas y comunistas, en especial en Berlín (particularmente intensos de 1927

<sup>100</sup> Véase, por ejemplo, PAYNE, S. G., en *El colapso de la República...*, 565, cuando dice que «debe tenerse presente que la extensión de la violencia fue muy inferior durante los tres primeros años de la República, y que entonces no amenazó con desestabilizar el régimen. Sólo en 1934 se desarrolló violencia realmente seria». Respecto a los juicios críticos a la ley, por inconstitucional, véase de FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La defensa extraordinaria de la República», 111 y 112; el mismo autor en *Las Constituciones históricas españolas...*, 463 y 464.

<sup>101</sup> Véase BUSQUETS BRAGULAT, J., «Conservadurismo, republicanismo y antirrepublicanismo en las fuerzas armadas», en *Anales de Historia Contemporánea* 7 (1989), 82.

<sup>102</sup> Véase SALAS LARRAZÁBAL, R., *Historia del Ejército Popular de la República*, Vol. I (Madrid: La Esfera, 2006), 106 y 107; el mismo autor en «Las reformas de Azaña», en HERNÁNDEZ SÁNCHEZ-BARBA, M., y ALONSO BAQUER, M. (Dir.), *Historia social*, 81-91; CEREZO MARTÍNEZ, R., «La Armada española en el Siglo XX», 222-225; BALLBÉ, M., *Orden público y militarismo...*, 343-345.

<sup>103</sup> HÄNTZSCHEL, K., y SCHÖNNER, K., *Gesetz zum Schutz der Republik (Reichsgesetz vom 25. März 1930 – RGBl. I. S. 91). Mit den Ausführungsbestimmungen des Reichs und der Länder. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung* (Berlín: Verlag Stilke, 1930), 7.

<sup>104</sup> Reichsgesetzblatt 1930 I, 91-93. Norma disponible en alemán en <<http://www.documentarchiv.de/wr.html>>.

a1929)<sup>105</sup>, pero probablemente estos altercados se verían ya más como una cuestión policial y de paz pública y que –en principio– no ponían tanto en absoluto riesgo la forma republicana del Estado. Los tipos de ilícitos, a saber la participación o colaboración para atentar contra la vida de una persona o los representantes del Gobierno del *Reich* o de un *Land*, se sancionaban ahora con pena de prisión que no podía ser inferior a tres meses de cárcel (artículo 1), si bien esto podía también depender cuando, por la normativa penal, hubiera lugar a una pena mayor. Igualmente se sancionaba el insulto a la forma constitucional republicana del Estado, la denigración maliciosa de los miembros del Ejecutivo del *Reich* o de los *Ländern* o el descrédito o improprios contra sus símbolos o su bandera<sup>106</sup>, como también de altos cargos fallecidos (artículo 5). La norma determinaba también la posibilidad de disolución policial de reuniones y manifestaciones (artículo 8), la suspensión de asociaciones (artículo 9), cuando prosiguieran los ilícitos ya vistos o alterasen el orden público, y, asimismo, en su caso, el cierre de publicaciones y periódicos (artículos 12 y siguientes). Fuera de los causas en que, por la naturaleza del delito, la sustanciación del procedimiento se realizara por la vía penal, la principal garantía en estos casos consistía en la posibilidad de recurso ante la autoridad administrativa competente del *Land*, en plazo de dos meses (sin efectos suspensivos), la cual podía resolver por sí misma en casos de menor importancia; si bien la competencia en apelación y en casos de mayor índole la tenía –ya no el Tribunal del Estado para la protección de la República–, sino una Sala de nueva creación, el Tribunal Administrativo del *Reich* (*Reichsverwaltungsgericht*), y hasta en tanto se implementara este ente judicial –de acuerdo al artículo 9.4– se encargaría de la resolución de causas por protección de la República una sala del Sala del Tribunal del *Reich* (*Reichsgerichts*). Ya antes, en 1927, se había producido el traspaso de competencias en materia de causas de protección de la República del Tribunal del Estado para la protección de la República a una Sala del Tribunal del *Reich*<sup>107</sup>; ahora, tras la aprobación de la nueva ley de 1930, se procedía a la creación de

<sup>105</sup> Véase HUEY LIANG, H., *Die berliner Polizei in der Weimarer Republik...*, 117-124.

<sup>106</sup> La bandera de la República alemana, negra, roja y amarilla oro, así como sus símbolos nacionales, se regularían por Decreto de 11 de abril de 1921 y por Decreto de 5 de mayo de 1925. HÄNTZSCHEL, K., y SCHÖNNER, K., *Gesetz zum Schutz der Republik...* 31. El himno nacional alemán «Deutschland über alles», se adoptó por Orden del Reichspräsident de 11 de agosto de 1922. Véase WINKLER, H. A., *Weimar 1918-1933...*, 178. Para más detalles sobre el himno alemán, véase PETER HÄBERLE, *El himno nacional como elemento de identidad cultural del Estado constitucional* (Madrid: Dykinson, 2012), 55-57. Traducción del alemán del Alberto Oehling de los Reyes.

<sup>107</sup> SCHULZ, G., *Deutschland am Vorabend der Grossen Krise...*, 328.

una magistratura *ex novo*, cuya regulación de procedimiento y recurso y competencias se delimitaría por el Decreto de 3 de abril de 1930<sup>108</sup>.

Fuera de esta normativa, cabría citar alguna otra disposición complementaria en relación al orden y seguridad pública, en particular el Decreto del *Reichspräsident* frente a disturbios políticos, de 28 de marzo de 1931<sup>109</sup>, también dictado bajo cobertura del artículo 48 de la Constitución de Weimar. Por esta norma se establecían, en particular, restricciones especiales respecto al derecho de manifestación, las libertades políticas, la libertad de expresión e imprenta. Respecto al derecho de manifestación, el artículo 1 y siguientes del Decreto determinaba la obligación de los organizadores de aviso previo a la autoridad competente –en un plazo mínimo de 24 horas– del lugar de la manifestación, itinerario, y razones de la misma, pudiéndose ésta prohibir cuando se presumiera que podía conllevar la desobediencia a las disposiciones legales vigentes, proferirse insultos o amenazas a cargos del Estado o que se pudiera faltar el respeto a instituciones públicas o comunidades religiosas. Obviamente quedaban fuera del ámbito de regulación de la norma las procesiones religiosas, los desfiles populares, las bodas, etc. Respecto a la libertad ideológica, de expresión, información y prensa, determinaba la posibilidad policial de confiscación de pancartas y octavillas y folletos propagandísticos cuando pudieran contener proclamas o afirmaciones contrarias al orden público (artículo 10). A tales efectos, preveía, antes de la colocación de pancartas y carteles, el trámite previo de información del contenido de las proclamas políticas a la autoridad policial, que, en su caso, podía proceder a su incautación y comiso. Ante esta situación, la posible impugnación de la orden de prohibición de manifestación o comiso, se realizaba de conformidad con el Derecho correspondiente del *Land* o bien, nuevamente, ante la Sala de del Tribunal del Reich (artículo 13)<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Verordnung über das Verfahren in Verwaltungssachen auf Grund des Gesetzes zum Schutze des Republik, de 3 de abril de 1930. Reichsgesetzblatt 1930 I, 130. Norma disponible en alemán en <<http://www.documentarchiv.de/wr.html>>.

<sup>109</sup> *Verordnung des Reichspräsidenten zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen*. Reichsgesetzblatt 1931 I, 79-81.

<sup>110</sup> Esta norma se modificaría después en distintas disposiciones, en concreto por el Segundo Decreto del Reichspräsident frente a disturbios políticos, de 17 de julio de 1931 y de 10 de agosto de 1931. Posteriormente, quedaría complementado con el Decreto sobre Seguridad, Economía y Finanzas y frente a disturbios políticos, de 6 de octubre de 1931 (*Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen*), y por el Decreto sobre Seguridad, Economía y Finanzas y protección de la Paz interior, de 8 de diciembre de 1931 (*Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens*). Normas disponibles en alemán en <<http://www.documentarchiv.de/wr.html>>.

## V. LA POST-NORMATIVA EN MATERIA DE DEFENSA INTERNA EXTRAORDINARIA DE LA REPÚBLICA

Fuera de las previsiones puramente de carácter penal –contenidas bien en el Código Penal de 1871 o, posteriormente, en el de 1932<sup>111</sup>–, la II República desarrolló distintos tipos de instrumentos de protección del orden público y de defensa adicional del régimen, de restricción de libertades y suspensión de derechos y garantías en pro del orden público: ora de aplicación individual, ora general. En primer lugar, la Ley de Defensa de la República, vista anteriormente, que determinaba la suspensión de determinados derechos constitucionales de un sujeto por considerarlo un peligro para el régimen, por ejemplo, por desobediencia a la ley, violencia, apología de la Monarquía, por expresar su malestar respecto al Estado o las Instituciones o, como funcionario, por falta de celo en el cumplimiento del deber o (artículo 1). En segundo lugar, la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, que preveía una especial vigilancia policial, restricción de la libertad de circulación e incluso el internamiento en un centro de trabajo forzado (Título I, Capítulo III) por considerar a un sujeto peligroso para la seguridad pública (los vagos habituales, los rufianes, proxenetas, mendigos, etc.)<sup>112</sup>. En tercer lugar, el artículo 42 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931, que posibilitaba la suspensión de los derechos de libertad personal, libertad de circulación, inviolabilidad domiciliaria, libertad de expresión, reunión, asociación y sindicación, total o parcialmente, en todo el territorio nacional o en parte de él, por decreto del Gobierno. En cuarto lugar, hay que citar la facultad del Presidente de la República de disponer medidas urgentes en defensa de la integridad y seguridad de la Nación, del artículo 76.d, por ejemplo, por peligro frente a una invasión extranjera o por un peligro interno que supusiera un riesgo para la seguridad del régimen<sup>113</sup>.

Ahora bien, la restricción de las libertades y la suspensión de derechos en razón del orden público se observan en ningún otro punto con tanta claridad como en la Ley de Orden Público de 1933<sup>114</sup>, que se supone derogaba la Ley de Defensa de la República en todo aquello en lo que estuviera en contradicción<sup>115</sup>. La norma clasificaba las facultades gubernativas de delimitación en dos niveles bajo centralización del Ministerio de Gobernación: facultades ordinarias y facultades extraordinarias que reunían el estado de prevención,

<sup>111</sup> Gaceta de Madrid n.º 310, de 5 de noviembre de 1932, pp. 818-856.

<sup>112</sup> Gaceta de Madrid n.º 217, de 5 de agosto de 1933, pp. 874-877.

<sup>113</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La defensa extraordinaria de la República», 123 y 124.

<sup>114</sup> Gaceta de Madrid n.º 211, de 30 de julio de 1933, pp. 682-699.

<sup>115</sup> Véase PÉREZ GIL, L. V., «Análisis de los principios constitucionales y las competencias en las relaciones exteriores de la Constitución española de diciembre 1931», en *Revista Española de Derecho Constitucional* 63 (2001), 135.

el estado de alarma y el estado de guerra. Las facultades ordinarias, recaían sobre los Gobernadores Civiles, en su función de dirección de los agentes y cuerpos de seguridad. Estos tenían capacidad para disolver por la fuerza cualquier manifestación no autorizada, de carácter violento o en la que se produjeran agresiones a la fuerza pública (artículo 11). Más allá, el artículo 10 de la ley incluía la posibilidad de hacer fuego toda vez que los manifestantes hicieran fuerza contra los agentes y se profiriera, previamente, un segundo aviso de petición de disolución de la concentración. El estado de prevención, en cambio, debía ser declarado por el Ejecutivo, para una parte o todo el territorio nacional, y tomaba forma de decreto acordado por el Consejo de Ministros y firmado por el Presidente del Consejo. A través del decreto, la autoridad gubernativa quedaba habilitada para: solicitar notificación al ciudadano de cualquier cambio de domicilio o residencia que quisiera hacer, así como –en caso de viaje– de preaviso del itinerario que pretendía seguir; intervención de industrias y comercios, fiscalización policial previa de periódicos, pasquines, fanzines y octavillas de imprenta de tipo político<sup>116</sup> y restricción de los derechos de reunión, circulación, asociación, sindicación y huelga (artículo 27). En el caso de que la cosa fuera a más y no bastase con la declaración del estado de prevención, el Gobierno, en casos de notoria e inminente gravedad, podía declarar el estado de alarma y suspender –también por decreto– las garantías citadas del artículo 42 de la Constitución, total o parcialmente, en todo el territorio nacional o en parte de él; luego, la autoridad quedaba habilitada para prohibir la formación de grupos y concentraciones en la vía pública y establecer censura previa sobre todo tipo de impresos y publicaciones. El estado de guerra, en fin, suponía el máximo estadio de restricción y suponía no ya la participación del Ejército –que podía colaborar también en los supuestos anteriores con la autoridad civil (artículo 48)–, sino que la autoridad militar fuera la que adoptara específicamente las medidas necesarias para el restablecimiento del orden público. En efecto, en caso de rebelión o sedición violenta, el Gobierno, podía dictar el estado de guerra, bien en una parte del territorio o, incluso, en toda España; haciéndose cargo del mando la

---

<sup>116</sup> Como pone de manifiesto Cruz, había una treta utilizada por el Partido Comunista para tratar de esquivar las duras exigencias de la Ley de Orden Público de 1933. Se trataba de culpar de la autoría o dirección de las publicaciones a uno de los diputados comunistas en el Congreso, a fin de utilizar su inmunidad parlamentaria como freno a la aplicación de la aplicación de la sanción. El diputado era advertido, por algún funcionario judicial «amigo», de la incoación de la incoación de un proceso contra el artículo o el periódico, lo que permitía al diputado personarse previamente ante el órgano judicial para responsabilizarse de la publicación; luego, entere que el juez pedía el suplicatorio al Congreso a efectos de su procesamiento y entre la denegación sistemática del mismo por la cámara, se hacía forzar su archivo e inanidad del hecho. Véase, así, CRUZ, R., «La prensa madrileña durante la II República», 359 y 361.

autoridad militar designada que sería la encargada de publicar los oportunos bandos y edictos y prevenciones necesarias para reducir la revuelta (artículo 53). La norma también incluía la posibilidad de formación de consejos de guerra para el enjuiciamiento de los detenidos, sometidos temporalmente a la jurisdicción militar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95, párrafo tercero, de la Constitución; luego, una vez levantado el estado de alarma por el Ejecutivo, las causas tramitadas por la jurisdicción militar pasaban a los tribunales ordinarios competentes<sup>117</sup>. El ejemplo tipo de estado de guerra fue el declarado con motivo de la Revolución de 1934, que afectó a toda España<sup>118</sup>. Se calcula que murieron de 1.500 a 2.000 personas, y casi 3.000 resultaron heridas. De los muertos, unos 320 eran guardias civiles, soldados, guardias de asalto y carabineros; luego hubo hasta alrededor de 30.000 detenidos en todo el país<sup>119</sup>. Incluso, las recompensas que se dieron a los militares que participaron en la reducción de la Revolución de octubre de 1934 se determinó que se considerasen conseguidas por «hechos de guerra»<sup>120</sup>.

El Decreto de 16 de septiembre de 1935 desarrollaba algunos aspectos de la Ley de Orden Público de 1933. Incidía en la competencia del Ministro de Gobernación en materia de dirección del orden público general, quien podía delegar en orden a la coordinación de operaciones de seguridad en el Delegado General de Seguridad de Madrid, el Delegado del Poder Central en las Regiones, el Gobernador Civil y, en su caso, en el Alcalde. Estos cargos, como autoridad competente, podían dictar bandos y circulares para la publicación de medidas de orden público. Obviamente, en casos de alteración de la seguridad interior, el mando no se reducía a la Guardia Civil, Carabineros, Guardias de Asalto y Guardias Municipales, sino también a otro tipo de institutos policiales y de vigilancia. Como los Migueletes de Guipúzcoa, los Miñones de Vizcaya y Álava, los Mozos de Escuadra de Barcelona e incluso los Vigilantes de Caminos, Guardas Forestales y Peones Camineros. En caso de estado de guerra, los miembros de estos institutos o servicios pasaban a depender directamente de la autoridad militar, salvo en las cuestiones que ésta delegase o dejase expeditas a las autoridades civiles<sup>121</sup>.

<sup>117</sup> Véase así, por ejemplo, el Decreto de 23 de enero de 1935. *Gaceta de Madrid* n.º 24, de 24 de enero, p. 707.

<sup>118</sup> Véase el Decreto declarando el estado de guerra en todo el territorio de la República Española. *Gaceta de Madrid* n.º 280, de 7 de julio de 1934, p. 194.

<sup>119</sup> THOMAS, H., SALAS LARRAZÁBAL, R., y VIÑAS, V., *La Guerra Civil española*, Vol. I..., 261 y 262.

<sup>120</sup> De hecho, las recompensas que se dieron a los militares que participaron en la reducción de la Revolución de octubre de 1934 se determinó que se considerasen conseguidas por «hechos de guerra», por Orden de 27 de noviembre de 1934. *Gaceta de Madrid* n.º 333, de 29 de noviembre, p. 1.696.

<sup>121</sup> *Gaceta de Madrid* n.º 260, de 17 de septiembre de 1935, pp. 2146-2150.

*TITLE: The Law of defense of the Republic of October 21, 1931: Introduction to its political-legal context, to its related and brief comparative regulations with its German counterpart Gesetz zum Schutze der Republik*

*RESUMEN: Para analizar el grado de eficacia y validez de los derechos y libertades constitucionales de la Constitución de 9 de diciembre de 1931 y de la II República española debe tenerse en cuenta la vigencia de la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1931, pero, además, hay que observar también otras leyes de orden público que caracterizaron su contexto político-jurídico. Por una parte, hay que estudiar la extensión de vigencia en la II República de normas de la época de la Monarquía y la Dictadura de Primo de Rivera; por otra parte, hay que analizar el grado de delimitación de derechos y libertades que derivaba de la propia normativa adicional en materia de seguridad y orden público aprobada ya por el poder constituido republicano, en particular, la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, o la Ley de Orden Público de 1933. Aparte, se realiza una breve comparativa con la Ley de Protección de la República alemana de Weimar (Gesetz zum Schutze der Republik), que creemos también puede ser útil a efectos de contextualizar y valorar político-jurídicamente la oportunidad o no y excesos de la Ley de Defensa de la República española.*

*PALABRAS CLAVE: II República española, Constitución de 9 de diciembre de 1931, República de Weimar, orden público, seguridad pública, vigencia y restricción de derechos y libertades constitucionales.*

*ABSTRACT: In order to analyze the validity and effectiveness of the constitutional rights and freedoms in the Constitution of 9th December 1931 and the Second Spanish Republic, should be considered the Act of the Republic's Defense of 21 October 1931, but also should be considered other legislation about public order, that characterized its political-legal context. On the one hand, must be analyzed the adoption and validity in the Second Republic of the monarchy's rules and the Primo de Rivera's dictatorship. On the other hand, must be analyzed the level of delimitation of rights and freedoms delimitation, which resulted from the own legislation on security and order-public approved by the legislative in the Second Republic; for example, the Vagrancy Act of 4 August 1933 and the Public Order Act 1933. In addition, it has been included a short comparative with the Act on Protection of the Weimar Republic (Gesetz zum Schutze der Republik), that also we believe it may be particularly useful to contextualize and analyze in legal and political form the opportunity of the Act of the Republic's Defense in the Second Spanish Republic and its possible excessive provisions.*

*KEY WORDS: Second Spanish Republic, Constitution of 9 December 1931, Weimar Republic, public order, public security, validity and restrictions of the constitutional rights and freedoms.*

RECIBIDO: 10.10.2016

ACEPTADO: 19.12.2016



# LAS AYUDAS COMPENSATORIAS A LAS VÍCTIMAS DE TERRORISMO: ANÁLISIS DE LA LEY 29/2011 Y SU REGLAMENTO DE DESARROLLO

Natalia Pérez Rivas

doi: 10.18543/ed-64(2)-2016pp157-188

---

**SUMARIO:** 1. LA COMPENSACIÓN ESTATAL A LAS VÍCTIMAS DE TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: REVISIÓN NORMATIVA. 2. NUEVO RÉGIMEN GENERAL DE AYUDAS E INDEMNIZACIONES A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO: LA LEY 29/2011. 2.1. *Previsiones generales*. 2.1.1. Naturaleza jurídica. 2.1.2. Ámbito subjetivo. 2.1.3. Ámbito espacial. 2.1.4. Ámbito temporal. 2.1.5. Régimen de compatibilidad. 2.1.6. Exenciones. 2.1.7. Actualización de la cuantía resarcitoria. 2.2. *Regímenes de ayudas a las víctimas de terrorismo*. 2.2.1. Régimen ordinario de ayudas. 2.2.2. Abono de la responsabilidad civil fijada en sentencia. 2.2.3. Régimen extraordinario de ayudas. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA

---

## 1. LA COMPENSACIÓN ESTATAL A LAS VÍCTIMAS DE TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: REVISIÓN NORMATIVA

El primer antecedente legislativo del establecimiento de obligaciones a cargo del Estado para la atención a las víctimas del terrorismo es el Decreto ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> BOE núm. 205, de 27 de agosto de 1975. José Leandro MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, *El resarcimiento estatal de daños causados por bandas y grupos armados* (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1996), 35-44.

disponiéndose en su art. 21 que «el Estado indemnizará especialmente los daños y perjuicios que se causaren a las personas con ocasión de su actividad o colaboración para la prevención o represión» de actos terroristas<sup>2</sup>.

Este Decreto fue derogado posteriormente por el Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero de 1979, de Protección de la Seguridad Ciudadana<sup>3</sup>, en cuyo art. 7, utilizando una fórmula similar a la del anterior decreto, amplió el ámbito de aplicación de la indemnización estatal a los daños y perjuicios que se causaren a las personas como consecuencia de los actos delictivos cometidos por personas integradas en grupos o bandas organizadas y armadas y sus conexos<sup>4</sup>. Será el Real Decreto 484/1982, de 5 de marzo de 1982<sup>5</sup>, el que se ocupe de regular la compensación estatal por los daños personales producidos por dichas acciones<sup>6</sup>.

A la aprobación de esta última norma han seguido numerosas reformas y nuevas disposiciones dirigidas a mejorar el ámbito de cobertura, ampliar el círculo de posibles beneficiarios o incrementar la cuantía de la ayuda, articulando un sistema compensatorio mucho más generoso que el previsto para las víctimas «comunes»<sup>7</sup>. Esta situación se justifica en consideración a la alarma que despiertan este tipo de delitos, dado su carácter indiscriminado e

---

<sup>2</sup> Esta temprana y primigenia regulación del sistema reparador de las víctimas de terrorismo es una clara muestra del estatuto jurídico privilegiado del que aquéllas han gozado en España. Y es que, como afirma Josep María TAMARIT SUMALLA, «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (2013): 22, «se empezaron a adoptar las primeras medidas de indemnización y apoyo a las víctimas [de terrorismo], cuando todavía no se había producido una sensibilización a favor de las víctimas del delito en general».

<sup>3</sup> BOE núm. 28, de 1 de febrero de 1979.

<sup>4</sup> El art. 7 del Real Decreto-Ley 3/1979 establecía que «serán especialmente indemnizables por el Estado los daños y perjuicios que se causaren a las personas con ocasión de las actividades delictivas a que se refiere el núm. uno del art. 3 – «*Todos los cometidos por persona o personas integradas en grupos o bandas organizados y armados y sus conexos*»– de este Real Decreto-Ley. El Gobierno determinará el alcance y condiciones de dicha indemnización».

<sup>5</sup> Real Decreto 484/1982, de 5 de marzo, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero (BOE núm. 60, de 11 de marzo de 1982).

<sup>6</sup> MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, *El resarcimiento...*, 35-44.

<sup>7</sup> El criterio de otorgar un tratamiento diferente a las víctimas, en función de que lo sean o n.º de actos terroristas, se observa también en las legislaciones de otros países de nuestro entorno, como Italia y Francia. Jo GOODEY, «Compensating victims of violent crime in the European Union with a special focus on victims of terrorism». Comunicación presentada en la Mesa Redonda sobre compensación a las víctimas, el 10 de junio de 2003. Washington, DC: Centro Nacional para las Víctimas del Crimen. Disponible en: <http://www.ncvc.org/ncvc/AGP.Net/Components/documentViewer/Download.aspx?DocumentID=32594>. Acceso el 30 de septiembre de 2016.

imprevisible<sup>8</sup>, así como por la mayor sensibilidad social que estos hechos generan y por su especial objeto de ataque (el orden político democráticamente establecido)<sup>9</sup>.

La primera de esta serie de normas fue la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas<sup>10</sup>, cuyo capítulo IV versaba sobre la indemnización por daños personales causados como consecuencia o con ocasión de la comisión de actividades derivadas de hechos terroristas. Esta ley fue desarrollada por el Real Decreto 336/1986, de 24 de enero<sup>11</sup>, que reguló exhaustivamente las indemnizaciones a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, disciplinando aspectos como el concepto y alcance de la indemnización, la determinación de los titulares del derecho al resarcimiento, los criterios para el cálculo de la cuantía de la indemnización y el plazo de prescripción de la acción<sup>12</sup>.

Tras su derogación por la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código penal<sup>13</sup>, se procedió a dar cumplimiento al mandato establecido en el art. 64.1 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988<sup>14</sup>, que habilitó al Gobierno para determinar reglamentariamente el alcance y condiciones de la compensación estatal por los daños personales causados como consecuencia o con ocasión de actividades delictivas cometidas por bandas armadas o elementos terroristas. Ese mandato legal se hizo efectivo en el Real Decreto 1311/1988, de 28 de

---

<sup>8</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, «El terrorismo político no institucional: propuesta de definición», *Claves de Razón Práctica*, n.º 118 (2001): 11, define el terrorismo político no institucional como «un método expansivo de la amenaza o del uso intencional e imprevisible de la violencia por parte de individuos o grupos no gubernamentales, destinado a provocar en una sociedad el temor generalizado, infligiendo daños inevitables a personas inocentes con miras a influir en el comportamiento de terceros, a fin de obtener objetivos políticos fanáticamente percibidos como no negociables».

<sup>9</sup> Como explicita Gerardo LANDROVE DÍAZ, *La moderna victimología* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1998), 141-142, el fundamento último de la limitación inicial del programa de compensación estatal a las víctimas del terrorismo así como la mayor protección que en la actualidad se les sigue dispensando es político.

<sup>10</sup> BOE núm. 3, de 3 de enero de 1985.

<sup>11</sup> Real Decreto 336/1986, de 24 de enero, por el que se regulan las indemnizaciones a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas (BOE núm. 43, de 19 de febrero de 1986).

<sup>12</sup> MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, *El resarcimiento...*, 48-54. LANDROVE DÍAZ, *La moderna...*, 144 etiquetó la regulación contenida en dicho Real Decreto como el modelo a seguir para la configuración de un sistema de compensación estatal a favor de las víctimas de otro tipo de delitos.

<sup>13</sup> BOE núm. 126, de 26 de mayo de 1988.

<sup>14</sup> BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 1987.

octubre<sup>15</sup>, que amplía considerablemente el círculo de titulares del derecho a obtener un resarcimiento fijado por el citado Real Decreto 336/1986, incluyendo en él a todas las personas que tengan determinados lazos de parentesco con las víctimas, y se hallen en una situación de dependencia económica real y demostrada de la misma<sup>16</sup>.

El art. 64 de la Ley 33/1987 sufrió diversas modificaciones. La primera de ellas fue operada por la disposición adicional decimosexta de la Ley 4/1990, de 29 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990<sup>17</sup>, y tuvo por objeto sustituir el criterio utilizado hasta la fecha para la indemnización de las lesiones no invalidantes (el baremo de indemnizaciones vigente en cada momento en el sistema de Seguridad Social), por una regla de cuantificación uniforme que tiene por base el salario mínimo interprofesional (en adelante SMI). La disposición sanciona, asimismo, la posibilidad de conceder las ayudas con carácter provisional, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, durante la tramitación de los expedientes. La segunda modificación fue introducida por la disposición adicional decimovena de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1992<sup>18</sup>, y su sentido fue el de ampliar los daños que dan lugar al resarcimiento a los ocasionados en la vivienda habitual de las personas físicas<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Real Decreto 1311/1988, de 28 de octubre, por el que se regulan los resarcimientos a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas (BOE núm. 265, de 4 de noviembre de 1988).

<sup>16</sup> MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, *El resarcimiento...*, 54-60; Josep María TAMARIT SUMALLA, *La reparación a la víctima en el derecho penal* (Barcelona: Fundación Jaume Callís, 1994), 89-91, se encarga de realizar un análisis de esta norma, valorando las diferentes modificaciones introducidas en el sistema creado por la Ley especial de 1984. El Real Decreto 336/1986 reconocía el derecho a obtener indemnización a los siguientes grupos de sujetos: a) en caso de lesiones a las persona o personas que las hubiesen sufrido; y b) en caso de muerte, al cónyuge no separado legalmente, a los hijos de la víctima cualquiera que fuese su filiación –menores de edad o mayores legalmente incapacitados o notoriamente incapaces de procurar su sustento–, al progenitor de algún hijo del difunto con derecho a resarcimiento, siempre que lo tuviera bajo su custodia; y, finalmente, en ausencia de todos los anteriores, a los ascendientes de la víctima en primer grado. A ellos, y en su defectos, se añadieron en virtud del Real Decreto 1311/1988, los hermanos de la víctima –siempre que conviviesen y dependiesen económicamente de ésta y no tuvieran medios suficientes de subsistencia–, y, excepcionalmente, y para los casos de muerte de los progenitores y de algún hijo común de ambos, los hijos supervivientes respecto de sus hermanos, sin necesidad de que concurran las circunstancias de la convivencia y dependencia económica anteriormente aludidas.

<sup>17</sup> BOE núm. 156, de 30 de junio de 1990.

<sup>18</sup> BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1991.

<sup>19</sup> MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, *El resarcimiento...*, 61-69.

El desarrollo reglamentario de ambas modificaciones fue acometido por el Real Decreto 673/1992, de 19 de junio, por el que se regulan los resarcimientos por daños a víctimas de bandas armadas y elementos terroristas<sup>20</sup>. En él se amplía la cobertura de las ayudas –incluyendo los daños personales, tanto físicos como psíquicos, los gastos por razón del tratamiento médico de los mismos y los daños materiales ocasionados en la vivienda habitual de las personas físicas que, como consecuencia o con ocasión de las actividades delictivas cometidas por bandas armadas o elementos terroristas, se causen a personas no responsables de dichas actividades<sup>21</sup>, limitándose, en contrapartida, la titularidad del derecho al resarcimiento de daños a quienes resulten más directamente afectados<sup>22</sup>, y se prevé un criterio uniforme para determinar el importe del resarcimiento<sup>23</sup>.

Este fue el régimen por el que se rigió el sistema de reparación pública a las víctimas de actos terroristas hasta la promulgación de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y de orden social<sup>24</sup>, por la que fueron derogados los números uno, dos y tres del art. 64 de la Ley 33/1987, la disposición adicional decimonovena de la Ley 31/1991 y los apartados segundo y tercero de la disposición adicional segunda de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual<sup>25</sup>. Su Capítulo III (arts. 93 a 96) regula

<sup>20</sup> BOE núm. 156, de 30 de junio de 1992. MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, *El resarcimiento...*, 69-89.

<sup>21</sup> Art. 1.1 del Real Decreto 673/1992.

<sup>22</sup> Su art. 5 disponía que «serán titulares del derecho de resarcimiento reconocido en el presente Real Decreto: 1.– En el caso de lesiones, la persona o personas que la hubieran padecido; 2.– En el caso de muerte, y con referencia siempre a la fecha de ésta, las personas que reúnan las condiciones que se indican a continuación: a) el cónyuge no separado legalmente y, siempre que dependieran económicamente de la persona fallecida, los hijos de ésta, cualquiera que sea su filiación y edad; b) en el caso de inexistencia de los anteriores, los padres de la persona fallecida cuando dependieran económicamente de ésta; c) en defecto de las anteriores, siempre que dependieran económicamente del fallecido y por orden sucesivo y excluyente, los nietos de la víctima cualquiera que sea su filiación, los hermanos y los abuelos de aquélla; d) de no existir ninguna de las personas reseñadas en los apartados anteriores, los hijos cualquiera que sea su filiación y edad, y los padres, que n.º dependieran económicamente del fallecido».

<sup>23</sup> Art. 6 del Real Decreto 673/1992.

<sup>24</sup> BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 1996. Jaume SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima en el proceso penal* (Barcelona: J.M.ª. Bosch Editor, 1997), 234-238.

<sup>25</sup> BOE núm. 296, de 12 de diciembre de 1995. Ello puso fin a la homogeneización del régimen compensatorio de todas las víctimas de delitos, habilitándose para tal fin al Gobierno para la modificación del régimen de resarcimientos por daños a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, contemplado por el art. 64 de la Ley 33/1987, así como su desarrollo reglamentario conjunto, previstos en la Ley 35/1995.

las ayudas a los afectados por delitos de terrorismo, determinando los daños resarcibles –los corporales y los materiales causados como consecuencia o con ocasión de delitos de terrorismo a quienes no fueren responsables de los mismos–, las normas por las que deben regirse y la competencia para el reconocimiento del resarcimiento contemplado, además, un régimen de subvenciones para las asociaciones cuyo objeto sea la representación y defensa de los intereses de las víctimas del terrorismo<sup>26</sup>. Su desarrollo se llevó a cabo por el Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio de 1997, por el que aprobó el Reglamento de Ayudas y Resarcimientos a las Víctimas de Delitos de Terrorismo<sup>27</sup>.

Éste estuvo vigente hasta el 18 de marzo de 2003, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo<sup>28</sup>, que viene a continuar con la escala de mejora del sistema de ayudas públicas a las víctimas del terrorismo en que se ha concretado cada reforma o nueva norma<sup>29</sup>.

La última modificación en este ámbito ha sido operada por la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo<sup>30</sup>, que como explicita su Exposición de Motivos, viene a conformar «un cuerpo legal unitario que regula de manera unificada las prestaciones y ayudas económicas directas [...]». Se recogen en ella las

<sup>26</sup> SOLÉ RIERA, *La tutela...*, 234-238.

<sup>27</sup> BOE núm. 65, de 17 de marzo de 2003. Xulio FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal* (Madrid: La Ley, 2005), 558-561; Margarita ROIG TORRES, *La reparación del daño causado por el delito: aspectos civiles y penales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 327-333; LANDROVE DÍAZ, *La moderna...*, 147-155. Según este último autor, con su aprobación se perseguía, no sólo mejorar cuantitativa y cualitativamente las ayudas a las víctimas de actos terroristas, sino también articular un programa de asistencia integral y personalizada para ellas.

<sup>28</sup> BOE núm. 65, de 17 de marzo de 2003.

<sup>29</sup> En el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, dentro del epígrafe relativo a «Otras actividades administrativas», hay un apartado rubricado como «Área de ayuda a las víctimas del terrorismo», en el que se contiene información sobre la distribución anual, por conceptos de daños indemnizados, de la cuantía de las ayudas y resarcimientos por terrorismo sufragadas cada año, tanto respecto del régimen ordinario como del régimen extraordinario.

<sup>30</sup> BOE núm. 229, de 23 de septiembre de 2011. Esta ley es la primera norma española que adapta y desarrolla las disposiciones contenidas en el Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos de 1983, desde su entrada en vigor en el estado español el 1 de febrero de 2002. Ignacio MUÑAGORRI LAGUÍA y Ana Isabel PÉREZ MACHÍO, «Aproximación al sentido y alcance del art. 8.2 del Convenio Europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos de 1983. Tensiones con el principio de legalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100 (2014): 2117.

reparaciones, indemnizaciones y ayudas que se encontraban hasta ahora reguladas de forma separada en los Reales Decretos 288/2003, de 7 de marzo y 1912/1999, de 17 de diciembre<sup>31</sup>, que ordenaban, respectivamente el régimen de resarcimientos por daños derivados del atentado terrorista y el abono por parte del Estado, con carácter extraordinario, de la responsabilidad civil derivada de los delitos de terrorismo. Su desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo por el Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011<sup>32</sup>.

## 2. NUEVO RÉGIMEN GENERAL DE AYUDAS E INDEMNIZACIONES A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO: LA LEY 29/2011

La ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo, tiene por objeto «el reconocimiento de las víctimas del terrorismo y el establecimiento de un marco de indemnizaciones, ayudas, prestaciones, garantías y condecoraciones con la finalidad de reconocer y atenuar, en la medida de lo posible, las consecuencias de la acción terrorista en las víctimas y en sus familias o en las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de la acción terrorista»<sup>33</sup>. Así, se declaran como fines a perseguir mediante su promulgación, los siguientes<sup>34</sup>: a) el reconocimiento y promoción de la dignidad y de la memoria de las víctimas del terrorismo; su protección integral; b) su resarcimiento, mediante las indemnizaciones y las ayudas previstas en esta ley, de los daños personales y materiales sufridos como consecuencia de la acción terrorista; c) el fortalecimiento de las medidas de atención; el reconocimiento de los derechos de las víctimas del terrorismo; d) el establecimiento de mecanismos de flexibilización y coordinación en el conjunto de trámites administrativos que son precisos para obtener las indemnizaciones, ayudas y prestaciones previstas en la Ley; e) el establecimiento de un marco específico en el tratamiento procesal; f) el reconocimiento y apoyo a las personas objeto de amenazas y coacciones de los grupos terroristas y de su entorno.

Pues bien, de entre todas estas finalidades nosotros centraremos nuestra atención en el nuevo régimen indemnizatorio y de ayudas a las víctimas de

<sup>31</sup> BOE núm. 305, de 22 de diciembre de 1999.

<sup>32</sup> BOE núm. 224, de 19 de septiembre de 2013. En el periodo comprendido entre la entrada en vigor de la Ley 29/2011 –23 de septiembre de 2011– y la entrada en vigor del Real Decreto 671/2013 –19 de septiembre de 2013– siguió vigente la anterior normativa en todo aquello que no se oponía y no estaba regulada en la nueva ley.

<sup>33</sup> Art. 1 de la Ley 29/2011.

<sup>34</sup> Art. 2.2 de la Ley 29/2011.

terrorismo articulado en el Título III de esta ley. En él se ha procedido a unificar las prestaciones que, hasta el momento, eran reguladas de manera diferenciada en las diversas normas a las que hemos referencia anteriormente.

## 2.1. *Previsiones generales*

### 2.1.1. Naturaleza jurídica

Las posturas que tradicionalmente se han sustentado con respecto al fundamento de la compensación estatal han sido dos: la que la concibe como una responsabilidad patrimonial del Estado derivada del incorrecto funcionamiento de sus servicios, de un lado, y la que la considera como una manifestación de los principios de solidaridad social y de equidad, de otro<sup>35</sup>. En el primer caso se predicaría una naturaleza indemnizatoria de esta compensación estatal, en tanto que, conforme a la segunda de las posturas, estaríamos ante una ayuda pública concedida por el Estado de manera graciosa.

El legislador español ha optado por la segunda de las construcciones al señalar, en la exposición de motivos de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, que «no cabe admitir que la prestación económica que el Estado asume sea una indemnización, ya que éste no puede asumir sustitutoriamente las indemnizaciones debidas por el culpable del delito [...]»<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en...*, 522; ROIG TORRES, *La reparación del daño...*, 338, nota 117.

<sup>36</sup> Ello también ha sido confirmado por la jurisprudencia, siendo la primera de ellas la STS 1579/1997, de 19 de diciembre, en cuyo FJ 6.º establece que «[...] el concepto legal de ayudas públicas, contemplado en esta Ley debe distinguirse de figuras afines y, señaladamente, de la indemnización. No cabe admitir que la prestación económica que el Estado asume, sea una indemnización, ya que, éste no puede asumir sustitutoriamente las indemnizaciones debidas por el culpable del delito ni, desde otra perspectiva, es razonable incluir el daño moral provocado por el delito. La Ley por el contrario, se construye sobre el concepto de ayudas públicas —plenamente recogido en nuestro ordenamiento— referido directamente al principio de solidaridad en que se inspira». Como pone de relieve ROIG TORRES, *La reparación del daño...*, 338-339, ello determina que las disposiciones de la Ley 35/1995 no sean aplicables, ni afecten, a la responsabilidad civil del delito así como que la concesión de estas ayudas se circunscriba exclusivamente a los delitos violentos y dolosos. Autores como SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima...*, 212-215, se postulan a favor de considerar la compensación estatal como un deber del estado ostentando ésta, en consecuencia, naturaleza indemnizatoria, si bien es consciente de que no es éste el criterio seguido por el legislador. En este mismo sentido se pronuncia FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en...*, 524-525, para quien desde un plano teórico sería perfectamente factible la exigencia al Estado del resarcimiento de los daños causados por su falta de diligencia en la protección de sus ciudadanos, en la medida en que al asumir la protección del orden público ostenta una situación de garante respecto de éste.

Nos hallamos, pues, ante una obligación prestacional asistencial que el Estado se impone a sí mismo, en aras a socializar el riesgo derivado de la delincuencia violenta y sexual como muestra de solidaridad con las víctimas. Más explícitamente la Circular FGE 2/1998, de 27 de octubre, cataloga a estas ayudas como un *tertium genus* o figura *sui generis* de obligación resarcitoria de naturaleza especial que el Estado se impone a sí mismo, y que no puede identificarse, ni con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas<sup>37</sup>, ni con las prestaciones asistenciales de la Seguridad Social<sup>38</sup>. Hablamos, en suma, de un derecho de previsión legislativa<sup>39</sup>, cuyo fundamento se encuentra en los principios de equidad y solidaridad social. Esta misma naturaleza es predicable respecto del régimen general de ayudas y resarcimientos a las víctimas del terrorismo<sup>40</sup>, pese a que en los arts. 20 y 21 de la Ley 29/2011 sí se articula un auténtico sistema indemnizatorio, pero sin que ello implique la asunción por el Estado de responsabilidad subsidiaria alguna<sup>41</sup>.

### 2.1.2. Ámbito subjetivo

Las ayudas e indemnizaciones previstas en esta ley serán de aplicación a aquellas personas, independientemente de su nacionalidad, que, como consecuencia de una acción terrorista, sufran, directamente, daños físicos, psíquicos y/ o materiales, fallezcan o sean amenazadas o acrediten sufrir coacciones directas y reiteradas procedentes de organizaciones terroristas<sup>42</sup>. En el supuesto de fallecimiento de la víctima, ostentarán esta titularidad las personas que, por razón de parentesco, convivencia o relación de dependencia, se hayan concretadas en el art. 17 de la Ley 29/2011<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> De acuerdo con el art. 106.2 CE «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

<sup>38</sup> Conforme al art. 41 CE, «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad [...]».

<sup>39</sup> SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima...*, 225-226.

<sup>40</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. de recurso 1439/1995, de 1 de junio de 1999; HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima. Compendio de Victimología* (Madrid: Edersa, 1996), 291-292, para quien la Ley 35/1995 solventa cualquier duda al respecto de su naturaleza resolviendo las diferencias entre un régimen y otro en «la percepción estatal de una especial solidaridad y concienciación de nuestra sociedad ante las víctimas de terrorismo que obliga así, al establecimiento de privilegios y prioridades en la distribución de los recursos públicos [...]».

<sup>41</sup> Art. 20.7 de la Ley 29/2011.

<sup>42</sup> Art. 4 de la Ley 29/2011.

<sup>43</sup> Punto 2.2.1.1.1 del presente artículo.

Por acción terrorista se entiende, a este respecto, aquella que es perpetrada por personas integradas en organizaciones o grupos criminales que tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, así como por personas que, sin estar integradas en dichas organizaciones o grupos criminales, persigan con sus actos idénticos fines<sup>44</sup>.

No obstante, para su efectivo otorgamiento, se requiere la concurrencia, a mayores, de alguno de los dos siguientes supuestos<sup>45</sup>: a) la existencia de una sentencia firme en que se reconozca su derecho a ser indemnizado en concepto de responsabilidad civil por los hechos y daños contemplados en esta Ley; b) la realización de las oportunas diligencias judiciales o la incoación del correspondiente proceso penal para el enjuiciamiento de la acción terrorista sufrida<sup>46</sup>.

La concesión de las ayudas y prestaciones aquí contempladas se someterá, en todo caso, «a los principios que, para ser indemnizadas, se establecen en el Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos»<sup>47</sup>. Pues bien, de entre los principios del citado Convenio contemplados en su Título I (arts. 1-11), queremos llamar la atención sobre la excepción contemplada en el art. 8.2<sup>48</sup>. Dicho precepto habilita para que los Estados puedan reducir o suprimir las correspondientes indemnizaciones a aquellas víctimas que hayan participado en la delincuencia organizada o pertenezcan a un grupo dedicado a la comisión de delitos violentos.

Haciendo uso de dicha facultad potestativa, el gobierno ha optado por la solución extrema excluyendo de su ámbito de aplicación a los miembros de ETA que han sido víctimas de los GAL, del Batallón Vasco Español o de la Triple A –grupos parapoliciales contraterroristas y de extrema derecha que

<sup>44</sup> Art. 3 de la Ley 29/2011.

<sup>45</sup> Art. 3 bis de la Ley 29/2011, introducido por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012.

<sup>46</sup> En estos casos, ante la inexistencia de una sentencia firme condenatoria, la acreditación ante el órgano competente de la Administración General del Estado de la condición de víctima o derechohabiente, la entidad de los daños sufridos, la naturaleza de los actos o hechos causantes y los demás requisitos legalmente exigidos se realizará por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

<sup>47</sup> Art. 3 bis.2 de la Ley 29/2011, introducido por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012. Es ésta la primera referencia que se contiene en una norma española a la Convención de 1983 desde su ratificación por España en el 2002. MUÑAGORRI LAGUÍA y PÉREZ MACHÍO, «Aproximación al sentido y alcance del art. 8.2», 2118.

<sup>48</sup> En cuanto al sentido y alcance de las excepciones del citado precepto, MUÑAGORRI LAGUÍA y PÉREZ MACHÍO, «Aproximación al sentido y alcance del art. 8.2», 2110-2116.

actuaron en España, básicamente, entre 1976 y 1986-<sup>49</sup>. Las resoluciones del Ministerio del Interior dictadas a este respecto han venido siendo ratificadas por la sección 5.ª de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional<sup>50</sup>.

La válida exclusión requerirá, en todo caso, en nuestra opinión, de la concurrencia de dos requisitos:

- a) que conste acreditada de forma fehaciente la pertenencia de la víctima a una organización de delincuencia organizada o grupo dedicado a la comisión de delitos violentos. La correcta observancia del principio de legalidad y del derecho a tutela judicial efectiva nos lleva a concluir que la atribución a la víctima de alguno de los delitos comprendidos en los arts. 571 y ss. CP sólo puede ser realizada mediante sentencia judicial firme<sup>51</sup>;
- b) que la condición de víctima de terrorismo se haya adquirido con posterioridad a la entrada en vigor del art. 3 bis.2 de la Ley 29/2011 –1 de enero de 2013– que desarrolla, de forma expresa, en nuestro

<sup>49</sup> Resoluciones R/2012/2165, de 9 de octubre de 2013; R/2012/2170, de 11 de septiembre de 2013; R/2012/2188, de 11 de septiembre de 2013; R/2012/2172, de 2 de agosto de 2013; R/2012/2171, de 13 de junio de 2013.

<sup>50</sup> SSAN núm. 251/2015, de 23 de septiembre; núm. 224/2015, de 15 de julio; núm. 223/2015, de 15 de julio; núm. 193/2015, de 1 de julio; núm. 195/2015, de 1 de julio; núm. 192/2015, de 1 de julio; núm. 175/2015, de 24 de junio; núm. 174/2015, de 24 de junio; núm. 173/2015, de 24 de junio; núm. 172/2015, de 24 de junio; núm. 170/2015, de 24 de junio; núm. 165/2015, de 24 de junio; núm. 162/2015, de 24 de junio; núm. 161/2015, de 24 de junio.

<sup>51</sup> De esta opinión, MUÑAGORRI LAGUÍA y PÉREZ MACHÍO, «Aproximación al sentido y alcance del art. 8.2», 2112-2114 y 2120-2123, a cuyo juicio, la existencia de meros indicios carece «de la eficacia jurídica necesaria para desvirtuar el principio de presunción de inocencia (entiéndase por tales la presencia de meros indicios en informes policiales que pueden llegar a fundamentar, en un momento determinado, la detención o imputación de una persona, sin que exista sentencia condenatoria firme) vulneran el principio de legalidad, la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva, así como la división de poderes, en que se fundamenta el principio de legalidad, resultando tan infundada extensión, manifiestamente arbitraria». Por su parte, la SAN núm. 224/2015, de 15 de julio, dispone a este respecto, en su FJ 4.º, que «es principio jurídico procesal que los órganos jurisdiccionales gozan de competencia para valorar y apreciar el supuesto de hecho en los que se asienta la consecuencia jurídica de la norma jurídica que han de aplicar para resolver la cuestión jurídica sometida a su conocimiento, sin perjuicio del principio general que los hechos declarados probados en sentencia penal firme son de obligado respeto por el resto de los tribunales de justicia de los restantes órdenes jurisdiccionales. Pero ante la ausencia de pronunciamiento penal, los tribunales de justicia gozan, a la vista de las pruebas existentes en el proceso, de la facultad de determinar los datos fácticos en los que se asienta la proyección de la norma jurídica que están llamados a aplicar [...]».

ordenamiento, la excepción potestativa contemplada en el art. 8.2 del Convenio. Una interpretación en sentido contrario vulneraría la exigencia constitucional de la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE)<sup>52</sup>.

### 2.1.3. Ámbito espacial

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación espacial, éste viene delimitado en su art. 6, resultando de aplicación no sólo a los actos terrorista cometidos en territorio español o bajo jurisdicción española, sino también con respecto a los actos terroristas cometidos fuera del territorio nacional del que sean víctimas personas de nacionalidad española. Esta previsión representa una excepción al principio de territorialidad que con carácter general rige en las leyes sobre compensación estatal<sup>53</sup>, que viene complementado en este caso, como se establece en su Exposición de motivos, por el principio de ciudadanía. En este sentido se distinguen tres supuestos<sup>54</sup>: a) personas de nacionalidad española que sean víctimas en el extranjero de grupos que operen habitualmente en España o de acciones terroristas dirigidas a atentar contra el Estado español o los intereses españoles; b) a los participantes en operaciones de paz y seguridad que formen parte de los contingentes de

<sup>52</sup> En este sentido se pronuncian MUÑAGORRI LAGUÍA y PÉREZ MACHÍO, «Aproximación al sentido y alcance del art. 8.2», 2115-2116, p. 2118 y 2123-2127, para quienes la eficacia jurídica de las excepciones del citado precepto, en el ámbito del ordenamiento español, se condiciona a la concurrencia de dos presupuestos: en primer lugar, a la entrada en vigor del instrumento de ratificación interno y, en segundo lugar, «al desarrollo normativo expreso y motivado del concreto contenido del indicado precepto». Y ello porque, en su opinión, «[...] no se debe olvidar que este artículo, lejos de contemplar un mandato internacional de cumplimiento obligatorio, prevé una disposición de naturaleza potestativa que puede o no ser atendida por el Estado concreto y que precisará, ahora sí, de una referencia expresa y motivada a la misma en el ámbito del Ordenamiento jurídico interno». Otra opinión es la que sostiene la jurisprudencia evidenciada, entre otras, en la SAN núm. 161/2015, de 24 de junio, conforme a la que «desde el 1 de febrero de 2002 el repetido Convenio forma parte del ordenamiento jurídico español y, en consecuencia, es plenamente aplicable, por lo que su empleo en resoluciones administrativas dictadas con posterioridad a esa fecha y referidas a supuestos que entran en su ámbito de aplicación», con independencia –continúa diciendo la sentencia– de que «faltara una remisión expresa (al Convenio) en la Ley 29/2011 o una prevención específica al respecto».

<sup>53</sup> Esta previsión representa una excepción al principio de territorialidad que con carácter general rige en las leyes sobre compensación estatal, que viene complementado en este caso, como se establece en su Exposición de motivos por el principio de ciudadanía.

<sup>54</sup> Arts. 6.2 de la Ley 29/2011 y 2.2 y 3 del Real Decreto 671/2013.

España en el exterior y sean objeto de un atentado terrorista<sup>55</sup>; c) españoles víctimas de acciones terroristas cometidas fuera del territorio nacional, en que no concurren las circunstancias anteriores. No obstante, la ley no trata estos tres supuestos de forma igualitaria estableciéndose, como veremos, diferencias en cuanto a la cuantía de la indemnización y los daños indemnizables.

#### 2.1.4. Ámbito temporal

Las disposiciones de la presente ley serán de aplicación a aquellos actos terroristas que tengan lugar con posterioridad al 1 de enero de 1960, fecha en la que falleció la primera víctima de ETA<sup>56</sup>. Asimismo, se prevé la aplicación retroactiva de la ley en relación con aquellos casos en los que, con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley<sup>57</sup>, las víctimas hubieran recibido, en concepto de ayudas o indemnizaciones, cuantías inferiores a las establecidas en aquélla<sup>58</sup>.

En ambos casos, el plazo para la solicitud de los resarcimientos, las indemnizaciones y ayudas contempladas en esta Ley será de un año, a contar desde la entrada en vigor del Real Decreto 671/2013<sup>59</sup>.

#### 2.1.5. Régimen de compatibilidad

Las ayudas e indemnizaciones aquí establecidas son compatibles con las pensiones, ayudas y compensaciones que pudieran reconocerse tanto en virtud de la presente ley como las que pudieran dictar las Comunidades Autónomas<sup>60</sup>. Igualmente, serán compatibles con la exigencia de responsabilidad

---

<sup>55</sup> Conforme al art. 2.4 del Real Decreto 671/2013, se entenderán comprendidos en este supuesto: a) los miembros de las Fuerzas Armadas españolas que participen en dichas operaciones, con inclusión de aquellos que, dependientes del Ministerio de Defensa, formen parte de la tripulación de los medios de transporte en los que se realicen los desplazamientos; b) los miembros de las FFCCSE que participen en dichas operaciones; c) el personal al servicio de las Administraciones Públicas, incluyendo el contratado en España a título individual por el Estado, que se desplace al territorio en que se realice la operación para participar en ella o que se encuentre destinado en dicho territorio.

<sup>56</sup> Arts. 7 de la Ley 29/2011 y 2.4 del Real Decreto 671/2013.

<sup>57</sup> En atención a lo dispuesto en la Disposición Final Quinta, su entrada en vigor tuvo lugar el 24 de septiembre de 2011.

<sup>58</sup> Disposición Adicional Primera de la Ley 29/2011 y Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 671/2013.

<sup>59</sup> Su entrada en vigor tuvo lugar el 19 de septiembre de 2013.

<sup>60</sup> Art. 15.1 de la Ley 29/2011. Hasta el momento, un total de ocho Comunidades Autónomas han aprobado normativa autonómica en materia de víctimas de terrorismo: a) Ley 10/2010, de 15 de noviembre, relativa a medidas para la asistencia y atención a

patrimonial al Estado por el normal o anormal funcionamiento de la Administración, si bien aquéllas se imputarán a la indemnización que pudiera reconocerse por este concepto, detrayéndose de la misma<sup>61</sup>.

### 2.1.6. Exenciones

Las cantidades percibidas en el marco de esta ley están exentas de cualquier impuesto personal que pudiera recaer sobre ellas<sup>62</sup>.

### 2.1.7. Actualización de la cuantía resarcitoria

La cuantía de las ayudas e indemnizaciones previstas en esta ley será actualizada conforme a las previsiones contenidas en las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado<sup>63</sup>.

## 2.2. Regímenes de ayuda a las víctimas de terrorismo

### 2.2.1. Régimen ordinario de ayuda a las víctimas del terrorismo

El principio de solidaridad alcanza su máxima expresión en la regulación de este régimen ordinario de las ayudas a las víctimas del terrorismo al exigirse, únicamente, como título habilitador para su otorgamiento, la mera condición de víctima. No se requiere, por tanto, que medie una sentencia firme en que se les reconozca el derecho a ser indemnizados en concepto de responsabilidad civil por los hechos y daños a los que esta ley resulta de

---

las víctimas del terrorismo (Andalucía); b) Ley 4/2008, de 17 de junio, de medidas a favor de las Víctimas del Terrorismo (Aragón); c) Ley 6/2005, de 27 de diciembre, de medidas para la asistencia y atención de las víctimas del terrorismo y de creación del Centro Extremeño de Estudios para la Paz (Extremadura); d) Ley 7/2009, de 2 de noviembre, de ayuda a las víctimas del terrorismo (Región de Murcia); e) Ley 12/1996, de 19 de diciembre, de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo (Madrid); f) Ley Foral 9/2010, de 28 de abril, de ayuda a las víctimas del terrorismo (Navarra); g) Ley 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo (País Vasco); h) Ley 1/2004, de 24 de mayo, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo (Comunidad Valenciana). Un estudio detallado sobre esta normativa autonómica puede ser consultado en Antonio VICENTE SEMPÉR NAVARRO y Djamil Tony KAHALÉ CARRILLO (coords.), *Reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo* (Madrid: Eolas, 2014), 229-535; María José CASTAÑÓN ÁLVAREZ, *Víctimas del terrorismo: Protección y tutela* (Granada: Comares, 2013), 68-74.

<sup>61</sup> Art. 15.2 de la Ley 29/2011.

<sup>62</sup> Art. 16 de la Ley 29/2011.

<sup>63</sup> Disposición Adicional Séptima de la Ley 29/2011.

aplicación. Tampoco que se reserve acción de repetición alguna por parte del Estado. Sólo se requiere la acreditación del nexo causal entre las actividades delictivas terroristas y el resultado lesivo producido, extremo que se llevará a cabo a través de la valoración de las pruebas aportadas o practicadas en la instrucción del expediente administrativo indemnizatorio<sup>64</sup>.

Los daños producidos como consecuencia de un acto terrorista que pueden ser objeto de resarcimiento por el Estado son delimitados en las secciones II y III del Capítulo II del Título III de la Ley. En este sentido, en el texto legal se alude a los daños personales y a los daños materiales.

### 2.2.1.1. Daños personales

La indemnización por daños personales derivados de actos de terrorismo es regulada en los arts. 17 a 22 de la presente ley. En el concepto de daños personales se engloban tanto los daños físicos como los psíquicos siendo, no obstante, únicamente indemnizables por el Estado, aquéllos que den lugar a un fallecimiento, una gran invalidez, una incapacidad permanente absoluta, una incapacidad permanente total, una incapacidad permanente parcial o lesiones permanentes no invalidantes; asimismo, también resultan indemnizables los actos de secuestro<sup>65</sup>. La principal nota diferenciadora de las indemnizaciones por daños personales es su compatibilidad con cualesquiera otras ayudas a que tuvieran derecho la víctima o sus causahabientes. Las características y peculiaridades propias de cada una de las modalidades indemnizatorias por daños personales hacen necesario su estudio autónomo.

#### 2.2.1.1.1. *Fallecimiento*

Los titulares del derecho resarcitorio cuando como consecuencia de la actividad delictiva se produce el fallecimiento de la víctima directa serán, por orden de preferencia<sup>66</sup>: a) el cónyuge de la persona fallecida, si no estuviera separado legalmente, o la persona con la que hubiera venido conviviendo con ella de forma permanente con análoga relación de afectividad durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia; y los hijos de la persona fallecida; b) en ausencia de los anteriores, serán destinatarios de dichas ayudas, por orden sucesivo y excluyente, los padres, los nietos, los hermanos y los abuelos de la persona fallecida; c) y, finalmente, en defecto de todos los sujetos anteriores, siempre y cuando

<sup>64</sup> Samuel SERRANO GALVÍS, *Reparación de los daños causados por el terrorismo* (tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2009), 76-81.

<sup>65</sup> Art. 18 de la Ley 29/2011.

<sup>66</sup> Arts. 17.2 de la Ley 29/2011 y 6.1 del Real Decreto 671/2013.

dependieran económicamente de la persona fallecida<sup>67</sup>, los hijos de la persona conviviente y los menores en acogimiento familiar permanente.

La ley ha articulado un sistema de distribución de la indemnización para los casos de concurrencia de varios beneficiarios<sup>68</sup>. Así, en el primero de los supuestos, la cuantía se repartirá por mitades, correspondiendo una al cónyuge no separado legalmente o conviviente y otra a los hijos, distribuyéndose esta última entre ellos por partes iguales<sup>69</sup>. En el segundo caso, la cuantía se repartirá por partes iguales entre las personas con el mismo parentesco. Por último, de resultar beneficiarios los hijos de la persona conviviente y los menores en acogimiento familiar permanente, el reparto se llevará a cabo entre ellos a partes iguales.

Por lo que respecta a la cuantificación de la indemnización por fallecimiento, ésta asciende a 250.000€. A esta cuantía se le aplicará un coeficiente corrector que tiene por objeto la toma en consideración en la determinación del montante indemnizatorio final de las cargas familiares de la persona fallecida. En este sentido, dicha cantidad se verá incrementada en una cantidad fija de veinte mensualidades del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (en adelante IPREM) que corresponda<sup>70</sup>, en razón de cada uno de los hijos o menores acogidos que dependiesen económicamente de la víctima<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> Conforme al art. 6.3 del Real Decreto 671/2013 «se entenderá que una persona depende económicamente del fallecido cuando, en el momento del fallecimiento, viviera total o parcialmente a expensas de éste y no percibiera en cómputo anual rentas o ingresos de cualquier naturaleza superiores al 150 por ciento del IPREM que correspondiera en aquel momento, también en cómputo anual».

<sup>68</sup> Arts. 17.3 y 4 de la Ley 29/2011 y 6.2 del Real Decreto 671/2013.

<sup>69</sup> El legislador no ha contemplado el supuesto de concurrencia entre el cónyuge no separado legalmente y el conviviente. En los arts. 7.3.a) del Real Decreto 288/2003 y 14.1 del Real Decreto 1912/1999 se disponía, a este respecto, que la condición de beneficiario la ostentaría, en estos supuestos, el cónyuge no separado legalmente.

<sup>70</sup> Desde el año 2010 la cuantía del IPREM anual se halla congelado ascendiendo su cuantía a 6.390,13€.

<sup>71</sup> Arts. 19 de la Ley 29/2011 y 7 del Real Decreto 671/2013. El Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo, preveía, además, en su art. 8.7.<sup>a</sup>, un factor de corrección que permitía incrementar, en un 30 %, las cantidades establecidas como resarcimiento en casos de fallecimiento, incapacidades permanentes, lesiones no permanentes invalidantes e incapacidades temporales atendiendo a las circunstancias o situaciones de especial dificultad o necesidad, personales, familiares, económicas y profesionales de la víctima. Luis ROCA AGAPITO, «Análisis del nuevo régimen jurídico-económico de las víctimas del terrorismo», *Diario La Ley*, n.º 7776 (2012), 10, defendía la inclusión de una previsión del mismo tenor en el desarrollo reglamentario de la ley, sin que ello haya sido, finalmente, observado.

Asimismo, se procederá a abonar los gastos de traslado, sepelio e inhumación o incineración de la persona fallecida como consecuencia de un atentado terrorista, siempre que ello no se halle cubierto por un póliza de seguro y, en todo caso, hasta el límite de 6.000€<sup>72</sup>.

#### 2.2.1.1.2. *Incapacidad permanente*

Las víctimas que, como consecuencia de los daños físicos o psíquicos derivados de un acto terrorista, sufran una incapacidad permanente tendrán derecho a las siguientes indemnizaciones, moduladas en función de la gravedad de la incapacidad<sup>73</sup>: a) gran invalidez (500.000€); b) incapacidad permanente absoluto (180.000€); c) incapacidad permanente total (100.000€); d) incapacidad permanente parcial (75.000€).

Al igual que con relación a la indemnización por fallecimiento, su cuantía verá incrementada en una cantidad fija de veinte mensualidades del IPREM que corresponda, en razón de cada uno de los hijos o menores acogidos que dependiesen económicamente de la víctima<sup>74</sup>.

#### 2.2.1.1.3. *Lesiones permanentes no invalidantes*

Las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes, correspondientes a las personas que hayan sufrido daños físicos y/o psíquicos como consecuencia de un acto terrorista, se determinarán, de un lado, conforme al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor<sup>75</sup> y, de otro, con arreglo al baremo resultante de la aplicación de la legislación de seguridad social sobre cuantías de las indemnizaciones de las lesiones, mutilaciones y deformaciones definitivas y no invalidantes, causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional<sup>76</sup>.

#### 2.2.1.1.4. *Incapacidad temporal*

Los beneficiarios de esta indemnización serán las personas que hayan sufrido daños físicos o psíquicos como consecuencia de un acto terrorista,

<sup>72</sup> Art. 8 del Real Decreto 671/2013.

<sup>73</sup> Arts. 18 de la Ley 29/2011 y 6.1 del Real Decreto 671/2013.

<sup>74</sup> Arts. 19 de la Ley 29/2011 y 10.2 del Real Decreto 671/2013. Crítica ROCA AGAPI-TO, «Análisis del nuevo régimen», 10, que únicamente se haya previsto este factor de corrección con respecto a los supuestos de fallecimiento e incapacidad permanente, abogando por su extensión, en el desarrollo reglamentario de la ley, a los casos de lesiones permanente no invalidantes y de incapacidades temporales, hecho que no ha sucedido.

<sup>75</sup> BOE núm. 267, de 5 de noviembre de 2004.

<sup>76</sup> Arts. 18 de la Ley 29/2011 y 10.1.e del Real Decreto 671/2013.

determinándose su cuantía mediante la multiplicación por dos del IPREM por cada día que permanezca la lesión, hasta el límite de 18 mensualidades<sup>77</sup>.

#### 2.2.1.1.5. *Secuestro*

Aquellas personas que hayan sido víctimas de un secuestro por actos terroristas tendrán también derecho a ser indemnizados<sup>78</sup>. Procederá el abono de 12.000€ por el acto del secuestro y el triple del IPREM diario por cada día de duración del mismo, hasta el límite de la indemnización establecida por incapacidad permanente parcial, fijada en 75.000€<sup>79</sup>.

#### 2.2.1.1.6. *Ayudas excepcionales por daños personales sufridos en el extranjero*

Una de las principales novedades introducidas por la presente ley es la ampliación del ámbito de cobertura a aquellas víctimas de nacionalidad española que han sufrido actos terroristas fuera del territorio español.

Este régimen excepcional será de aplicación, únicamente, a las víctimas de nacionalidad española en que no concurren las circunstancias descritas en el art. 6.2 de la ley<sup>80</sup>, a saber: que la acción terrorista hubiera sido perpetrada por grupos que operan habitualmente en España; que dicha acción estuviera dirigida a atacar contra el Estado español o los intereses españoles; que se trate de participantes en operaciones de paz y seguridad que formen parte de los contingentes de España en el exterior.

La indemnización, en este supuesto, se limita a los daños personales que sufran como consecuencia de un acto terrorista y que den lugar a fallecimiento, gran invalidez, incapacidad permanente absoluta, incapacidad permanente total, incapacidad permanente parcial, lesiones invalidantes y secuestro<sup>81</sup>.

Por lo que respecta a la cuantificación de la indemnización a recibir, la ley diferencia según la víctima tenga su residencia habitual en el país en que se haya producido la acción terrorista o no la tenga. En el primer supuesto, la víctima percibirá el 50 % de las cantidades fijadas en el régimen general de indemnización por daños personales<sup>82</sup>; en tanto que en el segundo, ese porcentaje se reduce al 40 %<sup>83</sup>.

<sup>77</sup> Arts. 18 de la Ley 29/2011 y 10.1.f del Real Decreto 671/2013.

<sup>78</sup> Arts. 18 de la Ley 29/2011 y 13 del Real Decreto 671/2013.

<sup>79</sup> Art. 14 del Real Decreto 671/2013.

<sup>80</sup> De concurrir estas circunstancias se aplicaría, como hemos visto, el régimen general de ayudas, prestaciones e indemnizaciones.

<sup>81</sup> Arts. 22 de la Ley 29/2011 y 20 del Real Decreto 671/2013.

<sup>82</sup> Arts. 22.1 de la Ley 29/2011 y 21.1 del Real Decreto 671/2013.

<sup>83</sup> Arts. 22.1 de la Ley 29/2011 y 21.2 del Real Decreto 671/2013.

Esta ayuda económica tendrá carácter subsidiario con respecto a las compensaciones que puedan ser otorgadas a la víctima por el país en que se haya producido el atentado. En aquellos supuestos en los que la indemnización recibida desde aquél sea inferior a la que le correspondería en virtud de la aplicación de esta ley, la víctima podrá solicitar el abono de la diferencia<sup>84</sup>.

### 2.2.1.2. Daños materiales

En la sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo II se regula el resarcimiento por daños materiales, que comprenderán, los causados en las viviendas de las personas físicas, en los establecimientos mercantiles, industriales o en elementos productivos de las empresas, en las sedes de partidos políticos, sindicatos u organizaciones sociales y los producidos en vehículos<sup>85</sup>. No están incluidos en su ámbito de aplicación los daños causados en bienes de titularidad pública<sup>86</sup>.

Los beneficiarios de esta indemnización serán las personas que sufran los daños materiales, siempre que no fueran responsables de aquéllos<sup>87</sup>. No obstante, la Administración General del Estado podrá encargar la reparación de los inmuebles afectados por la acción terrorista a empresas constructoras o a otras Administraciones Públicas, siendo en este caso abonado a éstas el importe de la indemnización. En estos supuestos, los damnificados no podrán reclamar al Consorcio de Seguros las indemnizaciones correspondientes a los daños reparados en los bienes asegurados, las cuales serán percibidas por la empresa ejecutora de las obras o por la Administración actuante mediante convenio, conforme a las peritaciones oficiales de dicho Consorcio<sup>88</sup>.

Estos resarcimientos tendrán carácter subsidiario respecto de los reconocidos por las Administraciones Públicas o derivados de contratos de seguro, reduciéndose en la cantidad recibida por estos conceptos y sin que, en ningún caso, en su conjunto, puedan superar el valor del daño producido<sup>89</sup>.

#### 2.2.1.2.1. Vivienda habitual

Las personas físicas que, como consecuencia de un acto terrorista, sufran daños en su vivienda habitual<sup>90</sup> tendrán derecho a ser resarcidas por aquéllos que afecten a la estructura, las instalaciones y el mobiliario, y cuya reposi-

<sup>84</sup> Arts. 22.2 de la Ley 29/2011 y 22 del Real Decreto 671/2013.

<sup>85</sup> Arts. 23.2 de la Ley 29/2011 y 23.1 del Real Decreto 671/2013.

<sup>86</sup> Arts. 23.4 de la Ley 29/2011 y 23.3 del Real Decreto 671/2013.

<sup>87</sup> Art. 23.1 de la Ley 29/2011.

<sup>88</sup> Art. 23.2 de la Ley 29/2011.

<sup>89</sup> Arts. 23.3 de la Ley 29/2011 y 23.2 del Real Decreto 671/2013.

<sup>90</sup> Conforme al art. 24.2 del Real Decreto 671/2013, por vivienda habitual se entenderá «[...] la edificación que constituya la residencia de una persona o unidad familiar durante un período de al menos seis meses al año. Igualmente se entenderá que la vivienda es habitual en los casos de ocupación de ésta desde tiempo inferior a un año, siempre que

ción resulte necesaria para que la vivienda recupere las condiciones previas de habitabilidad<sup>91</sup>.

Si la vivienda no tiene carácter de residencia habitual el resarcimiento comprenderá el 50 % de los daños sufridos, siendo el límite actual de 113.680€<sup>92</sup>. Asimismo, también podrá contribuirse al abono de los gastos generados como consecuencia de tener que abandonar temporalmente su vivienda mientras se efectúan las obras de reparación<sup>93</sup>. Para ello, la Administración General del Estado podrá celebrar convenios con otras administraciones públicas o con organizaciones especializadas en el auxilio o asistencia a damnificados en situaciones de siniestro o catástrofe, en el cual se fijarán el porcentaje de la contribución de las partes a los gastos de alojamiento así como el límite temporal cubierto por estas ayudas<sup>94</sup>. En defecto de dicho convenio, la Administración General del Estado podrá otorgar una subvención para sufragar el alquiler de una vivienda similar a la siniestrada o los gastos de hospedaje, con un máximo de cobertura de 90€ diarios por persona si el alojamiento tiene lugar en un establecimiento hostelero o de 1.500€ si se trata del alquiler de una vivienda. En ambos casos, estos límites se modularán en atención a la composición de la unidad familiar<sup>95</sup>.

#### 2.2.1.2.2. *Establecimientos mercantiles o industriales*

En el caso de establecimientos mercantiles o industriales, siempre que no sean de titularidad pública, el resarcimiento por los daños sufridos comprende, hasta el límite de 113.680€, el valor de las reparaciones necesarias para poner nuevamente en funcionamiento dichos establecimientos, incluyendo el mobiliario y el equipo siniestrado<sup>96</sup>. Asimismo, y con independencia del resarcimientos por daños previstos en los artículos anteriores, la Administración General del Estado podrá, en supuestos excepcionales y, en particular, cuando como consecuencia del acto terrorista, se produzca la interrupción de la actividad productiva de una empresa con el consiguiente riesgo de regulaciones de empleo, acordar la subsidiación de préstamos – abono a la entidad de crédito de la diferencia existente entre los pagos de amortización de capital e intereses al tipo de interés fijado por la entidad prestamista y los que corresponderían al tipo de interés subsidiado, que será

---

se haya residido en ella un tiempo equivalente, al menos, a la mitad del transcurrido desde la fecha en que hubiera comenzado la ocupación».

<sup>91</sup> Arts. 24.1 de la Ley 29/2011 y 24.1 del Real Decreto 671/2013.

<sup>92</sup> Art. 24.1 del Real Decreto 671/2013.

<sup>93</sup> Arts. 24.2 de la Ley 29/2011 y 25 del Real Decreto 671/2013.

<sup>94</sup> Art. 25.2 del Real Decreto 671/2013.

<sup>95</sup> Art. 25.1 del Real Decreto 671/2013.

<sup>96</sup> Arts. 25.1 de la Ley 29/2011 y 26.1 del Real Decreto 671/2013.

el del interés legal del dinero en el acto de formalización del préstamo menos tres puntos— destinados a la reanudación de dicha actividad<sup>97</sup>. También la Administración General del Estado podrá celebrar convenios con entidades de crédito al objeto de que éstas establezcan modalidades de créditos a bajo interés con dicha finalidad<sup>98</sup>.

### 2.2.1.2.3. *Sedes de partidos políticos, sindicatos y organizaciones sociales*

Tratándose de actos terroristas contra las sedes de partidos políticos, sindicatos y organizaciones sociales, el resarcimiento se cuantifica en el valor total de las reparaciones necesarias —incluyendo la reposición del mobiliario y equipo siniestrado— para que puedan reanudar su actividad. Entre los daños indemnizables se incluirán, a estos efectos, los producidos en las sedes o lugares de culto pertenecientes a confesiones religiosas inscritas<sup>99</sup>.

### 2.2.1.2.4. *Vehículos*

Finalmente, también serán resarcibles los daños causados tanto en vehículos particulares como en los destinados al transporte terrestre de personas o mercancías, siempre y cuando estos no sean de titularidad pública y tengan vigente la póliza del seguro obligatorio del vehículo en el momento del siniestro. El resarcimiento comprenderá los gastos necesarios para su reparación, sin que, en el reglamento, se establezca límite alguno en cuanto a la cuantía<sup>100</sup>. En caso de destrucción del vehículo, o cuando la reparación resulte superior al valor venal, la indemnización será equivalente al importe de adquisición de un vehículo de similares características técnicas y condiciones de uso al siniestrado, hasta el límite de 30.500€<sup>101</sup>.

### 2.2.1.3. *Procedimiento para la concesión de la ayuda por daños personales y materiales*

El procedimiento para el reconocimiento de la ayuda, que se ajustará a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se iniciará siempre a solicitud de la persona interesada, directamente o por medio de un representante acreditado por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, impulsándose posteriormente de oficio en todos sus trámites<sup>102</sup>. Ésta deberá

<sup>97</sup> Arts. 25.2 y 3 de la Ley 29/2011 y 26.2 del Real Decreto 671/2013.

<sup>98</sup> Arts. 25.4 de la Ley 29/2011 y 26.3 del Real Decreto 671/2013.

<sup>99</sup> Arts. 26 de la Ley 29/2011 y 27 del Real Decreto 671/2013.

<sup>100</sup> El art. 29 del Real Decreto 288/2003 limitaba esa cuantía a 21.035,42€.

<sup>101</sup> Arts. 27 de la Ley 29/2011 y 28 del Real Decreto 671/2013.

<sup>102</sup> Art. 48.1 del Real Decreto 671/2013.

acompañarse de la documentación acreditativa de la condición de víctima de terrorismo<sup>103</sup> o, en su caso, del grado de parentesco con la víctima.

El plazo para la presentación de las solicitudes prescribirá una vez transcurrido un año desde que tuvo lugar el acto terrorista causante del daño<sup>104</sup>. El inicio del cómputo del plazo difiere, no obstante, según el tipo de daño: a) en caso de daño corporal el inicio del cómputo de dicho plazo será desde la fecha de alta o consolidación de secuelas. No obstante, si como consecuencia directa de las lesiones, se produjese un agravamiento de secuelas o el fallecimiento del afectado, se abrirá de nuevo el plazo de un año para solicitar la diferencia cuantitativa que proceda; b) en los casos de daños psicológicos, el inicio del cómputo empezará a contar desde el momento en el que exista un diagnóstico acreditativo de la causalidad de la secuela.

El cómputo de este plazo se verá suspendido hasta la incorporación al expediente indemnizatorio de las evaluaciones médicas de las lesiones y las tasaciones periciales de los daños materiales, cuando resulten determinante para adoptar la resolución<sup>105</sup>.

La calificación de las lesiones consecuencia de los actos terroristas, a efectos de valorar el nexo causal, será llevada a cabo por un equipo de valoración de incapacidades, cuya composición se establezca reglamentariamente. El equipo que proceda a tal valoración será determinado por el Instituto Nacional de Seguridad Social, en el que, en todo caso, se integrará un representante de la Dirección General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo del Ministerio del Interior<sup>106</sup>. Por lo que respecta a las víctimas no residentes en el territorio nacional, estipula el art. 11.3 del Real Decreto 671/2013 que «el dictamen se emitirá a la vista de los informes periciales evacuados con motivo de las actuaciones penales seguidas y de los informes y pruebas complementarias que sea preciso recabar de la delegación consular más próxima al lugar de la residencia de la víctima». En el caso de los miembros de las FCCSE, esta calificación se efectuará por sus respectivos tribunales debiendo estar presente, en todo caso, un representante de la Dirección General de Apoyo a Víctimas del Terrorismo<sup>107</sup>. Finalmente, la calificación

---

<sup>103</sup> A efectos de acreditar su condición de afectado, esta solicitud deberá acompañarse de alguna de la siguiente documentación: a) la sentencia firme en que se reconozca el derecho a ser indemnizado en concepto de responsabilidad civil por los hechos y daños contemplados en el ámbito de aplicación de la Ley; b) en ausencia de sentencia, y cuando se hubiesen iniciado las correspondientes diligencias judiciales o incoado el proceso penal por el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

<sup>104</sup> Arts. 28.1 de la Ley 29/2011 y 49.1 del Real Decreto 671/2013.

<sup>105</sup> Art. 28.4 de la Ley 29/2011.

<sup>106</sup> Art. 11.1 del Real Decreto 671/2013.

<sup>107</sup> Art. 11.4 del Real Decreto 671/2013.

de las lesiones permanentes no invalidantes podrá efectuarse, en su caso, por la Asesoría Médica adscrita a la Unidad Administrativa instructora de los resarcimientos<sup>108</sup>.

La tasación pericial de los daños materiales se realizará por los servicios competentes del Consorcio de Compensación de Seguros. En dicha tasación habrá de valorar tanto los daños indemnizables por el consorcio, con arreglo a su propia normativa, como los resarcibles por la Administración, conforme a lo dispuesto en este reglamento. Se podrá prescindir de la peritación cuando la cuantía total de los daños, acreditada mediante la factura o presupuesto de reparación originales, no alcance 600€, si constara a la Administración el cumplimiento de los demás requisitos exigibles<sup>109</sup>.

Las sentencias judiciales que reconozcan a los perjudicados daños indemnizables por la comisión de un acto terrorista y que no hayan sido objeto de un reconocimiento administrativo anterior, reabrirán el plazo de solicitud por el plazo de un año desde la notificación al órgano instructor de la firmeza de la sentencia judicial.

Su instrucción corresponderá al órgano competente en materia de atención a víctimas dependiente del Ministerio del Interior, que actuará como ventanilla única de cualquier otro procedimiento que el interesado pueda deducir ante la Administración General del Estado<sup>110</sup>. Estará presidida por los principios de celeridad y trato favorable a la víctima, no requiriéndose la aportación documental, por parte del interesado, de hechos notorios o circunstancias cuya acreditación conste en los antecedentes o archivos de la Administración actuante<sup>111</sup>. El órgano competente para la resolución de las solicitudes será la Dirección General de Apoyo a las Víctimas de Terrorismo del Ministerio del Interior. El plazo máximo para la resolución del procedimiento será de 12 meses, a contar desde que la solicitud haya tenido entrada en registro del Ministerio del Interior<sup>112</sup>. Transcurrido dicho plazo sin que se haya dictado resolución expresa, la petición de la concesión de la ayuda se considerará estimada<sup>113</sup>. Dicha resolución pone fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurrida potestativamente en reposición o impugnada ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo<sup>114</sup>.

<sup>108</sup> Art. 11.5 del Real Decreto 671/2013.

<sup>109</sup> Art. 29 del Real Decreto 671/2013.

<sup>110</sup> Art. 51.1 del Real Decreto 671/2013.

<sup>111</sup> Art. 51.2 del Real Decreto 671/2013.

<sup>112</sup> Arts. 28.6 de la Ley 29/2011 y 53.2 del Real Decreto 671/2013.

<sup>113</sup> Arts. 28.6 de la Ley 29/2011 y 53.3 del Real Decreto 671/2013.

<sup>114</sup> Art. 28.5 de la Ley 29/2011.

## 2.2.2. Abono de la responsabilidad civil fijada en sentencia

La previsión del abono, con carácter extraordinario, por parte del Estado, de las indemnizaciones impuestas en sentencia firme en concepto de responsabilidad civil *ex delicto* es heredera de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del terrorismo<sup>115</sup>. El principio de solidaridad queda, en este caso, ciertamente mediatizado, siendo la connotación principal de su regulación, la asunción por el Estado de una posición de garante del pago de la indemnización debida, ante la insolvencia del responsable civil. Se articula, de este modo, un auténtico sistema indemnizatorio, pero sin que ello implique la asunción, por el Estado, de responsabilidad subsidiaria alguna<sup>116</sup>.

### 2.2.2.1. Ámbito de cobertura

La indemnización se extenderá, exclusivamente, a los daños físicos o psíquicos<sup>117</sup> sufridos a consecuencia de actos terroristas acaecidos desde el 1 de enero de 1960<sup>118</sup>, que causen un fallecimiento, una gran invalidez, una incapacidad permanente total, una incapacidad permanente parcial, lesiones permanentes no invalidantes o un secuestro<sup>119</sup>.

### 2.2.2.2. Ámbito subjetivo

La indemnización se abonará a la persona que haya sufrido daños físicos o psíquicos como consecuencia de un acto terrorista. En caso de fallecimiento de la víctima, el derecho resarcitorio corresponderá, por orden de preferencia<sup>120</sup>: a) al cónyuge de la persona fallecida, si no estuviera separado legalmente, o la persona con la que hubiera venido conviviendo con ella de forma permanente con análoga relación de afectividad durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia; y los hijos de la persona fallecida; b) en ausencia de los anteriores, serán beneficiarios de dicha indemnización por orden sucesivo y excluyente, los padres, los nietos, los hermanos y los abuelos de la persona fallecida; c) ante la falta de

<sup>115</sup> BOE núm. 242, de 9 de octubre de 1999. Omar MIR PUIGPELAT, «Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo y su Reglamento de desarrollo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (2000), 1-10.

<sup>116</sup> Arts. 20.7 de la Ley 29/2011 y 17.1 del Real Decreto 671/2013.

<sup>117</sup> Art. 20.2 de la Ley 29/2011.

<sup>118</sup> El art. 2.2 de la Ley 32/1999 limitaba la indemnización a los daños físicos o psíquicos sufridos a consecuencia de actos terroristas acaecidos entre el 1 de enero de 1968 y la fecha de entrada en vigor de la ley -9 de octubre de 1999-.

<sup>119</sup> Arts. 20.4 de la Ley 29/2011 y 16.1 del Real Decreto 671/2013.

<sup>120</sup> Art. 20.3 de la Ley 29/2011.

todos ellos, siempre y cuando dependieran económicamente de la persona fallecida, los hijos de la persona conviviente y los menores en acogimiento familiar permanente; d) finalmente, en defecto de todos los anteriores, serán beneficiarios sus herederos o a quien se designe como destinatarios en la resolución judicial adoptada.

No se contempla en la nueva regulación, la eventualidad de que, en el caso de que fallezca alguno de los beneficiarios, la parte de la indemnización que le hubiere correspondido sea distribuida, entre sus propios herederos, con arreglo a las disposiciones hereditarias aplicables a su sucesión<sup>121</sup>. Asimismo, tampoco se prevé el hecho de que, la víctima incapacitada fallezca con posterioridad, la indemnización que hubiere correspondido al causante sea distribuida entre sus herederos, conforme a las disposiciones que hayan regido su sucesión<sup>122</sup>.

### 2.2.2.3. Cuantía indemnizatoria

La cuantía máxima de la indemnización a abonar por el Estado, en concepto de responsabilidad civil, diferirá en atención a sí en la sentencia firme se fija o no una cantidad en este concepto.

En el primer supuesto, la cantidad a abonar será la efectivamente fijada en la sentencia<sup>123</sup>, no pudiendo superar, en ningún caso, según el tipo de contingencia, las siguientes cuantías<sup>124</sup>: a) fallecimiento (500.000€); b) gran invalidez (750.000€); c) incapacidad permanente absoluta (300.000€); e) incapacidad permanente total (200.000€); f) incapacidad permanente parcial (125.000€); g) lesiones no invalidantes (100.000€); h) secuestro (125.000€).

Este es uno de los cambios más significativos del actual régimen con respecto a la previsión contenida en el art. 6 de la Ley 32/1999. En el anterior sistema, la cuantía a satisfacer en concepto de responsabilidad civil era la fijada en la sentencia judicial firme, salvo que esa cantidad fuese inferior a la indemnización mínima que, en todo caso, deberían percibir las víctimas<sup>125</sup>. El legislador ha optado, en la regulación vigente, por el establecimiento de las cantidades máximas a abonar, de forma extraordinaria, por el Estado, con la finalidad de garantizar «un trato más equitativo en orden a la compensación, evitando en todo caso respuestas desiguales ante supuestos similares»<sup>126</sup>.

Cuando la sentencia firme no reconociera ni permitiera reconocer una cantidad en concepto de responsabilidad civil, se abonarán, según el tipo de

<sup>121</sup> Art. 15 del Real Decreto 1912/1999.

<sup>122</sup> Art. 18.2 del Real Decreto 1912/1999.

<sup>123</sup> Art. 16.2 del Real Decreto 671/2013.

<sup>124</sup> Arts. 20.4 de la Ley 29/2011 y 16.3 del Real Decreto 671/2013.

<sup>125</sup> MIR PUIGPELAT, «Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo», 6.

<sup>126</sup> Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 29/2011.

contingencia, las cuantías señaladas en el régimen ordinario de ayudas a las víctimas del terrorismo<sup>127</sup>.

En aquellos supuestos en los que las víctimas o sus beneficiarios hubieran recibido las ayudas por daños personales que se prevén en el art. 18, este abono extraordinario se limitará a la diferencia existente entre las ayudas ya percibidas y la indemnización fijada en sentencia, eso sí, con los límites ya señalados<sup>128</sup>. Se modifica de forma notable, por tanto, el régimen de compatibilidades previsto en la anterior regulación, del que se infería la aceptabilidad de su concurrencia con la compensación ordinaria<sup>129</sup>.

#### 2.2.2.4. Acción de subrogación

El Estado se subrogará, hasta el límite de la indemnización satisfecha, en las acciones que las víctimas o sus beneficiarios puedan ejercer contra el obligado civilmente por el total del importe de la indemnización por él satisfecha<sup>130</sup>. A estos efectos deberán, con carácter previo a la percepción de la indemnización, transmitir al Estado las acciones civiles correspondientes<sup>131</sup>.

No obstante, en aquellos casos en los que la cuantía de la indemnización fijada en la sentencia sea superior al importe satisfecho por el Estado, el beneficiario conservará la acción civil para reclamar la diferencia a los responsables de la acción delictiva causante de los daños<sup>132</sup>.

#### 2.2.2.5. Plazo de presentación de la solicitud

El plazo para solicitar, de acuerdo al procedimiento ya visto, el abono con carácter extraordinario de la responsabilidad civil fijada en sentencia firme será de un año desde la notificación al interesado de la sentencia o, en su caso, de la resolución judicial que fije la cuantía indemnizatoria<sup>133</sup>.

### 2.2.3. Ayudas extraordinarias

La Ley 29/2011 contempla también la posibilidad de otorgar ayudas extraordinarias para paliar situaciones de necesidad personal o familiar de las

<sup>127</sup> Art. 16.2.b) del Real Decreto 671/2013.

<sup>128</sup> Art. 17.2 del Real Decreto 671/2013.

<sup>129</sup> ROIG TORRES, *La reparación...*, 330; VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, «Acción, proceso y ayuda a las víctimas del delito», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 3 (1991), 886.

<sup>130</sup> Arts. 21.1 de la Ley 29/2011 y 18.1 del Real Decreto 671/2013.

<sup>131</sup> Arts. 21.1 de la Ley 29/2011 y 18.3 del Real Decreto 671/2013.

<sup>132</sup> Arts. 21.2 de la Ley 29/2011 y 18.2 del Real Decreto 671/2013.

<sup>133</sup> Art. 49.2 del Real Decreto 671/2013.

víctimas, no cubiertas o cubiertas insuficientemente por las ordinarias<sup>134</sup>. Así, en los supuestos de daños personales, las ayudas podrán cubrir necesidades sociales, sanitarias, psicológicas o educativas, previa evaluación efectuada por los órganos competentes del Ministerio del Interior<sup>135</sup>. Por lo que respecta a los daños materiales, las ayudas podrán destinarse a la adaptación o cambio de vivienda cuando las secuelas del atentado terrorista así lo exijan, así como a la satisfacción de otras necesidades personales o familiares derivadas de la acción terrorista<sup>136</sup>.

Estas ayudas son compatibles, en todo caso, con las ayudas ordinarias previstas por la ley<sup>137</sup>. Su solicitud podrá ser cursada por las víctimas, sus familiares o las personas con quienes convivan, o promovidas de oficio –en caso de urgencia– por la Subdirección general de Atención al ciudadano y de Asistencia a las víctimas del Terrorismo que será la encargada de elevar al Ministerio del Interior, en su caso, la propuesta de concesión<sup>138</sup>.

### 2.2.3.1. Asistencia sanitaria

Las personas que hayan sufrido daños físicos y/o psíquicos como consecuencia de un acto terrorista así como, en caso de fallecimiento, sus beneficiarios, podrán recibir ayudas específicas destinadas a financiar tratamientos médicos, prótesis e intervenciones quirúrgicas<sup>139</sup>. Para ello deberán acreditar su necesidad y que la concreta prestación requerida no se halla cubierta, bien por el sistema público sanitario o un seguro privado, bien por el régimen ordinario de ayudas a las víctimas de actos terroristas<sup>140</sup>. A efectos de corroborar estos extremos, la solicitud se acompañará de un informe médico acreditativo de su necesidad y una certificación de la entidad aseguradora de la víctima de que la ayuda no entra dentro de la cobertura de sus prestaciones. El órgano instructor podrá recabar, por sí mismo, la certificación anterior,

<sup>134</sup> Art. 36 de la Ley 29/2011. Otros ejemplos de esta normativa extraordinaria en materia de ayuda a las víctimas del terrorismo sería el Real Decreto-Ley 13/1997, de 1 de agosto, por el que se autoriza la celebración de un sorteo de la Lotería Nacional a favor de las víctimas del terrorismo, el cual fue celebrado el 18 de octubre de 1997. Los criterios de distribución de las ayudas, así como el procedimiento aplicable fueron regulados por el Real Decreto 73/1998, de 23 de enero. Esta iniciativa tenía carácter único y excepcional aunque los resultados obtenidos dejan «abierta la posibilidad de que en futuro pueda insistirse en fórmulas de signo semejante». LANDROVE DÍAZ, *La moderna...*, 156.

<sup>135</sup> Art. 42.2 del Real Decreto 671/2013.

<sup>136</sup> Art. 42.3 del Real Decreto 671/2013.

<sup>137</sup> Arts. 36 de la Ley 29/2011 y 42.5 del Real Decreto 671/2013.

<sup>138</sup> Art. 42.5 del Real Decreto 671/2013.

<sup>139</sup> Arts. 32.1 de la Ley 29/2011 y 32.1 del Real Decreto 671/2013.

<sup>140</sup> Arts. 32.1 y 3 de la Ley 29/2011 y 32.1 del Real Decreto 671/2013.

previo consentimiento del interesado, cuando el sistema de aseguramiento o previsión sea público<sup>141</sup>.

Asimismo, también será objeto de financiación el coste de la atención psicológica que, previa prescripción facultativa, requieran las víctimas, los amenazados<sup>142</sup>, sus familiares o personas con quienes convivan. El límite de la ayuda será, en este caso, de 3.600€ por tratamiento individualizado<sup>143</sup>. A tal efecto, la Administración General del Estado podrá establecer los oportunos conciertos con otras Administraciones Públicas o con entidades privadas especializadas en dicha asistencia<sup>144</sup>.

#### 2.2.3.2. Adaptación de viviendas

Las Administraciones Públicas acordarán las medidas necesarias para que las víctimas de terrorismo que, como consecuencia del acto terrorista sufrido, deban abandonar su domicilio habitual, tengan una consideración preferente en la adjudicación de vivienda de protección pública, bien para su compra bien para su arrendamiento<sup>145</sup>.

De forma complementaria al resarcimiento de los daños en la vivienda, la ley prevé el otorgamiento de ayudas para la adaptación de las viviendas de aquellas víctimas que, en atención a las secuelas derivadas del acto terrorista sufrido, así lo requieran<sup>146</sup>.

#### 2.2.3.3. Educación

Las ayudas al estudio están destinadas a aquellos estudiantes que, como consecuencia de un acto terrorista, sufran, ellos mismos o su viudo o viuda, pareja de hecho o hijos del fallecido, sus padres, hermanos, tutores o guardadores, daños personales que sean de especial trascendencia o que los inhabilite para el ejercicio de su profesión habitual<sup>147</sup>.

Estas podrán concederse para iniciar o proseguir enseñanzas, en los distintos niveles, en las siguientes cuantías<sup>148</sup>: primer infantil (1.000€), segundo ciclo de educación infantil y educación primaria (400€), bachillerato (1.000€),

<sup>141</sup> Art. 32.2 del Real Decreto 671/2013.

<sup>142</sup> Tendrán la consideración de amenazados, de acuerdo con el art. 5 de la Ley 29/2011, «las personas que acrediten, en los términos del art. 3 bis de la Ley, sufrir situaciones de amenazas o coacciones directas y reiteradas, procedentes de organizaciones terroristas, serán objeto de especial atención, en el marco de sus competencias por parte de las Administraciones Públicas».

<sup>143</sup> Art. 33.1 del Real Decreto 671/2013.

<sup>144</sup> Art. 33.2 del Real Decreto 671/2013.

<sup>145</sup> Arts. 37.1 y 2 de la Ley 29/2011 y 40 del Real Decreto 671/2013.

<sup>146</sup> Arts. 37.3 de la Ley 29/2011 y 41 del Real Decreto 671/2013.

<sup>147</sup> Arts. 39.1 de la Ley 29/2011 y 35 del Real Decreto 671/2013.

<sup>148</sup> Art. 36.1 del Real Decreto 671/2013.

formación profesional de grado medio y superior (1.500€), grado o equivalente (1.500€), máster (1.500€), otros estudios (750€) y enseñanzas de idiomas en centros oficiales (300€). Estas cantidades se incrementarán en un 20 %, si el centro de estudios se ubica, al menos, a 50 km de la localidad en la que se encuentra su domicilio familiar, y en un 40 %, si la asistencia al citado centro implica cambio de residencia respecto del domicilio familiar<sup>149</sup>.

Las ayudas pueden otorgarse, tanto para el pago de la matrícula de estudios, como del material escolar, el transporte, la residencia, así como en concepto de atención compensatoria a la familia por la dedicación al estudio de alguno de sus miembros. Los tipos de estudios cubiertos por las ayudas, las clases y cuantías de las mismas, los requisitos económicos y académicos, y las obligaciones de sus beneficiarios, su concesión y renovación se ajustarán al sistema establecido en el Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de becas y ayudas al estudio<sup>150</sup>.

No obstante, a efectos de calcular los rendimientos académicos mínimos exigidos a los beneficiarios de las ayudas al estudio, se corregirán las calificaciones medias señaladas con la multiplicación por un coeficiente reductor del 0,60 a aquellos alumnos con necesidades específicas de apoyo educativo que requieran de una adaptación curricular o de un aumento de tiempos para realizar los estudios en los supuestos de incapacidad física o psíquica<sup>151</sup>. Asimismo, de forma motivada, se podrá eximir del cumplimiento de los requisitos académicos mínimos al solicitante de la ayuda, atendiendo a la fecha de comisión del atentado terrorista o a su repercusión en el propio solicitante y/o en su ámbito familiar<sup>152</sup>.

El plazo para la presentación de la solicitud –a la que se le deberá adjuntar, además de la documentación que al efecto establezca el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, una certificación del Ministerio del Interior acreditativa de la cualidad de víctima o beneficiario<sup>153</sup>– será de tres meses desde la formalización de la matrícula del curso para el que se solicita la ayuda<sup>154</sup>.

Las ayudas al estudio percibidas por la condición de víctima de terrorismo serán incompatibles con las percibidas por los mismos conceptos de otras de otras Administraciones Públicas o de instituciones privadas<sup>155</sup>.

<sup>149</sup> Art. 36.2 del Real Decreto 671/2013.

<sup>150</sup> BOE núm. 15, de 17 de enero de 2008. Art. 37.2 del Real Decreto 671/2013.

<sup>151</sup> Art. 37.2 del Real Decreto 671/2013.

<sup>152</sup> Art. 37.3 del Real Decreto 671/2013.

<sup>153</sup> Art. 48.1 del Real Decreto 671/2013.

<sup>154</sup> Art. 49.3 del Real Decreto 671/2013.

<sup>155</sup> Art. 38.1 del Real Decreto 671/2013.

Junto a esta ayuda, se procederá a eximir del pago de las tasas académicas en los centros oficiales de estudios a las víctimas de actos terroristas, así como a los hijos<sup>156</sup>.

### 3. CONCLUSIONES

A la luz del análisis efectuado podemos concluir que España cuenta con un avanzado sistema de protección de las víctimas del terrorismo. La Ley 29/2011 ha procedido a unificar las diversas prestaciones que, hasta ese momento, eran reguladas de manera diferenciada en diversas normas. Se articula, de este modo, un nuevo régimen compensatorio en que se distinguen tres tipos de ayudas –ordinarias, extraordinarias y el abono por el Estado de la responsabilidad civil fijada en sentencia– que buscan garantizar la asistencia integral de las víctimas en sus distintas necesidades.

Esta ley ha venido a incrementar el importe de las compensaciones económicas y a ampliar sus ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación, abarcando, por primera vez, a las víctimas de actos terroristas cometidos fuera del territorio nacional que tengan nacionalidad española. El principio de territorialidad que con carácter general rige en las leyes sobre compensación estatal se ve aquí sustituido por el principio de ciudadanía.

Otro de los cambios más significativos del actual régimen es el establecimiento de un límite máximo de las cantidades a abonar, en concepto de la responsabilidad civil fijada en sentencia, por el Estado, evitándose, de esta forma, respuestas desiguales ante supuestos similares. Es destacable, igualmente, el carácter retroactivo que presentan sus disposiciones, abarcando todos los actos terroristas acaecidos con posterioridad al 1 de enero de 1960.

En el capítulo de las críticas debe anotarse, no obstante, la laxitud con que el Ministerio del Interior y los órganos judiciales excluyen de su ámbito de aplicación, sobre la base de la excepción potestativa contemplada en el art. 8.2 del Convenio Europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos de 1983, a las víctimas de grupos parapoliciales contraterroristas que hubieran participado en la delincuencia organizada o perteneciesen a un grupo dedicado a la comisión de delitos violentos. La correcta observancia del principio de legalidad y del derecho a tutela judicial efectiva exige, en todo caso, para la adopción de esta decisión, la concurrencia de dos requisitos: la previa condena por sentencia judicial firme por la comisión de alguno de los delitos comprendidos en los arts. 571 y ss. CP y la adquisición de la condición de víctima de terrorismo con posterioridad a la entrada en vigor el art. 3 bis de la Ley 29/2011 –1 de enero de 2013–.

<sup>156</sup> Arts. 38 de la Ley 29/2011 y 39 del Real Decreto 671/2013.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- CASTAÑÓN ÁLVAREZ, María José, *Víctimas del terrorismo: Protección y tutela*. Granada: Comares, 2013.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «Acción, proceso y ayuda a las víctimas del delito», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 3 (1991), 863-881.
- FERREIRO BAAMONDE, Xulio, *La víctima en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 2005.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, «El terrorismo político no institucional: propuesta de definición», *Claves de Razón Práctica*, n.º 118 (2001): 4-11.
- HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*. Madrid: Edersa, 1996.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *La moderna victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, José Leandro, *El resarcimiento estatal de daños causados por bandas y grupos armados*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 1996.
- MIR PUIGPELAT, Omar, «Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo y su Reglamento de desarrollo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (2000), 1-10.
- MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio y PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, «Aproximación al sentido y alcance del art. 8.2 del Convenio Europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos de 1983. Tensiones con el principio de legalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100 (2014), 2107-2128.
- ROCA AGAPITO, Luis, «Análisis del nuevo régimen jurídico-económico de las víctimas del terrorismo», *Diario La Ley*, n.º 7776 (2012), 1-17.
- ROIG TORRES, Margarita, *La reparación del daño causado por el delito: aspectos civiles y penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y KAHALE CARRILLO, Djamil Tony (coords.), *Reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo*. Madrid: Eolas, 2014.
- SERRANO GALVIS, Samuel, *Reparación de los daños causados por el terrorismo*. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca, 2009.
- SOLÉ RIERA, Jaume, *La tutela de la víctima en el proceso penal*. Barcelona: J.M.<sup>a</sup> Bosch Editor, 1997.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico pena. Del olvido al reconocimiento*. Granada: Comares, 2006.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (2013): 1-31.
- , *La reparación a la víctima en el derecho penal*. Barcelona: Fundación Jaume Callís, 1994.

*TITLE: The compensatory aids to the victims of terrorism: analysis of the Act 29/2011 and its development regulation*

*RESUMEN:* En el presente trabajo se analiza el régimen estatal de ayudas a las víctimas de terrorismo. Éste se encuentra regulado, actualmente, por la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo y por su reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre. En el marco de este régimen distinguimos tres tipos de ayudas –ordinarias, extraordinarias y el abono por el Estado de la responsabilidad civil fijada en sentencia– que responden a distintas necesidades

*PALABRAS CLAVE:* víctimas, terrorismo, reparación, Estado.

*ABSTRACT:* The aim of this article is to analyze the national regime of the aids to the victims of terrorism. Currently, this is regulated by the Act 29/2011, of 22nd September, on the recognition and comprehensive protection of victims of terrorism and by its development regulation approved by the Royal Decree 671/2013, of 6th September. In the frame of this Act we can distinguish three types of compensations: ordinary compensations, extraordinary compensations and the payment by the State of the sum imposed as civil liability by the Courts.

*KEY WORDS:* victims, terrorism, compensation, State.

RECIBIDO: 31.08.2016

ACEPTADO: 22.12.2016

# EL IMPUESTO SOBRE DEPÓSITOS DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITOS: EJEMPLO PARADIGMÁTICO DE LA LIMITADA AUTONOMÍA FINANCIERA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Alejandro Platero Alcón

doi: 10.18543/ed-64(2)-2016pp189-224

---

**SUMARIO.** INTRODUCCIÓN. I. EL IMPUESTO SOBRE DEPÓSITOS DE ENTIDADES DE CRÉDITO. A) *La autonomía financiera de las comunidades autónomas.* B) *El caso de Extremadura: Comunidad pionera en el establecimiento del impuesto sobre depósitos en entidades de crédito.* II. EL ENJUICIAMIENTO AL IDEC EXTREMEÑO. A) *Recurso de inconstitucionalidad.* B) *Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 210/2012 de 14 de noviembre.* III. REACCIONES A LA DECLARACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL IDEC EXTREMEÑO. A) *La reacción del Estado Español.* B) *La respuesta autonómica.* IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 26/2015 DE 19 DE FEBRERO. V. LA REGULACIÓN ACTUAL DEL IMPUESTO.

---

## INTRODUCCIÓN

La autonomía financiera de las Comunidades Autónomas es una cuestión controvertida y compleja dentro de España. La historia tributaria se encuentra llena de ejemplos donde se han producido grandes conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En el presente trabajo se analizará uno de estos ejemplos de recorrido reciente y actual, como es la problemática surgida con el impuesto sobre depósitos de entidades de crédito.

El impuesto sobre depósitos de entidades de crédito tiene un origen autonómico, ya que fue creado por una Comunidad Autónoma, concretamente la Extremeña. Extremadura, haciendo uso de su potestad tributaria decide en el año 2001 crear un tributo propio, tributo directo que gravaría los depósitos que se constituyeran en las entidades de crédito situadas dentro de su territorio, siempre que existiera la obligación de la entidad de crédito de reintegrar dichos depósitos. Mediante la creación de esta figura, Extremadura pretendía obtener unos ingresos para poder desarrollar sus gastos, haciendo colaborar a las entidades de crédito, pero este acontecimiento, ha supuesto el origen de una cronología de hechos, que han convertido al impuesto sobre depósitos de entidades de crédito, en una de las figuras tributarias más conflictivas en la actualidad.

El Estado Español, por cuestiones de legalidad para unos, o por cuestiones de cooperación con las entidades de crédito para otros, no compartió con el legislador Extremeño, la idea de que una entidad de crédito pudiera contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, a través de un impuesto de semejantes características. En efecto, el gobierno en representación del Estado decide en el año 2002, interponer un recurso de inconstitucionalidad contra la regulación autonómica del impuesto Extremeño, argumentando el mismo, como en el cuerpo del trabajo se expondrá, en los límites tributarios de las comunidades autónomas, en relación con los tributos estatales y los tributos locales.

El Tribunal Constitucional en el año 2012, consideró legal y válido al impuesto sobre depósitos de entidades de crédito. A partir de este fallo, se vuelven a desencadenar una serie de hechos, que demuestran que el sistema tributario autonómico existente, fundamentalmente en lo referido al sistema de reparto de competencias entre las comunidades autónomas y el Estado es deficiente. En efecto, como después se expondrá, tras el pronunciamiento del Alto Tribunal, tanto el Estado como las comunidades autónomas deciden legislar a toda prisa esta figura, cada uno con fines distintos.

El Estado Español crea en diciembre del año 2012, un impuesto de similares características al Extremeño, a través de una Ley ordinaria, con la única salvedad de fijar un tipo de gravamen cero, lo que suponía la ausencia de recaudación por el mismo. El principal fin de esta regulación, no puede ser otra, que impedir a las Comunidades Autónomas regular el mismo, ya que, como después se expondrá, la norma reguladora de la financiación de las comunidades autónomas, prohíbe este supuesto de doble imposición. Pero, como se decía anteriormente, no solo el Estado reacción con rapidez a este pronunciamiento, sino que varias Comunidades Autónomas también actúan con la misma celeridad.

Abanderando la reacción de las Comunidades Autónomas, se encuentra, Cataluña. Dicha comunidad, decide tramitar un impuesto sobre depósitos de

entidades de crédito a la par que el Estado Español, buscando una finalidad concreta, como es acceder al sistema de compensación previsto en la normativa de financiación autonómica. En efecto, una de las principales controversias expuestas posteriormente en relación a la regulación estatal del impuesto objeto de estudio, es el sistema de compensación establecido en la misma. La norma que regula el sistema de financiación autonómica determina que en caso de que el Estado actúe gravando un hecho imponible, gravado con anterioridad por las Comunidades Autónomas, éste deberá arbitrar un sistema de compensación, para paliar su disminución de ingresos. El Estado decidió establecer un sistema de compensación en un primer término, a través del cual solo compensaría a las comunidades que tuvieran el impuesto en vigor, antes de la aprobación del tributo estatal. De facto, solo se compensaría a tres comunidades: Extremadura, Andalucía y Canarias.

Este sistema de compensación, la imposición de un tipo de gravamen cero, y su método de aprobación, provocaron numerosas controversias, que tuvieron que ser resueltas por el Tribunal Constitucional en febrero del año 2015, declarando legal el impuesto Estatal.

En último lugar, se analizará en el presente trabajo, la regulación actual del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito Estatal, y la controversia suscitada con la misma, de la que también, tuvo que pronunciarse el Tribunal Constitucional en el mes de octubre de 2015.

## I. EL IMPUESTO SOBRE DEPÓSITOS DE ENTIDADES DE CRÉDITO

### A) *La autonomía financiera de las comunidades autónomas*

La primera regulación existente acerca del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito, fue una regulación de una comunidad autonómica, concretamente la comunidad autónoma de Extremadura. Dicha comunidad, creó en el año 2001 este impuesto a través, de la Ley de la Asamblea de Extremadura 14/2001 de 29 de noviembre, reguladora del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito<sup>1</sup>.

La capacidad normativa tributaria de las comunidades autónomas se encuentra recogida en la norma suprema del ordenamiento jurídico español, la Constitución Española de 1978<sup>2</sup> (en acrónimo CE) concretamente, en los

---

<sup>1</sup> Ley de la Asamblea de Extremadura 14/2001 de 29 de noviembre, reguladora del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito, «BOE» núm. 31, de 5 de febrero de 2002.

<sup>2</sup> Constitución Española, «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

artículos 133.2<sup>3</sup> y 157.1<sup>4</sup>. De la regulación conjunta de ambos artículos, se obtiene, que las comunidades autónomas ostentan capacidad normativa tributaria, y que entre otras figuras, podrán crear la figura genérica objeto de análisis en el presente trabajo, es decir, un impuesto propio, ya que «uno de los exponentes de la realización de la autonomía financiera por parte de las comunidades autónomas es su capacidad para poder decidir sobre sus propios ingresos, y la realización de esta capacidad es el poder de crear tributos»<sup>5</sup>.

Para poder realizar un exhaustivo análisis del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito (en acrónimo IDEC), es necesario, partir previamente de la exposición del concepto de impuesto. Este concepto, previene de uno anterior como establece la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre<sup>6</sup> (en acrónimo LGT), como es el concepto de tributo. Los tributos pueden ser definidos positivamente como «los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos»<sup>7</sup>. Los tributos autonómicos, serán aquellos «creados por leyes autonómicas, gestionados por administraciones autonómicas, y destinados sus productos a los presupuestos autonómicos, en el conjunto del sistema de financiación autonómica»<sup>8</sup>. Según el artículo 2.2 del citado texto legal, los tributos se dividen en tasas, contribuciones especiales e impuestos, siendo el punto c) de dicho precepto el que otorga la siguiente definición de impuesto «son los tributos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible está constituido por negocios,

---

<sup>3</sup> Artículo 133.2 de la Constitución Española: «Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes».

<sup>4</sup> Artículo 157.1 de la Constitución Española: «Los recursos de las Comunidades Autónomas estarán constituidos por: a) Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado; recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado. b) Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales. c) Transferencias de un Fondo de Compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. d) Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado. e) El producto de las operaciones de crédito.

<sup>5</sup> GALAPERO FLORES, Rosa, «El carácter constitucional del impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito de la comunidad autónoma de Extremadura», *Anuario de la Facultad de Derecho*, XXI (2003): 84-86.

<sup>6</sup> Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, «BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 2003.

<sup>7</sup> Artículo 2.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

<sup>8</sup> LAGO MONTERO, José María, *El poder tributario de las Comunidades Autónomas* (Cizur Menor: editorial Aranzadi, 2000), 40 y 41.

actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente»<sup>9</sup>.

Antes de continuar con la exposición del IDEC, es necesario, matizar algunos aspectos de la anterior definición legal, que ayudaran a interpretar más fácilmente la naturaleza jurídica del impuesto sobre depósitos de entidades de crédito. Así, es necesario destacar que parte de la doctrina critica la alusión al término *contraprestación*, «puesto que esta, en sentido jurídico, no es más que la prestación debida por una de las partes de un negocio jurídico bilateral a cambio de otra a su favor (...) lo que determina el nacimiento de la obligación es exclusivamente la realización del presupuesto de hecho previsto en la ley, pero en modo alguno una contraprestación de una de las partes»<sup>10</sup>. Además, el precepto establecía que el hecho imponible<sup>11</sup> del impuesto se encuentra formado por tres presupuestos de hecho: actos, negocios y hechos. De lo anterior se extrae que «el hecho imponible del impuesto puede tener cualquier contenido, siempre que revele capacidad económica en quien lo realice»<sup>12</sup>.

Ahora bien, una vez determinada la capacidad normativa tributaria de las comunidades autónomas, es necesario recordar que esta capacidad no es absoluta, sino que tiene una serie de límites, fundamentalmente expuestos en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas<sup>13</sup> (en acrónimo LOFCA). Estos límites, que serán importantes matizar en este apartado, debido a su correspondencia en los aspectos fundamentales del IDEC, se pueden dividir en dos grandes grupos, estatales y locales:

- a) *Estatales*: Este límite aparece consagrado en el artículo 6.2 LOFCA que establece que «los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por el Estado. Cuando el Estado, en el ejercicio de su potestad tributaria originaria establezca tributos sobre hechos imponibles gravados por las Comunidades Autónomas, que supongan a éstas una disminución

<sup>9</sup> Artículo 2.2 c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

<sup>10</sup> MERINO JARA, Isaac, LUCAS DURÁN, Manuel, FERNÁNDEZ AMOR, José Antonio, GARCÍA CALVENTE, Yolanda, GARCÍA LUIS, Tomás, MANZANO SILVA, Elena, RUIZ GARIJO, Mercedes, VAQUERA GARCÍA, Antonio, *Derecho Financiero y Tributario: Parte General* (Madrid: Tecnos, 2011): 92 y 93.

<sup>11</sup> Artículo 20 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria: «El hecho imponible es el presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal».

<sup>12</sup> *Ibidem.*, página 92.

<sup>13</sup> Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, «BOE» núm. 236, de 01/10/1980.

de ingresos, instrumentará las medidas de compensación o coordinación adecuadas en favor de las mismas»<sup>14</sup>.

El anterior límite prohíbe a las comunidades autónomas establecer tributos que contengan hechos impositivos ya grabados por el Estado, cuestión de la que se acusó al impuesto sobre depósitos de las entidades de créditos extremeño, como después se expondrá. Parte de la doctrina y la jurisprudencia han perfilado el alcance del artículo 6.2 LOFCA, fundamentalmente abundando en la distinción existente entre hecho imponible y materia imponible, de suerte tal que «por materia imponible u objeto del tributo debe entenderse toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico, mientras que por hecho imponible, por el contrario estamos ante un concepto jurídico, siendo posible que en relación con una misma materia impositiva, el legislador pueda seleccionar distintas circunstancias que den lugar a otros tanto hechos impositivos, determinantes a su vez de figuras tributarias diferentes»<sup>15</sup>. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional (en acrónimo TC) 289/2000, de 30 de noviembre, ya que en su fundamento jurídico cuarto establece que «el alcance del concepto de materia imponible, es más amplio que el de hecho imponible al que se refiere el apartado 2 del artículo 6 LOFCA (...) lo que el artículo 6.2 prohíbe, en sus propios términos, es la duplicidad de hechos impositivos, estrictamente».

- b) *Locales*: Este límite aparece consagrado en el artículo 6.3 LOFCA que establece que «los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos impositivos gravados por los tributos locales. Las Comunidades Autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de Régimen Local reserve a las Corporaciones locales. En todo caso, deberán establecerse las medidas de compensación o coordinación adecuadas a favor de aquellas Corporaciones, de modo que los ingresos de tales Corporaciones Locales no se vean mermados ni reducidos tampoco en sus posibilidades de crecimiento futuro»<sup>16</sup>.

Este precepto es similar al analizado anteriormente, ya que en el mismo, se prohíbe que las comunidades autónomas creen tributos sobre hechos

<sup>14</sup> Artículo 6.2 LOFCA.

<sup>15</sup> CHECA GONZÁLEZ, Clemente. «El impuesto sobre tierras infrutilizadas de la Comunidad Autónoma Andaluza. Comentario a la Sentencia TC 37/1987 de 26 de Marzo», en *Impuestos. Revista de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, tomo I (1987): 674-675.

<sup>16</sup> Artículo 6.3 LOFCA.

imponibles gravados por los tributos locales, mientras que en el anterior, se prohibía que las comunidades autónomas crearan tributos sobre hechos imponibles gravados por el Estado. En relación a la potestad tributaria de las entidades locales, debe hacerse referencia a la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales<sup>17</sup>(en acrónimo LRHL), que establece en su artículo 60, que los ayuntamientos exigirán los siguientes impuestos: impuesto de bienes inmuebles, impuesto sobre vehículos de tracción mecánica y el impuesto sobre actividades económicas. Es importante, resaltar la presencia del impuesto sobre actividades económica, impuesto que será objeto de controversia posteriormente, cuando se analice la legalidad del IDED. Además, podrán establecer y exigir el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras y el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

En vista de la exposición anterior, «cualquier otra materia imponible no estaría reservada a las Haciendas Locales, por tanto, siempre y cuando tampoco se vulnerasen los objetos sobre los que recaen los impuestos estatales, las comunidades autónomas podrán establecer libremente cualquier gravamen sobre una materia distinta de las reseñadas, puesto que no estaría reservada a las Haciendas Locales y, por tanto, sería susceptible de constituir el objeto de un tributo autonómico»<sup>18</sup>.

Los anteriores límites de la capacidad normativa tributaria autonómica, se encuentran relacionados con los supuestos de doble imposición, como establece la sentencia del Tribunal Constitucional 19/1987, de 17 de febrero en su fundamento jurídico cuarto, cuando dicta «al impedir a las comunidades autónomas establecer tributos equivalentes a los ya establecidos por el estado y las entidades locales lo que se pretende evitar es, en suma, que se produzcan dobles imposiciones no coordinadas, garantizando de esta manera que el ejercicio de poder tributario por los distintos niveles territoriales sea compatible con la existencia de un sistema tributario en los termino exigidos por la constitución española».

Además de los anteriores límites, se debe destacar que la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas establece en su artículo 9 una serie de previsiones, consideradas como concreciones del principio de territorialidad constitucional<sup>19</sup>, que deben ser tenidas en cuentas por las Comunidades Autónomas:

---

<sup>17</sup> Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, «BOE» núm. 313, de 30 de diciembre de 1988.

<sup>18</sup> ÁLVAREZ ARROYO, Francisco, «Incidencia de las Comunidades Autónomas en el sistema financiero y tributario local: Análisis jurídico del artículo 6.3 LOFCA y sus posibilidades de aplicación», *Revista Quincena Fiscal* 14 (1994), 4-5.

<sup>19</sup> Artículo 157.2 de la Constitución Española: «Las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su terri-

- a) No podrán sujetarse elementos patrimoniales situados, rendimientos originados ni gastos realizados fuera del territorio de la respectiva Comunidad Autónoma.
- b) No podrán gravarse, como tales, negocios, actos o hechos celebrados o realizados fuera del territorio de la comunidad impositora, ni la transmisión o ejercicio de bienes, derechos y obligaciones que no hayan nacido ni hubieran de cumplirse en dicho territorio o cuyo adquirente no resida en el mismo.
- c) No podrán suponer obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías y servicios capitales, ni afectar de manera efectiva a la fijación de residencia de las personas o a la ubicación de Empresas y capitales dentro del territorio español, de acuerdo con lo establecido en el artículo segundo, uno, a), ni comportar cargas trasladables a otras Comunidades.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de este principio de territorialidad, expresando en su sentencia 168/2004, de 6 de octubre, que los principios de territorialidad y de unidad de mercado «no pueden ser interpretados en unos términos que impidan a las instancias autonómicas, en el ejercicio de sus competencias, adoptar decisiones cuyas competencias puedan proyectarse sobre otros lugares del territorio nacional».

El anterior precepto (artículo 9 LOFCA) es importante de cara al análisis de la naturaleza jurídica del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito, ya que, como después se expondrá, su legalidad fue cuestionada entre otras cuestiones, por impedir la libre circulación de capitales (apartado c) y por gravar actos celebrados fuera de su territorio (apartado b).

B) *El caso de Extremadura: Comunidad pionera en el establecimiento del impuesto sobre depósitos en entidades de crédito.*

El impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito en Extremadura se crea como se dijo anteriormente, por la Ley de la Asamblea de Extremadura 14/2001 de 29 de noviembre, reguladora del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito. De la exposición de motivos de la ley se extraen varias notas importantes, así este impuesto contiene carácter directo y no repercutible jurídicamente y se encuentra destinado a gravar, la obtención de fondos reembolsables por parte de Bancos, Cajas de Ahorro, y Cooperativas de Crédito, que operen en Extremadura. Esta ley se divide en 19 artículos, a través de los cuales se establecen los elementos esenciales del IDEC.

---

torio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios.»

El artículo número 1 de la Ley autonómica, establece la naturaleza del impuesto, siendo el mismo un impuesto de carácter directo, destinado a gravar los fondos reembolsables de las entidades de crédito. Un impuesto es directo cuando «grava manifestaciones inmediatas de capacidad económicas, y es el sujeto pasivo el que está llamado a soportar el impuesto sin que lo pueda trasladar hacia otra persona»<sup>20</sup>. Su ámbito de aplicación material es el territorio de la comunidad autónoma de Extremadura, como establece el artículo 2 de la norma legal.

Es importante destacar el contenido del artículo número 3, referido al hecho imponible del IDEC. Dicho precepto establece que «constituye el hecho imponible del Impuesto sobre los Depósitos de las Entidades de Crédito la captación de fondos de terceros, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, por parte de las *entidades mencionadas en el artículo 5* de esta Ley, y que comporten la obligación de restitución».

Los sujetos pasivos del impuesto son las entidades de crédito, por los fondos captados por su casa central y sus sucursales que estén situadas en territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Además, «la definición del hecho imponible de completa con el contenido del artículo número 4 donde se recoge la norma de exención del impuesto, tratándose esa norma de una codefinición del tributo»<sup>21</sup>. En función de lo anterior, el artículo 4 de la Ley establece que «gozarán de exención subjetiva el Banco de España y las autoridades de regulación monetaria, en cuanto tales, el Banco Europeo de Inversiones y las secciones de crédito de las cooperativas».

La base imponible<sup>22</sup> del impuesto estará representada como establece el artículo 6 de la norma analizada, por la cuantía económica total, en términos de fondos, calculada promediando aritméticamente los saldos finales de cada trimestre natural de cada año de la suma de los epígrafes del Balance Reservado de las Entidades de Crédito siguientes:

*Acreeedores. Administraciones Públicas españolas.*

*Acreeedores. Otros sectores residentes.*

*Acreeedores. No residentes.*

La cuota tributaria<sup>23</sup> del impuesto resultará de aplicar un porcentaje a la base imponible en función de la cantidad, porcentaje que mínimo de un

<sup>20</sup> MERINO JARA, Isaac y otros, *op.cit.*, 94.

<sup>21</sup> GALAPERO FLORES, Rosa, *op.cit.*, 92.

<sup>22</sup> *Vid.*, artículo 50 LGT: «La base imponible es la magnitud dineraria o de otra naturaleza que resulta de la medición o valoración del hecho imponible».

<sup>23</sup> *Vid.*, artículo 56 LGT: «1. La cuota íntegra se determinará: a) Aplicando el tipo de gravamen a la base liquidable. b) Según cantidad fija señalada al efecto. 2. Para el cálculo

0,3 % cuando la base resulte de 150.000 euros, y máximo de 0,5 % cuando la base sea de 2.250.000 en adelante. A la cantidad resultante habrá que aplicarle una serie de deducciones previstas en la norma: a) 200.000 euros cuando la casa central y los servicios generales de la entidad de crédito estén efectivamente radicados en Extremadura, b) 5.000 euros por cada sucursal. Esta cantidad se elevará a 7.500 euros cuando la sucursal esté radicada en municipios cuya población de derecho sea inferior a 2.000 habitantes, y c) serán igualmente deducibles aquellas inversiones que siendo de *utilidad pública o interés social* para la región se concierten y aprueben con la Consejería de la Junta de Extremadura competente en Política Financiera. Las sumas de las deducciones tendrán, como límite, la reducción a cero los resultados negativos.

La última deducción anterior, referida a las inversiones en fines de utilidad social por parte de las entidades de crédito, ha sido objeto de numeroso debate doctrinal y jurisprudencial. En efecto, parte de la doctrina considera que este impuesto tiene una finalidad de carácter extrafiscal, posibilidad que puede acaecer aunque un tributo tenga una clara finalidad fiscal, debido a «que los tributos tienen hoy en el Estado moderno una finalidad esencialmente financiera, sin perjuicio de que al mismo tiempo puedan contribuir a otros objetivos. En consecuencia, todo tributo puede tener una finalidad fiscal y otra de carácter extrafiscal»<sup>24</sup>. El carácter extrafiscal del impuesto se establece en el IDEC «mediante el sistema de deducciones a las inversiones de utilidad pública o interés social de los sujetos pasivos en la comunidad autónoma de Extremadura, propugnando que los obligados tributarios cambien su comportamiento (...) en términos matemáticos, se coloca al sujeto pasivo en la tesitura de decidir si acometer ese compromiso con el entorno voluntariamente en una determinada cantidad y en los sectores aludidos, o bien soportar el impuesto y que sea la administración la que destine lo recaudado

---

de la cuota íntegra podrán utilizarse los métodos de determinación previstos en el apartado 2 del artículo 50 de esta ley. 3. La cuota íntegra deberá reducirse de oficio cuando de la aplicación de los tipos de gravamen resulte que a un incremento de la base corresponde una porción de cuota superior a dicho incremento. La reducción deberá comprender al menos dicho exceso. Se exceptúan de esta regla los casos en que la deuda tributaria deba pagarse por medio de efectos timbrados. 4. El importe de la cuota íntegra podrá modificarse mediante la aplicación de las reducciones o límites que la ley de cada tributo establezca en cada caso. 5. La cuota líquida será el resultado de aplicar sobre la cuota íntegra las deducciones, bonificaciones, adiciones o coeficientes previstos, en su caso, en la ley de cada tributo. 6. La cuota diferencial será el resultado de minorar la cuota líquida en el importe de las deducciones, pagos fraccionados, retenciones, ingresos a cuenta y cuotas, conforme a la normativa de cada tributo.

<sup>24</sup> CALVO ORTEGA, Rafael, *Curso de Derecho Financiero. Tomo I. Derecho Tributario* (Madrid: editorial Thomson Civitas, 2009), 255.

al sostenimiento de los gastos públicos según su público criterio»<sup>25</sup>. Además, se debe recordar que como ha establecido el Tribunal Constitucional, lo más probable es que los efectos extrafiscales se establezcan en un impuesto que también contiene un fin fiscal, así «difícilmente habrá impuestos extrafiscales químicamente puros, ya que resulta evidente que todos los impuestos sin excepción producen otros efectos, además de la recaudación de ingresos»<sup>26</sup>.

Alguna otra controversia podría plantearse en relación al artículo 149.1. 11.<sup>ª</sup> de la Constitución Española que establece que las divisas, cambio y convertibilidad; bases de la ordenación de *crédito*, *banca* y seguros, son materias exclusivas del Estado, pero algún autor destacado considera que «lo que se pretende realmente es contribuir al fomento del desarrollo económico de la región extremeña, sin afectar en modo alguno, a las bases de la ordenación del crédito, banca, y seguros reservadas al Estado, puesto que ninguna modificación se produce en ellas como consecuencia de la implantación de esta medida tributaria»<sup>27</sup>.

Las controversias jurisprudenciales derivadas del IDEC Extremeño serán objeto de análisis en el siguiente apartado, donde se analizará pormenorizadamente la sentencia del Tribunal Constitucional número 210/2012 de 14 de noviembre.

## II. EL ENJUICIAMIENTO AL IDEC EXTREMEÑO

### A) *Recurso de inconstitucionalidad*

Contra la Ley de la Asamblea de Extremadura 14/2001, de 29 de noviembre de 2001, reguladora del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito se interpone por parte del Estado Español recurso de inconstitucionalidad, dando lugar a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la legalidad del IDEC, en su sentencia número 210/2012 de 14 de Noviembre.

Tres fueron los motivos de inconstitucionalidad que el abogado del estado alegó en su escrito de demanda:

- a) En primer lugar, el abogado del estado alega que el impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito grava un hecho imponible sujeto

---

<sup>25</sup> JOVER LORENTE, José Manuel, «La responsabilidad social corporativa como fin ultrafiscal subyacente del impuesto extremeño sobre los depósitos de las entidades de crédito», *Impuestos. Revista de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia* 19, Octubre (2012): 104-105.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2014, de 10 de abril, fundamento jurídico sexto.

<sup>27</sup> CHECA GONZÁLEZ, Clemente, *Los impuestos de las Comunidades Autónomas* (Madrid: editorial Aranzadi, 2002), 356.

al impuesto sobre el valor añadido, es decir, el IVA, contraviniendo por tanto el artículo 6.2 de la *Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas*.

El citado artículo anteriormente explicado en el presente trabajo, prohíbe a las comunidades autónomas gravar hechos impositivos que ya estuvieran gravados por parte del Estado. En este caso, el abogado del estado considera que «pese a la diferente redacción de la norma extremeña y la estatal, el hecho imponible de ambos tributos es en realidad el mismo (...) lo verdaderamente gravado por el impuesto de Extremadura no es la actividad de captación de fondos sino los depósitos constituidos con los fondos captados»<sup>28</sup>. Si lo realmente captado por este impuesto son los depósitos constituidos, se produciría un supuesto de doble imposición con el impuesto sobre el valor añadido, ya que el artículo 11.2.12 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido<sup>29</sup> (en acrónimo LIVA), establece que el hecho imponible del IVA alcanza a los depósitos, que además, se encuentran exentos.

- b) El segundo motivo de inconstitucionalidad aducido es que la regulación del IDEC es también *contraria al artículo 6.3 de la LOFCA*, ya que a juicio del abogado del estado, incide sobre una materia que se encuentra reservada a los entes locales.

Se afirma la coincidencia con el Impuesto de actividades económicas (en acrónimo IAE), debido a que al tratarse el IDEC de un tributo directo, donde se prohíbe su repercusión a terceros, el impuesto recae sobre la misma manifestación de riqueza que el IAE, debido a que la actividad de las instituciones financieras se encuentran dentro del Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del impuesto sobre actividades económicas<sup>30</sup>.

- c) El tercer y último motivo de inconstitucionalidad que alega el abogado del estado, es la infracción del principio de territorialidad de las competencias, consagrados en los artículos 139.2 y 157.2 de la *Constitución Española*, y los artículos 9 b) y 9 c) de la *LOFCA*.

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 210/2012 de 14 de noviembre, página 2.

<sup>29</sup> Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, «BOE» núm. 312, de 29 de diciembre de 1992.

<sup>30</sup> Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas, «BOE» núm. 234, de 29 de septiembre de 1990.

Dicho principio, territorialidad, ya ha sido expuesto en la parte introductoria del presente trabajo, basándose fundamentalmente, en la necesidad de que un tributo autonómico solo puede gravar hechos imponible que ocurran dentro de su territorio, y además, no puede adoptar medidas que supongan un obstáculo para la libre circulación de empresas y de capitales. Respecto a la primera cuestión, el abogado del estado considera en su escrito de demanda que «aunque el objeto de gravamen sean los fondos captados por las entidades domiciliadas en la comunidad autónoma de Extremadura, no se excluye que los depositantes de dichos fondos se encuentran fuera de esta comunidad o incluso fuera de España»<sup>31</sup>.

En relación a la libre circulación de empresas y de capitales, el abogado considera que «esta vulneración se atribuye concretamente al artículo 7.3 de la Ley del IDEC, que establece una deducción en la cuota por inversiones de utilidad pública o de interés social en la región»<sup>32</sup>.

Estos son los motivos, por los que se alegó ante el Tribunal Constitucional la ilegalidad del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito creado por la comunidad autónoma de Extremadura. El Tribunal en su sentencia, desmonta uno a uno los tres argumentos anteriores, considerando como se verá más tarde, que el impuesto Extremeño es perfectamente legal y constitucional.

## B) *Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 210/2012 de 14 de noviembre*

La estructura que siguió el Tribunal Constitucional Español es exactamente igual, a la formulada anteriormente por el abogado del estado, es decir, su fallo se divide en los mismos tres apartados:

- a) *Vulneración del artículo 6.2 de la LOFCA*, debido a la posible contradicción del IDEC con el impuesto sobre el valor añadido estatal.

El abogado del estado, alegaba que el hecho imponible del IDEC autonómico, era el mismo que el del IVA estatal, cuestión que desmontó el Tribunal en su fallo, con los siguientes razonamientos. En efecto, para el Alto Tribunal, «para determinar si se han vulnerado las prohibiciones de doble imposición contenidas en el artículo 6.2 LOFCA, el examen de los tributos que se reputan coincidentes no puede ceñirse a la mera comparación de la definición legal de sus hechos imponibles, debiendo abarcar también los *restantes*

---

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 210/2012 de 14 de noviembre, página 3.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

*elementos del tributo* que se encuentran conectados con el hecho imponible»<sup>33</sup>.

En atención a lo anterior, el Alto Tribunal se encarga de describir exhaustivamente todos los elementos del tributo autonómico (base imponible, cuota tributaria, cuota íntegra, deducciones y periodo impositivo) expresados, ya en este trabajo anteriormente, para llegar a la siguiente conclusión, «los elementos de cuantificación del tributo permiten concluir que el objeto del gravamen del IDEC no es la actividad bancaria de captación en sí misma considerada, sino únicamente uno de sus resultados (el pasivo acumulado por la captación de depósitos). En consecuencia, el IDEC no recae sobre la realización de transacciones económicas, sino que grava el rendimiento que potencialmente se le presupone a los depósitos captados por las entidades bancarias, como elemento del pasivo susceptible de generar ingresos»<sup>34</sup>.

El Tribunal Constitucional desestima este motivo de ilegalidad, ya que al tratarse la actividad principal del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito, la captación de fondos, y al ser la actividad principal del IVA la contraprestación pactada por las operaciones sujetas a su gravamen, no existe violación del artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.

- b) *Vulneración del artículo 6.3 LOFCA*, debido a la posible contradicción del IDEC con el impuesto sobre actividades económicas local.

El tribunal realiza exactamente la anterior operación realizada en el anterior apartado, comparando no solo los hechos imposables de los citados impuestos, sino también los distintos elementos del tributo, para determinar si pudiera darse una violación en el sentido de una duplicidad, como establece el artículo 6.3 LOFCA<sup>35</sup>. En atención a esta actividad, la sentencia considera que «el IAE grava la mera actividad económica con independencia

---

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 210/2012 de 14 de noviembre, página 10.

<sup>34</sup> *Ibidem.*, página 11.

<sup>35</sup> Debe recordarse que la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de Diciembre, de modificación de la Ley Orgánica de financiación de las comunidades autónomas, «BOE» núm. 305, de 19 de diciembre de 2009, otorgó una nueva redacción a este precepto, la descrita en el presente trabajo, ya que la anterior redacción establecía que: «Las comunidades autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de régimen local reserve a las corporaciones locales, en los supuestos en que dicha legislación lo prevea y en los términos que la misma contemple. En todo caso, deberán establecerse las medidas de compensación o coordinación adecuadas en favor de aquellas Corporaciones, de modo, que los ingresos de tales Corporaciones Locales no se vean mermados ni reducidos tampoco en sus posibilidades de crecimiento futuro».

de su resultado, esto es, en el caso de las entidades financieras, se capten o n.º depósitos y con independencia de su cuantía (...), en cuando al impuesto sobre depósitos de entidades de crédito, el examen de sus elementos, permite concluir que lo que se sujeta a gravamen no es la mera actividad de captación o el mero ejercicio de una actividad crediticia, *sino su resultado*, de manera que se gravan los depósitos como elementos del pasivo bancario susceptible de generar riqueza»<sup>36</sup>.

- c) *Vulneración de los artículos 139.2 y 157.2 CE y de los artículos 9 b) y c) LOFCA*, debido a la posible afectación del IDEC a la libertad de circulación, como por poder incurrir en la prohibición de no gravar bienes extraterritoriales.

Dentro de este apartado, el tribunal realiza dos consideraciones diferentes.

En primer lugar, se ocupa de analizar los artículos 157.2 CE<sup>37</sup> y 9.b) de la LOFCA<sup>38</sup>, analizados anteriormente en el presente trabajo. Estos artículos, impiden a las Comunidades Autónomas gravar negocios, actos o hechos celebrados o realizados fuera de su territorio. Para determinar si efectivamente, el IDEC gravaba actos que podrían ocurrir fuera de su territorio, gravando depósitos que se han constituido por personas físicas o jurídicas que residen fuera de Extremadura, como alegaba el abogado del estado, el Alto Tribunal analiza los puntos de conexión del tributo Extremeño.

Para analizar estos puntos de conexión, el Tribunal hace referencia al elemento territorial del impuesto (concretado en su artículo 5.1) que establece, como se analizó anteriormente en el presente trabajo, que el IDEC es un impuesto directo que grava la capacidad económica puesta de manifiesto por los depósitos bancarios que radiquen en la sucursales de las entidades bancarias situadas en su comunidad. En vista de lo anterior, el Tribunal razona que «no altera la legalidad del tributo el hecho de que los fondos

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 210/2012 de 14 de noviembre, página 14.

<sup>37</sup> *Vid.*, artículo 157.2 CE: «Las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios».

<sup>38</sup> *Vid.*, artículo 9 b) LOFCA:»Las Comunidades Autónomas podrán establecer sus propios impuestos, respetando, además de lo establecido en el artículo sexto de esta Ley, los siguientes principios:

b) No podrán gravarse, como tales, negocios, actos o hechos celebrados o realizados fuera del territorio de la comunidad impositora, ni la transmisión o ejercicio de bienes, derechos y obligaciones que no hayan nacido ni hubieran de cumplirse en dicho territorio o cuyo adquirente no resida en el mismo.

depositados en las entidades puedan eventualmente proceder de personas, físicas o jurídicas, que no residan en la Comunidad Autónoma, pues como ha quedado expuesto, el impuesto no grava transacciones económicas sino su resultado, por lo que *el depositante es ajeno a la relación jurídico-tributaria del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito*»<sup>39</sup>.

En consecuencia, se desestimó la infracción de los artículos 157.2 CE y 9 b) LOFCA, ya que a juicio del Tribunal, el sujeto pasivo del impuesto, al ser las entidades bancarias, no se encuentran afectados, por la nacionalidad o vecindad de las personas que constituyan sus fondos en las mismas.

El segundo razonamiento del tribunal dentro de este apartado, pivota en relación a la infracción del artículo 139.2 de la Constitución Española<sup>40</sup> y el artículo 9 c) de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas<sup>41</sup>. En este apartado, el Tribunal analiza, si como aducía el Abogado del Estado, el establecimiento de un sistema de deducciones por la realización de ciertas actividades de carácter social para la comunidad autónomas, puede suponer una restricción a la libertad de decisión de las entidades de crédito en relación con la asignación de los depósitos captados. Estas deducciones podrían minorar el impuesto hasta convertirlo en cero, cuestión que alertaba al abogado del estado.

Para analizar esta cuestión, el Tribunal parte no solo de razonamientos propios, sino también de los pronunciamientos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha efectuado al respecto. Así, entre otras, hace mención a la sentencia de 25 de octubre de 2012, (Asunto C-387/11), Comisión Europea c. Reino de Bélgica, Reino Unido de Gran Bretaña, e Irlanda del Norte, que declara contraria a la libertad de establecimiento la normativa del Reino de Bélgica que suponía una imposición de los rendimientos de capitales y de bienes muebles distinta en función de que estos sean percibidos por sociedades de inversión belgas o extranjeras. El Tribunal Constitucional considera que «el fin último del artículo 9 c) LOFCA es la protección del mercado interior, lo que en materia tributaria impide en particular establecer medidas

---

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 210/2012 de 14 de noviembre, página 16.

<sup>40</sup> *Vid.*, artículo 139.2 CE:» Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español».

<sup>41</sup> *Vid.*, artículo 9 c) LOFCA:» Las Comunidades Autónomas podrán establecer sus propios impuestos, respetando, además de lo establecido en el artículo sexto de esta Ley, los siguientes principios: No podrán suponer obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías y servicios capitales, ni afectar de manera efectiva a la fijación de residencia de las personas o a la ubicación de Empresas y capitales dentro del territorio español, de acuerdo con lo establecido en el artículo segundo, uno, a), ni comportar cargas trasladables a otras Comunidades».

que fragmenten dicho mercado estableciendo diferencias entre residentes y no residentes en una comunidad»<sup>42</sup>.

El tribunal en función de la doctrina constitucional y del Tribunal de Justicia Europeo, considera que «la deducción (en actividades sociales de la comunidad de Extremadura) pretender incentivar inversiones, inversiones que son enteramente voluntarias, de forma que la única consecuencia que tiene para el contribuyente no realizar dichas inversiones es el pago íntegro, sin beneficios fiscales del tributo autonómico»<sup>43</sup>.

En vista de lo anterior, el Tribunal desestima el tercer motivo de ilegalidad estudiado, y declara la constitucionalidad del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito en la Comunidad Autónoma de Extremadura, regulado en la Ley de la Asamblea de Extremadura 14/2001 de 29 de noviembre, reguladora del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito.

### III. REACCIONES A LA DECLARACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL IDEC EXTREMEÑO

#### A) *La reacción del Estado Español*

Una vez se publicó el fallo del Tribunal Constitucional declarando legal el impuesto sobre depósitos de entidades de crédito Extremeño, se publicaron un sinnúmero de reacciones, de sentido positivo en algunos casos y de sentido negativo en otros. Desde un punto de vista positivo, existen autores que consideran que «el hecho de gravar a las entidades de crédito con el IDEC, no es arbitrario ni tampoco irracional, ya que la desigualdad legalmente introducida a través de la Ley de este impuesto no carece de justificaciones plausibles a la vista del gran aumento de los beneficios de las entidades crediticias que se ha producido en los últimos años, siendo por ello lógico que las mismas cooperan en mayor medida que la que lo vienen haciendo hasta el presente al desarrollo económico»<sup>44</sup>. Por el contrario, parte de la doctrina se encuentra en contra del pronunciamiento del Alto Tribunal, existiendo autores que consideran cuestiones como «no puede estarse de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional, ya que su doctrina es demasiado

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 210/2012 de 14 de noviembre, página 17.

<sup>43</sup> *Ibidem.*, página 18.

<sup>44</sup> GALAPERO FLORES, Rosa, «El impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito de la comunidad autónoma de Extremadura. La declaración de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional», en *Impuestos. Revista de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia* 6, Sección Divulgación, Junio (2013): 93.

simplicista en cuanto a los conceptos generales del Derecho Financiero y Tributario Español y al análisis de la incidencia del IDEC en las libertades de circulación comunitarias, particularmente, las relativas al establecimiento de actividades y a la libre circulación de capitales»<sup>45</sup>, y otros, en la misma línea «el tributo debió haberse declarado inconstitucional, y como no se ha hecho, es urgente modificar la LOFCA para recoger expresamente la prohibición de tributos de este tipo, y en general de tributos basados sobre la renta de las sociedades o cualquier indicador directo o indirecto de la misma»<sup>46</sup>.

Además de posturas a favor y en contra de la citada sentencia, existen autores que encuentran dudas sobre la constitucionalidad respecto a otras figuras no incluidas en el análisis de la sentencia, como pudiera ser el Impuesto sobre sociedades, de suerte tal, que «el IDEC constituye una tipología de imposición regional sobre los elementos de producción que revela graves problemas de constitucionalidad, al suponer una modalidad de tributación sobre una manifestación potencial de riqueza y por gravar un elemento de producción de la actividad financiera como el pasivo captado de terceros, que ya se sujeta a imposición en el hecho imponible del impuesto sobre sociedades»<sup>47</sup>.

Parece claro a la vista de lo anterior, que son más los autores que se olvidan de las actividades poco éticas realizadas durante muchos años en España, que han llevado al sector a su dependencia económica, siendo necesario rescatar por parte de Europa al mismo, y la posibilidad que existe a través de esta figura, de hacer colaborar a las entidades de crédito con el sostenimiento de los gastos públicos y del estado de bienestar. Ahora bien, este ataque de olvido, no solo se encuentra en la doctrina tributaria y financiera, sino también, en el propio Estado Español. En efecto, el gobierno de España, reacciona de una manera acelerada al fallo del Tribunal Constitucional, por el que se declara constitucional el IDEC extremeño, creando un impuesto sobre los depósitos de entidades de crédito estatal, una figura muy controvertida, como después se analizará, utilizando para ello una ley ordinaria, la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica<sup>48</sup>, concretamente a través de su artículo 19.

<sup>45</sup> CRUZ AMORÓS, Miguel, ESQUIVEL FERNÁNDEZ, Ariane, «El impuesto extremeño sobre depósitos de las entidades de crédito», *Diario La Ley* 3159 (2013), 2.

<sup>46</sup> FALCÓN Y TELLA, Ramón, «El impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito: sobre la necesidad de un nuevo modelo para articular la potestad tributaria estatal y autonómica», *Revista Quincena Fiscal* 20 (2013), 4.

<sup>47</sup> GARCÍA NOVOA, César, «El futuro de la fiscalidad autonómica sobre los depósitos bancarios», *Revista catalana de dret públic* 46 (2013), 121.

<sup>48</sup> Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, «BOE» núm. 312, de 28 de diciembre de 2012.

Analizando la estructura del impuesto estatal se puede observar como el mismo, se encuentra configurado exactamente en los mismos términos que el IDEC extremeño, pero con una salvedad, el tipo de gravamen se fija en *el cero por ciento*. En efecto, el IDEC estatal, se encuentra configurado como un tributo de carácter directo, aplicable en todo el territorio Español, y que obliga a sus contribuyentes (las entidades de crédito sitas en España), a pagar un tributo debido a la captación de fondos de terceros con obligación de restitución de los mismos. La Ley no establece deducciones, cuestión que llama la atención a algún autor, que expresa «falta en esta ley la posibilidad de establecer deducciones, algo característico de las normativas autonómicas, como instrumento de desarrollo socioeconómico regional, un objetivo, el de la extrafiscalidad, que ha sido destacado por el TC, y que resultaba una característica esencial del IDEC autonómico»<sup>49</sup>. Pero, la principal controversia, aparte de no establecer deducciones en el impuesto, cuestión característica del IDEC extremeño, es la imposición de un tipo de gravamen cero, ya que, con esta imposición, no se recaudará nada con la creación de este tributo, entonces al presente autor, le surge una cuestión, ¿Cuál es el fin de la creación de este impuesto por parte del Estado Español?

La respuesta a esta cuestión aparece dada por numerosos autores y todos apuntan a una misma dirección, así se considera que «el único efecto que se pretende conseguir con el nuevo impuesto es excluir la posibilidad de impuestos autonómicos similares»<sup>50</sup>, y en el mismo sentido, otros autores establecen que «la Ley 16/2012 menoscaba clarísimamente el poder tributario de los Entes territoriales y, con ello, su autonomía financiera, con la finalidad encubierta y evidente, de satisfacer las demandas de las entidades financieras»<sup>51</sup>. En vista de lo anterior, parece claro que la intención del Estado Español, al establecer este tributo propio es cohibir la posibilidad de las comunidades autónomas de gravar estos hechos imposables, por más que en la exposición de motivos de la Ley 16/2012, intente justificar su creación con motivos vanos como «se crea el Impuesto sobre los Depósitos en las Entidades de Crédito con la pretensión de asegurar un tratamiento fiscal armonizado que garantice una mayor eficiencia en el funcionamiento del sistema financiero».

El motivo por el cual los principales autores consideran que el único efecto de la creación de esta figura es eliminar los impuestos autonómicos

<sup>49</sup> PÉREZ ZÚÑIGA, José María, «El impuesto estatal sobre depósitos en entidades de crédito», *Actualidad Administrativa* 6 (2013), 3.

<sup>50</sup> GARCÍA NOVOA, César, *op.cit.*, 132.

<sup>51</sup> MATA SIERRA, María, CARBAJO NOGAL, Carlos, «Conflictos entre la Hacienda estatal y las autonómicas en el Impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito», *Revista Quincena Fiscal* 18 (2013), 2.

sobre los depósitos de entidades de crédito, es la previsión ya citada en numerosas ocasiones en el presente trabajo, contenida en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas. En efecto, este precepto establece que las comunidades autónomas no podrán gravar hechos imponible que ya se encuentren gravados por el estado, cuestión que impide por tanto, desde la promulgación de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, a nuevas comunidades autónomas, que no tuvieran un impuesto similar, crear el mismo, ya que se incurriría en un supuesto de doble imposición no permitido por la LOFCA. Ahora bien, es necesario destacar la segunda parte del precepto en cuestión, ya que el mismo establece «cuando el Estado, en el ejercicio de su potestad tributaria originaria establezca tributos sobre hechos imponible gravados por las Comunidades Autónomas, que supongan a éstas una disminución de ingresos, instrumentará las medidas de compensación o coordinación adecuadas en favor de las mismas».

En función de lo anterior, el Gobierno tiene la obligación de resarcir a todas las comunidades autónomas que antes de la promulgación del IDEC Estatal, tuvieran en vigor un impuesto de similares características en su comunidad autónoma. Ahora bien, ¿Cuántas comunidades autónomas tenían un tributo de estas características?, ¿Solo Extremadura? La respuesta debe ser necesariamente negativa. En efecto, la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, en su artículo 19 establece que existirá obligación de resarcir a aquellas comunidades autónomas que tuvieran creado un IDEC con anterioridad al 1 de diciembre de 2012<sup>52</sup>. Estas comunidades eran: Extremadura, Andalucía y Canarias. Dejando a un lado el IDEC Extremeño, ya analizado con detalle, toca exponer las iniciativas autonómicas del resto de comunidades.

## B) *La respuesta autonómica*

La comunidad Autónoma de Andalucía creó el impuesto sobre depósitos de clientes de entidades de crédito, a través de la Ley 11/2010, de 3 de diciembre, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad<sup>53</sup>, concretamente a través de su artículo número 6. Este

---

<sup>52</sup> Artículo 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre: «La medida en que el impuesto que establece esta Ley recaiga sobre hechos imponible gravados por las Comunidades Autónomas y esto produzca una disminución de sus ingresos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas. Lo dispuesto en el párrafo anterior será únicamente de aplicación respecto de aquellos tributos propios de las Comunidades Autónomas establecidos en una Ley aprobada con anterioridad a 1 de diciembre de 2012».

<sup>53</sup> Ley 11/2010, de 3 de diciembre, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad, «BOJA», núm.243, de 15 de diciembre de 2010.

impuesto entraría en vigor a partir del 1 de enero de 2011, y solo en su primer año, el ejecutivo andaluz tenía previsto recaudar 132 millones de Euros, aplicando los siguientes tipos de gravamen: a) 0,3 % sobre bases imponibles iguales o inferiores a 150.000 euros, b) 0,4 % sobre bases imponibles comprendidas entre 150.000 y 450.000 euros, y c) 0.5 % sobre bases imponibles iguales o superiores a 600.000. Este tributo nunca fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Estado, ya que en los términos que se encontraba formulado, era idéntico al IDEC Extremeño, por lo que el fallo del Tribunal Constitucional, por el que lo declaró constitucional, afectaba también al IDEC Andaluz.

La comunidad autónoma de Canarias crea el Impuesto sobre Depósitos de Clientes en las entidades de Crédito, mediante la Ley 4/2012, de 25 de Junio de medidas administrativas y fiscales<sup>54</sup>, que entra en vigor el 1 de Julio de 2012, concretamente a través de su artículo número 41. Este tributo, tiene exactamente los mismos tipos de gravamen que el caso de Andalucía.

Por tanto, las comunidades autónomas que serán compensadas por la vía del artículo 6.2 LOFCA son solo tres: Extremadura, Andalucía y Canarias. Este hecho, también ha producido una numerosa polémica tanto doctrinal, como a nivel territorial. En primer lugar, existen autores que se encuentran radicalmente en contra de este sistema de compensación solo a unas determinadas comunidades autónomas, así consideran que «lo que hay que compensar es la pérdida de fuentes posibles de gravamen, es decir, la pérdida en favor de la Hacienda Estatal de objetos susceptibles de ser gravados por las Comunidades Autónomas, con independencia de que existiera o no efectivamente un tributo autonómico y de la recaudación derivada del mismo. Si no se hace así, se estará incitando a las comunidades a establecer impuestos absurdos con la finalidad de que el Estado apruebe un tipo cero y les compense, con el consiguiente daño para los contribuyentes que tenga que soportar el impuesto mientras eso sucede, y con el resultado de una distribución de la recaudación arbitraria e injusta»<sup>55</sup>, y en el mismo sentido, «la situación no puede ser más injusta en términos objetivos, ya que se favorece a las comunidades más activas en la creación de tributos propios, perjudicando a las más moderadas»<sup>56</sup>.

Ahora bien, la polémica sobre la compensación prevista en este tributo, no se agota aquí, sino que tiene otro capítulo importante, protagonizado especialmente por la comunidad autónoma de Cataluña, y con la colaboración de la comunidad autónoma Valenciana y Asturiana. En efecto, estas tres comunidades, deciden crear un impuesto autonómico sobre depósitos de las

<sup>54</sup> Ley 4/2012, de 25 de Junio de medidas administrativas y fiscales, «BOE» núm. 166, de 12 de julio de 2012.

<sup>55</sup> FALCÓN Y TELLA, Ramón, *op.cit.*, 6.

<sup>56</sup> GARCÍA NOVOA, César, *op.cit.*, 132.

entidades de créditos, después de que el Estado hubiera creado el suyo, vulnerando el artículo 6.2 LOFCA, y provocando recursos de inconstitucionalidad contra sus tributos. Pero, el caso más llamativo, es el caso de Cataluña.

La comunidad autónoma de Cataluña, tramita la creación del impuesto sobre depósitos de clientes de entidades de crédito a la par que el ejecutivo Estatal estaba realizando su Ley 16/2012, con la única intención de sacar a la luz este tributo, y obtener la compensación establecida en el artículo 6.2 LOFCA. Pero, la estrategia Catalana no resulta como se había previsto, ya que, su Decreto Ley 5/2012 de 18 de diciembre de 2012<sup>57</sup> por el que se aprueba este tributo, es excluido del ámbito de aplicación de la compensación del tributo estatal por parte del Gobierno Español. Este tributo autonómico establecía los mismos tipos impositivos que el caso Andaluz y Canario, y por él se esperaba recaudar más de 500 millones de euros anuales. Aparte de no proceder a su compensación, el Estado Español interpuso un recurso de inconstitucionalidad el 15 de Enero de 2013 contra el citado Decreto Ley, y por su parte la comunidad autónoma de Cataluña, interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 19 de la Ley 16/2012, por la que se aprueba el impuesto estatal, que será objeto de análisis en el siguiente apartado del presente trabajo. El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la norma autonómica en su sentencia número 107/2015 de 28 mayo<sup>58</sup>.

La comunidad Autónoma de Asturias creó el impuesto sobre depósitos de entidades de crédito a través de la Ley de presupuestos generales para Asturias de 2013<sup>59</sup>, concretamente a través de su artículo 41. La intención de la comunidad autónoma de Asturias es intentar acceder al sistema de compensación, al igual que el caso Catalán, sirviéndose para ello de un instrumento que revierte serias dudas de inconstitucionalidad como es una ley de presupuestos generales, ya que el artículo 134.7 CE<sup>60</sup> prohíbe expresamente esta cuestión. Posteriormente, incluye la regulación de este impuesto en los artículos 52 a 68 del Decreto Legislativo 1/2014, de 23 de Julio por el que aprueba el texto refundido de las disposiciones leales del Principado de

---

<sup>57</sup> Decreto Ley 5/2012 de 18 de diciembre de 2012, «DOGC» núm. 6277, de 19 de diciembre de 2012.

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 107/2015 de 28 mayo, fundamento jurídico tercero:» A la vista del incumplimiento de lo establecido en el art. 203.5 EAC cabe concluir, sin necesidad de proyectar sobre este asunto nuestra doctrina relativa a los límites formales y materiales derivados del art. 86.1 CE, que el Decreto-ley 5/2012, de 18 de noviembre, es inconstitucional y nulo. Alcanzada esta conclusión, resulta innecesario el enjuiciamiento de los motivos impugnatorios restantes.

<sup>59</sup> Ley de presupuestos generales para Asturias de 2013, «BOPA», núm. 300, de 29 de diciembre de 2012.

<sup>60</sup> Artículo 134.7 CE: «La Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea».

Asturias en materia de tributos propios<sup>61</sup>. Al igual que el caso Catalán, el Estado recurre por inconstitucionalidad esta Ley, siendo declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su sentencia número 202/2015 de 24 de Septiembre<sup>62</sup>. El ejecutivo Asturiano, decide también recurrir al Constitucional la Ley 16/2012 del Estado Español.

El último caso, es el de la comunidad autónoma Valenciana. Esta comunidad creó el impuesto sobre depósitos de entidades de crédito a través del artículo 161 de la Ley 5/2013, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat<sup>63</sup>, el cual fue recurrido por el Estado ante el Tribunal Constitucional por vulnerar el artículo 6.2 LOFCA. El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el precepto anteriormente citado en su sentencia número 30/2015 de 19 de febrero<sup>64</sup>.

Siguiendo con la cuestión sobre la compensación, se debe destacar que el Consejo de Ministros el 26 de abril de 2013, anunció una modificación del tipo de gravamen del impuesto del cero por ciento, al 2 por mil, que «servirá para compensar a las tres comunidades autónomas que lo han tenido vigente y cuya vigencia queda anulada a partir de la existencia del impuesto estatal»<sup>65</sup>.

Hasta aquí, el análisis de la problemática de la compensación acerca de la Ley 16/2012 del Estado Español, pero esta no era su única fuente de discusión. Anteriormente, ya se expuso que una de sus principales cabezas de batalla era la inclusión de un tipo de gravamen cero, provocando una enorme discusión doctrinal y legal. Pues bien, aparte de estas dos cuestiones controvertidas, existe una que reviste ciertas notas de importancia, como es, el sistema utilizado por el gobierno Estatal para crear el impuesto sobre depósitos de entidades de crédito. El gobierno utilizó una ley orgánica, cuestión que

---

<sup>61</sup> Decreto Legislativo 1/2014, de 23 de Julio por el que aprueba el texto refundido de las disposiciones leales del Principado de Asturias en materia de tributos propios, «BOPA» núm. 175, de 29 de julio de 2014.

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 202/2015 de 24 de Septiembre, fundamento jurídico sexto: «un estudio de los elementos esenciales del tributo, permite concluir que se trata sustancialmente similar al impuesto estatal sobre depósitos, incurriendo en la incompatibilidad que establece el artículo 6.2 LOFCA».

<sup>63</sup> Ley 5/2013, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, «DOCV» núm. 7181 de 27 de Diciembre de 2013.

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 30/2015 de 19 de febrero, fundamento jurídico cuarto: «de acuerdo con nuestra doctrina, los elementos esenciales de la regulación del IDEC Valenciano en comparación con los del IDEC Estatal, suponen una vulneración de los artículos 133.2 y 157.3 CE, así como del artículo 6.2 LOFCA, por lo que debe declararse la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 161 de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2013, de 23 de diciembre».

<sup>65</sup> Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 99, de 20 de abril de 2013.

puede chocar con los mandatos del artículo 157 CE<sup>66</sup>, especialmente su punto primero y tercero. Así existen autores que consideran «estamos ante un ejercicio torticero del poder tributario del Estado, que podría incluso calificarse de fraudulento. La creación de un impuesto sin la más mínima pretensión recaudatoria y limitado a ocupar un hecho imponible para vetar su previsión por las leyes autonómicas supone afectar al poder tributario de las comunidades autónomas mediante ley ordinaria, lo que supone una frontal vulneración del artículo 157. 3 de la Constitución»<sup>67</sup>.

Por todos estos motivos, las comunidades autónomas de Cataluña y Asturias, decidieron recurrir esta Ley ante el Tribunal Constitucional. El fallo del Alto Tribunal será objeto de análisis en el siguiente apartado del presente trabajo.

#### IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 26/2015 DE 19 DE FEBRERO

Esta sentencia resuelve las dudas acerca de la constitucionalidad o n.º del artículo 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica mediante el que se crea el impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito.

Este impuesto es recurrido por parte del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña, en base a los siguientes motivos:

- a) En primer lugar, el Gobierno autonómico alega que el IDEC es en realidad una *simulación de impuesto*, ya que al tener un tipo cero, resulta contrario al artículo 31 CE<sup>68</sup>, ya que la finalidad de obtener ingresos es definitoria del concepto de tributo. En consecuencia, su creación no puede ampararse en las competencias para crear tributos.

---

<sup>66</sup> Artículo 157 CE: «1. Los recursos de las Comunidades Autónomas estarán constituidos por: a) Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado; recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado. b) *Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales.*

3. *Mediante ley orgánica* podrá regularse el ejercicio de las competencias financieras enumeradas en el precedente apartado 1, las normas para resolver los conflictos que pudieran surgir y las posibles formas de colaboración financiera entre las Comunidades Autónomas y el Estado.

<sup>67</sup> García Novoa, César, *op.cit.*, 133.

<sup>68</sup> *Vid.*, artículo 31 CE: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

- b) En segundo lugar, se considera que el modo de aprobación del impuesto no es el adecuado, ya que el artículo 157.3 CE exige la presencia de una *ley orgánica*. Esta norma, según el ejecutivo autonómico sería la LOFCA.
- c) El tercer motivo de la supuesta inconstitucionalidad, se dirige contra el *sistema de compensación* previsto en la norma, es decir, contra la negativa del Estado de compensar a todas las comunidades autónomas, y no solo a Extremadura, Andalucía y Canarias.

El Tribunal Constitucional analiza todos los puntos planteados por las partes en el proceso, y emite su sentencia, siguiendo exactamente la misma estructura que la planteada anteriormente:

- a) Posible *infracción del artículo 31 CE*, con la consiguiente inaplicación del marco competencial vigente, establecido en los artículos 133.1 CE<sup>69</sup> y 149.1.14.<sup>a</sup> CE<sup>70</sup>.

El tribunal parte de la noción de tributo para poder analizar dicho apartado, poniendo de manifiesto, como no podría ser de otra forma, que «uno de los elementos centrales de la noción de tributo es su finalidad recaudatoria, o lo que es lo mismo, allegar recursos a la Hacienda Pública, inherente a la propia función de sostener la financiación del gasto público a que se refiere el artículo 31.1 CE»<sup>71</sup>. Ahora bien, como se introdujo en los anteriores epígrafes del presente trabajo, la finalidad fiscal no es la única exclusiva de un tributo, sino que el mismo puede poseer también una determinada función extrafiscal. Para el Alto Tribunal, «no toda fuente de capacidad económica debe ser objeto de gravamen (...), ya que, el legislador puede declarar la exoneración de determinadas rentas cuando exista la oportuna justificación, y siempre que ello no suponga el desconocimiento de los límites al ejercicio del poder tributario que se derivan de los principios constitucionales contenidos en el artículo 31.1 CE»<sup>72</sup>.

En función de lo anterior, el Tribunal Constitucional rechaza el primer motivo de inconstitucionalidad, ya que, se demuestra que el IDEC contiene una finalidad extrafiscal, como es la de armonizar la sujeción a gravamen de

---

<sup>69</sup> *Vid.*, artículo 133.1 CE: «La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley».

<sup>70</sup> *Vid.*, artículo 149.1.14.<sup>a</sup> CE: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 14.<sup>a</sup> Hacienda general y Deuda del Estado».

<sup>71</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2015 de 19 de febrero, fundamento jurídico cuarto.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

la imposición sobre los depósitos en entidades de crédito, como anuncia el preámbulo de su norma reguladora, y además, cumple con lo expresado en el artículo 31.1 CE al gravar una capacidad económica, como es el mantenimiento de fondos de terceros, cualquiera sea su naturaleza jurídica, y que comporten la obligación de restitución, como establece el artículo 19.3 de la Ley 16/2012. Para el Alto Tribunal, el hecho de establecer un tipo de gravamen cero, no afecta a su posible declaración de legalidad, ya que, este tipo podrá ser modificado mediante Ley de presupuestos, según establece el artículo 19.11 de la Ley enjuiciada.

- b) En segundo lugar, el Tribunal Constitucional analiza la posible vulneración de la *reserva de ley orgánica* contenida en el artículo 157.3 CE.

En relación a esta pretensión, el gobierno autonómico Catalán, esgrimía que solo modificando la LOFCA se podría conseguir crear un impuesto de semejantes características, pero esta cuestión es rechazada palmariamente por parte del tribunal, ya que «la creación del IDEC por el artículo 19 de la Ley 16/2012 no supone un desarrollo de la LOFCA, ya que su artículo 6.2, arbitra la posibilidad de que el Estado ejerza su potestad tributaria originaria estableciendo tributos sobre hechos imposables gravado las comunidades autónomas»<sup>73</sup>. En función de la anterior precisión, se rechaza el segundo motivo de inconstitucionalidad, ya que el Estado habría utilizado una posibilidad prevista en el ordenamiento.

- c) El último motivo de inconstitucionalidad estudiado, se dirigía contra el apartado 13 del artículo 19 de la Ley 16/2012, que arbitra una *medida de compensación* aplicable a los tributos propios de las comunidades autónomas establecidos en una Ley aprobada con anterioridad al 1 de diciembre de 2012.

Para poder resolver el mismo, el tribunal realiza una concreción del artículo 6.2 LOFCA, citado ya anteriormente en varias ocasiones en el presente trabajo. Este precepto obliga al Estado a establecer un sistema de compensación a las comunidades autónomas, cuando establezca un tributo que estuviera implantado anteriormente por ellas. Así, para el Tribunal Constitucional «la exclusión de las medidas de compensación para aquellos tributos establecidos por las comunidades a partir del 1 de diciembre de 2012, obedece a una atención de aplicar el precepto en cuestión, lo que

---

<sup>73</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2015 de 19 de febrero, fundamento jurídico quinto.

obliga previamente al Estado a una previa labora de interpretación de su sentido y alcance»<sup>74</sup>.

En función de esta tarea de interpretación necesaria, considera el tribunal que el establecimiento de una fecha a partir de la cual no existe obligación de compensar a las comunidades autónomas que no hubieran aprobado su tributo con anterioridad, como ocurre en el caso presente, estableciendo la fecha de 1 de diciembre de 2012, es totalmente legal, «pues obedece a la finalidad, que no puede considerarse irrazonable, de evitar que durante el proceso de elaboración de la Ley 16/2012 pudieran algunas comunidades autónomas crear tributos equivalentes, en procedimientos legislativos más rápidos, con la finalidad de situarse acreedor de medidas de compensación»<sup>75</sup>.

En vista de todos los argumentos anteriores el Tribunal Constitucional considera que el artículo 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, es perfectamente legal y constitucional. Este fallo, afecta de manera significativa a la autonomía tributaria de las comunidades autónomas, así «a las comunidades autónomas, no solo les queda la búsqueda continua de objetos sobre los que erigir sus tributos propios, sino, a la vista de las recientes sentencias del TC, esperar que el Estado no imposibilite su exacción por medio de su plenipotenciaria potestad de coordinación o armonización»<sup>76</sup>.

## V. LA REGULACIÓN ACTUAL DEL IMPUESTO

Actualmente, incluso con anterioridad al pronunciamiento del Tribunal Constitucional analizado en el apartado anterior, no se encuentra en vigor el artículo 19 de la Ley 16/2012, de 27 de Diciembre, por el que se crea el impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito. En efecto, la compleja cronología de la vida del IDEC no se agota con lo analizado en el presente trabajo, sino que contiene más capítulos, y una larga vida futura.

En julio del 2014, el Gobierno Español crea el Real Decreto-ley 8/2014 de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia<sup>77</sup>, mediante el cual, modifica la normativa del impuesto sobre depósitos de entidades de créditos Estatal. En el preámbulo del citado texto legal, se encuentra la motivación de la reforma, que no es otra que buscar una verdadera armonización del tributo, al establecer que «la aprobación de impuestos autonómicos posteriores al inicio de la tramitación

<sup>74</sup> *Ibidem.*, fundamento jurídico sexto.

<sup>75</sup> *Ibidem.*

<sup>76</sup> GARCÍA MORENO, Alberto, «El impuesto sobre depósitos: una materia imponible reservada al Estado», *Carta Tributaria* 4 (2015), 13.

<sup>77</sup> Real Decreto-ley 8/2014 de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, «BOE» núm. 163, de 5 de julio de 2014.

legislativa del precepto por el que en dicha Ley se creó el Impuesto sobre los Depósitos en las Entidades de Crédito, hace necesaria esta modificación urgente con el objeto de garantizar una tributación armonizada de los depósitos constituidos en las entidades de crédito en todo el territorio español».

Este impuesto sigue conteniendo en esta regulación las mismas notas características que le define, es decir, se sigue configurando como un impuesto directo que grava la captación de fondos por partes de las entidades de crédito, siempre que de los mismos nazca la obligación de restituirlos. Los sujetos pasivos, o contribuyentes siguen siendo las entidades de crédito. Ahora bien, el artículo 124 del Real Decreto citado, introduce dos modificaciones sustanciales:

- a) La primera modificación se introduce en la *base imponible del tributo*.

Como se recordará, este tributo estatal destacaba por una característica principal, como era el establecimiento de un tipo de gravamen cero, lo que conllevaba la ausencia de recaudación monetaria para la Hacienda Pública. Pues bien, ante las oleadas de críticas recibidas por esta actuación, aunque de carácter legal como estableció el Tribunal Constitucional, el Gobierno decide cambiar la base imponible del IDEC. Así, el tributo deja de ser un impuesto a tipo cero para tener un tipo de gravamen del 0,03 % al aplicar sobre la base imponible. Con este nuevo tipo de gravamen, el Estado Español tiene previsto recaudar 375 millones de euros anuales. Esta modificación se encuentra reflejada en parte de los autores desde un punto de vista positivo, considerando entre otras cuestiones que «el tipo de gravamen reducido impide que puede considerarse que el mismo penalice el ahorro y se desincentive la financiación estable vía depósitos, al mismo tiempo que se garantiza la ansiada unidad de mercado al impedirse la diferente tributación por razón del territorio»<sup>78</sup>.

- b) La segunda gran modificación acaece en relación al tan discutido *sistema de compensación* previsto en el artículo 19 de la Ley 16/2012, a través, del cual solo se accede a compensar a las comunidades autónomas que tuvieran un impuesto sobre depósitos de créditos, en vigor, con anterioridad al 1 de diciembre de 2012.

A partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, se establece que «la recaudación obtenida se distribuirá a las Comunidades Autónomas en

---

<sup>78</sup> GARCÍA DE PABLOS, Jesús, «El impuesto sobre depósitos bancarios», *Revista Quincena Fiscal* 4, (2015), 10.

función de donde radiquen la sede central o las sucursales de los contribuyentes en las que se mantengan los fondos de terceros gravados»<sup>79</sup>. De lo anterior se extrae, que ya no solo se compensarán a las comunidades de Extremadura, Andalucía y Canarias, sino que se compensará a todas las comunidades autónomas, siguiendo el criterio establecido anteriormente.

Ahora bien, el caos legislativo y judicial en relación a la regulación del tributo objeto de análisis, no se agota con la presente narración de acontecimientos, sino que continua. En efecto, la Generalitat Valenciana interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 124 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. El principal motivo de inconstitucionalidad aducido por el ejecutivo Valenciano, radicaba en una posible vulneración del artículo 86.1 de la Constitución Española<sup>80</sup>, artículo que establece que para crear un decreto-ley será necesario justificar una situación de *extraordinaria y urgente necesidad*.

El Gobierno Español, decide reaccionar a la interposición del recurso, y a un más que posible fallo en su contra del Tribunal Constitucional, ya que es difícil atisbar una situación de urgente necesidad para modificar el IDEC mediante la forma utilizada, y aprueba la Ley 18/2014, de 15 de octubre de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia<sup>81</sup>. Este ley recoge la misma modificación del artículo 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, que la efectuada por el artículo 124 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio.

Por tanto, la regulación actual del impuesto sobre depósitos de entidades de crédito, es la resultante de las modificaciones introducidas por la Ley 18/2014, de 15 de octubre de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, sobre el artículo 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre. Pero, aquí no se acaba la problemática acerca de este impuesto, ya que anteriormente se anunciaba que la Generalitat Valenciana interpuso un recurso de inconstitucionalidad sobre el Real Decreto-ley 8/2014. En efecto, el Tribunal Constitucional se pronuncia acerca de la legalidad del citado Real Decreto-ley, en su sentencia número 211/2015 de 8 de octubre.

<sup>79</sup> Artículo 124, apartado 14 del Real Decreto-ley 8/2014 de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

<sup>80</sup> *Vid.*, artículo 86.1 CE: «En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general».

<sup>81</sup> Ley 18/2014, de 15 de octubre de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, «BOE» núm. 252, de 17 de octubre de 2014.

El tribunal tras dilucidar si existe una extraordinaria y urgente necesidad para modificar la regulación del IDEC mediante esta fórmula jurídica, llega a la conclusión de que «el Gobierno no ha aportado una justificación suficiente que permita apreciar la existencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad requerido por el artículo 86.1 CE para el uso de la legislación de urgencia en relación con el artículo 124 del Real Decreto-ley 8/2014, lo que ha de determinar la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de dicho artículo por vulneración del citado precepto constitucional». Por tanto, el Alto Tribunal declara el día 8 de octubre de 2015 inconstitucional este precepto, pero esta declaración, no afecta a la validez de la Ley 18/2014, de 15 de octubre de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que es donde se encuentra la última redacción del impuesto sobre depósitos de entidades de crédito Estatal, ya que además esta norma fue declarada constitucional por la sentencia número 102/2015 de 26 de mayo<sup>82</sup> del Tribunal Constitucional.

Para concluir este apartado, y antes de expresar las conclusiones del autor respecto al presente trabajo, toca expresar que la actual regulación del tributo goza de mayor simpatía dentro de la doctrina, al considerar entre otras cuestiones que «podríamos decir que la nueva regulación establece, ahora sí, una tributación armonizada de los depósitos constituidos en las entidades de crédito, mediante el establecimiento de un tipo de gravamen del 0,03 %, al mismo tiempo que se establece un trato similar a todas las comunidades autónomas, mediante el nuevo sistema de compensación establecido»<sup>83</sup>.

## CONCLUSIONES

El presente autor, tras analizar los acontecimientos que han narrado el surgimiento de la figura tributaria objeto de estudio, debe realizar una serie de conclusiones que pongan énfasis a las cuestiones más importantes, y expresen una opinión fundada acerca de las mismas.

PRIMERA.– El impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito surge a través de una innovación tributaria autonómica. En este caso, es la Comunidad Autónoma de Extremadura su creadora. Dicha Comunidad, es un ejemplo, de una situación preocupante y palmaria, como es la falta de ingresos de las mismas, y ante ésta situación, las autonomías reaccionan

---

<sup>82</sup> Sentencia número 102/2015 de 26 de mayo del Tribunal Constitucional, fundamento jurídico sexto: «no es tarea del Tribunal determinar cuál habría sido la forma más adecuada de coordinar los hechos imposables gravados por el impuesto sobre depósitos, ni muchos menos cual debería haber sido el método más idóneo para compensar las eventuales pérdidas de recaudación».

<sup>83</sup> GARCÍA DE PABLOS, Jesús, *op.cit.*, 15.

creando nuevas figuras tributarias. La regulación de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas se encuentra establecida en la Ley Orgánica 8/1989, de 22 de Septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas. Esta Ley Orgánica ha sufrido varias reformas, la última en el año 2009, pero todavía sigue sin ser capaz de dar una respuesta válida a los problemas competenciales surgidos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, situación que puede observarse perfectamente, en las sucesivas leyes Autonómicas y Estatales sobre el impuesto objeto de debate, y los necesarios pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca de las mismas.

SEGUNDA.— El impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito, en todas las regulaciones existentes, se contempla como un impuesto directo, que grava los fondos de las entidades de crédito, de los que surja obligación de restitución, situadas en el territorio estatal o autonómico. Este tributo, permite a las entidades de crédito contribuir con el sostenimiento de los gastos públicos, y además en todas las regulaciones autonómica, venía acompañado de un sistema de deducciones, motivadas en incentivar las inversiones en los territorios autonómicos, hasta el punto, como ocurría en la regulación Extremeña objeto de análisis, de conseguir deducir el impuesto hasta una tasa cero. Este sistema de deducciones, como se ha expuesto anteriormente ha sufrido una importante crítica desde numerosos sectores, ya que esta medida podría afectar a la libre circulación de capitales reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero el presente autor, debe compartir el criterio establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional número 210/2012 de 14 de noviembre, donde se declara que este sistema de deducciones es perfectamente lícito, y obedece a un fin extrafiscal de la figura tributaria.

TERCERA.— Como se ha analizado con detalle en el presente trabajo, la sentencia citada anteriormente, declara legal el impuesto Extremeño. Ante esta declaración, la reacción del Estado no se hace esperar, y crea a través del artículo 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, un impuesto Estatal. La única finalidad por la que se crea este tributo, teniendo que estar en este punto el presente autor de acuerdo con la doctrina mayoritaria expuesta, es la de limitar la autonomía financiera de las comunidades autónomas. Esta limitación es clara y palmaria desde el momento inicial que el Estado decide crear este tributo a tipo cero, lo que suponía la ausencia de recaudación de cantidad monetaria por el mismo, actuando de esta manera, representando posiciones más propias de un abogado defensor de las entidades de crédito, que de un legislador que quiere armonizar el sistema tributaria en relación con el impuesto en cuestión.

CUARTA.— Ahora bien, la polémica acerca de la regulación Estatal del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito, no se agota en la inclusión de un tipo de gravamen cero, sino que contiene dos puntales necesarios de matizar. En efecto, tanto el método de aprobación del tributo, como el

sistema de compensación establecido en el mismo, son muy controvertidos. En relación al método de aprobación, el legislador utilizó una Ley orgánica, cuestión muy debatida por la doctrina, ya que si la intención del Estado era la verdaderamente expresada en su preámbulo, es decir, la armonización del sistema tributario, ésta función debe realizarse a través de una Ley orgánica como establece la Constitución Española. Respecto a la segunda cuestión, el sistema de compensación introducido por la norma, ya explicado anteriormente, solo permitía la compensación a 3 Comunidades Autónomas: Extremadura, Andalucía y Canarias. De todo lo anterior, se puede deducir, que la primera regulación estatal acerca de este tributo era muy deficiente, fruto de una redacción acelerada, para anticiparse a los posibles tributos autonómicos, y llena de incorrecciones que demuestran que su único fin era perjudicar a las Comunidades Autónomas, protegiendo los intereses de las entidades de crédito.

QUINTA.— El Tribunal Constitucional resuelve las dudas acerca de la legalidad de la Ley Estatal, en su sentencia número 26/2015 de 19 de febrero. Ahora bien, el presente autor no puede compartir algunos de los argumentos expresados por el Tribunal y plasmados en el apartado cuarto del presente trabajo. Fundamentalmente, el aspecto relacionado a la finalidad recaudatoria que debe tener todo impuesto, proporcionando ingresos a la Hacienda Pública, nota característica que establece el artículo 31 de la Constitución Española. El Tribunal considera que se cumple este requisito, debido a que en el tributo se aprecian dos cuestiones, la existencia de un fin extrafiscal de la normativa, cuestión más que dudosa, ya que de su regulación con un tipo cero se puede desprender que si tuviera un fin extrafiscal la misma, sería la protección de los intereses de las entidades de crédito, y no por supuesto la armonización del sistema tributario, y en segundo lugar, la existencia de un fin recaudatorio por el hecho de que la propia Ley contempla que dichos tipos pueden ser modificados. No puede compartir el presente autor lo anterior, ya que el hecho de que la propia Ley incluya esa previsión de modificación, no la convierte en una norma con fin recaudatorio, debido a que cualquier norma puede ser modificada en cualquier momento.

SEXTA.— Sin incidir especialmente en las normativas autonómicas surgidas tras el pronunciamiento del Alto Tribunal en el año 2012, todas declaradas inconstitucionales por infringir el artículo 6.2 LOFCA, se debe precisar en último lugar, la redacción actual del impuesto Estatal. Actualmente, la última redacción vigente es la otorgada por la Ley 18/2014, de 15 de Octubre, declarada constitucional por el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia número 102 de 26 de mayo. Esta regulación, ya si establece un tipo de gravamen, concretamente del 0,03 %, y establece un nuevo sistema de compensación, que permite distribuir los ingresos obtenidos por el Estado entre todas las Comunidades Autónomas. El sistema de reparto es el

siguiente: Extremadura, Andalucía y Canarias, recaudan directamente este impuesto debido a que todavía no se ha introducido la modificación que configure el tributo como cedido, mientras que el resto de Comunidades Autónomas reciben una cantidad por parte del Estado, en función, de las entidades de crédito que se encuentren sitas en las mismas. La actual regulación, estableciendo un tipo de gravamen, ya si puede considerarse que contenga un verdadero fin armonizador, resolviendo la principal controversia acaecida con la regulación primaria del tributo estatal.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ARROYO, Francisco, «Incidencia de las Comunidades Autónomas en el sistema financiero y tributario local: Análisis jurídico del artículo 6.3 LOFCA y sus posibilidades de aplicación», *Revista Quincena Fiscal* 14 (1994).
- CALVO ORTEGA, Rafael, *Curso de Derecho Financiero. Tomo I. Derecho Tributario* (Madrid: Thomson Civitas, 2009).
- CHECA GONZÁLEZ, Clemente, «El impuesto sobre tierras infrutilizadas de la Comunidad Autónoma Andaluza. Comentario a la Sentencia TC 37/1987 de 26 de Marzo», en *Impuestos. Revista de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, tomo I (1987)
- , *Los impuestos de las Comunidades Autónomas* (Madrid: editorial Aranzadi, 2002).
- CRUZ AMORÓS, Miguel, ESQUIVEL FERNÁNDEZ, Ariane, «El impuesto extremeño sobre depósitos de las entidades de crédito», *Diario La Ley* 3159 (2013).
- FALCÓN Y TELLA, Ramón, «El impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito: sobre la necesidad de un nuevo modelo para articular la potestad tributaria estatal y autonómica», *Revista Quincena Fiscal* 20 (2013).
- GALAPERO FLORES, Rosa, «El carácter constitucional del impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito de la comunidad autónoma de Extremadura», *Anuario de la Facultad de Derecho* vol. XXI (2003).
- , «El impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito de la comunidad autónoma de Extremadura. La declaración de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional», *Impuestos. Revista de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia* 6, Sección Divulgación, Junio (2013).
- GARCÍA DE PABLOS, Jesús, «El impuesto sobre depósitos bancarios», *Revista Quincena Fiscal* 4 (2015).
- GARCÍA MORENO, Alberto, «El impuesto sobre depósitos: una materia imponible reservada al Estado», *Carta Tributaria* 4 (2015).
- GARCÍA NOVOA, César, «El futuro de la fiscalidad autonómica sobre los depósitos bancarios», *Revista catalana de dret públic* 46 (2013).
- JOVER LORENTE, José Manuel, «La responsabilidad social corporativa como fin ultrafiscal subyacente del impuesto extremeño sobre los depósitos de las entidades de crédito», *Impuestos. Revista de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia* 19, Octubre (2012).

- MATA SIERRA, María, CARBAJO NOGAL, Carlos, «Conflictos entre la Hacienda estatal y las autonómicas en el Impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito», *Revista Quincena Fiscal* 18 (2013).
- MERINO JARA, Isaac, LUCAS DURÁN, Manuel, FERNÁNDEZ AMOR, José Antonio, GARCÍA CALVENTE, Yolanda, GARCÍA LUIS, Tomás, MANZANO SILVA, Elena, RUIZ GARIJO, Mercedes, VAQUERA GARCÍA, Antonio, *Derecho Financiero y Tributario: Parte General* (Madrid: editorial Tecnos, 2011).
- PÉREZ ZÚÑIGA, José María, «El impuesto estatal sobre depósitos en entidades de crédito», *Actualidad Administrativa* 6 (2013).

## FUENTES LEGISLATIVAS

- Constitución Española, «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, «BOE» núm. 236, de 01/10/1980.
- Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, «BOE» núm. 313, de 30 de diciembre de 1988.
- Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas, «BOE» núm. 234, de 29 de septiembre de 1990.
- Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, «BOE» núm. 312, de 29 de diciembre de 1992.
- Ley de la Asamblea de Extremadura 14/2001 de 29 de noviembre, reguladora del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito, «BOE» núm. 31, de 5 de febrero de 2002.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, «BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 2003.
- Ley Orgánica 3/2009, de 18 de Diciembre, de modificación de la Ley Orgánica de financiación de las comunidades autónomas, «BOE» núm. 305, de 19 de diciembre de 2009.
- Ley de presupuestos generales para Asturias de 2013, «BOPA», núm. 300, de 29 de diciembre de 2012.
- Decreto Ley 5/2012 de 18 de diciembre de 2012, «DOGC» núm. 6277, de 19 de diciembre de 2012.
- Ley 5/2013, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, «DOCV» núm. 7181 de 27 de Diciembre de 2013.
- Ley 18/2014, de 15 de octubre de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, «BOE» núm. 252, de 17 de octubre de 2014.
- Real Decreto-ley 8/2014 de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, «BOE» núm. 163, de 5 de julio de 2014.
- Decreto Legislativo 1/2014, de 23 de Julio por el que aprueba el texto refundido de las disposiciones leales del Principado de Asturias en materia de tributos propios, «BOPA» núm. 175, de 29 de julio de 2014.

## JURISPRUDENCIA

*Sentencia del Tribunal Constitucional número 210/2012 de 14 de noviembre.* El Tribunal Constitucional desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley de la Asamblea de Extremadura 14/2001 de 29 de noviembre, reguladora del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito.

*Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2014, de 10 de abril.* Esta sentencia establece que dentro de un tributo, pueden coexistir tanto el fin fiscal como el fin extrafiscal.

*Sentencia del Tribunal Constitucional número 26/2015 de 19 de febrero.* El Tribunal Constitucional desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra el artículo 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se crea el impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito.

*Sentencia del Tribunal Constitucional número 30/2015 de 19 de febrero.* El Tribunal Constitucional estima el recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 161 de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2013, de 23 de diciembre, por la que se crea el impuesto sobre depósitos de créditos.

*Sentencia del Tribunal Constitucional número 102/2015 de 26 de mayo.* El Tribunal Constitucional desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias contra el artículo 124 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, mediante el que se crea el impuesto sobre depósitos de entidades de crédito.

*Sentencia del Tribunal Constitucional número 107/2015 de 28 mayo.* El Tribunal Constitucional estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra el Decreto Ley 5/2012 de 18 de diciembre de 2012 por el que se aprueba el impuesto sobre depósitos de entidades de crédito.

*Sentencia del Tribunal Constitucional número 202/2015 de 24 de Septiembre.* El Tribunal Constitucional estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra los artículos 52 a 64 del Decreto legislativo 1/2014, de 23 de julio del Principado de Asturias, donde se encuentra regulado el impuesto sobre depósitos de entidades de créditos.

*Sentencia del Tribunal Constitucional número 211/2015 de 8 de octubre.* El Tribunal Constitucional estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat Valenciana contra el artículo 124 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia por posible vulneración del artículo 86.1 CE y declara su inconstitucionalidad.

*TITLE: The tax on deposits of credit institutions: paradigmatic example of limited financial autonomy of the regions*

*RESUMEN: El presente trabajo tiene como objeto analizar la figura del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito. Esta figura tiene su origen en la comunidad autónoma de Extremadura, que haciendo uso de su potestad tributaria, decide en el año 2001 gravar los depósitos de las entidades de crédito. La autonomía financiera de las comunidades*

*autónomas, es una cuestión compleja, siendo el principal fondo del asunto que reside en la regulación del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito. Esta decisión por parte de Extremadura generó una enorme polémica, que ha provocado una sucesión de normas autonómicas y estatales sobre este impuesto, y como no, varios pronunciamiento del Tribunal Constitucional que serán objeto de estudio en el presente trabajo.*

*PALABRAS CLAVE: Depósitos, créditos, tributo, hecho imponible, inconstitucional.*

*ABSTRACT: This paper aims to analyze the figure of tax deposits of credit institutions. This figure stems from the autonomous community of Extremadura, making use of their fiscal sovereignty, he decided in 2001 to tax deposits of credit institutions. The financial autonomy of the regions is a complex issue, with the main substance of the matter lies in the regulation of tax deposits from credit institutions. This decision by Extremadura generated a huge controversy, which has caused a series of regional and state rules on this tax, and of course, several ruling of the Constitutional Court that will be studied in this paper.*

*KEYWORDS: Deposit, credit, tax, taxable event, unconstitutional*

*RECIBIDO: 26.01.2016*

*ACEPTADO: 19.12.2016*

# EL DERECHO CONSTITUCIONAL ANTE LA ERA DE ULTRÓN: LA INFORMÁTICA Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO OBJETO CONSTITUCIONAL

Juan Francisco Sánchez Barrilao

doi: 10.18543/ed-64(2)-2016pp225-258

---

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: ANTE LA ERA DE ULTRÓN. II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL HOY. III. SOBRE LA CONTINGENCIA Y LA INCERTIDUMBRE EN EL DERECHO. IV. LA INFORMÁTICA COMO OBJETO ESPECÍFICO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: DE LA MERA PROTECCIÓN DE DATOS A LA LIBERTAD INFORMÁTICA. V. LA INFORMÁTICA COMO TRANSFORMACIÓN DE LO CONSTITUCIONAL. VI. LA INFORMÁTICA COMO CAUSA DE CONFLICTOS CONSTITUCIONALES. VII. DE VUELTA A LA INFORMÁTICA COMO OBJETO CONSTITUCIONAL: DE LA PREVISIÓN DE NUEVOS LÍMITES CONSTITUCIONALES EN RELACIÓN CON LA INFORMÁTICA, A LA PROMOCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INFORMÁTICA. VIII. EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN LOS TIEMPOS DEL *GOOGLE SELF-DRIVING CAR*. IX. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

---

## I. INTRODUCCIÓN: ANTE LA ERA DE ULTRÓN\*

Hace poco Stephen Hawking advertía públicamente en una entrevista del riesgo que para la humanidad supondría, al tiempo, la inteligencia artificial<sup>1</sup>;

---

\* Por la presente agradezco a A Pérez Miras las notables y numerosas sugerencias y correcciones que me ha planteado tras la lectura de una primera versión de este trabajo; y ya en Granada, cómo no, a E. Guillén López y M. Azpitarte Sánchez, siempre atentos y dispuestos a compartir (y discutir) ideas sobre lo que escribo. Esta investigación, por otra

no es realmente un juicio original, pues en gran medida el físico británico venía a amplificar y publicitar las tesis de Nick Bostrom (Director del *Future of Humanity Institute*, Universidad de Oxford), quien considera la inteligencia artificial como uno de los principales riesgos para la supervivencia de la especie humana al no resultar garantizado que ésta sea capaz de controlar las máquinas inteligentes que a buen seguro se harán en el futuro a fin de propiciar (paradójicamente) un mejor mañana para los humanos<sup>2</sup>. La imagen, entre otras, de un HAL-9000 (*2001 A Space Odyssey*), de Skynet (*The Terminator*), de VIKI (*I, Robot*) o, cómo no, de la misma Matrix (*The Matrix*)<sup>3</sup>, toma cuerpo intelectual así en el corazón mismo de una sociedad tecnificada, globalizada y del riesgo<sup>4</sup>, y en la que el desarrollo de la informática ha venido, precisamente, a catalizar aquélla dado que motor del avance científico (en cualquiera de sus ramas), de la aparición de nuevos y artificiales peligros, y de la intercomunicación mundial (*sociedad de la información, o digital*)<sup>5</sup>.

Es así que, en principio, tal recelo a la inteligencia artificial y a la informática quepa presentárenos hoy como una reformulación o actualización digital del clásico mito de Prometeo, y de su refundición romántica luego en el *síndrome* del Frankenstein de Mary Shelley, en los que el progreso de

---

parte, se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación DER2013-42960-P («La dimensión constitucional del proceso de integración europea en el contexto de la globalización»), y del que soy investigador principal.

<sup>1</sup> En <<http://www.abc.es/tecnologia/informatica-software/20141202/abci-stephen-hawking-peligros-inteligencia-201412021837.html>> (05/03/2016). De otra parte, para una primera aproximación a la inteligencia artificial, *vid. p.e.* CHACÓN RANGEL, J.G., SMITH FLÓREZ FUENTES, A. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, J.E., «La inteligencia artificial y sus contribuciones a la física médica y la bioingeniería», *Mundo FESC* Vol. 1/9 (2015): 60-63.

<sup>2</sup> BOSTROM, N., *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies* (Oxford: Oxford University Press, 2014).

<sup>3</sup> Si bien ésta se presenta más como una red o sistema, que como una máquina concreta; sería así, más bien, 01 o Zero-One, dado que ciudad-máquina origen de la revolución de las máquinas frente a los humanos, de la extensión al tiempo de la ulterior red de Matrix, y en donde además se encuentra Deus ex machina, como máquina que gobierna Matrix y sede del Arquitecto (*The Animatrix* y *The Matrix Revolutions*). Por otra parte no se ha de olvidar cómo Matrix trasciende del riesgo mismo y la sumisión que para la humanidad supone ésta, por cuanto que filosóficamente entronca con el mundo de la realidad, los sueños, la ficción y la alineación humana.

<sup>4</sup> Ya, SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., *De la ley al reglamento delegado (Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes)* (Pamplona: Aranzadi/Thomson Reuters, 2015), 228-232.

<sup>5</sup> *Vid.* SILVA ROBLES, C., JIMÉNEZ MARÍN, G. y ELÍAS ZAMBRANO, R., «De la sociedad de la información a la sociedad digital: Web 2.0 y redes sociales en el panorama mediático actual», *F@ro: Revista teórica del Departamento de Ciencias de la Comunicación* 15 (2012).

la ciencia y la tecnología, recuérdese, desembocaba en la expiación de los hombres por creerse Dioses<sup>6</sup>. Pero puede que el dicho recelo responda también a la necesidad de comprender e intentar dominar, o al menos controlar, una compleja realidad en constante y acelerado cambio y transformación a la sombra de hardware, software y redes que hacen que el presente (el mismo instante...) sea aún más confuso y perecedero con relación a un futuro casi inmediato y desconocido; y un futuro, además, soñado y diseñado por idealistas e ingenieros, pero protagonizado, a la postre, por poderes e individuos (y grupos) que actúan al impulso de unos y otros intereses e ideologías<sup>7</sup>.

Por tanto, no es que estemos realmente ante un problema nuevo; si acaso ante una muy peculiar manifestación del desarrollo tecnológico, en su conjunto (*sociedad de la información*, nuevamente), y al hilo del actual mundo globalizado y del riesgo en el que vivimos (según se acaba de señalar). Y con esto que la tecnología, y a su vera o vanguardia la informática, entronquen con las misiones que al Derecho constitucional se le reconoce ya en estos tiempos, dado que ambivalentes factores de riesgo y de progreso: de esta forma, y desde hace bastantes años, por ejemplo, la protección de la intimidad y de los datos personales ante la informática (art. 18.4 CE)<sup>8</sup>; o más recientemente, y en Derecho constitucional comparado, el reconocimiento de cierto derecho de las personas a participar en el progreso informático (así, arts. 16.2 y 17.2 Constitución de 2008 de la República de Ecuador; art. 63

---

<sup>6</sup> Sobre el primero, *vid.* SALMONI, F., *Le norme tecniche* (Milano: Giuffrè Editore, 2001): 8– 15.; y acerca del segundo, LÓPEZ CEREZO, J.A. y SÁNCHEZ RON, J.M., «Ciencia, tecnología, sociedad y cultura en el cambio de siglo», en AA.VV. *Ciencia, tecnología, sociedad y cultura en el cambio de siglo* (Madrid: Biblioteca Nueva/Organización de Estados Iberoamericanos, 2001), 15 y 16.

<sup>7</sup> De este modo que las relaciones de poder sigan y seguirán existiendo, y con ello el interrogante mismo del por qué obedecer y hasta dónde hacerlo en este nuevo contexto en el que la informática será instrumento, objeto e incluso, hipotéticamente, sujeto de poder; y por tanto que aquélla, finalmente, se nos presente como problema específico para el Derecho constitucional, en cuanto que éste se proyecta y explica en relación al poder y en garantía de la libertad de los individuos. Ya, sobre el Derecho constitucional y las relaciones de poder, *cfr.* GARRORENA MORALES, Á. «Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional* 51 (1997), 40; y a la vista ahora del contexto globalizado en el que nos hayamos desde hace tiempo (y sus consecuencias), *vid.* SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., «Sobre la Constitución normativa y la globalización», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 7 (2004), 241 y 242.

<sup>8</sup> Sin perjuicio de volver a ello más adelante, *vid.* SEMPERE RODRÍGUEZ, C., «Artículo 18: Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen», en AA.VV. *Comentarios a la Constitución Española de 1978 (II)* (Madrid: Cortes Generales / Editoriales de Derecho Reunidas, 1997), en particular sobre el art. 18.4, 446 y ss.

Constitución de la República Dominicana de 2010; o art. 6 Constitución Mexicana, tras su reforma de 2013)<sup>9</sup>.

Entonces, ¿en dónde residiría lo auténticamente novedoso que plantea la señalada desconfianza sobre la inteligencia artificial hoy? Tal vez no sea sino una vuelta de tuerca más en nuestra toma de *consciencia* de la dificultad misma (o el propio grado de dificultad) sobre cómo decidir al respecto del progreso humano y del riesgo que con carácter general éste supone, sin embargo, para la humanidad, así como del progreso y del riesgo informático en particular y especialmente. En tal sentido, y volviendo al cine de *ciencia ficción* (por su capacidad de imaginar futuros alternativos, mas sin dejar de reconocer que la realidad supera la ficción)<sup>10</sup>, al margen de mostrar hipotéticos riesgos y desastres para la humanidad originados por el progreso tecnológico e informático (a cuál más espectaculares y tremebundos), éste nos ha dado también la posibilidad, como público, de ser testigos incrédulos de intensos debates entre los protagonistas de los films en relación con la complejidad de tomas de decisiones en torno a la ciencia, la tecnología y la informática: de este modo, por ejemplo, el debate de Tony Stark (Iron Man) con Bruce Banner (Hulk) sobre la conveniencia de conectar el Cetro de Loki con el ordenador J.A.R.V.I.S., ante el peligro de una invasión (extraterrestre) por los Chitauris, para luego generarse un nuevo peligro de manos de la aparición del androide Ultrón, pues éste cree necesario eliminar la humanidad para salvar la Tierra; luego, cómo Steve Rogers (el Capitán América) exige responsabilidad a Tony Stark y a Bruce Banner por su decisión autónoma (no colectiva), y el riesgo generado con carácter universal (por la aparición de Ultrón, claro); y de cómo, y sin embargo (y en una especie de *deja vu*), Tony Stark vuelve a debatir (discutiendo ya) con Bruce Banner la posibilidad de volver a repetir el experimento (¡volver a conectar a J.A.R.V.I.S.!), bajo el paradigma de que el riesgo tecnológico únicamente puede ser salvado por el progreso tecnológico, y despreciando en su decisión cualquier otra conside-

<sup>9</sup> Arts. 16.2 y 17.2 Constitución ecuatoriana, reconociendo expresamente un derecho de «acceso universal a las tecnologías de información y comunicación», a la vez que el Estado ha de fomentar «la pluralidad y la diversidad en la comunicación» para lo cual ha de facilitar «el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación en especial para las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan de forma limitada». Art. 63 Constitución dominicana, conforme al cual el «Estado garantiza servicios públicos de [...] redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información». Y art. 6 Constitución mexicana, en virtud del cual el «Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, [...] incluido el de banda ancha e internet».

<sup>10</sup> P.e. MUÑOZ DE BAENA y SIMÓN, J.L., «Utopías, distopías, deicidios: el cine de ciencia ficción», en AA.VV. *Derecho y cine: el Derecho visto por los géneros cinematográficos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 267-295.

ración y sujetos en razón a que, a fin de cuentas, ambos son «científicos locos»<sup>11</sup>. Claro que la impetuosidad de Tony Stark resulta más atractiva para el público que la bisoñez de Steve Rogers, pero también es más prepotente<sup>12</sup>. El respeto que Steve Rogers exige a Tony Stark en relación con los demás (y en especial al grupo) es la base del principio democrático: el respeto así a que la decisión se tome colectivamente, y no sólo por unos pocos (y científicos), y más cuando la decisión puede afectar dañinamente a todo el colectivo; no se olvide, «[e]l error en la justificación del Derecho sólo es razonable [democráticamente], si el que lo produce es el que ha de soportarlo»<sup>13</sup>.

Pero también de interés para estas páginas (y dándole título) es la propia aparición en escena del mismo Ultrón, en cuanto que nuevo sujeto inteligente e independiente a los humanos, además de creador de nuevas entidades<sup>14</sup>, y por tanto, y al tiempo, generador de un riesgo (y un ulterior daño) autónomo a los humanos y no controlable ya por ellos. No es sólo, entonces, la inteligencia y la acción humana la que generaría peligros artificiales (frente a los de la naturaleza y los del entero cosmos), sino una potencial inteligencia artificial como fuente, a su vez, de riesgos singulares, de nuevas inteligencias artificiales, incluso. ¿Cómo y hasta dónde comprometernos, así, con la actuación de otra posible inteligencia no humana?

Por supuesto que la más arriba referida *consciencia* sobre el riesgo tampoco es desconocida en relación con la tecnología y al Derecho público en abstracto; de hecho, y al respecto de la biotecnología (en sentido amplio) se viene, desde hace años, planteando diversos procedimientos en los que integrarse más y mejor unos y otros, a la par que se han establecido nuevos principios jurídicos que permiten resolver conflictos, y se han aprobado no pocas normas sustantivas sobre las novedosas realidades que dicha tecnología

<sup>11</sup> *Avengers: Age of Ultron (The Avengers 2)*, Whedon, J. (dir.) (Marvel Studios, 2015). Es así que la novedad de esta cinta frente a las anteriormente referidas sea el no limitarse a reflejar los riesgos que puede generar la inteligencia artificial al tiempo, sino en las dificultades propias de decidir inicialmente sobre ella, y sobre las responsabilidades generadas luego.

<sup>12</sup> De esta forma es que la novedad alcance a la *consciencia* misma de la inconsciencia con la que podría resolverse el riesgo de la inteligencia artificial.

<sup>13</sup> Cfr. LÓPEZ CALERA, N.M., *Introducción al estudio del Derecho* (Granada, 1981), 134. Con todo, nos resulta extraño el que luego, tras este episodio, sea Tony Stark quien tome un rol más sujeto al poder público legitimado democráticamente, mientras que Steve Rogers reclama independencia de acción frente a éste; cómo no, *Captain America: Civil War*, RUSSO, A. y J. (dir.) (Marvel Studios, 2016).

<sup>14</sup> Sin duda es en los comics de Marvel donde mejor se advierte el desarrollo de cómo Ultrón genera, a la vez que es, *inteligencia artificial en progreso*, al auto-rediseñarse y actualizarse en distintas versiones de sí mismo. De interés, <<http://www.encyclopediamarvel.com/card/390>> (25/08/2016).

genera. Otra cosa es la adecuación o no de las respuestas abrigadas para las otras tecnologías al respecto de la informática y la inteligencia artificial ahora (según se acaba de señalar), además de que éstas pueden incidir o intermediar en las decisiones a adoptar sobre ellas mismas (dado que inteligencia externa y no humana); no en vano, la informática (y potencialmente la inteligencia artificial) ya es un instrumento en la toma de decisiones importantes, como precisamente se ha planteado en estos meses previos con relación al reparto de refugiados en Europa (y a fin de despolitizar, precisamente, tal decisión)<sup>15</sup>. La mencionada *consciencia* nos sitúa, por tanto, ante el reto del diseño de nuevos tiempos en los que la humanidad bien puede seguir progresando, o por el contrario retroceder e incluso desaparecer (¿la Era de Ultrón...?); y aunque el riesgo de la inteligencia artificial al final resultara ser simple exageración (en razón al estado actual y potencial futuro de la informática...), ¿no sería irresponsable arriesgarse a ello?<sup>16</sup>. Un reto, de este modo (y aun hipotético), no sólo tecnológico, sino ético, político y jurídico; un reto también, entendemos, constitucional<sup>17</sup>.

## II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL HOY

Ahora bien, el Derecho constitucional que ha de enfrentarse ya al reto de la informática (y a la inteligencia artificial) es el de un Derecho compuesto, complejo y más allá de la propia Constitución normativa-estatal, además de en evidente crisis sustantiva a la sombra de la globalización hoy. En cuanto a cómo en la actualidad se rompe la identificación entre Constitución y Derecho constitucional, en particular dado el modelo de Constitución estatal

<sup>15</sup> Cfr. <<https://euobserver.com/migration/133341>> (05/05/2016).

<sup>16</sup> FORD, P., «La inteligencia artificial no destruirá a la humanidad, de momento (La creación de una IA auténtica podría acabar con el mundo, pero para eso primero tiene que ser posible)», MOYA, L. (trad.), *MIT Technology Review*, 12 de febrero de 2015, en <<https://www.technologyreview.es/informatica/46970/la-inteligencia-artificial-no-destruira-a-la/>> (06/03/2016).

<sup>17</sup> Ahora bien, previamente a aproximarnos constitucionalmente a la informática, consideramos oportuno señalar cómo la mayoría de las cuestiones constitucionalmente abiertas en torno a ésta giran hoy en su ordinaria dimensión instrumental, y ello ya sea generando conflictos con bienes de la más alta relevancia constitucional (protección de datos), o porque se plantee al servicio de éstos (p.e., voto electrónico). Pero también desde una dimensión instrumental de la propia informática respecto de la más amplia ciencia y tecnología, por cuanto que herramienta del resto de ramas científicas y tecnológicas, a salvo de la referida inteligencia artificial ya que objeto propio y autorreferencial de la misma informática; y de ahí, entonces, la especial dimensión de la inteligencia artificial para una necesaria caracterización constitucional de la informática (y al margen de los riesgos que sobre la misma se advertían al comienzo).

y normativa asentada durante el pasado siglo<sup>18</sup>, la crisis que para el Estado supone la globalización (en tanto que ésta da lugar a una progresiva degradación de las fronteras soberanas de aquél)<sup>19</sup>, conlleva también la crisis misma de la Constitución normativa puesto que construida precisamente en torno a aquél; la incapacidad o, como poco, la limitación estatal generada por la globalización repercute negativamente en la propia efectividad normativa de la Constitución estatal, ya que ésta pasa a ser incapaz de ordenar totalmente la realidad político-jurídica del interior del Estado<sup>20</sup>; y si esto acontece con carácter general para todos los Estados (sin perjuicio, claro, de que el mayor peso y tamaño de éstos permita una mayor resistencia ante la globalización), más sucede al respecto de los Estados integrados en la Unión Europea a tenor de la expresa limitación que para ellos supone además dicha integración (sin perjuicio, asimismo, de que tal integración responda, en buena medida, a la búsqueda de un remedio con el que contener la globalización y de situarse mejor ante ella)<sup>21</sup>.

La anterior crisis constitucional ha generado diversas respuestas, como la búsqueda de nuevos espacios, en particular supra estatales, sobre los que articular nuevas Constituciones; pero ante la imposibilidad hoy de articular adecuadamente éstas, incluso a nivel regional-europeo, es que, al menos, se haya procedido a extender e impulsar instrumentos propiamente constitucionales a dichos espacios ordinamentales a fin de: no sólo parchear los agujeros que al interno de la normatividad constitucional ha generado la globalización, sino procurar resolver problemas globales que requieren respuestas a nivel constitucional<sup>22</sup>. Y es de este modo que el Derecho constitucional alcance en la actualidad cierta autonomía de las Constituciones normativas y del Estado, al extenderse a espacios tanto supraestatales (internacional y regional, especialmente en Europa), como infraestatales, a la par que, entonces, el Derecho constitucional *total* (en el entendido del efectivo Derecho constitucional que regula una determinada colectividad, más o menos

<sup>18</sup> Cfr. SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., «Globalizzazione, tecnologia e Costituzione: verso una Democrazia planetaria e un Diritto costituzionale comune?», BURATTI, A. (trad.), *Nomos – Le attualità nel diritto* 3 (2002): 169 y ss.

<sup>19</sup> P.e., JÁUREGUI BERECIARTU, G., «Del Estado nacional a la democracia cosmopolita (Política y Derecho en la era global)», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 36 (2002): 127-150.

<sup>20</sup> Cfr. CASSESE, S., *La crisi dello Stato* (Editori Laterza, Roma-Bari, 2002).

<sup>21</sup> Nuevamente SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., pero ahora «La constitucionalización de la integración regional europea: ¡más Europa! de vuelta a una Constitución para Europa, ante la situación de crisis de la Unión», *Estudios de Deusto* Vol. 60/2 (2012), 71 y ss.

<sup>22</sup> P.e. de JULIOS-CAMPUZANO, A., *La transición paradigmática de la teoría jurídica (El Derecho ante la globalización)* (Madrid: Dykinson, 2009), Cap. V.

amplia) pase a conformarse finalmente de manera compuesta en cuanto que resultante de diversos ordenamientos interrelacionados<sup>23</sup>.

Naturalmente el carácter compuesto hoy del Derecho constitucional conlleva, asimismo, una mayor complejidad del mismo, hasta el punto de que no pocos recursos se destinen más sobre cómo articular adecuadamente las relaciones de unos y otros concretos Derechos constitucionales<sup>24</sup>, que sobre los propios contenidos sustantivos. Y de esta forma que: de un lado, y a su vez, la condición conflictiva y compleja del Derecho constitucional *total* desemboque en un mayor protagonismo de los tribunales frente a los poderes políticos, que pierden presencia<sup>25</sup>; y de otro lado, que tanto lo anterior, como el carácter económico de la globalización (especialmente tras la crisis económica), vienen de tiempo socavando los postulados sustantivos propios del neoconstitucionalismo (a saber, democracia pluralista, reconocimiento y garantía de derechos y libertades, y políticas sociales)<sup>26</sup>, a la par que, incluso, se llega a instrumentar institutos constitucionales para fines contrarios a tales postulados<sup>27</sup>.

Es por tanto que, finalmente, se muestre el Derecho constitucional como un Derecho que se extiende más allá de la propia Constitución y del Estado, proyectando así contenidos e instituciones característicamente constitucionales a nuevos espacios y relaciones, pero, y sin embargo, normativamente más *dúctil*, abierto y dinámico en su realización<sup>28</sup>; un Derecho, además, culturalmente proyectado y compartido, a partir de aproximaciones comparadas de unos y otros sistemas constitucionales (Peter Häberle)<sup>29</sup>, mas con menor

<sup>23</sup> Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos», *Revista Española de Derecho Constitucional* 69 (2003): 181-213.

<sup>24</sup> Así, *vid.* SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., «Constitución y relaciones entre ordenamientos en el contexto de la globalización», *Estudios Constitucionales* 12/2 (2014), 55-108.

<sup>25</sup> Otra vez CASSESE, S., pero ahora *Il diritto globale (Giustizia e democrazia oltre lo Stato)* (Torino: Einaudi Editore, 2009).

<sup>26</sup> *Vid.*, desde una perspectiva nada sospechosa, HABERMAS, J., «La constelación posnacional», en *La constelación posnacional (Ensayos políticos)*, PÉREZ DÍAZ, L. (trad.) (Barcelona: Paidós, 2000): 81 y ss.

<sup>27</sup> Como aconteciera con la reforma del art. 135 CE de 2011, al introducirse una garantía del pago de la deuda pública (a modo de auténtico derecho constitucional), mientras que la efectiva garantía de los derechos sociales resulta silenciada; al respecto de esta reforma constitucional, y de la crisis constitucional que supone, *vid.* SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., «La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución Española», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 137 (2013): 679-712.

<sup>28</sup> Por todos (cómo no), sobre una configuración más flexible de las normas constitucionales ya, *cfr.* ZAGREBELSKY, G., *Diritto mite: Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

<sup>29</sup> HÄBERLE, P., *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, Mikunda, E. (trad.), Tecnos, Madrid, 2000.

grado de resistencia normativa al impulso fáctico que genera la globalización económica y tecnológica.

### III. SOBRE LA CONTINGENCIA Y LA INCERTIDUMBRE EN EL DERECHO

Al hilo de la referida globalización tecnológica, ya que la tecnología hoy se presenta y desarrolla al amparo de la globalización (tanto por motivos económicos, como por la propia dinámica extensiva y comunicativa de la tecnología en la actualidad), es que el progreso tecnológico, y en especial a la luz del avance de la informática, se retroalmente y autoimpulse ganando también mayor velocidad; una velocidad, así, imagen de una tecnología motorizada y al respecto de una sociedad entonces en constante cambio y evolución. Claro que el cambio y la evolución es condición de la misma historia; pero lo característico hoy es, entonces, la velocidad e intensidad de tales cambios; y unos cambios propiciados, en gran medida (según se acaba de indicar), por una tecnología asimismo acelerada<sup>30</sup>. Ello repercute a su vez, trágicamente, en un Derecho cada vez más contingente, puesto que en constante mudanza a los nuevos tiempos<sup>31</sup>; y con esto, la dificultad del Derecho para ofrecer la necesaria seguridad jurídica que exige la libertad y el tráfico jurídico: lo más, de cierta *previsibilidad* que quepa hablarse<sup>32</sup>. Si tal contingencia es un problema actualmente para el Derecho (a pesar de los mecanismos que ya se habilitan a fin de mejorar el pulso entre el Derecho y la cambiante realidad que éste tiende a regular)<sup>33</sup>, mayor problema es con relación al Derecho constitucional, dado el superior grado de permanencia y estabilidad autopretendida por éste, puesto que dirigido a regular relaciones esenciales en la conformación política y jurídica de las comunidades.

Con lo anterior no es que postulemos volver a mejores tiempos de estabilidad jurídica, pues *los tiempos están cambiando* y ya son otros (mucho más veloces), sino advertir la necesidad de procurar nuevas formas y procedimientos normativos capaces de permitir cambios jurídicos más rápidos, mas con suficientes garantías a su vez de estabilidad (al menos en sus elementos

<sup>30</sup> Llegándose a hablar de un «tiempo fuera de sus goznes»; OST, F., *El tiempo del Derecho*, Benítez Toriello, M.G. (trad.) (México: Siglo XXI, 2005), 264-278.

<sup>31</sup> Cfr. SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., *De la ley al reglamento delegado (Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes)*, cit., Cap. 3.

<sup>32</sup> Sobre la «previsibilidad» como referente gradual, relativo y alternativo de la certeza jurídica en la actualidad, vid. GOMETZ, G., *La certeza jurídica como previsibilidad*, Moreno Cruz, D. y Dei Vecchi, D. (trad.) (Madrid: Marcial Pons, 2012).

<sup>33</sup> Cfr., p.e., SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., *De la ley al reglamento delegado... cit.*, Caps. IV, V y VI.

esenciales) y de respeto del pluralismo y las minorías<sup>34</sup>; nuevas formas así para mantener la tensión entre una cierta estabilidad normativa, aunque dinámica, y una realidad en constante evolución.

A lo anterior, a su vez, se suma la incertidumbre con la que el Derecho es llamado a decidir sobre cuestiones tecnológicas, en general, e informáticas, en particular. Y ello, además, con la desventaja de cómo la tradicional limitación del Derecho ante lo científico y tecnológico (al decidir sobre cuestiones de esta naturaleza) daba lugar a la progresiva incorporación de criterios y sujetos propios de este ámbito, para al tiempo, y sin embargo, comprobarse cómo éstos perdían absolutidad a favor de lo *porcentual* mientras el Derecho continúa en su categórica obligación de responder de manera absoluta; y así, que la ciencia y lo tecnológico hayan ganado un espacio decisional al interno del Derecho, para luego, y sin embargo, relativizar su responsabilidad ante lo político y lo jurídico<sup>35</sup>. Por supuesto que la incerteza ha existido siempre en relación con la necesidad de decidir y resolver jurídicamente, y por tanto que el Derecho haya tenido que contar, entonces, con instrumentos para sortear aquella (como es el caso de las presunciones); pero lo relevante hoy es, no obstante, la abrumadora incertidumbre en la que nos movemos precisamente a causa de una ciencia y tecnología que, al hilo de desvelar y articular verdades objetivas, acaban, sin embargo, por generar mayores incertezas en nuestro futuro, a la par que huye de dar respuestas absolutas cuando se le requiere. De este modo es que, finalmente, el Derecho haya tenido que buscar nuevos instrumentos, como son los principios de precaución (p.e. José Esteve Pardo)<sup>36</sup> y de responsabilidad (cómo no, Hans Jonas)<sup>37</sup>.

En cuanto al primero, este principio se ha venido conjugando hasta ahora, fundamentalmente, en materias relativas al medio ambiente, la salud y la propia persona humana, además de recibir no pocas críticas, en particular por su naturaleza limitadora del progreso al justificar y articular limitaciones (o suspensiones) a actividades o productos sobre los que recaen sospechas

<sup>34</sup> Otra vez SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., *De la ley al reglamento delegado... cit.*, pp. 244 y ss.

<sup>35</sup> Cómo no, ESTEVE PARDO, J., «Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del Derecho Público», en AA.VV. *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización* (Madrid: Marcial Pons, 2015), 33 y ss.

<sup>36</sup> Nuevamente ESTEVE PARDO, J., pero ahora: «Principio de precaución. El Derecho ante la incerteza científica», *Revista Jurídica de Catalunya* Vol. 102/3 (2003), 689 y ss.; y «Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes», junto a TEJADA PALACIOS, J. en *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013), 123 y ss.

<sup>37</sup> JONAS, H., *El principio de responsabilidad (Ensayo de una ética para la civilización tecnológica)*, Fernández Retenaga, J.M. (trad.), 2.<sup>a</sup> ed. (Barcelona: Herder, 2004).

fundadas de producir un daño futuro<sup>38</sup>; no obstante, entendemos, siempre cabría la instrumentación de tal principio para casos de identificación de riesgos muy graves y potencialmente efectivos, y en especial al respecto de las personas (o de bienes de la máxima relevancia constitucional)<sup>39</sup>. En cuanto al principio de responsabilidad, más positivo en su desarrollo y más abierto al respecto de las materias en las que intervenir, parecería (entendemos) mejor llamado en atención a la propia naturaleza de los riesgos de la informática, al servir de guía positiva y *neokantiana* al propugnar un obrar compatible con el mantenimiento de la vida humana en relación con la actividad investigadora y a su ulterior realización o explotación; y de esta manera, procurando re-dirigir, más que prohibir, el desarrollo informático.

#### IV. LA INFORMÁTICA COMO OBJETO ESPECÍFICO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: DE LA MERA PROTECCIÓN DE DATOS A LA LIBERTAD INFORMÁTICA

Sin duda alguna, la protección de datos no sólo es el espacio sustantivo constitucionalmente más desarrollado al respecto de la informática, sino también el primero al que las mismas Constituciones se refirieron, en atención al riesgo que para la intimidad de las personas se preveía ya que supondría tanto la acumulación de datos sobre aquéllas, como el cruce de los mismos y la creación de perfiles [así, y siguiendo a la portuguesa de 1976 (art. 35), art. 18.4 CE]<sup>40</sup>; y a la sombra de ello, la búsqueda de respuestas, mecanismos e instrumentos en garantía de la persona frente a poderes públicos y privados (puesto que tal captación, acumulación, cruce y uso de datos no quedan reducidos a los poderes públicos hoy; al contrario, sujetos privados bien pueden poseer mayor capacidad informática que los primeros)<sup>41</sup>, los cuales podemos articularlos en torno a tres grandes ejes.

<sup>38</sup> SUNSTEIN, C.R., *Leyes de miedo (Más allá del principio de precaución)*, Weinstabl, V.I. y De Hagen, S.M. (trad.) (Madrid: Katz Editores, 2009).

<sup>39</sup> Y así, p.e., en relación al desarrollo de videojuegos en realidad virtual, en particular los de terror, y los riesgos que éstos pueden en ciertas personas frágiles; *cfr.* <<http://www.meristation.com/pc/noticias/estamos-muy-cerca-de-ver-la-primera-muerte-por-culpa-de-la-realidad-virtual/58/2003320>> (11/05/2016). No obstante, el principio de precaución se mueve más en un tiempo cautelar, una vez que ya se ha puesto a disposición del público un producto inicialmente conforme a la norma y al estado de la ciencia.

<sup>40</sup> SERRANO ALBERCA, J.M., «Artículo 18.4», en AA.VV. *Comentarios a la Constitución*, Garrido Falla, F. (dir.), 2.<sup>a</sup> ed. (Madrid: Civitas, 1985), 377-381.

<sup>41</sup> Ya en la década de los ochenta del pasado siglo, advirtiendo del riesgo para la intimidad al respecto, *cfr.* CAPPELLETTI, M., «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional», De Luis Durán, P. (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional* 17 (1986), 12.

Como primer eje cabe destacar la búsqueda de nuevas formas de decidir en relación a cuestiones técnicas, como la informática, a la par que especialmente delicadas tanto para los derechos y las libertades, como para el propio sistema económico y empresarial; y con ello, especialmente, la propuesta de una despolitización e independencia de los sujetos y criterios decisores, especialmente mediante agencias independientes y de índole técnico al respecto de su composición y parámetros de decisión<sup>42</sup>. En tal sentido, precisamente, la Agencia de Protección de Datos, a nivel nacional (Tít. VI LO 15/1999, de 13 de diciembre, Protección de Datos de Carácter Personal)<sup>43</sup>, y sus homónimas europea (Comité Europeo de Protección de Datos)<sup>44</sup> y autonómicas (al tiempo)<sup>45</sup>, supone la institucionalización de lo tecnológico en cuanto a las tomas de decisiones (normativas y administrativas) y la garantía primaria de los derechos (en especial, de la intimidad) de las personas ante acciones informáticas de sujetos públicos y privados.

En cuanto al segundo de los ejes, y desde una dinámica clásica del Derecho limitando determinadas acciones que dañan o ponen en riesgo derechos y bienes de la mayor relevancia jurídica (expresamente así el art. 18.4 CE)<sup>46</sup>, está toda una batería de prohibiciones sobre dichos sujetos (públicos y privados) y en relación con la captación, acumulación, manipulación, cesión y uso de datos relativos a las personas, y particularmente concernientes a la

---

<sup>42</sup> Sobre éstas, *vid.* BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las Administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho* (Madrid: Tecnos, 1994); también, MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de las administraciones independientes* (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000).

<sup>43</sup> *Cfr.* VIZCAÍNO CALDERÓN, M., «Naturaleza y régimen jurídico de la Agencia de Protección de Datos: Título VI. Agencia de Protección de Datos (Artículo 35)», en AA.VV. *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal* (Madrid: Civitas / Thomson Reuters, 2010), 1835-1859.

<sup>44</sup> Arts. 8.3 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 16.2 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 39 Tratado de la Unión Europea, y 68 y ss. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

<sup>45</sup> Así, art. 41 LO 15/1999, y el 31, p.e., LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Sobre dichas agencias a nivel autonómico, *vid.* AA.VV. *Estudios sobre comunidades autónomas y protección de datos personales (II Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales)* (Madrid: Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, 2006).

<sup>46</sup> Desde esta perspectiva, *vid.* CASTELLS ARTECHE, J.M., «La limitación informática», en AA.VV. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría (II)* (Madrid: Civitas, 1991), 907 y ss.

intimidad de éstas (en especial, art. 44 LO 15/1999); y en garantía de ello (y desde una dimensión represiva), importantes sanciones al respecto (arts. 45 y 46 LO 15/1999), a la par que sencillos mecanismos de denuncia de tales conductas (p.e. arts. 13, 16 y 18 LO 15/1999).

Y como tercer y último eje está la reconocida capacidad de las personas para que decidan sobre sus datos, en particular mediante el consentimiento informado en relación con la captación y conservación de aquéllos, como al respecto de su posible uso, cesiones y retirada (arts. 5 y 6 LO 15/1999)<sup>47</sup>. Y es que, al margen de garantizarse con esto la titularidad misma y el ejercicio del derecho a la intimidad y a la libertad, se consigue asimismo compatibilizar el uso público y comercial de datos personales, esenciales tanto en un ámbito como en otro (arts. 11 y 12 LO 15/1999); sin duda, desde dicha perspectiva, el muy reciente Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos<sup>48</sup>.

Al tiempo también han aparecido nuevos objetos para el Derecho constitucional en relación con la informática y los datos personales, como es el *derecho al olvido*<sup>49</sup>, en cuanto que capacidad jurídicamente reconocida a las personas para que se borren de las redes datos de éstas inicialmente de trascendencia pública, pero que bien pueden, a los años, limitar y constreñir la libertad de aquéllas. El desarrollo tecnológico-informático permite, en especial mediante potentes motores de búsqueda en internet, recopilar en instantes múltiples datos pasados que, siendo originariamente de interés público, al

<sup>47</sup> Vid. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, F.J., «El consentimiento y el derecho a la Protección de Datos de Carácter Personal», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario Multidisciplinar para la Modernización de las Administraciones Públicas* 1 (2005): 267 y ss.

<sup>48</sup> Considerando 13: «Para garantizar un nivel coherente de protección de las personas físicas en toda la Unión y evitar divergencias que dificulten la libre circulación de datos personales dentro del mercado interior, es necesario un reglamento que proporcione seguridad jurídica y transparencia a los operadores económicos, incluidas las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, y ofrezca a las personas físicas de todos los Estados miembros el mismo nivel de derechos y obligaciones exigibles y de responsabilidades para los responsables y encargados del tratamiento, con el fin de garantizar una supervisión coherente del tratamiento de datos personales y sanciones equivalentes en todos los Estados miembros, así como la cooperación efectiva entre las autoridades de control de los diferentes Estados miembros. El buen funcionamiento del mercado interior exige que la libre circulación de los datos personales en la Unión no sea restringida ni prohibida por motivos relacionados con la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales».

<sup>49</sup> P.e., RALLO LOMBARTE, A., *El derecho al olvido en internet: Google versus España* (Madrid: CEPC, 2014).

tiempo deberían, de manera ordinaria, haberse olvidado, permitiendo de esta forma a las personas segundas oportunidades en sus vidas<sup>50</sup>.

De alguna forma, finalmente (y al hilo de todo lo anterior), es que quepa hablarse constitucionalmente de cierta «libertad informática» (ya, V. Frosini)<sup>51</sup>, en tanto que capacidad reconocida a las personas en relación a su autodeterminación informativa o ante la informática<sup>52</sup>: «derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático» [STC 254/1993, de 20 de julio (FJ 7)]<sup>53</sup>. Y al tiempo, incluso, la expresa positivización normativa de dicho derecho más allá de la mera protección de la intimidad frente a los datos personales (todavía, art. 18.4 CE), como ya acontece en Europa en su nivel superior del sistema de fuentes con ocasión del artículo 8.1 y 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Vid. SIMÓN CASTELLANO, P., *El régimen constitucional del derecho al olvido digital* (Valencia: Tirant Lo Blanc, 2012); también, HERNÁNDEZ RAMOS, M., *Derecho al olvido en internet como nuevo derecho fundamental en la sociedad de la información. Perspectiva constitucional española y europea*, *Quid Iuris* Vol. 21 (2013): 115 y ss. Al tiempo, y positivizado ya expresamente en Europa, nuevamente Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, art. 17.

<sup>51</sup> FROSINI, V., «Bancos de datos y tutela de la persona», *Revista de Estudios Políticos* 30 (1982), 21-40.

<sup>52</sup> Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos personales frente al uso de la informática* (Madrid: Tecnos, 1991). También, y especialmente, vid. SÁNCHEZ BRAVO, A.A.: *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea* (Sevilla: Universidad de Sevilla, 1998), 57 y ss.; o más recientemente, «Los datos personales en las sociedades tecnológicas: de la intimidad a la libertad informática», en AA.VV. *Multiculturalismo, tecnología y medioambiente* (Sevilla: Punto Rojo, 2015), 155-191.

<sup>53</sup> Sobre ésta, ORTÍ VALLEJO, A.P., «El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio)», *Derecho privado y Constitución* 2 (1994): 305-332.

<sup>54</sup> El básico art. 8.1 CDFUE: «Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan». Y el más desarrollado art. 8.2 CDFUE: «Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación». Al respecto, vid. ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M., «Artículo 8. Protección de datos de carácter personal», en AA.VV. *La Europa de los derechos (Estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea)* (Granada: Comares, 2012). Con todo, se ha de advertir el riesgo que para este derecho supone la tendencia funcional del Tribunal de Justicia en relación al proceso de integración; de interés, vid. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., «El Tribunal de Justicia y los derechos en la sociedad de la información: privacidad y protección de datos frente a las libertades informativas», *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 24 (2015).

## V. LA INFORMÁTICA COMO TRANSFORMACIÓN DE LO CONSTITUCIONAL

El referido desarrollo informático nos muestra también cómo objetos constitucionales se ven, sin embargo, transformados al hilo del cambio de la realidad (relativa al supuesto de hecho de la norma) por efecto de la evolución tecnológica. Tal vez el ejemplo más importante (y ya también clásico) sea el progreso vivido en torno a los modos de comunicación personal, pasando de la postal y la telefonía (art. 18.3 CE)<sup>55</sup>, al email o correo electrónico, así como a otros sistemas de mensajería electrónica; y ello no sólo en relación con los cambios físicos de tales tipos de comunicación y de sus medios (terminales y redes), sino a la conservación de los datos objeto de la comunicación y las nuevas formas de captación de éstos y de ella misma<sup>56</sup>.

En tal sentido, además, están los propios cambios que ha sufrido la telefonía en cuanto que, de un lado, hoy digital<sup>57</sup>, y, de otro, integrada en soportes que exceden en mucho la mera comunicación telefónica: los *smartphones*, y en tanto que auténticos ordenadores portátiles en miniatura. Y al hilo de estos otros cambios la fusión de tecnologías diversas, como es el caso de las *smartv*, y antes, y simplemente, la televisión visionada en ordenadores a partir de meras placas sintonizadoras (como en relación a canales televisivos en internet); precisamente sobre esto último, destaca la cuestión constitucional surgida en Italia a comienzos de la década pasada al respecto de si debía pagarse allí el canon televisivo no sólo en razón al número de receptores de televisión existentes, sino en relación asimismo a los ordenadores y sus monitores (Sentencia 284/2002, de 26 de junio, de la *Corte costituzionale* italiana).

También, como manifestación de transformaciones de derechos constitucionales a tenor de la informática, está la evolución que han supuesto las redes sociales e internet al respecto de la libertad de expresión e información, de manera que libertades clásicas se han visto afectas, por no decir que mutadas; así por ejemplo, y en relación con internet, se advierte no sólo la proliferación de periódicos *on line* (tanto de tirada paralela en papel, como exclusivamente digitales), sino de *blogs* o meras páginas webs en las que los ciudadanos expresan

<sup>55</sup> P.e., y originariamente, MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones* (Madrid: Civitas, 1995).

<sup>56</sup> Vid.: RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad* (Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 1998); FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J., *Secreto e Intervención de las Comunicaciones en Internet* (Pamplona: Aranzadi, 2004); o RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., «Internet de los objetos y secreto de las comunicaciones», *Diario La Ley* 8034 (2013).

<sup>57</sup> En concreto, sobre la interceptación digital de las comunicaciones telefónicas, *vid.* nuevamente RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., pero ahora «SITEL: nuevas tendencias, nuevos retos», *Diario La Ley* 8082 (2013).

opiniones y presentan informaciones, a la par que pueden acceder libremente a ellas (en tal sentido, resulta básica la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano 26 de junio de 1997, en el caso *Communications Decency Act*)<sup>58</sup>.

Ya en España (nuevamente), otro ejemplo de cómo la informática e internet han cambiado la realidad sobre la que venía actuando el Derecho constitucional ha sido la aparición del juego *on line* (L 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego), y las transformaciones que ello ha supuesto al respecto del reparto competencial ahora entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación al juego y su fiscalidad (p.e., originariamente, las Sentencias del Tribunal Constitucional 163 y 164/1994, de 26 de mayo)<sup>59</sup>, además de su proyección desde el ámbito supranacional; y así que, más allá de la delimitación territorial de la actividad (como criterio competencial fundamental), que se plantee luego la eficacia real de la normativa competente al respecto de prestadores foráneos (de fuera del territorio), como la propia dificultad tecnológica para que coincida el ámbito del juego con la estrictamente competencial<sup>60</sup>.

## VI. LA INFORMÁTICA COMO CAUSA DE CONFLICTOS CONSTITUCIONALES

Con todo, se ha de admitir que donde la informática sigue en mayor contacto con el Derecho constitucional es con ocasión de la aparición de conflictos entre aquélla y otros ámbitos reconocidos y garantizados constitucionalmente, como así acontece en relación con la intimidad o las comunicaciones (según se acaba de señalar), pero no solamente. De este modo, una cuestión todavía abierta a nivel europeo, y al respecto de la protección de la dignidad de la persona (en particular, a partir del caso

<sup>58</sup> Sobre ella, FROSINI, T.E., «Nuevas tecnologías y constitucionalismo», GÓMEZ LUGO, Y. (trad.), *Revista de Estudios Políticos* 124 (2004), especialmente 138-143. También de interés, sobre las transformaciones de las libertades de expresión e información con ocasión de las redes e internet, *vid.* SÁNCHEZ FERRIZ, R., «Conceptos clásicos de libertades informativas: redefinición e incidencia de las TICs», en AA.VV. *Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías* (Valencia: Servei de Publicacions de la Universitat de València, 2011), 36-43.

<sup>59</sup> *Vid.* SERRANO LOZANO, R., «Juegos, apuestas y casinos», en AA.VV. *Reformas estatutarias y distribución de competencias* (Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2007), 843 y ss.; también, NARANJO DE LA CRUZ, R., «Artículo 43. Alcance territorial y efectos de las competencias», en AA.VV. *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía (II)* (Sevilla: Parlamento de Andalucía, 2012): 713 y 714.

<sup>60</sup> *Cfr.* GAMERO CASADO, E., «Artículo 81. Juego», en AA.VV. *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía (II)...* *cit.*, 1343-1347. También, *vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2012, de 15 de marzo.

*Omega*)<sup>61</sup>, es la referida a la censura y prohibiciones de ciertos videojuegos (o contenidos de los mismos) ante roles violentos y actitudes máximo sexistas (más allá de la mera limitación de acceso a ellos según la edad)<sup>62</sup>. O también recientemente, y en Estados Unidos, el requerimiento del F.B.I. a los de Cupertino del código del iPhone a fin de desbloquear el terminal del asaltante de San Bernardino (de diciembre de 2015), mientras que éstos, accediendo siempre a colaborar con sus propios ingenieros, se negaban sin embargo a tal entrega aduciendo su obligación (en cuanto que compromiso) de proteger la seguridad e intimidad de sus clientes; con todo, y finalmente, el F.B.I. consiguió desbloquear dicho aparato (ya, a finales de marzo de 2016)<sup>63</sup>.

Pero también el propio progreso constitucional termina por incidir con la informática y otros contenidos constitucionales en la búsqueda de un mejor gobierno<sup>64</sup>, como así sucede con ocasión del reciente reconocimiento del principio de transparencia de la actuación de los poderes públicos y de sus titulares, de un lado, y la puesta a disposición informática de la ciudadanía de múltiples datos de éstos (Portal de la Transparencia) a fin del consiguiente y efectivo control político de aquéllos (art. 105.b CE y L 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)<sup>65</sup>; y por otra parte, y sin embargo, la necesaria guardia de la intimidad de tales sujetos frente

<sup>61</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sala 1.ª) de 14 de octubre de 2004 (AS. C-36/02); y al respecto de ésta, *vid.* SÁNCHEZ LORENZO, S.A., «Derechos fundamentales y libertades de circulación a la sombra de una Constitución para Europa: Comentario a la Sentencia TJCE (Sala 1.ª), de 14 de octubre de 2004 (Asunto C-36/02: «Omega»)», *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 5 (2006), 383-391.

<sup>62</sup> P.e., <<http://www.malavida.com/listas/videojuegos-censurados-005925>> (11/05/2016). También: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 22 de abril de 2008, sobre la protección de los consumidores, en especial de los menores, en lo que respecta al uso de los videojuegos [COM(2008) 207 final]; e Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 13 de septiembre de 2011 sobre la aplicación de la Recomendación del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana y de la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006 relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana y al derecho de réplica en relación con la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información en línea denominada «La protección de los menores en el mundo digital» [COM(2011) 556 final].

<sup>63</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., «¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información almacenada en un iPhone 6?», *Diario La Ley* 8729 (2016).

<sup>64</sup> *Vid.* BERGARECHE, B., «Umbral de transparencia en la era WikiLeaks», *Política Exterior* Vol. 26/148 (2012): 162-171.

<sup>65</sup> Entre otros, *vid.* COTINO HUESO, L., «La nueva Ley de transparencia y acceso a la información», *Anuario de la Facultad de Derecho* 7 (2014), 241-256.

a los ciudadanos, de manera que ciertos datos personales no se hagan públicos (art. 15 L 19/2013, y el propio 105.b, *in fine*, CE)<sup>66</sup>.

Además, entroncando con recientes desarrollos del principio democrático, y a tenor del peso de internet y de las redes sociales al respecto de nuevas formas de participación de la ciudadanía en el espacio público<sup>67</sup>, un conflicto ya clásico entre la sociedad civil y los poderes públicos en cuanto al internet viene siendo el planteado a partir del siguiente trinomio: de una parte los usuarios de internet, reclamando un espacio independiente y virtual frente a los poderes públicos, y demandando de esta forma, y desde cierta subsidiariedad horizontal, el autogobierno y la autorregulación de internet<sup>68</sup>; de otra los poderes públicos, invocando un interés general sobre internet en tanto que red de comunicación no sólo social, sino económica y política, de manera que aquéllos no pueden quedar al margen del gobierno y la regulación de internet<sup>69</sup>; y desde una dimensión intermedia (en la que confluyen diversos intereses y realidades)<sup>70</sup>, la garantía de una efectiva neutralidad política de éste y de las redes dada su cualificada consideración de autopista de comunicación y de zona de puesta en común hoy para la ciudadanía y a modo de nuevo espacio público virtual<sup>71</sup>, llegándose a hablar de auténtica *agora* moderna<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> MORETÓN TOQUERO, M. A., «Los límites del derecho de acceso a la información pública», *Revista Jurídica de Castilla y León* 33 (2014).

<sup>67</sup> P.e. CANDELA TALAVERO, J.E., «Los medios de comunicación, la democracia representativa y el espacio público», *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política* 21 (2015), 96-111.

<sup>68</sup> Así, GALINDO AYUDA, F., «Autorregulación y códigos de práctica en Internet...», *Revista Aragonesa de Administración Pública* Núm. Extra 4 (2001), 19-60.

<sup>69</sup> GARCÍA COSTA, F.M., «El gobierno de Internet como reto del Derecho Constitucional», *Anales de Derecho* 24 (2006), 267-292.

<sup>70</sup> Cfr. RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., «La regulación de Internet y la teoría jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho* 24 (2007), 441-464; asimismo, de interés, *vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA, L.F., «Políticas de la *Federal Communications Commission* en materia de neutralidad de la red», en AA.VV. *Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales... cit.*, 99-113.

<sup>71</sup> *Vid.* FUERTES LÓPEZ, M., «En defensa de la neutralidad de la red», *Revista Vasca de Administración Pública* Núms. 99-100 (2014), 1397-1412; o LOPES MATSUSHITA, T., «El derecho, la sociedad de la información y el principio de la neutralidad de red: consideraciones sobre el mercado y el acceso a la información», *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* 11 (2014). Ya, a nivel europeo, Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.

<sup>72</sup> SÁNCHEZ FERRIZ, R., «Conceptos clásicos de libertades informativas: redefinición e incidencia de las TICs... *cit.*, en especial pp. 42-43.

## VII. DE VUELTA A LA INFORMÁTICA COMO OBJETO CONSTITUCIONAL: DE LA PREVISIÓN DE NUEVOS LÍMITES CONSTITUCIONALES EN RELACIÓN CON LA INFORMÁTICA, A LA PROMOCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INFORMÁTICA

Los anteriores supuestos, y la necesaria resolución de los conflictos que a nivel constitucional origina (o a los que contribuye) la informática, acaba por desencadenar nuevas prohibiciones y limitaciones de concretas actuaciones informáticas en razón al daño originado o esperado (potencial) para bienes de la máxima relevancia constitucional; y en tal sentido, incluso, el impulso desde los poderes públicos de una función de custodia e investigación al respecto del uso de la informática y de internet y las redes por terceros que puedan poner en peligro la garantía de la seguridad del tráfico social, económico y político. En tal sentido, no ya la mera acción de los *hackers*, sino ciertas actos, como es la elaboración y puesta en circulación de *malware* para el espionaje de la actividad informática de sujetos, o la sustracción de datos, o simplemente la mera destrucción de sistemas y/o computadoras, es que resulten genérica y abstractamente prohibidos<sup>73</sup>, sin perjuicio de que singulares acciones puedan resultar justificadas por el sistema en tanto que al servicio de bienes de especial relevancia constitucional<sup>74</sup>. Y por otra parte, además, los riesgos de la conocida como *Deep web*, dado que más de 90 % de todo internet y espacio de tráfico oculto a los buscadores y al margen, en gran medida, del control público<sup>75</sup>.

También, pero a la inversa, el planteamiento de limitaciones y prohibiciones de actuaciones informáticas (tanto a nivel de software, como de hardware) en cuanto que potencialmente (supuesta o manifiestamente) destinadas

<sup>73</sup> De interés, ARTEAGA MARTÍN, F., «Ciberseguridad en España: ¿problema u oportunidad?», *Política Exterior* Vol. 29/163 (2015): 148 y ss.

<sup>74</sup> Y ello tanto en relación con los poderes públicos (p.e. los servicios de inteligencia nacionales y la defensa, sin perjuicio de las debidas garantías jurídicas en su acción, claro; *cf.* ITALIANO, I., «La protezione dei dati personali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani», en AA.VV. *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Internet y nuevas tecnologías* (Pamplona: Thomson Reuters / Aranzadi, 2013), especialmente, 203-206), como, e incluso, de los propios particulares (según se ha puesto ya en evidencia con ocasión de la publicación masiva de datos de la máxima relevancia pública, como ha venido a suceder con relación a *WikiLeaks*, o más recientemente al respecto de los *papeles de Panamá*; p.e., *vid.* ECHEVERRI URUBURU, Á., ««Wikileaks» y los «Arcana Imperii»», en AA.VV. *Libertad de expresión e información en Internet: amenazas y protección de los derechos personales* (Madrid: CEPC, 2013), 325-338).

<sup>75</sup> *Vid.* GONZÁLEZ SAN JUAN, J.L., «Internet profunda: wild wild west», en AA.VV. *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial* Vol. 5 (Salamanca: Ratio Legis, 2015), 221-241.

al servicio de conductas prohibidas por el ordenamiento, como precisamente se ha planteado al respecto de determinados programas que son utilizados para el *pirateo informático*, por más que en abstracto destinados a usos asimismo lícitos (p.e. programas P2P y el intercambio de ficheros), o de tarjetas de memoria que permiten, entre otros usos legales, el evidente *pirateo* ahora de consolas de juego (*flashcard R4*).

Sin embargo la informática no sólo supone nuevos problemas para el Derecho constitucional (según se acaba de mostrar), sino que asimismo conllevan posibilidades que se abren para el progreso democrático, económico, cultural y social; no en vano, la referida neutralidad de la red responde a cómo internet y las redes sociales han configurado un nuevo espacio público virtual que abre novedosas formas de participación y reivindicación ciudadana. De ahí, entonces, que desde el Derecho constitucional quepa promoverse, por ejemplo, la articulación informática de relaciones entre los poderes públicos y las personas (y los ciudadanos), la *teledministración* o administración *on line*, de modo que éstas (y éstos) puedan entrar directamente en contacto con la Administración, y facilitando así las relaciones de unos y otros (sin perjuicio, eso sí, de las necesarias garantías al respecto)<sup>76</sup>; mas con ello, también, la necesidad de rediseñar, a tales efectos, cauces de comunicación y notificación lo suficientemente seguros como para garantizar la *fehaciencia* de las consiguientes actuaciones *ante* y *de* la Administración (así, y en España, las novedosas Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público –Tít. preliminar, Cap. V–, como la anterior 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos)<sup>77</sup>. E incluso, diversas propuestas de *teledemocracia* (mediante *voto electrónico*), de manera que se facilite y agilice la participación democrática de los ciudadanos tanto en consultas populares, como en procesos electorales<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> Cómo no, y tempranamente, FROSINI, V., «Informática y Administración Pública», *Revista de Administración Pública* 105 (1984), 447-458. Más recientemente, ALÓS MONER, A., «E-gobierno: ¿modernización o fosilización de la administración?», *El Profesional de la Información* Vol. 20/3 (2011), 245 y ss.

<sup>77</sup> P.e., *vid.*: GONZÁLEZ BUSTOS, M.A., «Servicios de información y gestión administrativa: la administración electrónica», en AA.VV. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed. (Salamanca: Ratio Legis, 2016), 239-264; o SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., «Las nuevas leyes de régimen jurídico y procedimiento administrativo: afianzamiento de la administración electrónica en las relaciones internas de la Administración y con los ciudadanos», en AA.VV. *Instituciones de procedimiento administrativo común: novedades de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones* (Curitiba: Juruá Eitora, 2016), 43-66.

<sup>78</sup> AA.VV. *El voto electrónico y sus dimensiones jurídicas (Entre la ingenua complacencia y el rechazo precipitado)*, BARRAT I ESTEVE, J. (coord.), (Madrid: Iustel, 2016).

Cuestión afecta, pero redimensionada, es cómo a través de la informática la Administración puede mejorar no sólo sus relaciones con las personas (y los ciudadanos), sino incluso facilitar el acceso de aquéllas que se encuentren en situaciones de mayor dificultad a la hora de entrar en contacto con sujetos públicos y/o privados (ya sea por razones personales, o del medio en el que se hallen...), de forma que la informática se convierte hoy en una herramienta esencial al respecto del Estado social y la prestación de servicios públicos (p.e. *teleasistencia*, o programas de enseñanza o formación *on line*).

Desde tal perspectiva, por tanto, es que el progreso y el desarrollo informático quepa verse además desde una particular y positiva dimensión por el Derecho constitucional, en atención con la contribución de la informática en objetos y bienes de la máxima relevancia constitucional (y más allá, así, del mero progreso que en abstracto supone aquélla al respecto del desarrollo económico, cultural y social), de manera que la informática alcance una particular extensión de fomento por y para los poderes públicos en sus diversas manifestaciones en relación con la ciudadanía (los referidos arts. –al inicio de estas páginas– 16.2 y 17.2 Constitución de la República de Ecuador, 63 Constitución de la República Dominicana, o 6 Constitución Mexicana)<sup>79</sup>. Una dimensión que, a su vez, justifica que algunos espacios propios de la informática, como sucede con el acceso a internet, se integren incluso en la moderna categoría del *servicio universal*<sup>80</sup>: así, artículo 52 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, relativo a la inclusión, como parte integrante del servicio universal, de una conexión que permitiera comunicaciones de datos de banda ancha a una velocidad de 1 Mbit por segundo<sup>81</sup>.

Desde tal dimensión positiva de la informática y de las redes ahora, es que destaquemos: de un lado, el progresivo reconocimiento normativo de ésta (al más alto nivel); y de otro, el desarrollo de políticas dirigidas a fomentar determinadas proyecciones de la informática, e integradas a la postre en amplias agendas públicas, como acontece tanto a nivel europeo, como nacional. En cuanto a lo primero, y al amparo de los muy genéricos artículos 179

---

<sup>79</sup> Y ello, en conexión con los arts. 27.1, in fine, DUDH y 15.1.b PIDESC, los cuales vienen a reconocer un derecho humano a participar en el progreso tecnológico; al respecto de esto, *vid.* RODRÍGUEZ GUERRA, J., «Derecho al conocimiento y al progreso científico y a sus aplicaciones. El problema de la propiedad intelectual (art. 27.1 DUDH; art. 15 PIDESC)», en AA.VV. *El sistema universal de los derechos humanos* (Granada: Comares, 2014), 733-746.

<sup>80</sup> P.e. Davara Fernández de Marcos, M.Á., «La consideración de Internet como servicio universal de telecomunicaciones», en AA.VV. *XVII Encuentros sobre Informática y Derecho, 2002-2003* (Pamplona: Universidad Pontificia de Comillas/Aranzadi, 2003), 289 y ss.

<sup>81</sup> *Vid.* Orza Linares, R., «Derechos fundamentales e internet: nuevos problemas, nuevos retos», *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 18 (2012), 289 y ss.

y 180 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>82</sup> y del más concreto marco establecido por *La estrategia europea de crecimiento 2020*<sup>83</sup>, es que ésta haya aprobado la *Agenda digital (Estrategia i2010)* para Europa<sup>84</sup>, previendo como acciones: la alfabetización mediática en el entorno digital<sup>85</sup>; el acceso de las regiones rurales a las TIC<sup>86</sup>; i2010 y las bibliotecas

<sup>82</sup> Respectivamente, art. 179 TFUE: «1. La Unión tendrá por objetivo fortalecer sus bases científicas y tecnológicas, mediante la realización de un espacio europeo de investigación en el que los investigadores, los conocimientos científicos y las tecnologías circulen libremente, y favorecer el desarrollo de su competitividad, incluida la de su industria, así como fomentar las acciones de investigación que se consideren necesarias en virtud de los demás capítulos de los Tratados. / 2. A tal fin, la Unión estimulará en todo su territorio a las empresas, incluidas las pequeñas y medianas, a los centros de investigación y a las universidades en sus esfuerzos de investigación y de desarrollo tecnológico de alta calidad; apoyará sus esfuerzos de cooperación con el fin, especialmente, de permitir que los investigadores cooperen libremente por encima de las fronteras y que las empresas aprovechen las posibilidades del mercado interior, en particular por medio de la apertura de la contratación pública nacional, la definición de normas comunes y la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación. / 3. Todas las acciones de la Unión que se realicen en virtud de los Tratados, incluidas las acciones de demostración, en el ámbito de la investigación y del desarrollo tecnológico se decidirán y se ejecutarán de conformidad con lo dispuesto en el presente título». Y art. 180 TFUE: «Para la consecución de los mencionados objetivos, la Unión realizará las siguientes acciones, que, a su vez, completarán las acciones emprendidas en los Estados miembros: a) ejecución de programas de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración, promoviendo la cooperación con las empresas, los centros de investigación y las universidades, y de estas entidades entre sí; b) promoción de la cooperación en materia de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración de la Unión con los terceros países y las organizaciones internacionales; c) difusión y explotación de los resultados de las actividades en materia de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración de la Unión; d) estímulo a la formación y a la movilidad de los investigadores de la Unión». También, *cfr.* art. 3 TUE. Por otra parte, al respecto de las bases constitucionales del progreso informático en el seno de la Unión Europea (de manera crítica), *vid.* Sánchez Barrilao, J.F., «Los fundamentos del «progreso informático» en la Unión Europea» (en prensa).

<sup>83</sup> *Vid.* <<http://www.lamoncloa.gob.es/espana/eh15/politicasocial/Documents/Europa-2020-la-estrategia-europea-de-crecimientoA.pdf>> (24/04/2016).

<sup>84</sup> *Cfr.* [http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/information\\_society.html?root\\_default=SUM\\_1\\_CODED%3D31,SUM\\_2\\_CODED%3D3102&obsolete=false#arrow\\_3102](http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/information_society.html?root_default=SUM_1_CODED%3D31,SUM_2_CODED%3D3102&obsolete=false#arrow_3102) (24/04/2016).

<sup>85</sup> Recomendación 2009/625/CE de la Comisión, de 20 de agosto de 2009, sobre la alfabetización mediática en el entorno digital para una industria audiovisual y de contenidos más competitiva y una sociedad del conocimiento incluyente.

<sup>86</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Mejorar el acceso de las zonas rurales a las modernas tecnologías de la información y la comunicación (TIC)» [COM(2009) 103 final].

digitales<sup>87</sup>; iniciativas sobre integración numérica<sup>88</sup>; el «envejecimiento mejor» en la sociedad de la información (Plan de acción sobre tecnologías de la información y la comunicación y envejecimiento)<sup>89</sup>; el programa *eContentplus* (2005-2008)<sup>90</sup>; la administración electrónica *eGovernment*<sup>91</sup>; y la anterior iniciativa *eEurope* (Una sociedad de la información para todos)<sup>92</sup>. También, de interés, el diseño por la Comisión de una estrategia para crear un mercado único digital en Europa (en base a tres pilares: mejorando el acceso de los consumidores y las empresas a los bienes y servicios digitales en toda Europa; creando las condiciones adecuadas y garantizar la igualdad de condiciones para que las redes digitales y los servicios innovadores puedan prosperar; y maximizando el potencial de crecimiento de la economía digital)<sup>93</sup>, y al hilo de ello el reciente planteamiento de la digitalización de la industria europea<sup>94</sup> mediante: dicha digitalización de la industria, aprovechando todas las ventajas de un mercado único digital<sup>95</sup>; una Iniciativa Europea de Computación en Nube, y en relación a una economía competitiva de

<sup>87</sup> Comunicación de la Comisión de 30 de septiembre de 2005 al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones –i2010: bibliotecas digitales [COM (2005) 465 final].

<sup>88</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 8 de noviembre de 2007 –«Iniciativas europeas i2010 sobre la inserción numérica– Participar en la sociedad de la información» [COM(2007) 694 final].

<sup>89</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 14 de junio de 2007, «Envejecer mejor en la sociedad de la información –Una iniciativa i2010– Plan de acción sobre tecnologías de la información y la comunicación y envejecimiento» [COM (2007) 332 final].

<sup>90</sup> Decisión n.º 456/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo 2005, por la que se establece un programa plurianual comunitario de incremento de las posibilidades de acceso, utilización y explotación de los contenidos digitales en Europa.

<sup>91</sup> Comunicación de la Comisión, de 26 septiembre 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones –El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa [COM (2003) 567 final].

<sup>92</sup> Comunicación, de 8 de diciembre de 1999, relativa a una iniciativa de la Comisión para el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000: eEurope –Una sociedad de la información para todos [COM (1999) 687].

<sup>93</sup> Comunicación, de 6 de mayo de 2015, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones [COM(2015) 192 final]. –Una estrategia para el mercado único digital europeo.

<sup>94</sup> <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-1407\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1407_es.htm)> (25/04/2016).

<sup>95</sup> Comunicación, de 19 de abril de 2016, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Digitalización de la industria europea: Aprovechar todas las ventajas de un mercado único digital [COM(2016) 180 final].

los datos y del conocimiento<sup>96</sup>; un Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la Unión para el 2016-2020, acelerando la transformación digital de la Administración<sup>97</sup>; y la fijación de prioridades sobre la normalización de las TIC para el mercado único digital<sup>98</sup>.

Y ya en España, a la luz del más sencillo y discreto artículo 44.2 de la Constitución<sup>99</sup> e implementando la *Agenda digital* europea a nivel nacional, está la *Agenda Digital para España* (febrero de 2013)<sup>100</sup>, en la que se recogen como objetivos: fomentar el despliegue de redes y servicios para garantizar la conectividad digital (eliminando barreras para el despliegue de redes y promover así la unidad de mercado; impulsando el despliegue de redes ultrarápidas; buscando conseguir un uso más eficiente del espectro radioeléctrico; y mejorando la experiencia de usuario de los servicios de banda ancha); desarrollar la economía digital para el crecimiento, la competitividad y la internacionalización de la empresa española (incentivando el uso transformador de las TIC en las empresas; impulsando el comercio electrónico y la producción y distribución a través de Internet de contenidos digitales; potenciando las oportunidades para la industria electrónica; favoreciendo la internacionalización de las empresas tecnológicas; potenciando las industrias de futuro; y fortaleciendo la industria TIC, mediante el desarrollo de proyectos tecnológicos en servicios públicos); mejorar la e-Administración y adoptar soluciones digitales para una prestación eficiente de los servicios públicos (avanzando hacia una Administración integrada en la sociedad con servicios

---

<sup>96</sup> Comunicación, de 19 de abril de 2016, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Iniciativa Europea de Computación en Nube –construir en Europa una economía competitiva de los datos y del conocimiento [COM(2016) 178 final].

<sup>97</sup> Comunicación, de 19 de abril de 2016, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la administración [COM(2016) 179 final].

<sup>98</sup> Comunicación, de 19 de abril de 2016, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Prioridades de la normalización de las TIC para el mercado único digital [COM(2016) 176 final].

<sup>99</sup> «Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general». Al respecto de éste, *vid.* GARCÍA FERNÁNDEZ, J., «Artículo 44.2. Fomento de la ciencia», en AA.VV. *Comentarios a la Constitución española de 1978 (IV)* (Madrid: Cortes Generales / Editoriales de Derecho Reunidas, 1996), 219-234.

<sup>100</sup> *Cfr.* <[http://www.agendadigital.gob.es/agenda-digital/recursos/Recursos/1.%20Versi%C3%B3n%20definitiva/Agenda\\_Digital\\_para\\_Espana.pdf](http://www.agendadigital.gob.es/agenda-digital/recursos/Recursos/1.%20Versi%C3%B3n%20definitiva/Agenda_Digital_para_Espana.pdf)> (25/04/2016). De interés, *vid.* SANZ GIL, J., «La sociedad de la información. Convergencia tecnológica con Europa: eEurope 2010 / eEspaña 2010», *Revista Universitaria Europea* 15 (2011), 23 y ss.

públicos de calidad y centrados en los ciudadanos y en las empresas; incrementando el uso de los servicios públicos electrónicos por parte de los ciudadanos y las empresas; racionalizando y optimizando el empleo de las TIC en las Administraciones Públicas; promoviendo la cooperación y la colaboración con organizaciones, empresas y agentes sociales en materia de Administración electrónica; y el empleo de la tecnología para eliminar la brecha digital); reforzar la confianza en el ámbito digital (impulsando el mercado de los servicios de confianza; reforzando las capacidades para la confianza digital; impulsando, nuevamente, la excelencia de las organizaciones en materia de confianza digital); impulsar el sistema de I+D+i en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (incrementando la eficiencia de la inversión pública en I+D+i en TIC; fomentando la inversión privada en I+D+i en TIC; fomentando, otra vez, el I+D+i en TIC en pequeñas y medianas empresas; y ampliando la participación española en I+D+i en TIC en el ámbito internacional); y promover la inclusión y alfabetización digital y la formación de nuevos profesionales TIC.

Pero es en el ámbito autonómico, y en concreto tras las últimas reformas estatutarias de la década pasada, donde la informática ha pasado a tener un papel propio en la actividad pública, positivizándose expresamente (y más allá, por tanto, del mero progreso tecnológico); y es que, al margen de cuál sea el alcance jurídico de las normas estatutarias referentes a la informática (en sus diversas proyecciones), lo cierto es que los últimos Estatutos de Autonomía reformados (los llamados de *segunda generación*) han asumido los nuevos cambios acaecidos en la sociedad española en estos últimos años (en especial, ante la falta de reformas constitucionales), como así acontece en el vigente Estatuto de Autonomía para Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo). De este modo, y a modo de objetivo básico de la Comunidad, el Estatuto andaluz prevé «la incorporación del pueblo andaluz a la sociedad del conocimiento» (art. 10.3.12.º EAA)<sup>101</sup>; como derecho estatutario (incluso), y al margen de la protección de datos (art. 32 EAA)<sup>102</sup>, «se reconoce el derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías y a participar activamente en la sociedad del conocimiento, la información y la comunicación, mediante los

<sup>101</sup> También, si bien desde una perspectiva más genérica, art. 10.3.11.º EAA: «El desarrollo industrial y tecnológico basado en la innovación, la investigación científica, las iniciativas emprendedoras públicas y privadas, la suficiencia energética y la evaluación de la calidad, como fundamento del crecimiento armónico de Andalucía».

<sup>102</sup> «Se garantiza el derecho de todas las personas al acceso, corrección y cancelación de sus datos personales en poder de las Administraciones públicas andaluzas». También, para Cataluña, art. 31 LO 6/2006; o art. 29 LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears.

medios y recursos que la ley establezca» (art. 34 EAA)<sup>103</sup>; y como principio rector de las políticas públicas (ahora), «el acceso a la sociedad del conocimiento con el impulso de la formación y el fomento de la utilización de infraestructuras tecnológicas» (art. 37.1.15.º EAA)<sup>104</sup>.

## VIII. EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN LOS TIEMPOS DEL *GOOGLE SELF-DRIVING CAR*

Redactando ya estas páginas, saltaba la noticia de que los de Microsoft habían puesto en contacto un ordenador (Tay) con el público a través de las redes sociales, para ser desconectado en menos de 24 horas tras advertir que éste ¡se había vuelto nazi!<sup>105</sup>. Resulta obvio, así, que no estamos en la Era de Ultrón, pues todavía está activo el botón de desconexión; pero lo que también resulta obvio es que el experimento pone en evidencia la búsqueda de la capacidad de las máquinas para que alcancen cierta facultad no sólo de aprendizaje autónomo, sino de decisión, actuación y comunicación propia. Por supuesto que tal experimento no es el único sobre la inteligencia artificial; sin entrar en una dinámica de presentar todas (o buena parte de) las investigaciones que hoy giran en torno a la inteligencia artificial (pues superaría con creces los modestos propósitos de estas páginas)<sup>106</sup>, lo que sí podemos es identificar algún supuesto (como el señalado) al respecto (y que consideremos de particular interés). Es así que destaquemos el *Google Self-Driving Car* como prototipo de máquina expresa y específicamente diseñada para tomar decisiones en tiempo real y a tenor de las circunstancias cambiantes del momento<sup>107</sup>; una auténtica muestra, por tanto, de inteligencia

<sup>103</sup> Vid. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, F., «Artículo 34. Acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación», en AA.VV. *Comentarios Estatuto de Autonomía para Andalucía (I)*... cit., 539-549.

<sup>104</sup> Además, art. 37.1.13.º EAA: «El fomento de la capacidad emprendedora, la investigación y la innovación». También, art. 28.2 LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; art. 16.21 LO 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; o el más reciente art. 7.12 LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

<sup>105</sup> Cfr. <<http://www.lavanguardia.com/tecnologia/internet/20160325/40672722377/inteligencia-artificial-microsoft-nazi.html>> (14/04/2016).

<sup>106</sup> Google, por su parte, con el *AlphaGo*, ha conseguido diseñar un software capaz no sólo de aprender, sino de imaginar; cfr. <[http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-06-20/inteligencia-artificial-google-deep-learning-redes-neuronales\\_1218797/](http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-06-20/inteligencia-artificial-google-deep-learning-redes-neuronales_1218797/)> (15/08/2016).

<sup>107</sup> Cfr. <<https://www.google.com/selfdrivingcar/how/>> (11/04/2016).

artificial<sup>108</sup>, al servicio de un transporte eficiente, seguro y autónomo de personas<sup>109</sup>. Mas con ello, también, la propuesta de drones con los que repartir mercancías, y consecuentemente la ampliación de las vías terrestres de transporte a la más abierta, cambiante y delicada y compleja zona aérea<sup>110</sup>; e incluso, la propia navegación espacial, al respecto de viajes muy prolongados en el tiempo (cómo no, Marte –como primer paso–)<sup>111</sup>. Es de este modo que, al día de hoy, al menos podemos hablar de que estamos ya en *los tiempos* del *Google Self-Driving Car* (pues decir «era» nos resulta excesivo...), al buscar ya la tecnología desarrollar sistemas informáticos inteligentes capaces de aprender y de garantizar la guía autónoma y segura de vehículos (y con ellos, de personas y mercancías); sistemas, en consecuencia, que han de tomar decisiones propias y autónomas conforme a una información cambiante en tanto que sujeta a las peculiaridades variables del instante en relación al medio y a otros vehículos y terceros; y sistemas, obviamente, que ya son objeto de programación de acuerdo a determinados parámetros tanto técnicos, como de otro tipo. Precisamente, de interés, es el estudio abierto en torno a quién y cómo debería decidir/se los parámetros en virtud del cual un vehículo inteligente habría de resolver entre diversas opciones de resultado lesivo en caso de accidente (si los poderes públicos, la propia industria o simplemente los específicos usuarios-propietarios de tales vehículos), además de la naturaleza y enunciados de dichos criterios<sup>112</sup>.

Es al hilo de dicha programación que nos planteemos qué parámetros (de los no técnicos) habrían de marcar el alcance de la inteligencia artificial desde el Derecho constitucional (y de cómo éste ha venido ya adsorbiendo el

<sup>108</sup> Vid. CHENG, P., «Autonomous Navigation and Collision Avoidance Robot», Masters Project Paper, University of California at Berkeley, 17 de mayo de 2013, 5-6, en <<http://www.eecs.berkeley.edu/Pubs/TechRpts/2013/EECS-2013-102.pdf>> (13/04/2016).

<sup>109</sup> Hasta el punto de que la *National Highway Transportation and Safety Administration* (EEUU), a febrero de 2016, parecía estar cerca de reconocer los sistemas de control de inteligencia artificial de Google como *driver*, conforme la legislación federal; p.e. <http://fortune.com/2016/02/10/google-self-driving-cars-artificial-intelligence/> (11/04/2016).

<sup>110</sup> Entre otros, los proyectos de Amazon (*Prime Air*) o Google X (*Wing*). De interés, <<http://www.theatlantic.com/technology/archive/2014/08/inside-googles-secret-drone-delivery-program/379306/>> (19/04/2016). Otra cosa es el referido carácter *delicado* del espacio aéreo, lo que está planteando más inconvenientes que el caso anterior a las autoridades federales norteamericanas (FAA); p.e. <<https://www.technologyreview.es/blog/347/30900/las-nuevas-reglas-para-drones-anulan-el-sueno-de/>> (19/04/2016).

<sup>111</sup> Lejos queda, por ahora, la mítica *Nostramo* de *Alien*; pero sí que en la línea de la comentada *Hal 9000*, en su viaje a la luna Europa de Júpiter.

<sup>112</sup> Cfr. BONNEFON, J.F., SHARIFF, A. y RAHWAN, I., «The social dilemma of autonomous vehicles», *Science* Vol. 352 (2016), 1573-1576.

progreso informático). En tal sentido, y al margen del clásico de las *tres leyes de la robótica* de Asimov, conforme a las cuales los robots no pueden hacer daño a un ser humano o por inacción permitir que un ser humano sufra daño (además de: los robots deben obedecer las órdenes de los humanos, salvo si ello entre en conflicto con la primera ley; y los robots deben proteger su existencia siempre que esto no entre en conflicto con la primera o la segunda ley)<sup>113</sup>, el respeto y la garantía de la dignidad de las personas y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)<sup>114</sup> debería ser un eje esencial de la programación de cualquier manifestación de la inteligencia artificial; no es sólo que las máquinas inteligentes no puedan/deban dañar a los humanos (otra cosa son, claro, los meros accidentes y cuál sea, entonces, el régimen de responsabilidad correspondiente), sino que éstas, y desde una dimensión más abierta y plural a lo humano (y por tanto, superando también la idea misma de humanidad, en cuanto que *ley cero* de la robótica)<sup>115</sup>, evite resultados que, abrazando cualquier tipo de integrismo, protejan a los humanos (a la humanidad) más allá de ellos mismos, y desencadenando así limitaciones para éstos y sus derechos (no sólo la vida y la integridad física, claro, sino otros derechos como la libertad física, la intimidad personal, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, etc.). Naturalmente, la creación de sistemas inteligentes directamente dirigidos contra las personas deberían quedar prohibidos (tal como ya se plantea, por cierto, al respecto de drones autónomos con fines militares)<sup>116</sup>.

También, y para poder garantizarse un control externo y humano sobre la máquina inteligente, está el que ella integre sistemas tanto de control o monitorización de su actividad, como su propia desconexión o apagado (definitivo

<sup>113</sup> Al respecto, *vid.* GARCÍA MANRIQUE, R., «Yo, robot» o las tribulaciones de un robot kantiano», *Revista de Bioética y Derecho* 9 (2007), <[http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD9\\_Cine.pdf](http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD9_Cine.pdf)> (10/04/2016).

<sup>114</sup> P.e. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., «Dignidad de la persona y funciones del Derecho constitucional», *Estudios de Deusto* Vol. 59/1, (2011): 357-366. También de interés, y concretando en la tecnología: PÉREZ LUÑO, A.E., «Derecho y nuevas tecnologías: impacto de la red en las libertades», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 8 (2005), 227 y ss.; y/o PEÑARANDA QUINTERO, H.R. y QUINTERO DE PEÑARANDA, O., «Impacto de las altas tecnologías en el Derecho de Personas», *Nómadas: Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* 27 (2010): 291 y ss.

<sup>115</sup> Según la cual, y nuevamente con Asimov, los robots no pueden «causar daño a la humanidad o, por inacción, permitir que la humanidad sufra daño».

<sup>116</sup> Así, p.e., *vid.* WEAVER, J.F., «Abhor a Vacuum: The Status of Artificial Intelligence and AI Drones Under International Law», *New Hampshire Bar Journal* primavera/verano (2013), 14-21; también GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.J., «Sistemas de armas autónomas, drones y Derecho internacional», *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos* 2 (2013), 27-57.

y provisional)<sup>117</sup>, permitiendo entonces, además, que la responsabilidad última de la acción de aquella recaiga sobre personas: sistemas inteligentes y autónomos, pero no independientes. No en vano, y al margen de la referida dimensión activa del principio de responsabilidad (en cuanto que criterio de actuación), la responsabilidad tanto jurídica como política sigue siendo fundamentalmente *a posteriori*, mediante mecanismos jurídicos y políticos que buscan, si no restablecer la situación (pues puede resultar imposible), sí al menos respuestas (jurídicas y políticas) ante el daño potencial o acaecido. Y es que a lo que la inteligencia artificial no debe dar lugar, en el marco de un régimen constitucional-normativo (democrático y de Derecho), es a espacios exentos de responsabilidad jurídica<sup>118</sup> y política. Otra cosa es, sin embargo, el déficit que de ambas responsabilidades padecemos en la actualidad respecto a la tecnología en general, dada la reducción que sobre la responsabilidad jurídico-objetiva suponen ya los llamados «riesgos desconocidos», a fin de evitar un pretendido freno material (económico) a la investigación y al progreso (en especial: a nivel privado y en relación a defectos de productos y servicios, art. 140 RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; y a nivel público y en relación con la responsabilidad de la Administración, art. 34 L 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público)<sup>119</sup>; ¿cómo entonces admitir la incertidumbre de un riesgo potencial al respecto de la informática y la inteligencia artificial?

Lo anterior, a su vez, nos lleva nuevamente a la toma de decisiones relativas a la investigación y a la puesta en funcionamiento de máquinas y sistemas inteligentes (tanto *a priori*, como *coetáneamente*); y con esto, no sólo a la clásica cuestión de la mayor o menor participación de científicos e

---

<sup>117</sup> Pues la desconexión o el apagado provisional permitiría cierta intervención del principio de precaución o cautela en situaciones de riesgo no manifestado aún (en particular, con ocasión de un potencial peligro para las personas sí advertido), de modo que la desconexión o apagado no suponga consecuencias definitivas para el sistema. Además, debería preverse, en lo posible, mecanismos sustitutivos (y/o paliativos de la desconexión o apagado, tanto definitivo como temporal), a fin de evitar una situación de dependencia tecnológica tal que impidiera de facto dicha desconexión o apagado.

<sup>118</sup> Y ello, en especial, a la vista del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y otros derechos equivalentes a nivel internacional y regional, y en virtud del cual todos tenemos derecho a que se nos garantice jurisdiccionalmente cualquier derecho lesionado o puesto en peligro.

<sup>119</sup> Por todos, *vid.* ESTEVE PARDO, J., «La protección de la ignorancia. La exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos», *Revista de Administración Pública* 161 (2003), 53 y ss.

ingenieros en tales decisiones<sup>120</sup>, sino, e incluso, si una máquina inteligente podría participar en decisiones que afecten a la propia inteligencia artificial de ella misma o de otras. En cuanto a esto último, la informática y la inteligencia artificial pueden desarrollar (entendemos) un papel muy interesante en el futuro a la hora de evaluar técnicamente cuestiones tecnológicas, sobre todo a la vista del grado de incerteza (incertidumbre) con el que hoy la ciencia y la tecnología se mueven de ordinario al respecto (según se ha advertido más arriba); otra cosa es, sin embargo, dejar que una máquina inteligente pueda decidir sobre ella u otras, salvo que mantengamos el control sobre ésta (conforme también se ha señalado) a fin de poder, no sólo abortar decisiones potencial o efectivamente peligrosas, sino imputar a las personas la responsabilidad inicial y ulterior de la decisión. Lo que desde luego no cabe, entendemos, es utilizar la informática, y en su caso la inteligencia artificial, para extraer de la política (e incluso del Derecho) la toma de decisiones dada una supuesta *toxicidad* de ésta en relación con la materia a resolver (tal como precisamente se ha planteado en relación con la distribución de refugiados en Europa, según se ha señalado); ello sería un intento de obviar la responsabilidad (política), lo que no compartimos desde una perspectiva constitucional (según venimos advirtiendo).

Respecto a la toma de decisiones relativas a la informática y a la inteligencia artificial, la referida limitación que de la responsabilidad jurídica hoy se predica nos llevaría consecuentemente a reforzar aquélla tanto *a priori*, como de manera *coetánea* o paralela. *A priori*, procedimentalmente (de un lado), procurándose una intervención plural y participativa de sujetos públicos, privados y expertos (en una variabilidad, claro, dependiente del tipo de decisión a adoptar); y sustantivamente (de otro), en atención al respeto hacia los demás (principio de responsabilidad), la funcionalidad y la finalidad social y general (incluso)<sup>121</sup>, junto a los defectos o problemas detectados

---

<sup>120</sup> En tal sentido ya, y por ejemplo (recuérdese), la comentada Agencia de Protección de Datos, en cuanto que Administración independiente y de marcado carácter técnico. Pero también, el progresivo aumento: tanto de elementos técnicos en los actos públicos, acompañado por el progresivo aumento de la participación de peritajes, comités y órganos de asesoramiento tecnológico que ganan peso en la decisión final; como de, y simplemente, la asunción por lo público de parámetros y normas fruto de la autorregulación privada. Sobre ello, si bien con carácter general, *vid.* otra vez ESTEVE PARDO, J., «Ciencia y Derecho... *cit.*, 63 y ss.

<sup>121</sup> Con la referida *Agenda digital*, finalmente, la Unión Europea parece dar respuesta, si no a un hipotético derecho de los europeos a participar en el progreso informático (lo que no tiene suficiente cobertura a nivel del Derecho originario de la Unión), sí al menos a una idea de investigación e innovación responsable (*Responsible Research and Innovation*) con la que garantizar cierta correspondencia entre los resultados derivados de éstas y los valores, las necesidades y las expectativas de la sociedad, fomentando la participa-

(conocidos) o cognoscibles en potencia o bajo sospecha (en especial, con ocasión de versiones *beta* puestas a disposición de múltiples sujetos antes de su definitiva comercialización o apertura al público en general). Y paralela y cautelarmente cuando luego, tras la decisión inicial, se desvelan nuevos problemas o riesgos potenciales, debiéndose resolver lo más pronto posible, e incluso llegándose excepcionalmente a suspender la actividad (en atención al tipo y grado del daño o riesgo detectado), en su caso (a modo de adaptación blanda del principio de precaución, ahora), y en tanto se resuelve definitivamente la materialización o no del riesgo.

## IX. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Insistimos, no estamos *en* la Era de Ultrón, pero sí que puede que estemos *ante* ella, en cuanto que potencial riesgo a evitar; somos, finalmente, conscientes de su posibilidad (aunque hipotética), y nuestra responsabilidad, constitucional, es impedirlo. Ahora bien, lo anterior no ha de llevarnos, sin más, a negar desde el Derecho constitucional la inteligencia artificial, sino a, siendo conscientes de los riesgos a los que ella puede dar lugar, colaborar a encauzar su desarrollo de modo que ésta quede dentro de lo constitucionalmente posible y lo postulado o promovido por unos y otros (siempre principio democrático, y en particular en su dimensión pluralista); gestión del riesgo, al fin y al cabo<sup>122</sup>, desde el marco constitucional. Y todo esto (y conforme lo planteado antes):

- Procurando un concepto propio de la inteligencia artificial desde el Derecho público, pues no es positivo (según hemos advertido en anteriores trabajos) que el Derecho (y por tanto el Derecho constitucional) se limite a actuar siempre a rebufo del progreso tecnológico, ya que en tal caso la tecnología (la informática y la inteligencia artificial, para estas páginas) resulta en una posición de predominio sobre el pulso existente entre ella y el Derecho público (y la Constitución), a la par que el Derecho pierde su dimensión racional-normativa. La única forma de romper esa dinámica es, dentro de los márgenes técnicos que

---

ción de sujetos privados (empresas y ONG), como de instituciones y centros públicos científicos y universitarios: así, el programa transversal *Ciencia con y para la Sociedad* (2013-2020); y con esto, parecería, cierta delimitación del progreso informático en el seno de la Unión desde el principio de responsabilidad. *Vid.* OSSET HERNÁNDEZ, M., «Responsable Research and Innovation (RRI): la próxima frontera en I+D», *Revista Lasallista de Investigación* Vol. 11/1 (2014): 51-55.

<sup>122</sup> Acerca de ésta, *cfr.* ESTEVE PARDO, J., «Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión», *Documentación Administrativa* 265-266 (2003): 146 y ss.

- supone siempre abarcar jurídicamente conceptos inicialmente tecnológicos y mutables (a tenor de su evolución), alcanzar cierta concepción jurídica (no sólo tecnológica) de la informática y de la inteligencia artificial desde el Derecho público, aunque sea provisional, genérica y apriorística<sup>123</sup>.
- Desde la anterior idea, planteándonos entonces quiénes y cómo se deba decidir sobre cuestiones que afecten a la inteligencia artificial; y ello, buscando abarcar tanto el elemento técnico del objeto, como el principio democrático y la garantía del pluralismo y las minorías. Y al hilo de esto, y al tiempo, la articulación además de instrumentos de exigencia de efectiva responsabilidad *a posteriori*, incluyendo su dimensión más política.
  - Hablando de responsabilidad no se ha de olvidar, por otra parte, su dimensión previa, en cuanto que principio jurídico desde el que orientar el progreso tecnológico, y por tanto el informático y la misma inteligencia artificial; recuperar así el deber actuar neokantiano tanto al respecto del desarrollo de la investigación, como luego en relación con los parámetros que han de integrar la programación base de una inteligencia artificial.
  - Previendo los conflictos constitucionales que al tiempo pueda ir suponiendo la inteligencia artificial, a fin de resolverlos y encauzarlos constitucionalmente. Desde la dimensión apriorística antes señalada, se ha de mantener el pulso de la tensión entre el Derecho y la informática (de un lado), de manera que podamos reabsorber el conflicto con el menor daño posible (tanto en relación con los bienes jurídico-constitucionales, como al propio progreso informático); e incluso, diseñando mecanismos de resolución de dichos conflictos lo más efectivos posible (de otro lado).
  - Advirtiendo también la prohibición y limitación de manifestaciones de la inteligencia artificial contrarias a principios y bienes de la máxima relevancia constitucional; y de esta manera potenciando la dimensión político-normativa del Derecho constitucional, frente a la meramente judicial y conflictual que hoy tiende a prevalecer en el contexto de la globalización<sup>124</sup>.

<sup>123</sup> Sobre la necesidad de un concepto constitucional acerca de la más genérica tecnología (a los anteriores efectos), *vid.* SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., «Sobre la Constitución normativa y la tecnología», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 8 (2005), 257 y ss., y en especial p. 261.

<sup>124</sup> *Cfr.* otra vez SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., pero ahora «Reivindicando la ley», en AA.VV. *Constitucionalismo crítico. Libre amicorum Carlos de Cabo Martín (II)*, 2.<sup>a</sup> ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 878-883, y 908-913.

- Al amparo de tal contexto globalizado (precisamente), extender el objeto jurídico «informática e inteligencia artificial» a ámbitos supraestatales, de manera que las respuestas constitucionales alcanzadas sean capaces de regular y resolver de manera cierta una realidad esencialmente virtual y que escapa de la acción física y clásica de los Estados; y en tal sentido, efectivamente, la propia configuración de internet (red, además, en la que conectar sistemas inteligentes), como paradigma de la necesidad de regulación supraestatal<sup>125</sup>.
- Advertida asimismo la dimensión positiva de la informática para el Derecho constitucional (al respecto de las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, y especialmente en cuanto a políticas sociales), abriendo la Constitución, en su caso (pero desde luego el más genérico Derecho público), a potenciales efectos positivos de la inteligencia artificial sobre la misma, más allá del por sí relevante valor constitucional que supone el mero progreso social, económico y cultural que pueda impulsar la inteligencia artificial.
- Y finalmente, claro, contribuir a proyectar tal fomento de la informática y de la inteligencia artificial conforme a la dignidad de la persona (y de los demás principios y derechos y libertades que de ella se derivan), y en post del más genérico progreso humano<sup>126</sup>.

*TITLE: Constitutional law in the age of Ultron: information technology and artificial intelligence as a constitutional object*

*RESUMEN: Este trabajo tiene como objeto los retos del Derecho constitucional al respecto de la informática, en general, y de la inteligencia artificial, en especial. Los riesgos que para la humanidad ya se predicen en relación con la inteligencia artificial exigen de los constitucionalistas que afronten tal cuestión. Siguiendo la estela de la ciencia ficción, nos planteamos cómo abordar constitucionalmente evitar los riesgos que para la humanidad puede suponer la inteligencia artificial, pero ello sin obviar su potencial dimensión positiva para el progreso humano. En este sentido, se parte de la experiencia constitucional existente sobre la tecnología y la informática, para luego concretar en la inteligencia artificial.*

*PALABRAS CLAVE: Derecho constitucional, progreso informático, inteligencia artificial.*

*ABSTRACT: This paper aims the Constitutional law challenges on the grounds of computing, and especially about artificial intelligence. The*

<sup>125</sup> P.e. MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red (Poder y Derecho en Internet)* (Madrid: Taurus, 2000), 42 y ss.

<sup>126</sup> Nuevamente, arts. 27.1, *in fine*, DUDH y 15.1.b PIDESC.

*risks for humanity predicted in relation to artificial intelligence demand constitutional science to deal with this question. Following science fiction, we consider how to avoid possible risks for humanity from artificial intelligence from a constitutional point of view, keeping in mind its potential positive dimension to human progress. In this sense, this paper considers the constitutional experience on technology and computers in order to focus on artificial intelligence.*

*KEY WORDS: Constitutional Law, computing progress, artificial intelligence.*

RECIBIDO 07.10.2016

ACEPTADO: 19.12.2016

# APROXIMACIÓN A LA LEGISLACIÓN PROTECTORA DEL DEUDOR HIPOTECARIO

María Elena Sánchez Collado

doi: 10.18543/ed-64(2)-2016pp259-304

---

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. REAL DECRETO-LEY 8/2011, DE 1 DE JULIO, DE MEDIDAS DE APOYO A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS. III. EL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS Y EL REAL DECRETO-LEY DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2012 DE MEDIDAS URGENTES PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS. IV. LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA, Y ALQUILER SOCIAL Y LA LEY 8/2013, DE 26 DE JUNIO, DE REHABILITACIÓN, REGENERACIÓN Y RENOVACIÓN URBANAS. V. EL RDL 1/2015 DE 27 DE FEBRERO Y LA LEY 25/2015, DE 28 DE JULIO. LA SITUACIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO EN LA ACTUALIDAD. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES.

---

## I. INTRODUCCIÓN\*

En el presente trabajo pretendemos hacer un análisis descriptivo y crítico de las distintas reformas legislativas adoptadas en los últimos años, de grave crisis económica en España, encaminadas a deparar al deudor hipotecario la necesaria protección, partiendo de la primera iniciativa representada por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de Julio, hasta culminar con las más recientes disposiciones en el momento de escribir estas páginas: el

---

\* El presente trabajo se realiza en el marco del proyecto de I+D+i con referencia DER2014-53497-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

RDL 1/2015 de 27 de febrero y la Ley 25/2015, de 28 de julio. Estimamos que resulta indispensable un examen exhaustivo de todas ellas para alcanzar a dilucidar si, fundamentalmente a lo largo de la última legislatura en España (2012-2015), se ha ultimado o no el objetivo de conferir al deudor hipotecario la protección adecuada en estos tiempos de crisis extremadamente convulsos y complejos, que han tenido una especial incidencia precisamente en el ámbito del mercado inmobiliario y el sobreendeudamiento de particulares.

## II. REAL DECRETO-LEY 8/2011, DE 1 DE JULIO, DE MEDIDAS DE APOYO A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS

Cuando la crisis económica iniciada en 2007 empezó a mostrar su rostro más perverso, especialmente a partir del 2009, cuando numerosas personas perdieron sus empleos y, en consecuencia, se empezaron a encontrar en dificultades para afrontar el pago de sus deudas hipotecarias y comenzaron a multiplicarse los impagados, el Gobierno se vio en la obligación de intervenir para tratar de amortiguar las peores consecuencias de tales impagos, como es la definitiva pérdida de la vivienda objeto de la garantía hipotecaria y, en general, la reducción de los medios de subsistencia de las familias sobreendeudadas.

La primera iniciativa protectora de los deudores hipotecarios sobreendeudados fue el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de Medidas para el Impulso de la Recuperación Económica y el Empleo (Pacto de Zurbano), que aumentaba el importe del salario inembargable cuando, tras una ejecución hipotecaria, el resultado de la venta no fuese suficiente para saldar la deuda y hubiese que continuar con la ejecución sobre el patrimonio del deudor<sup>1</sup>; salario mínimo inembargable que se elevaría aún más con el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de Medidas de Apoyo a los Deudores Hipotecarios, de Control del Gasto Público, y *cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación*, cuyo objetivo, según la Exposición de motivos, era garantizar que, en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibieran una

---

<sup>1</sup> Cfr. M.<sup>a</sup> B. SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, «La evolución de la posición del deudor hipotecario desde el Pacto de Zurbano hasta la ley 1/2013 de 14 de mayo: del favor creditoris cum hypotheca al principio de protección del consumidor en el tráfico inmobiliario» en La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, J.A. Escartín Ipiéns y M.<sup>o</sup> A. Martos Calabrés (Coords.), A. Núñez Iglesias (Dir.) (Granada: Comares, 2014), 7 ss.

contraprestación por el inmueble, que les permitiera saldar o reducir al máximo posible la deuda remanente<sup>2</sup>.

En la Exposición de Motivos de este último Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, se parte de la idea de que la situación en la que está el mercado inmobiliario en España repercute directamente en aquellos que contrajeron préstamos hipotecarios cuando los inmuebles tenían una valoración muy alta y que ahora se encuentran ante la dramática situación de no poder hacer frente al préstamo hipotecario. Ante esta situación, dice el legislador muy acertadamente que son precisas medidas para proteger a las familias que poseen menos ingresos y además, en lo que se refiere a las ejecuciones hipotecarias, se debe garantizar que se realicen sin dar lugar a situaciones abusivas, así como el abaratamiento de los bienes sujetos a la ejecución hipotecaria, eso sí, todo ello «manteniendo plenamente, los elementos fundamentales de garantía de los préstamos y, con ellos, de la seguridad y solvencia de nuestro sistema hipotecario», máxima ésta que se reiteraría en los posteriores cuerpos normativos, dirigidos a la protección del deudor hipotecario. Era claro el mensaje de una necesaria actuación urgente que protegiera los derechos del deudor hipotecario y que eliminase la incertidumbre que de alguna manera sobrevolaba la ejecución hipotecaria. Esa actuación se plasmaría por este Real Decreto-Ley en dos aspectos: de un lado, se retocaría el mínimo de inembargabilidad y, de otro, el porcentaje de adjudicación del bien al banco en el procedimiento de ejecución.

Respecto del mínimo de inembargabilidad, señalaba la Exposición de motivos que, con el fin de moderar el impacto negativo de la crisis económica sobre los ciudadanos más vulnerables y, en particular, sobre aquellos con cargas familiares, se elevaría el umbral de inembargabilidad cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada en un procedimiento de ejecución hipotecaria fuese insuficiente para cubrir el crédito garantizado<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. R. CATENA REAL, «Las recientes reformas legislativas ante la problemática planteada por los deudores hipotecarios. ¿Son suficientes?», *Diario La Ley* 8428 (25 de Noviembre de 2014): 1-33. En este artículo se hace un recorrido por las distintas reformas legislativas sucedidas desde el año 2011 con el afán de propiciar al deudor hipotecario la necesaria protección de la que en su opinión, a la vista de todo lo acontecido en estos últimos años, carece.

<sup>3</sup> Y así, si bien con carácter general, el mínimo inembargable de cualquier deudor coincide con el salario mínimo interprofesional (SMI), a partir de este Real Decreto-Ley, según preceptúa su artículo 1 subsistente en la actualidad: En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50 por

Y, en cuanto al porcentaje de adjudicación en subasta, la Exposición de Motivos señala que «se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para garantizar que en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble, que les permita anular o reducir al máximo la deuda remanente». La adjudicación del acreedor en subasta del inmueble hipotecado, nunca se llevará a cabo por un importe inferior al 60 % del valor de tasación. Se trata con ello de evitar el despojo del deudor, de manera que la entidad de crédito nunca podrá adjudicarse el inmueble por un porcentaje inferior, sea cual sea la cuantía de la deuda total. Además, se fomenta un mayor número de pujas en las subastas con el fin de que el precio sea más justo; para ello, se reduce hasta el 20 % el depósito exigido a los postores para participar en la subasta. Es una medida muy positiva tendente a aumentar el número de postores en las subastas para la mejor adjudicación del bien hipotecado. Y para la consecución de estos objetivos se procedería a la modificación de los artículos 669, 670 y 671 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil<sup>4</sup>.

---

ciento y además en otro 30 por ciento del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que n.º disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional.

<sup>4</sup> El apartado 1 del art. 669 en su redacción dada en dicha fecha, que exige a los postores para participar en la subasta el depósito previo del 20 por ciento del valor que se haya dado a los bienes, sería modificado por virtud de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de suerte que dicho depósito previo es, en la actualidad, únicamente del 5 por ciento del valor que se hubiese dado a los bienes, como se verá más adelante en el texto y en nota 48. El segundo párrafo del apartado 4 del art. 670, que no sido modificado con posterioridad, disponía lo siguiente: que, transcurrido el indicado plazo sin que el ejecutado realice lo previsto en el párrafo anterior, el ejecutante podrá, en el plazo de cinco días, pedir la adjudicación del inmueble por el 70 % de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al sesenta por ciento de su valor de tasación y a la mejor postura; y finalmente, el art. 671 establecería: «Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al sesenta por ciento de su valor de tasación. Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, el Secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado». Este precepto ha sido nuevamente redactado por virtud de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios: «Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación del bien. Si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien». Vid. al respecto *infra* en el texto.

### III. EL REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS Y EL REAL DECRETO-LEY DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2012 DE MEDIDAS URGENTES PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS

Con posterioridad, el Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo, de protección de deudores hipotecarios sin recursos, aplicable a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca, vigentes a la fecha de su entrada en vigor, cuyo deudor se encontrase situado en el umbral de exclusión, introduciría algunos mecanismos dirigidos a la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes no pudiesen atender su pago y a la flexibilización de la ejecución de la garantía real, entre ellos la novación obligatoria de la deuda para los acreedores que se adhirieran voluntariamente al Código de Buenas Prácticas (CBP), aunque solo en los contratos de préstamo o crédito garantizados por hipoteca para la adquisición de vivienda cuyo precio no sobrepase unos límites variables según la población<sup>5</sup>. El CBP permite no obstante, que el acreedor adherido al mismo mejore las previsiones que en él se contemplan, de suerte que su aplicación puede extenderse también a deudores que se encuentren fuera del umbral de exclusión.

En el precitado Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo, la reestructuración de la deuda hipotecaria se procura aplicando a los préstamos una carencia en la amortización del capital, una reducción del tipo de interés durante cuatro años (Anexo CBP 1. i), y una ampliación del plazo total de amortización hasta cuarenta años (Anexo CBP 1. ii). Se ordena además la limitación del interés moratorio al resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2,5 % sobre el capital pendiente de préstamo (artículo 4 Real Decreto-ley), y se posibilita en último término si resultasen insuficientes las medidas sobre la deuda, que el acreedor acepte la dación en pago solicitada por el deudor, de modo que con la entrega de la vivienda habitual queden canceladas la deuda, la responsabilidad personal del deudor y la de terceros (Anexo CBP 3). Se permite además que las familias puedan permanecer en su vivienda, quedando suspendido el lanzamiento durante un mínimo de dos años, con la satisfacción de una renta anual equivalente al 3 % del importe de la deuda pendiente en el momento en que se verifique la dación en pago (Anexo CBP 3 c)).

---

<sup>5</sup> El texto del mencionado Real Decreto-ley quedó modificado por la Ley 1/2013, Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, por el R.D-ley 1/2015, de 27 de febrero de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social y por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Destaca también en el citado RD la reforma que se opera en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, aproximándolo al judicial y reduciendo a una sola subasta las tres previstas por el Reglamento Hipotecario, encomendando la Disposición final tercera del Real Decreto-ley el desarrollo reglamentario de la ejecución extrajudicial que debe contemplar entre otras previsiones la subasta electrónica<sup>6</sup>.

En el mencionado Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo<sup>7</sup> se crearía el CBP como un código de autodisciplina que establece un comportamiento al que pueden adherirse los bancos y entidades de crédito y al que se dota de instrumentos para su control<sup>8</sup>. Ya desde la aprobación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo se levantaron numerosas críticas contra el mismo por una parte, porque una vez que la entidad bancaria se somete voluntariamente a él mediante una Comunicación de adhesión dirigida a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, queda vinculada a sujetar su actuación al mismo y, por otra, porque es solo aplicable a hipotecas constituidas sobre la primera vivienda, que sea la residencia habitual y cuando todos los miembros de la unidad familiar perciban unas rentas muy bajas (por cuanto que según el artículo 3 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo únicamente pueden resultar beneficiados los deudores que se encuentren en el denominado «umbral de exclusión» y que cumplan los requisitos establecidos en el mismo precepto<sup>9</sup>).

<sup>6</sup> Con relación al procedimiento ejecutivo extrajudicial de ejecución hipotecaria, *vid.* A. NÚÑEZ IGLESIAS, «Alternativa a la ejecución hipotecaria judicial en La venta extrajudicial de bien hipotecado», A. Núñez Iglesias (Coord.) (Granada: Comares, 2012), 1-32 y S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, «La ejecución hipotecaria extrajudicial: problemas prácticos y propuestas de reforma», también en *La venta extrajudicial de bien hipotecado... 73-101*.

<sup>7</sup> Cfr. Pedro A. MUNAR BERNAT, Códigos de buenas prácticas, reestructuración de la deuda y dación en pago, en *La protección del deudor hipotecario... cit. 77 s.*

<sup>8</sup> Para M.<sup>a</sup> del Mar GÓMEZ LOZANO, (cfr. *La protección del consumidor en la comercialización de préstamos hipotecarios en La protección del deudor hipotecario... 185*) el CBP aprobado por Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo se ciñe en orden a su contenido al diseño de unas medidas previas a la ejecución hipotecaria dirigidas a la reestructuración de deudas, por lo que su ámbito de aplicación se circunscribe a la fase de ejecución. Existen además códigos éticos aplicables a la actividad de comercialización en el ámbito publicitario. Así los bancos y las cajas son anunciantes «socios» de Autocontrol (Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial). Y en este sentido, la Norma Tercera de la Circular 6/2010, de 28 de septiembre del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios, estimula la adhesión a organismos de autorregulación de la actividad publicitaria que velen por su cumplimiento.

<sup>9</sup> Según el artículo 3 del Real Decreto-ley 6/2012: «1. Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca

El artículo 5.2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo en su redacción original prescribía que el CBP se refería exclusivamente a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas con unos precios máximos de adquisición, que necesariamente tuvieron que ser ampliados en virtud de la Ley 1/2013, salvo para aquellos casos en que se pretendiese emplear la vía de la dación en pago<sup>10</sup>.

Como resulta del apartado 4 del artículo 5 del citado Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, la aplicación de las previsiones contenidas en el CBP comporta una novación contractual en tanto que se produce, *ex* artículo 1203 del Código civil, una alteración del objeto o de las condiciones del contrato, pudiendo cualquiera de las partes compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante de la aplicación de las previsiones contenidas en el CBP<sup>11</sup>.

---

sobre su vivienda habitual, cuando concurren en ellos todas las circunstancias siguientes: a) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda. b) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. c) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma. e) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que en todos los garantes concurren las circunstancias expresadas en las letras b) y c). f) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.» Este precepto como veremos, sería con posterioridad redactado por virtud del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad.

<sup>10</sup> Cfr. Pedro A. MUNAR BERNAT, Códigos de buenas prácticas, reestructuración de la deuda y dación en pago... 79-80. Como veremos, este precepto sería nuevamente redactado por virtud del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, y de la Ley 25/2015, de 28 de julio.

<sup>11</sup> En relación a este apartado, cuya redacción se mantiene tras las reformas llevadas a cabo en el 2015, lo que no se acaba de entender es que se contemple como una simple potestad atribuida a ambas partes, la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante. N.º debemos olvidar que nos encontramos ante un contrato de préstamo o de crédito garantizado con hipoteca, que en su momento se instrumentó en escritura pública para que pudiera acceder al Registro de la Propiedad el derecho real de hipoteca, que es de inscripción constitutiva, de suerte que debiera haberse exigido en cualquier caso la constancia en escritura pública de la novación producida. Compartimos aquí la opinión manifestada por Pedro A. MUNAR BERNAT, Códigos de buenas prácticas, reestructuración de la deuda y dación en pago... *cit.* p. 81.

En el ANEXO del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, que contiene el CBP para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, se prevén tres tipos de medidas que deberá al menos estudiar la entidad que voluntariamente se someta al mismo:

- 1) La primera de ellas, contemplada en el artículo 1 del Anexo consiste en la reestructuración de deudas hipotecarias, que únicamente podrá solicitar el deudor que se encuentre en el umbral de exclusión y siempre que, después de haberse iniciado el procedimiento de ejecución, no se haya producido el anuncio de subasta. Después de presentada la solicitud, la entidad dispone del plazo de un mes para ofrecer y notificar un plan de reestructuración. En cualquier caso, conforme a lo establecido en la letra c) del número 1 del Anexo, en el documento en que se detalle el plan de reestructuración la entidad deberá advertir, si fuera inviable, si cabe la posibilidad de instar la quita, o si no se dan las circunstancias para solicitarla<sup>12</sup>.
- 2) En relación a la segunda medida, cabe indicar que en el número 2 del Anexo, se establece que «los deudores para los que el plan de reestructuración resulte inviable, podrán solicitar una quita en el capital pendiente de amortización, que la entidad tendrá facultad para aceptar o rechazar en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración.» Conforme se desprende del número 2 del Anexo, la solicitud de quita podrá ser realizada por hasta tres grupos de deudores, que en cualquier caso deberán cumplir los requisitos del artículo 3.2 del RDL:
  - a) Deudor al que el plan de reestructuración ofrecido resulta inviable, estimándose plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 50 % de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar.
  - b) Deudor hipotecario incurso en procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se ha producido el anuncio de subasta al que no se le ha podido ofrecer el plan de reestructuración, por impedirlo el punto 1 a), 2.º párrafo, del Anexo.

---

<sup>12</sup> En relación a este precepto que mantiene su redacción originaria después de su parcial modificación por virtud del R.D ley 1/2015, de 27 de febrero, coincidimos con Pedro A. MUNAR BERNAT, (cfr. Códigos de buenas prácticas, reestructuración de la deuda y dación en pago... 83), en estimar que ningún sentido tiene que la entidad ofrezca un plan de reestructuración si es inviable.

- c) Los deudores que no pueden optar por la dación en pago por presentar la vivienda cargada con cargas posteriores a la hipoteca que se pretende extinguir<sup>13</sup>.
- 3) Y en relación finalmente a la última medida sustitutiva de la ejecución hipotecaria consistente en la dación en pago, que se contempla en el número 3 del Anexo, indicaremos que la viabilidad de la misma presenta dificultades, porque al igual que para la hipótesis de la quita, es necesario que se cumplan los requisitos del artículo 3.2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, y que además, concurren los siguientes supuestos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del mismo Real Decreto-ley en su relación con los artículos 1 y 2 del precitado Anexo, a saber:
- a) Que no haya resultado viable el plan de reestructuración y que la entidad haya rechazado la quita solicitada.
- b) Que en el procedimiento de ejecución no se haya anunciado la subasta.
- c) Que la vivienda no esté gravada con cargas posteriores<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Después de la reforma de 2015, se han mantenido los diversos métodos de cálculo alternativo que la normativa ofrece a la entidad a la hora de plantear la posible quita y que se contemplan en el número 2 del Anexo.

<sup>14</sup> Con la mencionada reglamentación lo que pretende el legislador es evitar que el acreedor no solo tenga que dar carta de pago por toda la deuda, sino que además se vea obligado a quedarse con una finca que esté gravada a favor de un tercero. El número 3 del Anexo que contempla la dación en pago, no ha sufrido modificación alguna tras de la reforma llevada a cabo en el 2015, En el indicado precepto se establece: 3. Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual. a) En el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda. b) La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda. c) El deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por cien. d) Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que éste pueda prestar en dicha transmisión. e) Esta medida no será aplicable en los supuestos que

El Real Decreto-ley de 15 de noviembre de 2012 introduciría una nueva medida de carácter temporal y excepcional con la finalidad de impedir el lanzamiento de la vivienda en todos los casos de adjudicación al acreedor o a un tercero, cuando los deudores se encontraran en riesgo de exclusión social. La expresada norma aplicable en circunstancias extraordinarias, tenía como única finalidad, según señala su Exposición de Motivos, la de evitar que la adversidad económica de las familias, los condene finalmente a su exclusión social<sup>15</sup>.

se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

<sup>15</sup> Según el artículo 1 de este Real Decreto-ley de 15 de noviembre de 2012: 1. Hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de este real decreto-ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo; 2. Los supuestos de especial vulnerabilidad a los que se refiere el apartado anterior son: a) Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente. b) Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo. c) Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años. d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral. e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo; f) Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral; g) Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituyan su domicilio habitual. 3. Para que sea de aplicación lo previsto en el apartado 1 deberán concurrir, además de los supuestos de especial vulnerabilidad previstos en el apartado anterior, las circunstancias económicas siguientes: a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda; c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma. 4. A los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá: a) Que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5. b) Por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la

Diversos colectivos de juristas valoraron duramente este RD-ley, observando entre otros defectos concretos, la estricta consideración de los deudores en el umbral de exclusión (quedaban fuera las familias con niños mayores de 3 años o los jubilados, por ejemplo). Se insistió en que la situación económica requería una profunda reforma de la LH, la limitación legal del contenido del contrato, el control judicial de las condiciones de la contratación (cláusulas abusivas de las entidades bancarias, sobrevaloraciones perjudiciales a los ejecutados, intereses leoninos...), cuestionándose asimismo el procedimiento extrajudicial hipotecario, carente de las garantías del procedimiento judicial, estimándose asimismo que todas las medidas que se contemplan en el Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo tienen en realidad carácter potestativo para los acreedores, de suerte que la indicada norma no parece alterar en absoluto, la naturaleza pro creditoris del sistema de contratación y ejecución hipotecarias<sup>16</sup>. Insistentemente se reclamaba la posibilidad de ordenar la dación en pago en los casos en que los valores de tasación reflejados en el contrato, fuesen muy lejanos a los de la subasta y adjudicación, de modo que el deudor ejecutado perdiese el bien por el que se hipotecó y quedase además endeudado de por vida<sup>17</sup>. Ciertamente no hay norma en nuestro ordenamiento que respalde una dación en pago no voluntaria para el acreedor. La voluntad del acreedor es condición, tanto para aplicar el artículo 140 LH, como el artículo 3 del CBP anexo al Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo precitado, ya que es de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito. Y es jurisprudencia consolidada, la que desestima las alegaciones del deudor que pretende que la ejecución no continúe sobre su patrimonio, cuando la ejecución del bien hipotecado no haya sido suficiente para saldar por completo la deuda, aunque diverso

---

vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar.

<sup>16</sup> Suscribimos aquí la opinión mantenida por M.<sup>a</sup> B. SÁINZ CANTERO CAPARRÓS (cfr., La evolución de la posición del deudor hipotecario... 12-13.

<sup>17</sup> Véase sobre este particular el informe del Defensor del pueblo del 2012: «crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo (enero 2012)»: <<https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/crisis-economica-y-deudores-hipotecarios-actuaciones-y-propuestas-del-defensor-del-pueblo-enero-2012>>; cfr. S. TORRES ESCÁMEZ, Protección del deudor hipotecario y principios jurídicos, en La protección del deudor hipotecario... 1-6, quien nos indica en su trabajo que los tres principios jurídicos que de una manera más esencial resultan aplicables a la situación de deuda hipotecaria son el de seguridad jurídica, en su sentido de seguridad del ordenamiento, seguridad de los derechos, seguridad del tráfico y certeza de las relaciones jurídicas; el de responsabilidad patrimonial consagrado en el artículo 1911 del Código civil, que es el mayor obstáculo que se opone a la dación en pago obligatoria y retroactiva; y en tercer lugar, el principio de protección del consumidor, en nuestro caso del consumidor hipotecario.

es sin embargo el criterio manifestado en algunas decisiones judiciales, como por ejemplo en el Auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 16 de septiembre de 2011, que admite las daciones en pago en ejecuciones hipotecarias<sup>18</sup>.

La protección del deudor en la ejecución representa la última fase temporal en que se puede encontrar un deudor hipotecario en dificultades. Desde las plataformas de afectados se condenó sin paliativos las reformas precitadas llevadas a cabo fundamentalmente en el 2012, por estimar que no representaban una solución al problema social planteado. Desde el ámbito de la banca y también por muchos juristas, en cambio, se señaló que la modificación por el legislador de las relaciones jurídicas contractuales implica un ataque a la seguridad jurídica que pone en riesgo la futura concesión de crédito hipotecario<sup>19</sup>. De suerte que nuestro sistema hipotecario que nos parecía tan satisfactorio, sería objeto de un cuestionamiento general provocado por la crisis del que no se libraría tampoco nuestro procedimiento ejecutivo, al estimar la sentencia de 14 de marzo del TJUE (As. C-415/11)<sup>20</sup> que el sistema español de ejecución hipotecaria es contrario a la normativa europea, al no

<sup>18</sup> En el expresado Auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 16 de septiembre de 2011, se indica en efecto, que «se olvida a veces que en la interpretación y aplicación de las leyes los tribunales deben buscar aquella respuesta que, sin contravenirlas, sea más acorde con una decisión justa, que es lo que, en última instancia, la ciudadanía espera de un «tribunal de justicia». En relación al mismo, sin embargo M.<sup>a</sup> Ángeles PARRA, (cfr. «Contratación y vivienda en la crisis económica», en *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto, a cura di Giuseppe Grisi*, Jovene Editore, Napoli, 2014, 50 ss.) estima, coincidiendo con el parecer de numerosos expertos, que limitar la responsabilidad hipotecaria al inmueble que se ofrece como garantía de la devolución del préstamo implica un encarecimiento del crédito y una disminución de las hipotecas concedidas. Y alude al necesario desarrollo del concepto de crédito responsable, que implica una evaluación de la solvencia del deudor por parte de las entidades de crédito, tal y como se contempla entre otras disposiciones en la Ley 6/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo La A. reflexiona asimismo sobre la conveniencia de que el desistimiento contractual reconocido a los consumidores en algunos sectores, que contempla el artículo 28 de la Ley 16/2011 de crédito al consumo, y que permite a éstos reflexionar sobre la conveniencia de vincularse definitivamente al contrato, se reconozca también en el ámbito del crédito inmobiliario, posibilidad ésta explícitamente rechazada por el artículo 10 de la Ley 22/2007, de 11 de julio.

<sup>19</sup> Cfr. Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, *Protección del deudor hipotecario en la ejecución de la garantía*, en *La protección del deudor hipotecario...* 145 ss., quien estima que ambas visiones son parciales y no permiten hacer un juicio razonable de la reforma. Por una parte, el problema de los deudores hipotecarios no es exclusivamente un problema social; y por otra, la seguridad jurídica no es un valor absoluto, sino que ha de ser evaluado en relación con la justicia.

<sup>20</sup> Vid. texto en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=135024&doclang=ES>>.

permitir una fase de oposición en la que el deudor pueda discutir el carácter abusivo de una cláusula de la hipoteca que se ejecuta<sup>21</sup>.

#### IV. LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA, Y ALQUILER SOCIAL Y LA LEY 8/2013, DE 26 DE JUNIO, DE REHABILITACIÓN, REGENERACIÓN Y RENOVACIÓN URBANAS

1. A todas las carencias y críticas manifestadas en relación con la normativa precedente pretendió responder la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que intentó solventar todas las expresadas cuestiones, comenzando con unas medidas temporales y coyunturales, ordenando la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los lanzamientos de las familias que se encontrasen en una situación de especial riesgo de exclusión (capítulo I). La expresada

<sup>21</sup> No han faltado autores que han estimado que quizá procedería imaginación y apertura a otras posibles alternativas que el Derecho comparado nos depara en el ámbito de los procedimientos y formas de ejecución hipotecaria (Cfr. Álvaro NÚÑEZ IGLESIAS, «Alternativa a la ejecución hipotecaria judicial», en *La venta extrajudicial...* 1-31), quien considera que la ejecución hipotecaria judicial y en definitiva la subasta judicial distan mucho todavía de representar un trámite eficaz, aunque parcialmente trataron de paliarse por la actual Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y sus sucesivas reformas. Los Derechos europeos privilegian la vía extrajudicial y ofrecen posibilidades que desconoce o evita el Derecho español, como son entre otras el pacto comisorio y la venta por el propio deudor que contempla el artículo 2201. 1 del *Code civil*. También podría defenderse el interés o ventaja comparativa del procedimiento ejecutivo extrajudicial frente al judicial en atención a su agilidad o rapidez, lo que favorece al desarrollo de crédito, a los acreedores y a los propios deudores (cfr. Manuel GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, «Sobre la legitimidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria», en *La venta extrajudicial de bien hipotecado...* pp. 33-71), legitimidad del indicado procedimiento que en modo alguno debe presuponer una merma de las garantías jurídicas correspondientes a todos los sujetos implicados, en particular el deudor ejecutado. La posibilidad en general de este procedimiento extrajudicial de ejecución no ha estado sin embargo exenta de dudas, habiendo existido incluso pronunciamientos judiciales del máximo rango que han negado la validez de alguno de estos procedimientos por falta de cobertura legal. Parece sorprendente que en un sistema de contratación en donde impera como regla general la libertad de forma, si bien nace directamente de la ley la posibilidad de acudir a un procedimiento judicial de ejecución directa sobre la finca hipotecada, en cambio la viabilidad de entablar el procedimiento extrajudicial de ejecución, no nacería de la ley, sino de un expreso pacto de las partes en el título de constitución de la hipoteca, característica del indicado procedimiento que subsiste tras de la modificación del artículo 129 LH por virtud de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

disposición también prevé la ampliación del colectivo de personas en situación de vulnerabilidad, que pueden beneficiarse del fondo social de vivienda, contemplándose además en el capítulo II («Medidas de mejora del mercado hipotecario») importantes límites en la contratación.

Con referencia a la suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria, *la expresada materia que anteriormente contemplaba el Real Decreto-Ley 27/2012, en la actualidad se regula en el artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificado en sus apartados 1, 2 y 3 por el R.D.-ley 1/2015, de 27 de febrero de mecanismo de segunda oportunidad y con posterioridad, por el artículo 3 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*<sup>22</sup>. Deudor e hipotecante, como se desprende de los términos del artículo 1.3 d), tienen que ser la misma persona, por cuanto que el crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor tiene que haberse concedido para la adquisición de la misma<sup>23</sup>. Se prevé en esta *Ley 1/2013* que la protección brindada a las unidades compuestas por dos ascendientes y un solo hijo, quede limitada a que el hijo sea menor de tres años<sup>24</sup>. El derecho concedido al deudor es el de continuar en el uso de la vivienda gratuitamente por tiempo determinado. El título, estimamos, no puede ser otro que el

---

<sup>22</sup> En la actualidad, el *artículo 1* sobre suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables sustituye el anterior plazo de dos años requerido por *la Ley 1/2013, de 14 de mayo* por el de cuatro desde la entrada en vigor de la Ley, para poder proceder al lanzamiento de las personas que se encuentren en condiciones de especial vulnerabilidad en las condiciones y con los requisitos que se detallan en el mismo. En relación con el indicado art. 1.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, señala Álvaro NÚÑEZ IGLESIAS, (cfr. «La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria» en *La protección del deudor hipotecario...* 207) que la expresada medida por su carácter expropiatorio y sin que medie procedimiento ni indemnización, fue calificada en su día como contraria al art. 33. 3 CE, y objeto de recurso de inconstitucionalidad. Añade además, que esta medida protectora del artículo 1, que no se ha visto afectado en este punto por las reformas ulteriores del 2015, es muy restrictiva y así, por ejemplo, sólo afecta a los procesos de ejecución hipotecaria judicial o extrajudicial. Quedan fuera, por tanto –y aunque el bien afectado sea la vivienda habitual– los procesos de desahucio arrendaticio (por falta de pago de la renta, por ejemplo) o por precario. Y añade el A. que el legislador de mayo de 2013 (con referencia a la fecha de aprobación de esta disposición, aunque sus consideraciones son igualmente aplicables en la actualidad) debería haber arbitrado un sistema de ayudas al inquilinato, en los mismos supuestos de vulnerabilidad que tiene en cuenta para proteger al deudor hipotecario.

<sup>23</sup> Así se establece en el *en el artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo*, que ha mantenido en este extremo su redacción inicial.

<sup>24</sup> Esta circunstancia que se ha mantenido en la regulación vigente, ya fue criticada en su día por Álvaro NÚÑEZ IGLESIAS, «La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria» en *La protección del deudor hipotecario...*, 203.

precario por cuanto que la situación del deudor «no lanzado» está en la órbita de un precario de origen contractual, consentido por el propietario. Y en definitiva, el precario consentido de origen contractual, no es otra cosa que el comodato<sup>25</sup>. El artículo 2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, determina los documentos que habrá de presentar el deudor junto con su solicitud de suspensión del lanzamiento para acreditar «las circunstancias a que se refiere la ley», a los que se añade la «declaración responsable» del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos, para considerarse situado en el ámbito de aplicación de esta Ley.

2. Adentrándonos algo más en el examen de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, podría señalarse que a la vista de las reformas que opera en la LH, la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario y la LEC, es posible afirmar que la expresada disposición da entrada a la intervención pública, tanto preventiva y judicial, propias del Derecho de Consumo, en la contratación del préstamo y crédito hipotecarios, limitando previamente lo que se puede pactar, permitiendo en algunas condiciones que el deudor se desvincule de lo estrictamente pactado y admitiendo la paralización de las ejecuciones o la alteración de sus términos<sup>26</sup>. La Ley 1/2013, de 14 de mayo se aplica a todos los deudores hipotecarios, es decir, no sólo a los deudores hipotecarios sin recursos, como ocurría con el RD-ley 6/2012, de 9 de marzo, sino también a clientes de todo tipo de prestamistas (bancarios y no bancarios)<sup>27</sup>. Y entre las nuevas reglas que estatuye, la Disposición Adicional Tercera ordena al Banco de España la publicación de la *Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario*, la cual fue publicada en efecto, en la web del Banco de España con fecha de 15 de julio de 2013 y que se incluye en la «fase de comercialización» que es la fase previa a la de contratación<sup>28</sup>. *En el artículo 6 de la Ley 1/2013, bajo*

<sup>25</sup> Compartimos aquí la opinión mantenida por Álvaro NÚÑEZ IGLESIAS, «La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria» en *La protección del deudor hipotecario...*, 206.

<sup>26</sup> Cfr. M.<sup>a</sup> B. SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, «La evolución de la posición del deudor hipotecario...», 7 ss. Por remisión entre otras disposiciones de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de comercialización, hemos de entender que la protección del deudor hipotecario no se limita tan solo a la que depara la normativa específica, sino que queda asimismo amparado dicho deudor por la normativa dirigida a la protección de los intereses de los consumidores en general (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba la LGDCU y otras leyes complementarias y la Ley 3/1991, de 10 de enero de competencia desleal).

<sup>27</sup> Cfr. M.<sup>a</sup> DEL MAR GÓMEZ LOZANO, «La protección del consumidor en la comercialización de préstamos hipotecarios» en *La protección del deudor hipotecario...*, 179 ss.

<sup>28</sup> Vid. <[http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Folletos/guia\\_de\\_acceso\\_a](http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Folletos/guia_de_acceso_a)>. Con anterioridad a la publicación de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y

el título de «Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios» se contempla como nueva medida de protección la denominada «expresión manuscrita» al establecer en su párrafo 1: En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato<sup>29</sup>».

del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, se contemplaba una diferente protección y normativa aplicable al consumidor, según fuese o no cliente bancario. La Directiva mencionada en cambio, pretende garantizar que todos los consumidores sin distinción que concluyan contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial, disfruten de un elevado grado de protección. Dado que la transposición a la normativa nacional de la indicada Directiva no es exigible hasta el 21/3/2016, y no se ha llevado a cabo todavía, se mantiene la legislación protectora del consumidor vigente en la actualidad, en tanto no se efectúen las debidas adaptaciones.

<sup>29</sup> Como indica M.<sup>a</sup> DEL MAR GÓMEZ LOZANO, (cfr. «La protección del consumidor...», en *La protección del deudor hipotecario...*, 189), comentando este párrafo con el siguiente del mismo artículo 6, en relación con el aspecto subjetivo, la norma se aplica a los contratos que se suscriben con un prestatario persona física (quedando por tanto excluidas las personas jurídicas). Y en lo referente al ámbito objetivo la norma se aplica: 1.º) a aquellos contratos en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, y 2.º) a aquellos contratos en los que concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien; c) que se concedan en una o varias divisas. Estos mismos términos han sido incluidos y desarrollados en el anejo IX de la *Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario*, publicada en la web del Banco de España, como anteriormente indicamos el 15 de julio de 2013, pero en opinión de la A. ni las medidas adoptadas en la Ley 1/ 2013 en lo referente a esta fase de comercialización, ni tampoco las contempladas en la *Guía de Acceso* permiten asegurar que el consumidor conozca realmente todos los extremos del producto financiero que contrata y de los riesgos que conlleva y que en definitiva quede protegido conforme a lo preceptuado en el artículo 51.1 de la Constitución española. En relación a la indicada prevención se muestra escéptico I. SERRANO GARCÍA (cfr. «El drama social de los desahucios: soluciones en Derecho español», en *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi económica. Italia e Spagna a confronto* [a cura di Giuseppe Grisi] (Nápoli: Jovene Editore, 2014), 168) quien estima que le hubiera satisfecho más –si es que se estimase que hacía falta– que los Notarios advirtieran a los firmantes del préstamo garantizado con la hipoteca, de las consecuencias –derivadas de las variaciones del mercado– de las cláusulas que firmaban. O bien que los Registradores se negaran a inscribir aquellas hipotecas que garantizasen préstamos en los que hubie-

3. En materia de regulación del mercado hipotecario, el artículo 4 de la Ley 1/2013 confiere una nueva redacción al párrafo segundo del artículo quinto de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario (LRMH) 2/1981, de 25 de marzo, que queda redactado del siguiente modo: «El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley. El plazo de amortización del préstamo o crédito garantizado, cuando financie la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual, no podrá exceder de treinta años<sup>30</sup>». La Ley 1/2013 introduce además controles importantes en las sociedades de tasación y sus servicios, añadiéndose nuevos requisitos formales que pretenden garantizar la información para el que se adeuda sobre las condiciones que habrá de asumir. En efecto, el artículo 3 de la LRMH (Ley 2/1981, de 25 de marzo) resulta asimismo modificado por la Ley 1/2013, con la pretensión de que las entidades de tasación sean independientes de los Bancos que conceden el préstamo y que por tanto no puedan superar de forma directa o indirecta, el 10 por ciento del capital o de los derechos de la entidad.

4. Por virtud de la Ley 1/2013, complementada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, se verifica asimismo una reforma trascendental en materia de ejecución ordinaria e hipotecaria<sup>31</sup>. Podemos destacar por su importancia las siguientes disposicio-

---

ra cláusulas sospechosas de haber sido predisuestas por la Entidad bancaria prestamista. La postura que está a juicio del A. prevaleciendo aquí equivocadamente, es la de que el control se haga exclusivamente por el poder judicial, sin considerar la función preventiva que cumplen Notarios y Registradores, consistente en un buen funcionamiento del Registro de Condiciones Generales de Contratación, y que sería muy beneficiosa para los consumidores.

<sup>30</sup> El hecho de que el destino del inmueble adquirido modifique el régimen financiero del préstamo en los términos que acabamos de examinar, puede provocar que el préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de la vivienda habitual se restrinja y encarezca en comparación con el préstamo hipotecario normal, pudiendo cuestionarse asimismo si serán aplicables las normas protectoras al comprador del inmueble que n.º declaró el uso como vivienda habitual en la escritura, por cuanto que el reformado 21.3 LH por virtud de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece la obligación de declarar el uso pretendido, pero sin mencionar las consecuencias de una declaración falsa o incorrecta (Cfr. M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Contenido financiero del préstamo y protección del deudor hipotecario, Primera aproximación a su tratamiento en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores..., hipotecarios, reestructuración de deuda, y alquiler social», en La protección del deudor hipotecario..., 49.

<sup>31</sup> Cfr. Carmen SENÉS MONTILLA, «La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria (Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipote-

nes que inciden o bien en la delimitación del volumen de responsabilidad exigible en el proceso de ejecución, o bien determinan los sujetos pasivamente legitimados para soportar la actividad ejecutiva:

- a) *Establecimiento de un límite legal a los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda.* Con relación a los préstamos para la adquisición de la vivienda habitual<sup>32</sup>, el actual apartado 3 del artículo 114 LH, introducido por la precitada Ley 1/2013, ha quedado redactado con una formulación netamente imperativa en lo referente a la cuantía de los intereses moratorios, que en cumplimiento de lo ordenado en la EM de la referida Ley, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero, y con exclusión expresa tanto del anatocismo, como de la capitalización de los intereses vencidos, con las muy circunscritas excepciones contempladas en la LEC<sup>33</sup>. Hemos de tener asimismo en cuenta que en determinados casos, concretamente los préstamos de fecha anterior al 10 de marzo de 2012, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo, existe un doble límite para los intereses de demora: el reconocido en el artículo 4 del RDL (que es el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 % – sobre el capital pendiente de préstamo) y el del artículo 114.3 LH al que nos acabamos de referir<sup>34</sup>. Se destaca asimismo por la doctrina que la DT 2.ª de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, después de indicar que la limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre la vivienda habitual, será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, establece, sin embargo, una retroactividad de tipo medio por cuanto que el nuevo criterio legal

---

carios, reestructuración de deuda y alquiler social)» en *La protección del deudor hipotecario...*, 149 ss.

<sup>32</sup> Cfr. M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Contenido financiero del préstamo y protección del deudor hipotecario...», 36-54.

<sup>33</sup> El apartado 3 del artículo 114 LH dispone: «Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

<sup>34</sup> Sobre este particular ESPEJO LERDO DE TEJADA (cfr. «Contenido financiero del préstamo y protección del deudor hipotecario...», 44-45) cuya opinión suscribimos, estima que en la filosofía protectora de la Ley debería aplicarse en cada supuesto concreto el tipo que resulte más reducido o beneficioso para el deudor.

termina por aplicarse a las siguientes situaciones: a los intereses devengados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley; a los generados antes de la entrada en vigor de la Ley que no hubiesen sido satisfechos y a los ya reclamados judicialmente en procedimientos no concluidos a la entrada en vigor de la Ley<sup>35</sup>.

- b) *Modificación del límite legal aplicable a los intereses moratorios derivados de los préstamos o créditos garantizados con hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor que se encuentre en el umbral de exclusión que define el Real Decreto- ley 6/2012, de 9 de marzo; límite que pasa del 2,5 en el 2012 al 2 % en el 2013 (artículo 4. 1 RDL 6/2012 en su redacción dada por Ley 1/2013, de 14 de mayo)*<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Contenido financiero del préstamo y protección del deudor hipotecario...». Juan Ignacio NAVAS (cfr. «La protección del hipotecado pendiente de Luxemburgo», *Diario La Ley* 8593 (Sección Tribuna, 30 de Julio de 2015)) destaca además el planteamiento que se hace el Juzgado de 1.ª instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena el cual se pregunta respecto de qué ocurre con aquellos consumidores previos a la entrada en vigor de la Ley 1/2013. ¿Pueden declararse nulos y no exigibles los intereses abusivos pagados con anterioridad?, ¿quedan o no protegidos por la normativa nacional? En su opinión, la conclusión es clara: la primacía del derecho comunitario hace que la protección de la directiva sobre el consumidor esté vigente desde su promulgación, el 5 de abril de 1993. Parece evidente que si ha existido abuso y desequilibrio por la aplicación de un contrato de adhesión, esa cláusula se debe tener por no puesta y considerada nula antes y después de la Ley 1/2013, ya que la Directiva 13 de Consumo, que establece el equilibrio en la contratación con los consumidores, es del año 1993.

<sup>36</sup> El TS sigue manteniendo con frecuencia que los intereses moratorios no resultan controlables mediante la legislación represora de la usura, así por ejemplo en STS de 26/10/2011, no así en cambio en STS de 7/5/2002. La nueva sensibilidad social hacia los deudores sin recursos, la presión que la misma pueda ejercer sobre los tribunales de justicia y la propia diversidad de soluciones jurisprudenciales, quizá hubieran justificado una intervención legislativa de mayor calado, y más clarificadora en toda esta materia (cfr. también en relación a esta temática María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA («Las consecuencias de la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario: especial referencia a los intereses moratorios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XCI, Núm. 749 (Mayo-Junio 2015), 1565 ss.) quien estima que, ante los dos efectos que se ofrecen como posibles cuando exista una cláusula con intereses moratorios abusivos – tenerla por no puesta, o declarar nulo todo el contrato– ha de optarse por el primero de ellos, tal y como aboga el Consejo General del Poder Judicial, y parece más razonable por el propio carácter de estos intereses. La jurisprudencia española ha seguido en general este criterio: así, por ejemplo, el AAP Castellón de 18 de diciembre de 2013, según el cual no cabe integración o moderación de los intereses, posibilidad ésta prevista en la Disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y que parece contravenir el Derecho comunitario. Sin embargo, de otras dos resoluciones de los Tribunales (SAP Córdoba 20 de junio de 2014, SAP Alicante 11 de septiembre de 2014), parece deducirse que cabe la moderación o rebaja de los intereses moratorios hasta el máximo legalmente permitido, cuando estos sean abusivos. También la STJUE de 21 de enero de 2015 vuelve a poner de manifiesto la po-

- c) Posibilidad de reclamación de la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo<sup>37</sup>.
- d) Establecimiento asimismo de que las medidas previstas en el Real Decreto-ley 6/2012 se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario (artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012 redactado por el apartado uno de la disposición final decimocuarta de la Ley 8/2013, de 26 de junio).
- e) El Artículo 3 bis del Real Decreto-ley 6/2012 redactado por el apartado dos de la disposición final decimocuarta de la Ley 8/2013, de 26 de junio, sanciona el reconocimiento a los fiadores, avalistas e hipotecantes n.º deudores que se encuentren en el umbral de exclusión de la posibilidad de exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a éste, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, antes de reclamarles

sibilidad o la facultad del juez de integrar el contrato y moderar la cláusula que contemple intereses moratorios abusivos en un préstamo hipotecario.

<sup>37</sup> Así se establece en el actual 693.2 LEC nuevamente redactado por Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. En relación al indicado precepto que coincide literalmente en el extremo relativo al vencimiento anticipado de la deuda en cuanto a capital en intereses, salvo en el último inciso concerniente al «asiento respectivo», con el artículo precedente redactado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, indicó en su momento M. ESPEJO LERDO DE TEJADA (cfr., «Contenido financiero del préstamo y protección del deudor hipotecario...», 51) que la ubicación sistemática de la norma permite afirmar que no atañe en exclusiva al vencimiento anticipado en caso de préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda habitual. Cfr. también Juan Ignacio NAVAS, «La protección del hipotecado pendiente de Luxemburgo...», quien destaca que el juzgado de 1.ª instancia de Miranda de Ebro cuestionó el 24 de febrero de 2014 si lo establecido en la normativa española de que tres impagos de cuotas son suficientes para ejecutar es conforme a la normativa comunitaria «sin tener en cuenta otros factores como la duración o la cuantía del préstamo o cualesquiera otras causas concurrentes relevantes». En el «caso Aziz», Luxemburgo resolvió el 14 de marzo de 2013 que la ejecución debía ser equilibrada evitando la abusividad. Y en consonancia con la misma, podríamos estimar que la legislación que permite la ejecución hipotecaria tras tres impagos, sin tomar en consideración ninguna circunstancia concurrente, sigue vigente generando inseguridad jurídica.

la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión<sup>38</sup>.

- f) Podemos asimismo citar entre otras medidas introducidas por la *Ley 8/2013, de 26 de junio*, la consideración como nueva causa de oposición a la ejecución del carácter abusivo de una cláusula contractual. En efecto, en el marco de las disposiciones generales de la ejecución forzosa se introduce el control de oficio de las cláusulas abusivas, que el juez podrá apreciar al tiempo del despacho de la ejecución (art. 552.1 II LEC). En este sentido, el actual *párrafo segundo del número 1 del artículo 552 LEC dispone que* «cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.<sup>39</sup>». Y por su parte el actual artículo 561.1.3.<sup>a</sup> LEC establece: «Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despatchando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas<sup>40</sup>.» Esta previsión se incorpora atendiendo a la sentencia del

<sup>38</sup> Tanto el artículo 2 como el 3 bis del Real Decreto-ley 6/2012 *mantienen su redacción dada por virtud de la Ley 8/2013, de 26 de junio*.

<sup>39</sup> En efecto, la apreciación judicial de que una cláusula contractual pueda ser abusiva comporta la necesidad de conferir un trámite de audiencia a las partes, al ser ésta una exigencia elemental del principio de contradicción. Precisamente en este sentido se ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STUE, Sala Primera, de 21 de febrero de 2013).

<sup>40</sup> En efecto, el art. 552.1 LEC alude simplemente a la circunstancia de que el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo pudiese ser calificada como abusiva, sin mayor concreción, pronunciándose asimismo en términos muy genéricos el art. 561.1.3.<sup>a</sup>, al que se remite aquel precepto; pero en cambio, el art. 695.1.4.<sup>a</sup> sí que precisa que «sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:... 4.<sup>a</sup> El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible». Sobre este particular, indica Manuel ALMENAR BELENGUER (cfr. «Cuestiones de actualidad sobre la ejecución hipotecaria judicial (El procedimiento de ejecución hipotecaria a la luz de la doctrina del TJUE y de las últimas reformas legales)», en *Varia Studia, Libro-homenaje al profesor Doctor Luis Rodríguez Ennes* (Pontevedra: Patronato del Instituto de Estudios Ibéricos, 2015), 74-76) que «el equilibrio entre el derecho de defensa y el nivel de protección del consumidor que pretende garantizar la Directiva (93/13), de un lado, y las singulares características del procedimiento, de otro lado, unido a la posibilidad de apreciar el carácter abusivo de una cláusula en cualquier momento y, desde luego, tan pronto como se pretenda «actuar» la cláusula o, en su caso, plantear la cuestión en un procedimiento declarativo

Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto de la incidencia en la legislación hipotecaria española de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993<sup>41</sup>. En todo caso, es claro que el juez nacional, como juez

con cognición plena, permite afirmar, primero, que el juez ha de centrar su supervisión en las cláusulas efectivamente aplicadas por el ejecutante y relativas al fundamento de la ejecución o a la determinación de la cantidad exigible, y, segundo, que tanto la expresión «fundamento de la ejecución» como «determinación de la cantidad exigible» han de ser objeto de una interpretación amplia, de manera que comprendan toda cláusula que incida, directa o indirectamente, de modo principal o accesorio, en uno u otro conceptos». Añade asimismo el autor (*loc. cit.*) a nuestro juicio muy acertadamente, con referencia a la decisión del juez que contempla el art. 561.1.3.<sup>a</sup> LEC, que en términos generales, la improcedencia de la ejecución procederá cuando estemos ante una causa que constituya el fundamento de la ejecución (v.gr. vencimiento anticipado); mientras que la inaplicación de las cláusulas abusivas tendrá lugar cuando se trate de cláusulas relativas a la determinación de la cantidad exigible (intereses remuneratorios, intereses de demora, reclamación de gastos o comisiones, conversión de divisas...), aunque en este último caso pueden darse diversas situaciones que detalla el A., en función de la cláusula de que se trate.

<sup>41</sup> Cfr. *supra* nota 21. Con esta Sentencia quedó claro que en nuestro procedimiento hipotecario, el juez ya no puede limitarse a realizar un análisis formal del título ejecutivo, sino que tiene la función de proteger al consumidor y sus intereses; y por ello vigilar el equilibrio contractual en la contratación. Podríamos destacar a este respecto las Conclusiones de la Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias de 8 de mayo de 2013, que recoge criterios orientativos para valorar el carácter abusivo de una cláusula contractual, las consecuencias de la declaración de una cláusula como abusiva y las facultades del juez para actuar de oficio en materia de cláusulas abusivas. En:

[http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Tribunales\\_Superiores\\_de\\_Justicia/TSJ\\_Cataluna](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunales_Superiores_de_Justicia/TSJ_Cataluna).

Sobre la necesidad y formas de control *vid.* Jacinto José PÉREZ BENÍTEZ, «El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas. Tutela procesal de los intereses de grupo», en *I Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho mercantil*, coord. por J. R. Salelles Climent, M. J. Guerrero Lebrón, R. Fuentes Devesa (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 161-218. Y sobre la posibilidad de articular el control de las cláusulas en la oposición a la ejecución hipotecaria *vid.* A. CARRASCO PERERA, *La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria*, CESCO, <<http://www.uclm.es/centro/cesco/>>. Recordemos que según el artículo 82 del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre 1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Y que también la Directiva 93/13/CEE afirma en el artículo 3.1 lo siguiente: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del

comunitario, podría paralizar la ejecución para plantear cuestión pre-judicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea al amparo del artículo 43 LEC, aunque también podría plantearse en el curso de la ejecución ordinaria posterior a la adjudicación del bien inmueble<sup>42</sup>. En la actualidad, todos los ordenamientos europeos arbitran instrumentos para garantizar el equilibrio de las partes en el momento de la contratación y en el cumplimiento del contrato, atendiendo a la buena fe y equidad, tales como la cláusula *rebus sic stantibus* que ampara la revisión y la resolución contractual en caso de alteración extraordinaria de circunstancias<sup>43</sup>. Sin embargo, la Ley 1/2013, de 14 de mayo no introduce de un modo decidido el control del equilibrio contractual funcional en la ejecución hipotecaria y se limita a dar entrada al control del desequilibrio contractual inicial, producido por las cláusulas abusivas pactadas, sin considerar el que puede generar la aplicación de una norma<sup>44</sup>. Con relación a esta particular temática concerniente a las cláusulas abusivas, si tomamos en consideración que las CGC se caracterizan por no ser el resultado de un pacto sino de la imposición del prestamista —en la práctica totalidad de los casos, entidades de crédito— resulta imprescindible asegurarse de que su contenido no

---

consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». Así pues, y aquí nos adherimos a la opinión de M.<sup>a</sup> B. SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, (cfr. «La evolución de la posición del deudor hipotecario...», 26), «si de lo que se trata es de garantizar el equilibrio contractual y la defensa del deudor consumidor, el control judicial debe extenderse a todas las fases del contrato: desde la información pre-contractual, a la contratación y sus efectos».

<sup>42</sup> Cfr., M.<sup>a</sup> B. SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, «La evolución de la posición del deudor hipotecario...», 27.

<sup>43</sup> El Derecho contractual uniforme-los Principios Unidroit 2010, los PECL (Principios de Derecho Europeo de Contratos), el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) y la Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de Compraventa europea, de 11 de octubre de 2011 (Propuesta CESL), han venido a consagrar también la imprescindible intervención judicial, ya sea sobre la formación del contrato, como sobre los términos de su ejecución, en aras de la justicia contractual. Véase al respecto FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS, «Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el Derecho europeo» en *La protección del deudor hipotecario...*, 125 ss.

<sup>44</sup> Cfr. M.<sup>a</sup> B. SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, «La evolución de la posición del deudor hipotecario...», 35. Cfr. también en relación a este particular, Lourdes BLANCO PÉREZ RUBIO, «El control específico sobre el contenido de los clausulados negociales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 749, Año XCI (Mayo-Junio 2015), trabajo que tiene por objeto realizar un profundo estudio del control específico sobre el contenido de las cláusulas que no han sido objeto de negociación individual y que causan al consumidor un perjuicio importante por tratarse de cláusulas abusivas.

suponga un desequilibrio en perjuicio del adherente (esto es el prestatario). Y cabe la posibilidad de que nos cuestionemos cómo después de haberse dictado la mencionada sentencia de 14 de marzo de 2013 del TSJUE, por la que se modifica procesalmente la forma de identificar las CGC abusivas, así como los criterios para determinar cuáles han de entenderse por tales, no se haya realizado hasta el día de hoy reforma alguna en profundidad, para evitar la entrada en el mercado de nuevas CGC con contenidos contrarios a Derecho<sup>45</sup>.

Respecto de los recursos procedentes contra el auto que declare el carácter abusivo de la cláusula, hasta ahora, y con anterioridad a la reforma llevada a cabo por virtud de la Ley 9/2015 de 25 de mayo de medidas urgentes en materia concursal, el artículo 695 LEC vetaba al ejecutado la posibilidad de recurrir en apelación el auto desestimatorio

---

<sup>45</sup> La doctrina de la DGRN contraria a reconocer el papel activo del Registrador en el ámbito de la calificación del contenido y, en definitiva, del control de legalidad de las CGC, ha ido enmendándose progresivamente en favor del consumidor, pudiendo citarse en este sentido, la RDGRN de 11 de enero de 2011. La LCGC de 1998 prevé un control de legalidad de las CGC, que se centra en dos aspectos: por una parte, en la oportuna resolución judicial para el caso de que el adherente en la creencia de que una CGC fuese contraria a Derecho o abusiva interpusiese el correspondiente pleito; y por otra parte, el control preventivo de legalidad de las CGC se basa en la creación del RCGC, registro de carácter público, cuya gestión se encarga a los registradores de la propiedad. (cfr. Iñigo Mateo y Villa, «Cláusulas abusivas e inscripción registral» en La protección del deudor hipotecario..., 71 quien entiende que el legislador debe centrarse prioritariamente en la justicia preventiva, de suerte que el registrador encargado del RCGC pueda calificar, esto es emitir un juicio independiente sobre la legalidad de las CGC antes de que éstas sean utilizadas y entren en el mercado. El Consejo General del Notariado en uso de sus competencias, en el pleno del día 27 de Abril de 2013, aprobó «la constitución del Órgano de Control de las Cláusulas Abusivas (OCCA), cuya gestión corresponde a la Comisión de Consumidores del Consejo. Es un órgano que actúa de forma preventiva, y cuya finalidad es evitar que se introduzcan cláusulas abusivas en los contratos con condiciones generales de la contratación celebrados entre empresarios o profesionales y consumidores. En el mismo sentido Pedro Luis SERRERA CONTRERAS (cfr. «Algunas reflexiones en torno a la Ley de Protección de Deudores Hipotecarios», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 747, año XCI (Enero-Febrero 2015), 191 ss.) propone la medida preventiva consistente en que se impida el acceso al Registro de las cláusulas abusivas o ilegales mediante el establecimiento de cuáles sean las mismas. Bastaría para ello una referencia general en el artículo 12 de la LH, mientras que la enumeración concreta de tales cláusulas podría incluirse en el artículo 51.6 del Reglamento hipotecario; o bien que la enumeración de cláusulas no inscribibles con la hipoteca se incluyera en el propio artículo 12 de la LH debidamente modificado y desarrollado, completándose esa redacción del nuevo artículo 12 de la LH con una habilitación al Gobierno para que anualmente pudiera retocar esa lista de cláusulas abusivas y así adecuar la enumeración a las necesidades sentidas y a las circunstancias de la sociedad.

- de la oposición basada en la existencia de una cláusula contractual abusiva<sup>46</sup>.
- g) Dos son las medidas que se disponen en la ejecución ordinaria que sigue a la ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual del deudor en el artículo 579 LEC, después de su redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y que se ha mantenido subsistente: por una parte, la exoneración parcial de la deuda no satisfecha con la realización de la garantía hipotecaria, en los términos, condiciones y plazos, que se definen en la letra a) del apartado 2 del artículo 579 de la LEC; y, por otra, la participación del deudor en la enajenación de la vivienda efectuada por el rematante o adjudicatario en los diez años siguientes a la aprobación del remate o la adjudicación, mediante la condonación parcial de la deuda pendiente al tiempo de la enajenación, en un 50 % neto de la plusvalía obtenida por el ejecutante o cesionario (letra b) del apartado 2 del artículo 579 de la LEC)<sup>47</sup>.
- h) Tras de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, se adiciona el apartado 3 al artículo 654 LEC, que en la actualidad dispone: «En el caso de que la ejecución resultase insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la ejecución, dicha cantidad se imputará por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas».
- i) Podemos citar como medidas de incentivación para la participación de los postores en la celebración de la subasta, introducidas por virtud de la Ley 1/2013, de 14 de mayo y en las que incidiría con posterioridad la Ley 19/2015, de 13 de julio las siguientes:
- 1) La minoración del depósito necesario para tomar parte en la subasta de bienes muebles, que pasa del 20 al 5 % del valor de tasación de los bienes (art. 647.1.3.º LEC<sup>48</sup>).

<sup>46</sup> Después de la reforma del apartado 4 del artículo 695 LEC en virtud de la precitada Ley del 2015, como reiteraremos más adelante, se posibilita en cambio al deudor hipotecario interponer recurso de apelación contra el auto que desestime su oposición a la ejecución, si ésta se hubiera fundado en la existencia de una cláusula contractual abusiva».

<sup>47</sup> Muy juiciosamente estima Carmen SENÉS MONTILLA (cfr. La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria..., 159) que la eficacia de las expresadas medidas para paliar la situación que atraviesan las familias es muy cuestionable y además encierra el contrasentido de favorecer al deudor que en plazos determinados puede satisfacer parte de la deuda, a costa de ser inflexible con el deudor que no puede afrontarla sin grave riesgo de exclusión social.

<sup>48</sup> Este depósito consistente en el 5 por ciento del valor de tasación de los bienes se ha mantenido tras de la reforma del artículo 647.1.3.º LEC, por virtud de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Estimamos que toda medida que fomente la mayor participa-

- 2) El mayor contenido del anuncio de la subasta que comprenderá los datos registrales y, en su caso, la referencia catastral del inmueble, la situación posesoria si le constare al juzgado y la indicación de la posibilidad de una consulta más detallada en el portal de subastas judiciales y electrónicas (artículo 668 LEC)<sup>49</sup>.
  - 3) La ampliación del plazo para que el rematante haga efectiva la diferencia entre el depósito y el precio del remate, que pasa de veinte a cuarenta días (art. 670.1 LEC<sup>50</sup>).
- j) Tras de la modificación del artículo 671 LEC por virtud de la Ley 1/2013, de 14 de mayo se incardina por una parte en el articulado de la ley procesal el tratamiento diferenciado de la vivienda habitual en caso de subasta sin postor, y por otra, se eleva al 70 % del valor de tasación, el importe por el que el ejecutante puede adjudicarse la vivienda habitual del ejecutado, salvo que la cantidad que se le deba por todos los conceptos sea inferior a dicho porcentaje, en cuyo caso la adjudicación podrá tener lugar por el 60 % del valor de tasación<sup>51</sup>.

ción de postores en las subastas es buena, por lo que hay que elogiar la reducción del 20 % del depósito necesario para pujar, sin que sea óbice para manifestar que tal vez debiera haberse eliminado la exigencia de depósito a los postores de las subastas lo que fomentaría una mejor adjudicación de los bienes subastados. Suscribimos aquí la opinión mantenida por Rosa Catena Real, «Las recientes reformas legislativas...», 4.

<sup>49</sup> En el actual *artículo 646 LEC en su redacción dada* por virtud de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, se ha ampliado aún más el contenido del anuncio de la subasta, que se publicará en el Boletín Oficial Estado» contendrá la fecha del mismo, la Oficina judicial ante la que se sigue el procedimiento de ejecución, su número de identificación y clase, así como la dirección electrónica que corresponda a la subasta en el Portal de Subastas. Además, según el Artículo 668 II LEC, también redactado por esta última disposición «En el Portal de Subastas se incorporará, de manera separada para cada una de ellas, el edicto que expresará, además de los datos indicados en el artículo 646, la identificación de la finca o fincas objeto de la subasta, sus datos registrales y la referencia catastral si la tuvieran, así como cuantos datos y circunstancias sean relevantes para la subasta y, necesariamente, el avalúo o valoración que sirve de tipo para la misma, la minoración de cargas preferentes, si las hubiera, y su situación posesoria, si consta en el procedimiento de ejecución».

<sup>50</sup> Este precepto se ha mantenido subsistente tras de la reforma del artículo 670 LEC por virtud de la precitada Ley 19/2015, de 13 de julio. En relación al mismo indica Rosa Catena Real, «Las recientes reformas legislativas...», 4, que con esta medida se pretende evitar que la entidad bancaria se adjudique el bien subastado por un importe menor al 60 % del valor por el que se tasó el inmueble, situación que se estaba dando con demasiada frecuencia, pues al quedar la subasta desierta el acreedor se adjudicaba el bien por un importe muy inferior al valor de tasación del inmueble.

<sup>51</sup> También este artículo ha conservado íntegramente su redacción tras de la publicación de la mencionada Ley 19/2015, de 13 de julio.

k) La Ley 1/2013 daría una nueva redacción al artículo 129 LH<sup>52</sup>. En el apartado 2 se establecen algunos de los requisitos y formalidades a los que se sujeta la venta extrajudicial del bien hipotecado. De la nueva regulación podemos destacar los aspectos siguientes:

k.1) La ley de reforma establece una doble limitación a la preceptiva fijación por los interesados del valor de tasación del bien hipotecado: a) El valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (letra a) del apartado 2 del artículo 129 de la LH)<sup>53</sup>.

k.2) *El artículo 129. 2 f) de la LH grava al Notario cuando éste considere que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, con la obligación de ponerlo en conocimiento del deudor, del acreedor y en su caso, del avalista e hipotecante n.º deudor, a los efectos oportunos. En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la LEC, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales. Conforme a este último precepto la competencia para conocer de la pretensión de anulación de la cláusula abusiva corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde radique la finca hipotecada (art. 684.1.1.º). La desestimación por el Juzgado de Primera Instancia del carácter abusivo de una cláusula que constituya el fundamento de la ejecución extrajudicial*

<sup>52</sup> La letra a) del número 2 de este precepto aunque ha sido nuevamente redactada por virtud de la Ley 19/2015, de 13 de julio, coincide sustancial y casi literalmente con la redacción precedente dada en virtud de La Ley 1/2013.

<sup>53</sup> Sobre este particular, indicaremos que estimamos desafortunado el límite mencionado por cuanto que ya existía una norma anterior, más garantista para el deudor hipotecario: el RD 716/2009, de 24 de abril, que estableció un límite al tipo de subasta para los préstamos o créditos susceptibles de ser titulizados en el mercado hipotecario— que no podría ser inferior al 100 % del valor de la tasación previa. Suscribimos aquí la opinión mantenida por Carmen Senés Montilla (cfr. «La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria...», 159).

*permitirá al notario reanudar el procedimiento de venta a instancia del acreedor (artículo 129. 2 f) LH)*<sup>54</sup>.

- 1) Si bien la Ley 1/2013 refleja la necesaria incorporación del control judicial sobre el equilibrio contractual en el procedimiento hipotecario, a pesar de su carácter sumario, el legislador no ha incorporado a una norma la dación en pago forzosa para el acreedor, ni siquiera en determinados casos; no obstante, admitido este control judicial del equilibrio contractual en la ejecución hipotecaria, no faltan autores que estiman que no habría que descartar que pudiera acordarse puntualmente la dación en pago<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> En relación a este precepto, podría estimarse (cfr. Joaquín DELGADO RAMOS, «El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Dudas sobre su validez y efectos», en *La venta extrajudicial...*, 103-120) que la regulación de la venta extrajudicial que contempla el indicado artículo 129 LH sólo se refiere a la relación interna entre las partes que otorgaron el contrato de hipoteca, y no a la ejecución de la acción real hipotecaria frente a terceros, en base entre otros razonamientos a multitud de preceptos comprensivos de principios generales del derecho, que excluyen expresamente que un pacto entre las partes pueda tener el efecto de cancelar derechos reales anotados o inscritos registralmente a favor de terceros, entre ellos el art. 1257 del Código civil y el art. 82 de la LH.

<sup>55</sup> Así lo ha defendido D. P. ÁLAMO GONZÁLEZ, *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 97-110). *Con referencia a la dación en pago que contempla el número 3 del Anexo del Real Decreto-ley 6/2012 al que dio nueva redacción la Ley 1/2013, de 14 de mayo, indica en cambio Álvaro NÚÑEZ IGLESIAS (cfr. «Alternativa a la ejecución hipotecaria judicial», en *La venta extrajudicial...*, 25) que además de no ser absolutamente obligatoria para la entidad acreedora, puesto que le basta con no suscribir el CBP, debería representar una solución recíproca amistosa, producto de la autonomía de las partes, sin salir nunca de ese ámbito. Y concluye el A. que se recela de la dación en pago y no en igual medida del pacto comisorio, debiendo matizarse el alcance de la prohibición del referido pacto que resulta del artículo 1859 del Código civil y reconocer su admisibilidad, con respeto del límite que supone el enriquecimiento injusto. Dicho respeto puede lograrse con una adjudicación del bien por el valor *actual* y *total* del mismo. En la actualidad, se ha optado por su permisibilidad en la Unión Europea, salvo en Alemania, Holanda, Portugal e Italia. Cfr. también Guillem SOLER SOLÉ, «Passat, present i futur de la problemàtica hipotecària espanyola. El control de les clausules abusives», *Revista Jurídica de Catalunya* 114/1 (2015), 17, quien señala que la normativa hipotecaria española siempre ha permitido la limitación de la responsabilidad hipotecaria al valor del inmueble gravado en garantía de la devolución del préstamo (art. 140 LH). De todas maneras, esta eventualidad requeriría pacto expreso entre las partes, inviable en un sector como el del consumo del crédito hipotecario para la adquisición de la vivienda, en que la desigualdad de posición y de información entre las partes (entidades bancarias y ciudadanos corrientes) implicaría prácticamente la inexistencia de este tipo de pactos... Por tanto en estos casos es aplicable el artículo 105 LH, según el cual la constitución de una hipoteca no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil.*

m) Finalmente, según la Ley 1/2013, de 14 de mayo la solución del endeudamiento privado, que a su vez ineludiblemente provoca más endeudamiento público, debe erigirse en prioridad legislativa y su tratamiento debe ser abordado, desde una perspectiva multidisciplinar: LEC, Ley Concursal (LC) y Ley Orgánica de Protección de datos personales<sup>56</sup>.

m.1) Con referencia a la LEC, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, parece que no ha abordado con mucho éxito el problema del sobreendeudamiento hipotecario, de suerte que no se ha dado el paso de exigir una nueva tasación del inmueble en el momento de la ejecución, y según el actual artículo 682 LEC, se sigue manteniendo la tasación pactada en la escritura de constitución de la hipoteca<sup>57</sup>. Por otra parte, en el artículo 579 LEC redactado por el apartado cinco del artículo 7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, se prescinde de cualquier conducta del deudor y de su capacidad económica: una persona con recursos que abona el 65 % de la deuda pendiente en los cinco años desde la fecha de aprobación del remate, verá exonerado el 35 % de la deuda; en

<sup>56</sup> En este sentido se manifiesta Matilde CUENA CASAS, «Sobreendeudamiento del consumidor y liquidación de deudas, en La protección del deudor hipotecario...», 87 ss.

<sup>57</sup> Así se establece en el artículo 682 2. 1. que impone que «en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario», que mantiene su redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, tras de la modificación del número 2 del artículo 682 LEC por virtud de la Ley 19/2015, de 13 de julio. Cfr. Manuel GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, «La tasación de la finca hipotecada después de la ley 1/2013, de 14 de mayo», 167 ss., quien pone de relieve cómo los préstamos hipotecarios, por definición, suelen ser a largo plazo, de manera que es perfectamente posible que el valor que se atribuyó a la finca en el momento de constituirse la hipoteca sea muy diferente, tanto al alza como a la baja, del valor de mercado que la misma tenga en el momento de la ejecución. El período de tiempo transcurrido entre el momento en que se realizó la tasación del bien y aquel en que se convoca la subasta en el procedimiento de ejecución hipotecaria puede en efecto provocar diferencias sustanciales. También muy acertadamente estima Manuel ALMENAR BELENGUER (cfr. «Cuestiones de actualidad...», 99), que n.º debería haber ningún obstáculo para que el juez, de oficio o a instancia del deudor ejecutado, recabara la aportación a los autos de una nueva tasación ajustada al precio real en el momento de la subasta, corrigiendo así las posibles oscilaciones del mercado, de manera que el mínimo del 75 % previsto en el art. 682 LEC se calcularía sobre esta nueva tasación. Por otra parte, lógicamente, las escrituras otorgadas con anterioridad al 15 de mayo de 2013 no cumplen con la nueva exigencia introducida en el art. 682.2.1.º de la LEC relativa al respeto del límite mínimo del 75 %, pero no por ello, según el A., han de quedar privados de fuerza ejecutiva los títulos fechados con anterioridad.

- cambio, el que menos tiene y que no puede hacer frente a tales porcentajes de pasivo, seguirá condenado a la exclusión social.
- m.2) Con relación a la Ley Concursal, tras de la reforma del artículo 178.2 de la LC por virtud de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, se facilitarí­a la ejecución por parte de los acreedores que no cobraron en el procedimiento concursal, de suerte que, si no tenían un título ejecutivo, su inclusión en la lista definitiva de acreedores se equipararía a sentencia de condena firme<sup>58</sup>. Por ello no faltaron autores que estimasen que debiera quizá optarse por el establecimiento del *fresh start*<sup>59</sup>, que puede favorecer que el procedimiento concluya en convenio, se evite que los concursos terminen en liquidación y se estimule una adecuada valoración del riesgo crediticio.
- m.3) Con referencia finalmente a la protección de datos personales, en España a diferencia de otros países, tienen una aplicación limitada, subordinada al consentimiento del deudor, los *ficheros de solvencia positivos*. Sin embargo, los beneficios de compartir información crediticia no son desdeñables, por cuanto que con ello se permite adecuar el coste crediticio a la prima de riesgo y puede dotarse de mayor seguridad al mercado de alquiler. La interpretación restrictiva de la legislación en materia de protección de datos puede limitar el acceso a información financiera fiable y favorecer que cualquier medida protectora del deudor sobreendeudado genere un encarecimiento del crédito, indeseable en el contexto económico actual<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Este precepto que ha sido nuevamente redactado por el del R.D.-ley 1/2015, de 27 de febrero, y por virtud de la Ley 25/2015, de 28 de julio, no ha quedado modificado en relación al extremo expuesto.

<sup>59</sup> El *fresh start*, descubierto en USA en 1898, consiste en la exoneración del pasivo pendiente por virtud de la cual, liquidado el patrimonio del deudor de buena fe, los acreedores no pueden iniciar ejecuciones singulares pues el pasivo pendiente ha sido exonerado. Como recuerda Álvaro NÚÑEZ IGLESIAS, (cfr. «Alternativa a la ejecución hipotecaria judicial», en *La venta extrajudicial...*, 1-31), el Derecho danés fue el primero en introducir el *fresh start* en Europa en 1984. Después de Dinamarca otros muchos países serían conscientes de la necesidad de encaminar su legislación hacia procedimientos específicos para rehabilitar al consumidor insolvente como Reino Unido, Francia, Noruega, Austria, Luxemburgo.... Indudablemente indica el A., sea cual sea la concepción, los Derechos europeos –incluido el español– están llamados a converger con relación al fenómeno del endeudamiento excesivo. Cfr. asimismo FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS, «Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el Derecho europeo» en *La protección del deudor hipotecario...*, 139 ss.

<sup>60</sup> Cfr. Cfr. Matilde CUENA CASAS, «Sobreendeudamiento del consumidor y liquidación de deudas», en *La protección del deudor hipotecario...*, 96-98.

5. Después de la promulgación, de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, aún fueron muchos los que afirmaron que la reforma que supone dicho texto legal, impulsada por la Sentencia de 14 de marzo de 2013 del TJUE, fue parcial e insuficiente<sup>61</sup> y que estiman que la expresada disposición representa una oportunidad perdida de realizar una modificación profunda del sistema que supusiese un verdadero reequilibrio de las posiciones de deudor y acreedor, optando el legislador por el mantenimiento de los principios básicos del sistema de ejecución<sup>62</sup>. En esta misma orientación doctrinal hay quien estima que la ley no altera el procedimiento de ejecución hipotecaria, sino que simplemente paraliza el lanzamiento, además de que durante el tiempo que dure la suspensión se siguen devengando intereses de demora. La dación en pago sigue contemplándose tan sólo como una posibilidad de adhesión voluntaria para las Entidades de Crédito al CBP, siempre que no se haya producido el anuncio de la subasta, como último recurso en el caso de que no haya resultado viable el plan de reestructuración de la deuda, y cumplidos determinados requisitos que bien pueden calificarse de rigurosamente muy exi-

<sup>61</sup> Cfr. Soraya CALLEJO CARRIÓN / Mercedes DE PRADA RODRÍGUEZ, «Urge un consentimiento informado (que n.º desinformado) para la ejecución hipotecaria», *Diario La Ley* 8602, Sección Tribuna (10 de Septiembre de 2015), 1-11, quienes estiman que la necesidad de reforma venía avalada fundamentalmente por la certeza de que había que acometer la regulación de la ejecución judicial hipotecaria desde una perspectiva eminentemente procesalista y no civilista o, más concretamente, hipotecarista, y, por otra parte, porque el desequilibrio entre las partes, consustancial a todo proceso de ejecución, pero intolerable cuando se torna en verdadera indefensión para una de ellas, el ejecutado, exigía, en verdad, un reforzamiento de su posición en el proceso, sin menoscabar los derechos del acreedor hipotecario, pero echan de menos la pronta implantación de un auténtico consentimiento informado que garantice al consumidor un conocimiento exacto de lo que firma y de las consecuencias aplicables a su relación crediticia con el banco, así como la tutela de una manera efectiva de los derechos e intereses del consumidor, desde antes del inicio de la ejecución hipotecaria, garantizando una real negociación contractual y una información veraz y precisa de lo que se acepta y firma, y de las consecuencias derivadas de todo ello.

<sup>62</sup> En este sentido se manifiesta Ana SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES (cfr., «Derecho a la vivienda y ejecución hipotecaria: valoración de las recientes reformas legales», *Diario La Ley* 8529, Sección Doctrina (29 de Abril de 2015), 1-23). También indica Rosa Catena (cfr. *op. cit.* 26-27) que las distintas reformas legislativas que precedieron al 2014, llevadas a cabo para dotar de protección al deudor hipotecario, han resultado del todo insuficientes, por cuanto que se parte de una ausencia de regulación del sobreendeudamiento del consumidor en nuestro país, sobreendeudamiento que trae causa, en el deudor hipotecario, de la concesión irresponsable del crédito por parte de las entidades financieras y que se materializa en una tasación de los inmuebles por sociedades de tasación que en absoluto eran independientes de las entidades financieras. Y considera absolutamente necesario fomentar una concesión responsable del crédito con la previa evaluación de solvencia del deudor.

gentes. Y si bien es cierto que al amparo de la Ley 1/2013 se concedieron quitas en caso de existir deuda pendiente tras la ejecución (del 35 % si se abona en 5 años y del 20 % si se hace en diez), no se estableció un sistema de segunda oportunidad, a semejanza del de otros países de nuestro entorno como Francia o Alemania. La Ley 1/2013 a pesar del aumento del porcentaje de adjudicación al acreedor hipotecario, que en teoría supone la reducción de la deuda tras la ejecución, seguía en efecto anclada en la responsabilidad patrimonial universal del deudor.

## V. EL RDL 1/2015 DE 27 DE FEBRERO Y LA LEY 25/2015, DE 28 DE JULIO. LA SITUACIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO EN LA ACTUALIDAD. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

1. La Ley 14/2013 de Emprendedores introdujo por primera vez en nuestro Derecho mecanismos de exoneración de deudas o de segunda oportunidad, aunque tuvo muy escasa aplicación práctica debido al rigor de los requisitos exigidos<sup>63</sup>. La referida Ley permitió a priori al «empresario de responsabilidad limitada» (ERL) excluir de la responsabilidad patrimonial la vivienda por deudas empresariales; y en los casos de insolvencia extinguir las deudas tras la liquidación del patrimonio<sup>64</sup>, confiriendo asimismo una nueva redacción al art. 178.2.º LC<sup>65</sup>. Los posteriores RDL 4/2014 de 7 de

<sup>63</sup> Cfr. Pedro-Luis VIGUER SOLER, «Análisis crítico del RDL 1/2015 sobre «segunda oportunidad»: expectativas, luces y sombras», *Diario La Ley* 8592, Sección Doctrina (29 de Julio de 2015), 1-28.

<sup>64</sup> En este sentido, establece el Artículo 8 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre: «1. Por excepción de lo que disponen el artículo 1.911 del Código Civil y el artículo 6 del Código de Comercio, el Emprendedor de Responsabilidad Limitada podrá obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance al bien no sujeto con arreglo al apartado 2 de este artículo y siempre que dicha no vinculación se publique en la forma establecida en esta Ley. 2. Podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad la vivienda habitual del deudor siempre que su valor no supere los 300.000 euros, valorada conforme a lo dispuesto en la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil. En el caso de viviendas situadas en población de más de 1.000.000 de habitantes se aplicará un coeficiente del 1,5 al valor del párrafo anterior».

<sup>65</sup> El apartado 2 del artículo 178 LC pasaría a tener la siguiente redacción: «2. La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos

marzo, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, RDL 11/2014 de 5 de septiembre, y la Ley 9/2015 de medidas urgentes en materia concursal, no contuvieron por otra parte más que disposiciones pensadas para facilitar todas ellas la continuidad de empresas de cierta entidad, y no para favorecer al empresario individual o al consumidor sobreendeudados<sup>66</sup>.

2. El 28 de febrero de 2015 se publicó en el BOE el RDL 1/2015 de 27 de febrero, «de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social», que ampliaría y flexibilizaría el sistema precedente. El artículo 178 bis de la LC introducido por el citado RDL

concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados».

<sup>66</sup> La expresada Ley 9/2015 de 25 de mayo sí que posibilita, en cambio, al deudor hipotecario interponer recurso de apelación contra el auto que desestime su oposición a la ejecución, si ésta se hubiera fundado en la existencia de una cláusula contractual abusiva. Hasta entonces, el artículo 695 LEC vetaba al ejecutado la posibilidad de interponer el referido recurso. En efecto, después de que el pasado 17 de Julio de 2014, el TJUE dictase una Sentencia a raíz de una petición de decisión prejudicial planteada por la AP de Castellón sobre la interpretación del Art. 7.1 de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sería nuevamente redactado el apartado 4 del artículo 695 de la LEC que en la actualidad dispone: «4. Contra el auto que ordene el sobreesimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1. 4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten». Sobre los problemas procesales y las soluciones para incorporar el control en la ejecución hipotecaria, *vid.* por todos: Carrasco Perera, A., «La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2013), en: <<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/>>. Señalaremos finalmente que como indica Juan Manuel RODRÍGUEZ CÁRCAMO (cfr. «Los asuntos Sánchez Morcillo: el recurso de apelación en el procedimiento de ejecución hipotecaria y el Derecho de la UE», *Diario La Ley* 8613, Sección Tribuna (25 de Septiembre de 2015)), el Auto del TJUE Sánchez Morcillo II (C-539/14), dictado el pasado 16 de julio de 2015, ha declarado que el actual artículo 695.4 LEC, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 11/2014), en el que se regula el sistema de recursos en el procedimiento de ejecución hipotecaria, es una disposición conforme al Derecho de la UE (la redacción del 2015 que hemos reproducido, literalmente coincide con la precitada). Con esta decisión, el TJUE confirma que el actual procedimiento de ejecución hipotecaria español, tras las sucesivas reformas experimentadas desde la sentencia Aziz (C-415/11) y, en particular, su sistema de recursos, concede al consumidor una protección compatible con la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas.

1/2015, y nuevamente redactado por virtud de la *Ley 25/2015, de 28 de julio* contempla la exoneración del pasivo pendiente o *fresh start*. El RDL 1/2015 parte de tres conceptos que son sus pilares fundamentales: 1) el concepto de deudor de buena fe, que la Ley delimita con cuidado en el art. 178 bis 3.º LC, pues el beneficio de exoneración de deudas sólo está reservado a deudores honestos<sup>67</sup>; 2) el acuerdo extrajudicial de pagos, que es el paso previo prácticamente ineludible (aunque no siempre, art. 178 bis 3.º, 4.º y 5.º LC); y 3) finalmente, la exoneración, remisión o condonación de las deudas, siempre que se cumplan ciertos requisitos, una vez liquidado el patrimonio del deudor o acreditada su insuficiencia. Para ello el RDL 1/2015 crea un procedimiento cuyo esquema podría ser el siguiente: 1) comienza como regla general, con el intento de acuerdo extrajudicial (que es obligatorio como paso previo, salvo que se dé el supuesto del núm. 4 del apartado 3.º del art. 178 LC)<sup>68</sup>; 2) si dicho acuerdo no se consigue, se pasa a la fase de concurso consecutivo, y directamente si se trata de personas físicas no comerciantes, a la fase de liquidación de su patrimonio; 3) liquidado el patrimonio o en caso de insuficiencia del mismo, el deudor puede solicitar la exoneración de deudas si ha satisfecho una parte de ellas (los créditos contra la masa, los concursales privilegiados o al menos el 25 % de los créditos concursales ordinarios); 4) alternativamente puede pedir la exoneración provisional de sus deudas presentando un plan de pagos de las deudas restantes (las no exonerables); 5) si se aprueba el plan, se puede obtener la exoneración provisional de deudas; 6) Las deudas no exonerables deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior, o al menos deberá dedicar a su pago el 50 % o el

---

<sup>67</sup> *Los requisitos exigidos para reconocer la buena fe en el deudor coinciden algunos con los establecidos en la anterior regulación que contemplaba el artículo 178. 2, redactado por virtud de la Ley 14/2013 de Emprendedores (como por ejemplo que el concurso no haya sido declarado culpable, o que se haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados), mientras que en otros casos la norma es mucho más restrictiva, y exige para que el deudor sea considerado de buena fe, que no haya sido ni condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso.*

<sup>68</sup> Es decir, que se hayan satisfecho los créditos contra la masa, los privilegiados y el 25 % de los ordinarios, en cuyo caso no sería necesario intentar previamente el acuerdo extrajudicial de pagos. De este modo se salva la aparente contradicción entre los números 3.º y 4.º del apartado 3.º del art. 178 LC. Con referencia al acuerdo extrajudicial de pagos, la nueva regulación parte del acuerdo extrajudicial introducido por Ley 14/2013 como paso previo, sólo que ahora se flexibilizan algo sus requisitos y se amplía tanto su ámbito subjetivo (ya que se extiende a todas las personas físicas sean o no empresarios) como objetivo (se amplía el posible contenido del acuerdo).

25 % de los ingresos que no sean inembargables cuando en este último supuesto, concurriesen en el deudor las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo; 7) Si se cumplen estas condiciones se declara la remisión definitiva de las deudas<sup>69</sup>.

El RDL 1/2015 pretendió dar una respuesta global frente al sobreendeudamiento y solventar el agravio comparativo que desde siempre ha existido entre el tratamiento que la Ley depara a la insolvencia de las personas jurídicas, por un lado, y a la de las personas físicas por otro. La determinación de la insuficiencia de bienes y derechos del concursado (y de los terceros responsables subsidiarios) con que poder satisfacer a los acreedores, en cualquier estadio del procedimiento, es causa de la conclusión del concurso y del archivo de actuaciones (art. 176.1. 3.º LC en la actualidad subsistente). En el caso de personas jurídicas, esto conduce a la extinción de la personalidad jurídica del concursado (art. 178. 3 LC). Éste ya no podrá adquirir más bienes ni contraer nuevas deudas como tal persona jurídica, y las deudas pendientes quedan igualmente extinguidas, por falta de sujeto pasivo a quien imputárseles. Si se reabriera el concurso, se limitaría a la liquidación de los bienes aparecidos con posterioridad al cierre del concurso anterior. Por el contrario, en el caso del concurso de un deudor persona física, la circunstancia de la insuficiencia de la masa activa no produce las mismas consecuencias, sino que subsiste la responsabilidad personal e ilimitada *ex art.* 1911 CC por las deudas insatisfechas tras la liquidación y los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares en tanto no se declare la reapertura del concurso o no se declare un nuevo concurso<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> En materia de exoneración deudas y segunda oportunidad, la principal novedad del RDL 1/2015 es que en sus arts. 176 bis y 178 bis amplía notablemente el régimen de exoneración de la Ley 14/2013 de Emprendedores con una regulación mucho más completa de esta excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 Código Civil, que puede obtener el deudor en dos supuestos: cuando hayan concluido las operaciones de liquidación o bien cuando su patrimonio (masa activa) sea insuficiente para satisfacer sus deudas; y puede hacerlo dentro, bien del plazo de rendición de cuentas del art. 152.3.º LC, bien en trámite de audiencia por insuficiencia de la masa activa del art. 176 bis LC (cfr. José M.ª FERNÁNDEZ SELJO, «Aspectos concursales de la Ley de segunda oportunidad», *Diario La Ley* 8500, Sección Doctrina (13 de Marzo de 2015), 1-14).

<sup>70</sup> En este sentido se manifiesta el art. 178.2 LC, redactado por el número uno del apartado primero del artículo 1 de Ley 25/2015, de 28 de julio, sin que la nueva redacción haya afectado a la materia que nos ocupa (cfr. Francisco J. ANDRÉS SANTOS, «La reforma del derecho concursal», en *Le obbligazionioni e i contratti...* 107 y 108). No existe, por tanto, ninguna clase de *discharge* o condonación del pasivo insatisfecho –como sí acontece en otros ordenamientos jurídicos como el norteamericano o el alemán– fuera de la *discharge* impropia que provendría de la eficacia novatoria del convenio con los acreedores, caso de que llegara a obtenerse. El legislador reformista de 2011 no abordó finalmen-

La trascendente reforma introducida por el RDL 1/2015 no puede entenderse, sin embargo, sin conocer el contexto de los informes y antecedentes que a nivel internacional venían clamando por un nuevo y adecuado tratamiento del sobreendeudamiento de las personas físicas, entre los que cabe mencionar los informes del Fondo Monetario Internacional de 7 de julio de 2014 y 8 de junio de 2015<sup>71</sup>, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 29 de abril de 2014<sup>72</sup> y la Recomendación UE de 12 de abril de 2014 sobre «nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial<sup>73</sup>».

---

te esta cuestión y concluye el A. que si bien se han adoptado desde entonces distintas medidas paliativas de los deudores hipotecarios, n.º dejan de ser medidas puntuales y ortopédicas que no afrontan el problema en toda su dimensión global, y entre tanto, la necesaria reforma de la LC que tenga en cuenta las peculiaridades de los concursos de personas físicas no empresariales sigue esperando un legislador con una vocación más decidida de servir a los intereses de la ciudadanía en su conjunto y no tanto a los dictados de las entidades financieras. Como pone de relieve Pedro-Luis VIGUER SOLER (cfr. «Análisis crítico del RDL 1/2015 sobre «segunda oportunidad»: expectativas, luces y sombras», *Diario La Ley* 8592, Sección Doctrina (29 de Julio de 2015), 1-28) parece que el proceso concursal español nunca ha funcionado en cuanto al tratamiento de la insolvencia de las personas físicas, como lo evidencia el escasisimo uso que del referido procedimiento han realizado tanto los consumidores y familias sobreendeudados como las pequeñas empresas, en especial los empresarios individuales.

<sup>71</sup> El FMI emitió un relevante informe sobre la situación económica de España de fecha 7 de julio de 2014 en el que consideraba que la dureza de la normativa española podría ser contraproducente y recomendaba estudiar a fondo a medio plazo la aplicación del *fresh start*, subrayando que la perspectiva de una condena económica tan larga podía desincentivar la iniciativa empresarial y avisando de que el sistema actual podría alimentar la economía sumergida.

<sup>72</sup> El CESE elaboró en abril de 2014 (DOUE 12 de septiembre de 2014) un interesante informe en el que se estimaba necesario prestar especial atención en el ámbito de la UE al problema del sobreendeudamiento de los consumidores y a tomar medidas a escala europea partiendo de una definición común del sobreendeudamiento y sobre todo, se incidía en la necesidad de regular un procedimiento uniforme caracterizado por la sencillez, rapidez y gratuidad, con una fase amistosa de acuerdo; también la necesidad a escala europea de excluir determinados bienes de la posibilidad de embargo o su venta a precios irrisorios, la suspensión de ejecuciones individuales, e incluso la cancelación total o parcial de la deuda en los casos más graves para evitar la exclusión social. Asimismo en el dictamen se recomendaba la búsqueda de criterios comunes en la UE para la lucha contra los intereses abusivos o usurarios así como medidas destinadas a una educación doméstica y financiera, impulsando y fomentando prácticas leales y éticas hacia un crédito responsable.

<sup>73</sup> A diferencia del Dictamen CESE, la citada Recomendación no se refería a los consumidores y familias, sino a la insolvencia de las pequeñas empresas y a la necesidad de abordar el problema del fracaso empresarial, señalando que su objetivo es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la

Además de las ya mencionadas, podemos citar otras innovaciones introducidas como consecuencia del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, y de la Ley 25/2015, de 28 de julio, «de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social»:

- 1) La nueva redacción de los artículos 3.1 y 5.2 del Real Decreto-ley 6/2012, con referencia respectivamente al ámbito del umbral de exclusión y a la aplicación del CBP a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos para la adquisición de bienes inmuebles, en función del precio de estos últimos<sup>74</sup>,

Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía», añadiendo que «la Recomendación también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incurso en procesos de insolvencia en toda la Unión.»

<sup>74</sup> De suerte que el artículo 3 número 1 del Real Decreto-ley 6/2012 dispone en la actualidad «que se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurren en ellos las circunstancias n.º de que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas, sino que a) el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres, cuatro o de cinco veces, según los casos, el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples; b) es preciso además, que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad; y c) que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 o al menos al 40 por cien, según las circunstancias, de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar». Y el artículo 5. 2 *de la propia disposición establece*: «La aplicación del Código de Buenas Prácticas se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos, cuando el precio de adquisición del bien inmueble hipotecado no exceda en un 20 por ciento del que resultaría de multiplicar la extensión del inmueble, por el precio medio por metro cuadrado para vivienda libre que arroje el Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento para el año de adquisición del bien inmueble y la provincia en que esté radicado dicho bien, con un límite absoluto de 300.000 euros. Los inmuebles adquiridos antes del año 1995 tomarán como precio medio de referencia el relativo al año 1995. No obstante, solo podrán acogerse a las medidas previstas en el apartado 3 del Código las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos, cuando el precio de adquisición del bien inmueble hipotecado no exceda del que resultaría de multiplicar la extensión del inmueble, por el precio medio por metro cuadrado para vivienda libre que arroje el Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento para el año de adquisición del bien inmueble y la provincia en que esté radicado dicho bien, con un límite absoluto de 250.000 euros. Los inmuebles adquiridos antes del año 1995 tomarán como precio medio de referencia el relativo al año 1995.»

- 2) La introducción de un nuevo apartado iv en la letra b) del punto 1 del Anexo del Real Decreto-ley 6/2012<sup>75</sup>.
- 3) Por otra parte, la actual redacción del artículo 1. 1. de la Ley 1/2013, de 14 de mayo dada por virtud de la Ley 25/2015, de 28 de julio, sustituye el anterior plazo requerido de dos años por *la Ley 1/2013, de 14 de mayo* por el de cuatro desde la entrada en vigor de la Ley, para poder proceder al lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas que se detallan en este artículo.
- 4) Y tras de las reformas llevadas a cabo en 2015, se ha añadido a los supuestos de especial vulnerabilidad, que se contemplan en el artículo 1.2 de la precitada Ley 1/2013, de 14 de mayo, un último, el h), relativo al deudor mayor de 60 años.

3. A la vista de todo lo expuesto, cabe que nos planteemos qué reflexiones y conclusiones nos suscitan estas últimas reformas legislativas llevadas a cabo por virtud de las precitadas disposiciones del 2015, para dotar de protección al deudor hipotecario y cuál sea la situación del deudor hipotecario en la actualidad.

Sobre este particular, podríamos indicar que la nueva regulación introducida por virtud del RDL 1/2015 y complementada por virtud de la Ley 25/2015, de 28 de Julio, presenta indudables aciertos al posibilitar el establecimiento de un régimen algo más flexible de exoneración de deudas para las personas físicas (consumidores o empresarios)<sup>76</sup>, siempre que sean de buena fe. Por otra parte, el acuerdo extrajudicial de pagos que antes se circunscribía

---

<sup>75</sup> En concreto, con la siguiente redacción: «En todo caso, se inaplicarán con carácter indefinido las cláusulas limitativas de la bajada del tipo de interés previstas en los contratos de préstamo hipotecario».

<sup>76</sup> Y así el 27 de julio de 2015, el Directorio Ejecutivo del Fondo Monetario Internacional (FMI) concluyó la Consulta del Artículo IV con España correspondiente a 2015. En el Comunicado de Prensa N.º 15/378(S) 14 de agosto de 2015, los directores señalaron que el sector financiero de España sigue fortaleciéndose, con mejoras en términos de liquidez, eficiencia y rentabilidad. Consideraron positivas las recientes reformas del régimen de insolvencia, como la aprobación de una «segunda oportunidad» para empresarios y consumidores. Si se aplican de manera efectiva y se aclaran algunos elementos clave, estas reformas pueden facilitar el desapalancamiento del sector privado, a la vez que se preserva la sólida cultura de pagos del país. Los directores respaldaron los esfuerzos para alentar a los bancos a aumentar su capital de elevada calidad y reducir los préstamos fallidos, facilitando así el crecimiento del crédito.

a los empresarios, ahora es aplicable a todas las personas físicas<sup>77</sup>; no se establece límite alguno para las quitas en el actual artículo 236 LC<sup>78</sup>, pudiendo las esperas alcanzar hasta los diez años<sup>79</sup>. Puede además obtenerse la remisión definitiva de las deudas no sólo si se cumple un plan de pagos de las no exoneradas sino también, alternativamente, si al menos el deudor ha destinado a su pago el 50 % de los ingresos que no sean inembargables<sup>80</sup>. Se potencia la figura del mediador concursal cuyo nombramiento deberá recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial publicada en el portal correspondiente del «Boletín Oficial del Estado», quedando reducida la remuneración de dicho mediador hasta en un 70 %, si el deudor fuera una persona natural sin actividad económica (disposición adicional segunda 1 b) de la Ley 25/2015, de 28 de Julio). Además la representación por procurador no es preceptiva para el deudor persona natural en el concurso consecutivo (disposición adicional 3.ª de la Ley 25/2015, de 28 de Julio).

El RDL 1/2015 presenta sin embargo indudables sombras, algunas de las cuales trataron de solventarse a través de la posterior Ley 25/2015, de 28 de Julio<sup>81</sup>. Y así según el texto inicialmente aprobado por virtud del RDL1/2015,

<sup>77</sup> En este sentido se manifiesta el artículo 231 de la LC, tras de su última redacción dada por virtud de la Ley 25/2015, de 28 de Julio, que no altera en este punto la inmediatamente precedente recibida por virtud del RDL 1/2015.

<sup>78</sup> Con supresión por tanto de la anterior restricción de que no pudieran superar el 25 % que prescribía el Anexo 2 B) del CBP en su redacción dada por virtud de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

<sup>79</sup> Así se establece en el nuevo art. 236 de la LC, lo que supone una modificación del anterior límite de cinco años que contemplaba el art. 100 de la LC.

<sup>80</sup> Por cuanto que así lo posibilita el artículo 178 bis. 8, modificado por L 25/2015, de 28 de Julio.

<sup>81</sup> Sobre este particular indica P.L VIGUER (Cfr. *Análisis crítico... cit.* p. 16) que el RDL 1/2015 parte del esquema del concurso tradicional que siempre ha contemplado la Ley Concursal, lo que presupone para las personas físicas insolventes el enfrentarse a un proceso que sigue siendo excesivamente complejo y costoso y que se aleja de las notas de sencillez, agilidad, y eficiencia que recomienda la UE, incumpléndose asimismo las recomendaciones de la UE en orden a crear un procedimiento específico» al margen del concurso ordinario. En relación incluso a la última reforma concursal que culminaría con la Ley 25/2015, Ángel CARRASCO PERERA (cfr. «El despropósito de la «segunda oportunidad» de los consumidores sobreendeudados», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 911 (2015): parte Tribuna, crítica a quienes consideran que esta última haya por fin diseñado un sistema de «segunda oportunidad» para consumidores sobreendeudados. Según el autor todo el procedimiento es un despropósito, porque la innecesaria reforma nace de no preguntarse por la naturaleza de las deudas que suelen gravar a un consumidor, sin discriminar las procedentes de suministros esenciales a las que en modo alguno llegará a afectar el concurso, por haber sido ya previamente privado el consumidor por el proveedor como consecuencia del impago de servicios básicos como el agua, la electricidad, etc.

cuando al deudor se le hubiesen condonado provisionalmente determinadas deudas, tal exoneración era revocable si en el plazo de cinco años el deudor *mejorase sustancialmente su situación económica* (art. 178 bis.7 LC<sup>82</sup>), circunstancia que podía determinar que la exoneración resultase ser una mera ficción y nunca fuese definitiva<sup>83</sup>. En la Ley 25/2015 se modificaría, sin embargo, la redacción inicial del artículo 178 bis.7 c) LC, que sigue posibilitando la revocación de la exoneración, pero especificando las causas de la mejoría económica que puedan provocar la revocación del beneficio, y evitando de este modo que si un empresario mejora en su actividad y tiene beneficios, le sea por ello revocada la exoneración de deudas<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> En efecto, el art. 178 bis 7 establecía que «Cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando el deudor, durante los cinco años siguientes a su concesión: c) Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos». Es claro que la limitación del art. 178 bis.7.c) de la LC incentivaba que, durante cinco años, el deudor generase riqueza regularmente como mucho hasta el límite de lo que dejó sin pagar, para evitar la revocación del beneficio en función del criterio cuantitativo y que cuando pasasen esos cinco años le fuese posible, sin que ello le supusiese perjuicio alguno, generar cuanta riqueza pudiese en forma regular.

<sup>83</sup> Y así para José Luis COLINO MEDIAYLLA (cfr. «Insolvencia de persona física y segunda oportunidad en el Real Decreto-ley 1/2015», *Foro. Nueva época*, vol. 18/1 (2015): 245-263, la finalidad principal del mecanismo de segunda oportunidad consiste, en que el deudor persona física que lo merezca (buena fe) no permanezca sometido a la responsabilidad por el pasivo insatisfecho de forma indefinida, sino que, por el contrario, pueda liberarse de tales deudas restantes para que la generación de riqueza mediante su trabajo o mediante el ejercicio de una actividad productiva no se vea desincentivada y para que, realizando tal esfuerzo productivo, no tenga que llevarlo a cabo de forma encubierta o irregular. Si al deudor persona física de buena fe se le exonera del pasivo insatisfecho con tal finalidad y, a la vez, se le revoca el beneficio concedido si mejora de fortuna, se incurre en una contradicción obvia, que la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 1/2015 reconoce en relación con lo que en su día estableció el art. 1.920 del Código Civil al que se conecta con las Partidas de Alfonso X el Sabio a través de los comentarios de Manresa. La clave es, pues, siempre para la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 1/2015, modular la mejora de fortuna, de forma que no cualquier mejoría permita la revocación del beneficio, sino sólo una mejoría que sea significativa.

<sup>84</sup> De suerte que el actual artículo 178 bis.7 c) LC dispone que también podrá solicitarse la revocación si, durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos, «mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos». Sobre esta temática muy justificadamente indica Matilde CUENA CASAS (cfr. «El Congreso aprueba el Proyecto de Ley de Segunda Oportunidad. El Gobierno rectifica, pero poco», *¿Hay Derecho? El blog sobre la actualidad jurídica y política*, 2 julio, 2015) que la regulación precedente era ridícula carente de antecedentes en los modernos sistemas de insolvencia. La inacción

Con referencia por otra parte a la publicidad en el Registro Público Concursal de la exoneración del pasivo insatisfecho, en el texto inicialmente aprobado por virtud del RDL 1/2015 se exigía, en el art. 178 bis.3 LC, para la admisión de la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe, (1) que el deudor hubiese celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos y de no haber satisfecho en todo o en parte los créditos contra la masa en la proporción que se indicaba en el precepto; (2) que consintiese en someterse a un plan de pagos y, además, (3) que aceptase, de forma expresa, en la solicitud de exoneración, que la obtención de este beneficio se haría constar en la sección especial del Registro Público Concursal con posibilidad de acceso público, por un plazo de cinco años. Ello suponía un dato negativo en su historial crediticio que podía bloquear la obtención de futura financiación, circunstancia que podía revestir especial gravedad cuando el deudor fuese empresario, de suerte que en el actual artículo art. 178bis.3.º .5.v, se añadiría un inciso que presupone una clara restricción del acceso al mencionado Registro<sup>85</sup>.

del deudor tenía premio: como no mejoraba su situación económica, entonces se le perdaban definitivamente las deudas y, si le iba bien, entonces se le castigaba con la revocación de la exoneración.

<sup>85</sup> Y así el actual artículo 178bis.3.º.5.v dispone: «Únicamente tendrán acceso a esta sección las personas que tengan interés legítimo en averiguar la situación del deudor, entendiéndose en todo caso que tienen interés quienes realicen una oferta en firme al deudor ya sea de crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios, que tenga que ser remunerada o devuelta por éste y que esté condicionada a su solvencia, así como las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones. La apreciación de dicho interés se realizará por quien esté a cargo del Registro Público Concursal», Dicha restricción del acceso merece un juicio positivo, aunque siempre podríamos considerar que esta publicidad requerida es prescindible, por cuanto que dicha información puede suministrarla también la CIRBE (Central de Información de Riesgos del Banco de España), que gestiona esta misma entidad y que representa una base de datos pública, de carácter confidencial, en la que se recogen los riesgos que las entidades de crédito tienen con sus clientes, así como el artículo 42 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre. Dicho precepto establece con referencia a los Ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito que los datos contenidos en el fichero común sólo podrán ser consultados por terceros cuando precisen enjuiciar la solvencia económica del afectado, considerándose que concurre dicha circunstancia en los supuestos tasados que en dicho precepto se detallan. Y además, la publicidad en el Registro Público Concursal es más punitiva para el deudor porque dura 5 años y no se hace depender del posible cumplimiento de su plan de pagos, a diferencia de los datos negativos que figuran en los ficheros de solvencia, que pueden ser cancelados en los casos de pago o cumplimiento. Así lo establece el artículo 41.1 del Reglamento de Protección de datos: Sólo podrán ser objeto de tratamiento los datos que respondan con veracidad a

Asimismo algunas dudas que suscitaba el precedente RDL 1/2015 han quedado dilucidadas por virtud de la posterior Ley 25/2015, de 28 de Julio. En efecto, esta última disposición modificaría la anterior redacción del artículo 178 bis 5 de la LC dada por virtud del RDL 1/2015, en lo relativo a la posición de los fiadores. Una vez concedido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en el artículo 178 bis 5 de la LC se establecía que «los acreedores cuyos créditos se extinguen no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor, para el cobro de los mismos», y añadía el precepto que «quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado». De suerte que la normativa anterior presuponía una excepción al principio de accesoriedad que preside las obligaciones de garantía y que contempla el artículo 1847 CC, y avalistas y fiadores seguían respondiendo de la deuda aunque hubiese sido exonerada ésta al deudor principal. En el RDL 1/2015 no quedaba claro, por tanto, lo que sucedía con la acción de reembolso, que contempla el artículo 1838 CC y que en principio, le corresponde al fiador contra el deudor una vez que haya cumplido la prestación. En la actualidad en cambio, se ha añadido un inciso al art. 178 bis 5 de forma que los fiadores u obligados solidarios no podrán «*subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida*»<sup>86</sup>.

Por otra parte, como anteriormente indicamos, en lo que se refiere a la conducta del deudor beneficiario del régimen de segunda oportunidad, el artículo 178 bis. 3, redactado por virtud del RDL 1/2015, exigía que el concurso no hubiese sido declarado culpable, pero en cambio la Ley 25/2015, de 28 de Julio es más benevolente en este punto con el deudor, pues no se

---

la situación de la deuda en cada momento concreto. El pago o cumplimiento de la deuda determinará la cancelación inmediata de todo dato relativo a la misma.

<sup>86</sup> Se sigue por tanto el mismo criterio, pero ha quedado ya claro que el fiador o co-deudor solidario que paga no puede en modo alguno ejercitar la acción de reembolso contra el deudor, salvo que se revoque el beneficio de exoneración. Para Matilde CUENA CASAS (cfr. «El Congreso aprueba el Proyecto...»), la modificación introducida en el art. 178 bis 5 es acertada por cuanto que de esta forma, se salvaguarda la esencia de las garantías personales (ejercitables para los casos de insolvencia del deudor principal) y además se mantiene la eficacia de la exoneración del pasivo pendiente frente al deudor principal. En relación a este último extremo, coincidimos con la A. en que de este modo se mantiene la eficacia de la exoneración del pasivo pendiente frente al deudor principal, pero parcialmente discrepamos porque sin duda ello n.º deja de representar una excepción del principio contemplado en el artículo 1838 del CC que exige que el fiador que pague por el deudor sea indemnizado por éste.

considera de mala fe y puede, por tanto, recibir la exoneración del pasivo pendiente, el deudor cuyo concurso se hubiese declarado culpable por haber incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso<sup>87</sup>.

Otro de los posibles inconvenientes que apreciamos en la actual reglamentación es el de que quedan además excluidos los créditos públicos del vigente sistema de exoneración o de segunda oportunidad, al establecer el art. 178 bis 6 en vigor, que reproduce literalmente la redacción precedente dada por virtud de RDL 1/2015: *Respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica*, lo que supone un evidente agravio comparativo respecto del resto de acreedores.

Por otro lado, el vigente art. 231 LC. 5 en su relación con los arts. 238 y 238 bis LC exige un quórum muy elevado de acreedores (que puede llegar a alcanzar hasta el 80 %) para extender el acuerdo extrajudicial de pagos a los acreedores con garantía real<sup>88</sup>.

Estimamos además excesivo el plazo que contempla el actual artículo 178 bis. 6 coincidente en sus redacciones dadas por virtud del RDL 1/2015 y la Ley 25/2015, de 28 de Julio, para la exoneración de las deudas que no

---

<sup>87</sup> En efecto, art. 178 bis.3.1.º después de añadirse un inciso, en la actualidad establece lo siguiente: «3. Solo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe. Se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del artículo 165.1.1.º el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se aprecie dolo o culpa grave del deudor». La medida del legislador en este punto estimamos que es discutible, por cuanto que la declaración tardía del concurso de acreedores puede determinar la inviabilidad del acuerdo extrajudicial de pagos y que ello, en definitiva, redunde en perjuicio de los intereses de los acreedores.

<sup>88</sup> En efecto, de acuerdo con lo establecido en el actual art. 231.5 LC –cuya redacción coincide en este punto con la precedente dada por virtud del RDL 1/2015–, los créditos con garantía real se verán afectados por el acuerdo extrajudicial conforme a lo dispuesto por los artículos 238 y 238 bis, y los créditos de derecho público no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial, aunque gocen de garantía real. Y según el artículo 238 bis: «2. Los acreedores con garantía real, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía, únicamente quedarán vinculados por el acuerdo si hubiesen votado a favor del mismo. 3. No obstante, los acreedores con garantía real que no hayan aceptado el acuerdo, por la parte de sus créditos que no excedan del valor de la garantía, quedarán vinculados a las medidas previstas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior, siempre que las mismas hayan sido acordadas, con el alcance que se convenga, por las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas: a) Del 65 por ciento, cuando se trate de las medidas previstas en el apartado 1 a) del artículo anterior. b) Del 80 por ciento, cuando se trate de las medidas previstas en el apartado 1 b) del artículo anterior».

hubiesen quedado exoneradas conforme a lo dispuesto en el apartado anterior<sup>89</sup> y que es de 5 años, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Así lo puso de relieve la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial en que se señaló que los efectos negativos de la insolvencia para los empresarios deberían limitarse a fin de darles una segunda oportunidad, debiendo condonarse a los empresarios totalmente las deudas incursas en la insolvencia en un plazo máximo de tres años.

Por otro lado, con relación a los efectos de la iniciación del expediente, la regla general que contempla el artículo 235. 2 LC, coincidente en su redacciones dadas por virtud del RDL 1/2015 y la Ley 25/2015, de 28 de Julio, es que la solicitud inicial del acuerdo extrajudicial de pagos no suspende la ejecución correspondiente a los créditos privilegiados (créditos con garantía real)<sup>90</sup>, extremo que asimismo parece alejarse del espíritu de la precitada Recomendación de 12 de marzo de 2014<sup>91</sup>.

Y finalmente podemos indicar que el acuerdo extrajudicial de pagos representa un requisito previo ineludible para la admisión de la solicitud del deudor de exoneración del pasivo insatisfecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 178 bis 3, 3.<sup>992</sup>, y el contenido del mismo solo será vinculante para los acreedores como ya indicamos con sujeción a lo precep-

---

<sup>89</sup> El apartado 5 del artículo 178 bis se refiere, en concreto (1.º) a los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos, y (2.º) a los créditos privilegiados.

<sup>90</sup> En este sentido dispone el artículo 235. 2 a) LC: «Desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso, los acreedores que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos: a) no podrán iniciar ni continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses. Se exceptúan los acreedores de créditos con garantía real que no recaiga sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ni sobre su vivienda habitual».

<sup>91</sup> En la mencionada Recomendación, con carácter general y sin excepciones, se indica que el deudor podría solicitar del órgano jurisdiccional la suspensión de las acciones de ejecución individuales y del procedimiento de insolvencia cuya incoación haya sido solicitada por los acreedores cuando tales medidas puedan afectar negativamente a las negociaciones y ensombrecer las perspectivas del proceso de reestructuración de la empresa del deudor.

<sup>92</sup> En este sentido, dispone el actual artículo 178 bis 3 3.º: «Solo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe. Se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 3.º 3.º Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos».

tuado en los artículos 238 y 238 bis de la LC. Son muy escasos los poderes del juez a la hora de exonerar deudas, a diferencia de lo que ocurre en otros países como EE.UU., donde el tribunal puede aprobar el plan de pagos o imponer el que se elabore aun en contra de la voluntad de los acreedores<sup>93</sup>.

*TITLE: Approximation to the protection legislation of the mortgage debtor*

*RESUMEN: En el presente trabajo pretendemos hacer un análisis descriptivo y crítico de las distintas reformas legislativas adoptadas en los últimos años, de grave crisis económica en España, encaminadas a deparar al deudor hipotecario la necesaria protección, partiendo de la primera iniciativa representada por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de Julio, hasta culminar con las más recientes disposiciones en el momento de escribir estas páginas: el RDL 1/2015 de 27 de febrero y la Ley 25/2015,*

<sup>93</sup> En EEUU en efecto, las facultades en materia de quiebras son tan amplias que pueden presuponer tanto la aprobación de un plan que no obtuvo las mayorías requeridas (*cram down*) como el rechazo de uno que sí las obtuvo, pero en el que no se cumplieron los requisitos exigidos para la aprobación del mismo por el tribunal (*Bankruptcy Court*) (cfr. § 1129 *Bankruptcy Code* (modificado en 2005 y 2010: cfr. DOUGLAS BAIRD, *Elements of Bankruptcy* (3rd ed., NY: Foundation Press, 2001), 27, y también Claudio BONILLA, Ronald FISCHER, Rolf LÜDERS, Rafael MERY, José TAGLE, «Análisis y Recomendaciones para una Reforma de la Ley de Quiebras», Universidad Diego Portales. Law and Economics (sept. 2003), 1-96). En Francia, en cambio se ha pasado de un sistema caracterizado por una amplia discrecionalidad para los jueces a la hora de resolver los términos del plan de reestructuración de la deuda y la posibilidad de conceder el *discharge* al deudor a un sistema administrativo, regido por reglas estrictas y claras para acreedores y deudores y escaso margen de discrecionalidad judicial (cfr. FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS, «Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el Derecho europeo» en *La protección del deudor hipotecario...*, 99 ss.) y que se encuentra actualmente contemplado en los artículos L.330-1 a L.334-12 y R.331-1 a R.335-4 del *Code de la Consommation*, cuyo origen fue la *Loi Neiertz*, y complementando este sistema con posterioridad, la *Loi Borloo* (*Loi* n.º 2003-710), conocida como «ley de la segunda oportunidad», del 2003 y la *Loi Lagarde* del 2010 (*Loi* n.º 2010-737), la *Loi* n.º 2013-672, de 26 de julio 2013, *de séparation et régulation des activités bancaire* y, finalmente, y el *Décret* n.º 2014-190, de 21 de febrero 2014, *relatif aux procédures de traitement des situations de surendettement des particuliers*. El legislador francés ha tenido en cuenta la situación subjetiva del deudor: si éste es de buena fe, podrá beneficiarse de un aplazamiento o de la «reprogramación» de sus deudas mediante un convenio o acuerdo negociado con sus acreedores (*Plan conventionnel de redressement*). Si la situación del deudor es de tal gravedad que no resulta posible establecer un plan de pagos o, una vez acordado, la situación deviene imposible, se podrá orientar el procedimiento de sobreendeudamiento hacia un procedimiento de «recuperación personal» (*rétablissement personnel*), con o sin liquidación judicial (cfr. ROCÍO LÓPEZ SAN LUIS, «El tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares en Francia», *Revista de Derecho Civil*, vol. II/2 (abril-junio, 2015): 207-228).

*de 28 de julio. Estimamos que resulta indispensable un examen exhaustivo de todas ellas para alcanzar a dilucidar si, fundamentalmente a lo largo de la última legislatura en España (2012-2015), se ha ultimado o no el objetivo de conferir al deudor hipotecario la protección adecuada en estos tiempos de crisis extremadamente convulsos y complejos, que han tenido una especial incidencia precisamente en el ámbito del mercado inmobiliario y el sobreendeudamiento de particulares.*

*PALABRAS CLAVE: deudor hipotecario, RDL 1/2015, Ley 25/2015, mercado inmobiliario*

*ABSTRACT: In the present work we intend to make a descriptive and critical analysis of the different legislative reforms adopted in recent years, of serious economic crisis in Spain, aimed at providing the mortgage debtor the necessary protection, starting from the first initiative represented by Royal Decree-Law 8/2011, of July 1, to culminate with the most recent provisions at the time of writing these pages: RDL 1/2015 of February 27 and Law 25/2015, of July 28. We consider that it is essential to carry out a comprehensive review of all of them in order to ascertain whether, essentially during the last parliamentary term in Spain (2012-2015), the objective of granting the mortgage debtor adequate protection in these times has been finalized. Of extremely convulsive and complex crises that have had a special impact precisely in the real estate market and over-indebtedness of private individuals.*

*KEY WORDS: mortgage debtor, RDL 1/2015, Ley 25/2015, real estate market*

*RECIBIDO: 18.04.2016  
ACEPTADO: 19.12.2016*

# EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA Y LOS PAÍSES BAJOS. DOS ESCENARIOS MEJORABLES

Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva y  
Laura Tejedor Fuentes

doi: 10.18543/ed-64(2)-2016pp305-343

---

**SUMARIO.** 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. *El convenio de Tromsø, un marco ideal no ratificado.* 1.2. *Open Government Partnership.* 2. HISTORIA. EL INTENTO DE CREAR UN DERECHO FUNDAMENTAL. 2.1. *España. Fuera de los derechos fundamentales.* 2.2. *Países Bajos. Principio de Gobierno Abierto desde 1983 pero fuera de los derechos fundamentales.* 3. DOCTRINA SOBRE TRANSPARENCIA. 3.1. *España. Un exceso de normas.* 3.2. *El escenario holandés. Una sola norma.* 4. INFORMACIÓN PROACTIVA Y REUTILIZACIÓN. 4.1. *España. Esfuerzo del Portal de Transparencia con reutilización deficiente.* 4.2. *Holanda. La reutilización se cobra.* 5. SUJETOS OBLIGADOS. 5.1. *España. Amplio ámbito de aplicación pero en desiguales niveles.* 5.2. *Holanda. Sólo el poder ejecutivo.* 6. SOLICITUD DE ACCESO Y TRAMITACIÓN. 6.1. *España. Complicado proceso informático con un mes de respuesta.* 6.2. *Holanda. Proceso por correo postal con un matiz que hace la diferencia.* 7. LÍMITES, CAUSAS DE INADMISIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS. 7.1. *España. Límites confusos.* 7.2. *Holanda. Positiva valoración del interés público.* 8. ÓRGANO DE CONTROL. 8.1. *España. Órgano de control dependiente.* 8.2 *Holanda. Sin órgano de control.* 9. EL ACCESO REAL A LOS DATOS. 9.1. *España. Amplias excepciones.* 9.2. *Holanda. Acceso complicado y no reutilizable.* 10. CONCLUSIONES. 11. BIBLIOGRAFÍA.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto el estudio de los marcos jurídicos de acceso a la información pública en España y Holanda<sup>1</sup>. Dicho acceso a la información pública y la transparencia en su concepción actual se remonta al siglo XVIII en Suecia, aunque a nivel internacional es en los últimos años cuando se ha desarrollado en la gran mayoría de los países occidentales.

Se emplea una metodología inductiva, a partir de la recopilación y estudio de los textos constitucionales y legales de ambos países, desde la que se desarrollan unas conclusiones de tipo cualitativo sobre cuestiones esenciales en la transparencia pública.

La elección de Los Países Bajos se justifica en el sentido de escoger un país de la Unión Europea que, por un lado tenga una trayectoria general de transparencia, unido al hecho que uno de los firmantes ha tenido la oportunidad de realizar una estancia de investigación en la Universidad de Leiden<sup>2</sup>. La peculiar tradición normativa holandesa combina unas reglas proactivas de transparencia con la confianza en el autocontrol de la clase política y coloca a este modelo como un elemento de comparación muy interesante para España, al ofrecer un modelo de contraste bastante diferente respecto al proporcionado por los países anglosajones. Apreciamos un cierto paralelismo entre la situación de ambos países y, por otro lado, unas cuestiones divergentes que serán objeto de nuestro análisis.

Existe un elemento común de los países occidentales en el desarrollo del derecho de acceso a la información pública y, por tanto, de la transparencia del sector público y los sujetos asimilados y, precisamente se encuentra en los requerimientos que se encuentran a nivel internacional. Entre ellos podemos citar el Convenio 205 del Consejo de Europa sobre el Acceso a Documentos Públicos, firmado en Tromsø (2009), o la Alianza para el Gobierno Abierto (Open Government Partnership, en adelante OGP).

### 1.1. *El convenio de Tromsø, un marco ideal no ratificado*

El Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a Documentos Públicos es considerado por los especialistas en acceso a la información y transparencia, entre ellos Marga (Groothuis 2014, 87), profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Leiden, como el último escalón y un modelo a

---

<sup>1</sup> La denominación de Países Bajos se refiere al país completo, mientras que el nombre Holanda se emplea para las dos provincias centrales. Sin embargo, puesto que el nombre más usado a nivel internacional es Holanda, en este artículo se usa indistintamente la denominación de Países Bajos u Holanda para denominar al país en su conjunto.

<sup>2</sup> Laura Tejedor Fuentes entre septiembre y diciembre de 2013.

imitar. Sin embargo, y como detallaremos más abajo, aún no ha sido ratificado por Holanda, ni por España.

El Convenio apuesta por la publicidad activa o proactiva, cuando dice en su artículo 10 que «por su iniciativa propia y cuando sea conveniente, las autoridades públicas tomarán las medidas necesarias para poner a disposición de todos los documentos públicos en su poder para promover la transparencia y la eficacia de la administración y para fomentar la participación informada del público en materias del interés general».

La publicidad proactiva o activa se entiende como la puesta a disposición de los ciudadanos de información sin que medie una petición previa; frente a la publicidad reactiva, que exige una petición de información a un sujeto obligado a la transparencia para que éste responda. Del mismo modo, se diferencia entre transparencia proactiva y reactiva (Access Info 2010).

El Convenio establece un amplio ámbito subjetivo de aplicación, cuando recoge en su artículo 1.2 que los sujetos obligados a proporcionar información son todas las autoridades públicas, tanto el gobierno y administración a nivel nacional, regional y local; los organismos legislativos y autoridades judiciales, así como las personas naturales o jurídicas cuando ejercen como autoridad administrativa o manejan fondos públicos.

En relación al ámbito objetivo, el Convenio califica de forma muy abierta y satisfactoria, el objeto de la solicitud como «toda la información registrada [archivada] de cualquier forma, elaborada o recibida, y en posesión de las autoridades públicas», lo cual amplía de forma considerable el mero registro administrativo o el documento público.

El Convenio determina claramente en su artículo 4.1 que los solicitantes de información n.º deberán ser obligados a dar las razones por las que quieren la información solicitada, lo cual supone un paso más a favor del derecho de acceso.

También proclama el principio de publicidad de todos los documentos públicos y fija en su artículo tercero una serie limitada de excepciones al derecho de acceso a la información pública. Entre ellos la seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales; la seguridad pública; la prevención, la investigación y el procesamiento de actividades criminales, las investigaciones disciplinarias; la inspección, control y supervisión por autoridades públicas, la intimidad y otros intereses privados legítimos o los intereses económicos y comerciales.

Para que estas excepciones sean admisibles deben cumplir tres requisitos: estar definidas por ley, ser necesarias en una sociedad democrática y tener como objeto la protección de alguno de los límites citados en el Convenio. Además, continuando en el artículo 3: «el acceso a la información contenida en un documento oficial puede ser rechazado si puede o probablemente pueda dañar los intereses mencionados, a menos que haya un interés público

que prevalezca en dicha revelación». Esto último es conocido como el test de interés público, que supone la valoración de la divulgación de la información respecto del interés atendido con su denegación. De alguna forma permite superar cualquier límite cuando existe un interés público superior en la revelación de la información. Esto no quiere decir que una solicitud de información se someta a un juicio de interés público, sino que ante una solicitud de información pública que pueda ser rechazada por algún límite admisible, la información debe ser entregada si existe un interés público. Podemos referirnos a que el interés público concurre con el interés privado del peticionario para lograr que se entregue la información solicitada.

En el Convenio del Consejo de Europa no se fija un plazo concreto de resolución al acceso, sólo establece en su artículo 5.4 que deberán limitarse a lo esencial para poder resolver la petición y que «la decisión deberá ser resuelta, comunicada y ejecutada tan pronto como sea posible o dentro de un límite de tiempo razonable que ha sido especificado de antemano. «En Derecho comparado los plazos son muy variados, si bien oscilan entre los siete días hábiles (Perú), pasando por diez días (Portugal, Argentina), quince días (Finlandia, Polonia, República Checa), veinte días (México, Reino Unido, Eslovenia, Chile), hasta un mes (Francia e Italia)» (Fernández Ramos y Pérez Monguió 2014). En cualquier caso, la media de entrega de la información en Europa se fija en quince días. Por su parte, el plazo para resolver las solicitudes de información pública también es diferente en algunas de las Comunidades Autónomas de España (INAP 2016, 91-95)

En el último punto de este mismo artículo se establece que los funcionarios deberán ayudar a los solicitantes de información y viene a exigir que cuando la autoridad pública «rechaza el acceso total o parcial a un documento oficial deberá dar las razones de la denegación». Asimismo, «el solicitante tiene el derecho a recibir sobre su petición una justificación escrita de la denegación de esa autoridad pública». Además el artículo ocho regula el derecho del ciudadano a un procedimiento de revisión rápido y gratuito de aquellas peticiones de documentos oficiales que le hayan sido denegadas expresa o implícitamente ante un órgano independiente y ante los tribunales de justicia.

El Convenio también prohíbe la discriminación, pues establece en su artículo segundo que «cada parte [Estado] garantizará el derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo, a acceder, bajo petición, a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas». Manifestación que contrasta con la realidad discriminatoria<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Aunque realizada en el año 2004, la encuesta sobre leyes y prácticas del acceso a la información en catorce países reveló la discriminación que sufren los «*excluded group*» (minorías excluidas) para acceder a la información pública frente a los resultados obtenidos por periodistas, empresarios, representantes de ONG's o solicitantes sin afiliación

En lo referente al coste de la información, el Convenio establece en su artículo 7.1 que la consulta de documentos debe ser siempre gratuita y que sólo se podrá cobrar gastos por copias y la entrega de información, pero que éstos no deben superar el coste real.

El Convenio aún no ha entrado en vigor pues no se han conseguido las diez ratificaciones necesarias. En octubre de 2016 solo lo habían ratificado nueve países que, enumerados en orden cronológico son (Council 2016): Noruega, en septiembre de 2009; Hungría, en enero de 2010; Suecia, en abril de 2010; Montenegro, en enero de 2012; Bosnia Herzegovina, en enero de 2012; Lituania, en julio de 2012; Finlandia, en febrero de 2015; Estonia, en enero de 2016 y Moldavia, en septiembre de 2016. Ni España ni los Países Bajos han ratificado aún dicho Convenio.

## 1.2. *Open Government Partnership*

La OGP «busca que, de manera sostenida, los gobiernos sean más transparentes, rindan cuentas y mejoren la capacidad de respuesta hacia sus ciudadanos – con el objetivo final de mejorar la calidad del gobierno, así como la calidad de los servicios que reciben los ciudadanos. Esto requiere un cambio de normas y cultura para garantizar un diálogo y colaboración genuinos entre gobierno y sociedad civil» (OGP 2015a). Se inició en 2011 con el compromiso de ocho países, los fundadores y, en la actualidad cuenta con 64 países comprometidos. En todos esos países, gobierno y sociedad civil trabajan juntos para desarrollar e implementar reformas ambiciosas en torno al concepto de gobierno abierto.

Los países participantes en la OGP se organizan en grupos basados en su fecha de incorporación a la Alianza. Después de incorporarse, los países están obligados a seguir el cronograma de su grupo para implementar un plan de acción, evaluar sus propios avances, apoyar un informe independiente y desarrollar nuevos planes de acción.

Los ocho países fundadores formaron el grupo uno (Brasil, Indonesia, México, Noruega, Filipinas, Sudáfrica, Reino Unido y Estados Unidos) al incorporarse a OGP en septiembre de 2011; los 39 países que se incorporaron en abril de 2012 conforman el grupo dos (en el que está España y Países Bajos); el grupo tres los forman los siete países que ingresaron en abril de 2013; y los seis países que se unieron en abril de 2014 conforman el grupo cuatro (OGP 2015b).

---

determinada. «The study found significant and consistent discrepancies in the treatment of individuals according to which group they belonged to. Indeed, institutions often seemed more sensitive to the identity of the requester than to the content of the request» Open Society Justice Initiative: Transparency & Silence. New York, 2006 (pág. 161).

Para incorporarse a la OGP, el primer paso es demostrar un nivel mínimo de compromiso relacionado con los principios de un gobierno abierto en cuatro áreas claves: transparencia fiscal, acceso a la información, declaraciones patrimoniales de funcionarios públicos electos y de alto rango, y participación ciudadana. Para esto, un país elegible [candidato] debe obtener al menos el 75 % de los puntos disponibles en su caso. Sobre la importancia del acceso a la información pública, se otorgan cuatro puntos a los países que cuenten con leyes de acceso a la información y tres puntos si un país tiene una disposición constitucional que garantice el acceso a la información.

Si un país cumple con los criterios de elegibilidad, el segundo paso dado por el gobierno es indicar su interés de participar en la Alianza mediante una carta de intención a los presidentes y copresidentes de la OGP con copia a la Unidad de Apoyo. La carta, que puede provenir de cualquier dependencia gubernamental si cuenta con la aprobación del Jefe de Estado para unirse a la iniciativa, expresa formalmente la intención del gobierno de incorporarse a la OGP y el compromiso de respetar los principios de gobierno abierto articulados en la Declaración de Gobierno Abierto. Esta carta de intenciones se publica en el sitio web de la OGP.

El tercer paso es identificar a un ministerio o dependencia que lidere el proceso y comenzar el desarrollo de su plan de acción de gobierno abierto. Al inicio de este proceso la OGP alienta a los gobiernos a establecer un mecanismo formal para facilitar un diálogo permanente con la sociedad civil y garantizar oportunidades para recibir insumos del público. Recomiendan además «programar una llamada con un representante de la Unidad de Apoyo para poder responder a sus preguntas y conectarles con expertos y recursos relevantes» (OGP *op. cit.* 2015a).

Una vez el gobierno presente su carta de intención, se requerirá al país concluir y publicar su primer plan de acción OGP para el 31 de marzo del año siguiente. La OGP recomienda que en dichos planes de acción se cuente con la participación activa de ciudadanos y sociedad civil.

El Mecanismo Independiente de Evaluación de la OGP (en adelante, IRM) ofrece informes semestrales para cada país participante en la OGP que evalúan a los países participantes en el desarrollo e implementación de sus planes de acción y ofrece recomendaciones técnicas para mejorar los planes de acción futuros.

España envió su carta de interés en participar en la alianza en agosto de 2011 cuando gobernaba el Partido Socialista Obrero Español y presentó su plan de acción en 2012, con el nuevo gobierno del Partido Popular. En dicho plan de acción reconocía que «todas nuestras acciones políticas deben girar en torno a la transparencia y rendición de cuentas, y que la austeridad y eficiencia sean las piedras angulares de una buena gestión» (OGP 2012a, 1). Como detalle muy relevante, reconocían que «en línea con ese espíritu, el gobierno ha estado trabajando en varias medidas, por ejemplo la remisión al

## Congreso del Proyecto de la Ley de Transparencia, Acceso a los Documentos Públicos y Buen Gobierno».

Dicho plan de acción fue posteriormente evaluado por el IRM, que califica a los países participantes en el desarrollo e implementación de sus planes de acción y ofrece recomendaciones técnicas para mejorar los planes de acción futuros. En dicha evaluación, se recoge que el gobierno español preparó el primer plan de acción «sin realizar un proceso de consulta pública y, al hacerlo, no cumplió las recomendaciones de la OGP» (OGP 2012b, 10). El Ministerio de la Presidencia se justificó en la falta de tiempo debido a la celebración de elecciones a finales de noviembre de 2011 y la rápida formación del gobierno.

Respecto a los compromisos, la OGP destaca que España completó cinco del total de los trece redactados en el plan (Ibid., 11-15): La aprobación de ley orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en 2012, que regula la publicación en el BOE de las cuentas y auditorías de las entidades públicas; la publicación de los datos estadísticos de criminalidad, que dicen «cubre un vacío demandado por la ciudadanía»; el sistema RED, un servicio de la Tesorería General de la Seguridad Social a empresas y profesionales cuya misión es permitir el intercambio de información y documentos a través de internet; la simplificación de proyectos de evaluación medioambiental, mediante la aprobación del proyecto de ley en 2013 aunque sin «una correcta participación pública en su elaboración»; y la agilización del procedimiento de creación de nuevas empresas, mediante la aprobación de la ley 14/2013 para la regulación de las funciones del Centro de Información y Red de Creación de Empresas.

En cuanto a la relevancia con los compromisos del gobierno abierto, de modo algo negativo, «cinco de los trece compromisos parecen carecer de relevancia con los compromisos del gobierno abierto». Estos son: la citada ley orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad financiera de 2012, pues «su publicación se hace en formato PDF dificultando así su análisis, y no hay un sitio web en específico en donde consultar estas cuentas anuales»; la e-justicia, que no se creará por restricciones presupuestarias, y en cuyo lugar se iniciará el Comité Técnico Estatal de la Administración de Justicia Electrónica a fin de dar pasos hacia la interoperabilidad, sin quedar claro «cómo el compromiso implica los valores del gobierno abierto»; la revisión y simplificación normativa, compromiso que no se ha iniciado, y aunque positivo, «no está claro cómo puede tener relevancia como medio para mejorar la transparencia y/o desarrollar el gobierno abierto»; el citado sistema RED, que de nuevo «no tiene clara relevancia para desarrollar el gobierno abierto»; y la también citada agilización de la creación de nuevas empresas, que no tiene clara relevancia para desarrollar el gobierno abierto ante lo que el IRM propone compromisos como «abrir la información del Registro Mercantil Español», entre otros (Ibid., 14-15).

En cuanto a los criterios estrella –el compromiso es claramente relevante con los valores de la OGP, tiene un impacto potencial significativo y ha sido sustancialmente o completamente implementado– cuatro del total cumplen con estos. El primero y más importante de estos compromisos es la aprobación de la Ley de Transparencia, que para la OGP «supera un retraso histórico» (Ibíd., 13), aunque su proceso de aprobación tuvo muchas carencias como la rapidez, falta de transparencia y formatos de consulta débiles. Denuncian que a pesar de que recibió 3.863 aportaciones de los ciudadanos, éstas no se hicieron públicas y sólo algunas fueron incluidas. Tampoco esperaron a la opinión del comité de los treinta y ocho expertos designados por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales para hacer público el anteproyecto, en mayo de 2012. Los ligeros cambios fueron considerados por la OSCE o Access Info como menores o simples cosméticos (Ibíd., 27).

Por su parte, el gobierno de los Países Bajos envió su carta de interés en septiembre de 2011 y presentó su primer plan de acción en abril de 2012, siendo el definitivo de octubre de 2013. En él, Holanda hace toda una declaración de intenciones al resaltar que «nosotros no empezamos desde cero» (OGP 2013a, 5) y para justificarlo, explica iniciativas de gobierno abierto llevadas a cabo por el Ministerio de Infraestructuras y Medio Ambiente, por ejemplo: la consulta a los ciudadanos sobre las áreas de descanso, a fin de valorar éstas y crear datos abiertos relacionados; la ley de permisos medioambientales con implicación de los ciudadanos en la redacción de la misma; o el proyecto de la región de Tilburg sobre valoración de la propiedad. Este proyecto de transparencia reside en una web especializada que informa a los residentes sobre cómo se valora su propiedad y les permite comparar la información, a fin de darles una mejor visión de su propiedad, calcular sus impuestos locales y corregir información imprecisa. En su caso, como ya poseía una ley de acceso a la información, la conocida como WOB (1991), que veremos más adelante, se adquieren una serie de compromisos como «poner la información del gobierno accesible activamente» (OGP 2013a, 16) en formatos que sean compatibles con los estándares de aperturismo, a fin de retirar obstáculos técnicos y de otra índole, para su reutilización y maximizar su valor social. En segundo lugar, propone medidas de gobierno colaborativo, en donde los ciudadanos son invitados a trabajar activamente en soluciones para asuntos sociales y, por último, medidas de gobierno accesible que toman una aproximación proactiva para dar información sobre servicios y cambios en el ambiente físico que impacten directamente en los ciudadanos. En este caso se enseña a los ciudadanos qué datos se usan en qué procesos y se les la oportunidad de corregirlos cuando sea necesario.

El Informe del IRM destaca respecto a estos compromisos que Holanda completa sólo dos de los dieciocho redactados en el plan de acción (OGP 2013b, 3): la web [Volgdewet.nl](http://Volgdewet.nl), por medio de la cual garantizan mayor transparencia en la

toma de decisiones y los ciudadanos hacen cumplir la ley, pero que, aseguran, «no puede usarse en su plena capacidad hasta que el calendario legislativo sea accesible públicamente»; y el compromiso «De las leyes a la libertad» (Ibíd., 9), basado en treinta nuevas legislaciones y que resultó en algunas innovaciones menores pero con poco impacto en las prácticas administrativas.

En cuanto a la relevancia con los compromisos del gobierno abierto, de modo positivo, sólo dos de los dieciocho parecen carecer de relevancia con dichos compromisos. Esto son: la coalición del agua, que busca optimizar el sistema de aguas mediante empresas privadas y compromisos con la sociedad civil, del que los evaluadores del IRM no entienden qué impacto ha tenido en el gobierno abierto; y los servicios públicos y la perspectiva del usuario, cuyo objetivo es mejorar la calidad de la interacción del sector público con los ciudadanos en relación con servicios integrados y online, pero que de nuevo «no está claramente conectado con los valores centrales del gobierno abierto» (Ibíd., 9-10).

En referencia a los mencionados criterios estrella, cumple cuatro de los dieciocho: apertura de presupuesto y gastos, publicado por el ministerio de Finanzas en formato abierto desde 2012 (y que la OGP considera debe exigirse al resto de organismos del Gobierno); modernización del calendario legislativo, necesario para la apertura legal y cuya revisión está prevista para 2014; cambio de actitudes y procedimientos, con herramientas para fomentar el gobierno abierto; y notificaciones y anuncios online, permitiendo que la publicación online de la legislación sea el primer formato.

Aunque los objetivos planteados para España y Holanda son diferentes y sus informes de avance abarcan a su vez periodos diferentes, 2012-2013 para España y 2013-2014 para Holanda, es interesante realizar la comparativa de ambos estados. En resumen, parece que España sale a rasgos generales mejor parada, puesto que cumple cinco de sus trece compromisos (38 % en términos relativos), frente a dos de los dieciocho que cumple Holanda (11 %). En cuanto a los criterios estrella reúne cuatro sobre trece (un 31 %) respecto a los cuatro sobre dieciocho de Holanda (un 22 %). La única excepción es en cuanto a la relevancia de los compromisos de gobierno abierto, en el caso de España son cinco sobre trece (38 %) los que no son relevantes frente a dos de dieciocho (11 %) en Holanda.

## 2. HISTORIA. EL INTENTO DE CREAR UN DERECHO FUNDAMENTAL

Pese que el citado Convenio de Tromsø no haya entrado en vigor, sí que constituye un referente de primer orden para estudiar los marcos legislativos español y holandés de acuerdo a los requisitos establecidos en el convenio. La OGP, por su parte, orienta a los estados comprometidos hacia un sistema

de democracia más avanzado y con mayor participación de los ciudadanos. Desde sendos marcos, a continuación vamos a realizar un análisis comparativo paso a paso de ambos escenarios español y holandés.

## 2.1. *España. Fuera de los derechos fundamentales*

Un importante sector de la doctrina propugna el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental anclado en la libertad de información del artículo 20 de la Constitución española. Esta reivindicación se plasma en el primer principio de la Coalición Pro Acceso (2016). Sin embargo, dicho reconocimiento no se ha logrado ni en la Ley 19/2013 de Transparencia, ni hasta el momento en la jurisprudencia española.

La importancia de la libertad de información en una sociedad democrática es una referencia recurrente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. El párrafo primero del artículo 20 de la Constitución reconoce las libertades informativas que precisan de una interpretación a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España. Además del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), deberíamos citar el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político (1966) y el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950) como normas esenciales para interpretar el artículo 20.

El artículo 20.1 d) de la Constitución española en su primera frase reconoce el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». Esta provisión es muy parecida al artículo 10 del citado Convenio Europeo de Derechos Humanos, que ampara «la libertad de opinión y la de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras». Desde un importante sector doctrinal se defiende que la facultad de recibir información integrada en la libertad de información, da pie al reconocimiento a acceder a la información pública como un derecho fundamental. En definitiva, el derecho de acceso a la información pública estaría anclado en el artículo 20 de la Constitución. A nivel internacional el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha interpretado desde el año 2009 que el derecho de acceso a la información pública se encuentra amparado en el citado artículo 10 del Convenio europeo, esto es, que se encuentra «anclado» a la libertad de información<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Pueden citarse los casos *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, 14 abril 2009 (Aranzadi JUR/2009/168003); *Kenedi v. Hungary*, 26 mayo 2009 (Aranzadi

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, vincula el derecho de acceso a la información pública al artículo 105.b de la Constitución española (puede verse la evolución del proyecto de ley hasta que se convierte en ley en la obra de Emilio Guichot (2014)). Este precepto regula el «acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas». El precepto no está en el Título Primero de la Constitución dedicado a los derechos y deberes fundamentales sino en el Título dedicado al Gobierno y la Administración, carece por tanto de la protección de los derechos fundamentales y es insuficiente para exigir la transparencia en otras instituciones fuera del poder ejecutivo.

Lo cierto es que la palabra «transparencia» u otra similar como principio de funcionamiento de la Administración Pública no aparece en la Constitución Española de 1978 y, cualquier reforma de nuestra carta magna debería introducirla. En cambio sí aparecen en ocho artículos y con diferentes significados las palabras «acceso» y «acceder».

Repasando la evolución del derecho de acceso a la información en manos de las autoridades públicas, ésta ha sufrido una importante evolución en España. Desde el principio administrativo del secreto como forma de actuación eficaz, pasando por el derecho a obtener información propia con objeto de poder defenderse ante la administración, la facultad a acceder a nuestros propios datos personales o el insatisfactorio desarrollo del artículo 105. b) de la Constitución, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC). En dicha Ley el artículo 38 establecía: «Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud».

En el propio Preámbulo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (*op. cit.*) se refiere a que la LRJ-PAC «adolece de una serie de deficiencias que han sido puestas de manifiesto de forma reiterada al no ser claro el objeto del derecho de acceso, al estar limitado a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados y al resultar su ejercicio extraordinariamente limitado en su articulación práctica». En coherencia con lo anterior, la propia ley modifica la LRJ-PAC y asume la regulación de la transparencia en el poder ejecutivo.

---

JUR/2009/218749) y *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*», 25 de junio de 2013.

## 2.2. *Países Bajos. Principio de Gobierno Abierto desde 1983 pero fuera de los derechos fundamentales*

La transparencia es una preocupación de largo recorrido en los Países Bajos. En 1795, la Declaración de los Derechos del Hombre de los Países Bajos recogía, de modo muy similar a Francia:

«Todo el mundo tiene el derecho a exigir de cada funcionario de la administración pública, la rendición de cuentas y justificación de su conducta» (Banisar 2006, 18).

En el siglo XX, la Constitución de los Países Bajos recoge el derecho de acceso a la información pública, aunque no lo hace en su primera edición de 1972, sino que lo incorpora como un principio de actuación pública en 1983 mediante su artículo 110: «En el ejercicio de sus deberes, los órganos del Gobierno deberán observar el derecho de acceso público a la información de conformidad con las normas que sean prescritas por ley en el Parlamento» (Constitution 1983).

Aunque este artículo ha sido reconocido de forma general como una obligación por los órganos del Gobierno hacia el aperturismo y la publicación de la información, no se considera que provea a los ciudadanos del derecho a solicitar el acceso sino que es más bien visto «como un principio general de gobierno abierto» (Leenknecht 2002, 341). Tampoco recoge el texto constitucional holandés la palabra transparencia, tal y como reclaman los expertos españoles, pero sí que aparecen varias referencias a la publicidad de las actuaciones públicas como el artículo 66, «las sesiones del parlamento se llevarán a cabo en público»; el primer párrafo del 80, «las recomendaciones formuladas por los órganos mencionados en el presente capítulo se hará públicas según lo establecido por ley del Parlamento»; el 121, «excepto en los casos establecidos por ley, los juicios se celebrarán a puerta abierta y las sentencias deberán especificar las bases en las que se apoyan. Las sentencias deben ser pronunciadas en público»; el primer párrafo del 125, «las provincias y municipios estarán dirigidas por consejos provinciales y municipales, respectivamente, sus reuniones serán públicas salvo casos establecidos por ley del parlamento»; el segundo párrafo del 133, «el poder legislativo y otros poderes de los órganos administrativos de los consejos de agua y el acceso público a sus reuniones se regirán por la ley del parlamento» y el segundo párrafo del 134, «las funciones y organización de los organismos públicos, la composición y poderes de sus órganos administrativos y el acceso público a sus reuniones se regirá por ley del Parlamento. Se podrán conceder poderes legislativos a sus órganos administrativos de conformidad a la ley del Parlamento».

Como se aprecia, todos estos artículos de la Constitución de los Países Bajos se refieren al acceso público a reuniones de los órganos consultivos,

órganos de representación y del Poder Judicial entre otros, pero ninguno establece un derecho concreto de acceso a la información.

Junto a esto, parece que, al igual que en el caso español, dicha regulación queda fuera de los denominados «derechos fundamentales» (englobados del artículo uno al veintitrés), pues no es recogida hasta el artículo 110. A este respecto, el mencionado profesor G. Leenknecht (*op. cit.*, 344), de derecho público de la Universidad de Tilburg, considera que el concepto de derecho de acceso a la información es de tal «madurez constitucional» que debe ser incluido en el capítulo uno, referido a los derechos fundamentales de la Constitución.

Como consecuencia de dichas demandas, ha habido varios debates para reformar la Constitución e incluir el derecho de acceso a la información entre los derechos fundamentales.

El informe de la Comisión Franken, encargado por el Gobierno y redactado en 2000 por el Comité de los Derechos Fundamentales en la era digital, redactó cinco recomendaciones para mejorar el acceso a la información pública así como la mejora de acceso a documentos en la era de las nuevas tecnologías (Ibíd., 328). Una de sus pretensiones era reformar la Constitución de los Países Bajos para añadir el derecho fundamental de acceso a la información pública ya que, como se explicaba anteriormente, ésta recoge la obligación de los órganos del Gobierno hacia el aperturismo y la publicación de la información, pero no considera que provea a los ciudadanos del derecho a exigir el acceso.

El primer resultado pudo verse en octubre de 2000, cuando el Gobierno propuso un nuevo derecho fundamental referido al derecho de acceso a la información de las autoridades públicas: «Todo el mundo tendrá derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas. Este derecho puede ser limitado por o según una ley del Parlamento. Debe ser una preocupación de las autoridades asegurar el acceso a la información en poder de las autoridades» (Tweede Kamer 2000, 30). Sin embargo, esto no desembocó en una reforma de la Constitución, anunciada de nuevo en 2002, pero no culminada.

Respecto a la modificación de la WOB, siguiendo el repaso de la profesora Groothuis (*op. cit.*, 69), el primer paso tuvo lugar en 2004 con la publicación de un informe de investigación sobre el funcionamiento de la Ley de Gobierno Abierto. El segundo paso fue una carta de mayo de 2011 del entonces ministro Donner a la Cámara Baja y la posterior consulta pública online sobre el anteproyecto de la Ley de Enmienda de la WOB.

El tercer paso fueron los proyectos de ley de gobierno abierto propuestos por Peters y Voortman, del partido GroenLinks; y Schouw, del D66. Así, la historia revela amagos de avance, que no se han traducido en modificaciones reales de la Constitución y sólo parciales de la WOB.

### 3. DOCTRINA SOBRE TRANSPARENCIA

#### 3.1. *España. Un exceso de normas*

La existencia de una ley de transparencia es, según muchos autores, un potente indicador para medir la transparencia de un Gobierno. Hollyer, Rosendorff y Raymond (2011, 1194) lo consideran una de las principales fuentes de transparencia, junto con la que llaman «oportunidad» de provisión de datos por el gobierno, según la velocidad con la que los datos aparecen en el Indicador de Desarrollo Mundial y las estadísticas financieras internacionales del Fondo Monetario Internacional. El otro indicador es la posesión de una prensa libre de propiedad privada.

En el proceso de elaboración de la Ley de Transparencia, 2011 se constituye como «el año del impulso definitivo» con una «cronología vertiginosa» (Guichot *op. cit.*, 21) que culmina en la aprobación de la ley a finales de 2013 con una complicada entrada en vigor. Hasta su aprobación, España era «el único país de Europa con más de un millón de habitantes que aún no tiene una norma de estas características» (Tu derecho 2012) y sólo existía un insatisfactorio desarrollo del citado artículo 105 b) de la Constitución en la LRJ-PAC y normas sectoriales como la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos... o la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente<sup>5</sup>, explicada más adelante. Tampoco poseía España una agencia o comisionado específico al que reclamar las denegaciones y contestaciones a las solicitudes de los ciudadanos sobre información pública. Mientras, países como Finlandia o Suecia contaban con una ley de transparencia desde 1766, Francia tenía la Ley de Acceso a Documentos Públicos desde 1978, el mismo año en que se aprobaba la Constitución Española y Gran Bretaña, la Freedom Of Information Act desde 2000.

En 2013, la aprobación de la ansiada ley de transparencia vino a dejar un nuevo sabor agridulce, ya apuntado desde la tramitación del anteproyecto en 2012. La ley recurría a la práctica de la LRJ-PAC: la vinculación del derecho de acceso a la información pública al artículo 105 b) de la CE y el olvido del mayoritario reconocimiento de la doctrina en el ámbito internacional como un derecho fundamental. Así, se alude en el preámbulo que «partiendo de la previsión contenida en el artículo 105b de nuestro texto constitucional, la

---

<sup>5</sup> Que vino a sustituir a la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre (...) desarrolla en su artículo 37 el derecho de los ciudadanos a acceder a los registros y documentos que se encuentren en los archivos administrativos». Resulta curioso que la ley haga crítica de las deficiencias de la LRJ-PAC, como su falta de claridad y limitaciones, pero después mantenga su vinculación constitucional al artículo 105 b de la C.E.

Esta vinculación es incorrecta pues dicho artículo se encuentra fuera de los derechos fundamentales, en el Título IV de la CE referido al Gobierno y de la Administración, cuando los sujetos obligados por la ley de transparencia exceden del Gobierno y la Administración, por ejemplo: las entidades locales, las entidades de Derecho Público o el Congreso de los Diputados y el Senado.

Consideramos que el acceso a los archivos y registros es conceptualmente diferente del acceso a la información pública. Por eso, en la ley «falta una referencia explícita y clara a que se trata de un derecho fundamental que es posible y deseable– anclar en el artículo 20 de la CE» (Sánchez de Diego 2012: 1). El propio informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Transparencia recomendaba «mencionarse expresamente en la exposición de motivos» el artículo 20 de la Constitución (Dictamen, 2012: apartado III), cosa que no se hizo.

Esta desvinculación de la Ley de Transparencia del artículo 20.1 en favor del 105 da lugar a otra problemática, como es la existencia en la actualidad de diez leyes autonómicas y una estatal, además de varias normas sectoriales sobre las que no existe ningún tipo de coordinación desde la Ley de Transparencia. Al estar el artículo 105 ubicado fuera de los derechos fundamentales de la Constitución Española, la Ley de Transparencia no puede ser de carácter orgánico y, por tanto se limita a un carácter administrativo que puede ser regulado por las Comunidades Autónomas.

En este sentido es preciso recoger las palabras del doctor Miguel Ángel (Blanes 2015, 31): «en prácticamente un año, hemos pasado de no tener en España una ley específica en materia de transparencia a tener once hasta el momento. Sin duda, este aluvión de normas oscurecerá en buena parte la indispensable transparencia».

Según explica Blanes, tras un análisis del diario de sesiones del Congreso de los diputados de fecha de 30 de mayo de 2013, comprobó desolado que algunos partidos políticos (se intuye que mayoritariamente los nacionalistas) «se negaron a que el derecho de acceso a la información pública fuera reconocido como un derecho fundamental porque ello implicaría su regulación por ley orgánica y la exclusión de las competencias autonómicas en la materia y, por ende, la imposibilidad de aprobar una ley de transparencia propia» (Ibíd., 33-34). Esta posición es considerada como «la más plausible» por el coautor de este artículo (Sánchez de Diego 2013, 302), pues «si se trata de

una mera cuestión de transparencia administrativa, entonces las autonomías sí que tienen competencia, y esa es la máxima preocupación de algunos nacionalistas: el ámbito competencial».

En general, la desvinculación de la ley del artículo 20 de la Constitución parece sólo ser origen de problemas y desventajas. Por ello en una futura reforma de la Constitución, debería introducirse el principio de transparencia en la regulación de los poderes públicos, y un derecho fundamental a acceder a la información pública dentro de las libertades públicas informativas.

### 3.2. *El escenario holandés. Una sola norma*

En los Países Bajos, el derecho de acceso a la información fue aprobado en 1980 y especificado definitivamente en 1991 por medio de la WOB. Ésta se desarrolla en conexión con el mencionado artículo 110 de la Constitución, a fin de revisar la legislación concerniente al aperturismo y el acceso público a la información gubernamental e incorporarlos a la legislación de los Países Bajos.

En este escenario, observamos cómo de nuevo se repite la problemática española vinculando la ley a un artículo que se encuentra en la Constitución holandesa fuera de los calificados como derechos fundamentales. En este sentido, los expertos como Groothuis recomiendan la reforma de la Constitución, primero (explicada previamente) y de la legislación, después.

Pese a esta deficiente situación, sí es destacable que, a diferencia de España, sólo existe una ley estatal de gobierno abierto y acceso a documentos públicos. Así, por medio de ésta puede realizarse peticiones a todos los miembros del poder ejecutivo estatal, regional y local, según exige el convenio de Tromsø.

## 4. INFORMACIÓN PROACTIVA Y REUTILIZACIÓN

### 4.1. *España. Esfuerzo del Portal de Transparencia con reutilización deficiente*

En 2012 se produce un significativo esfuerzo hacia la apertura y reutilización de datos públicos, pues a principios de año el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas pone en marcha el portal de Gobierno Abierto: [datos.gob.es](http://datos.gob.es), que analiza y gestiona el catálogo de información pública de la Administración General del Estado. Sin embargo, en 2013, los datos eran aún escasos y obtenerlos del portal era sumamente oneroso.

En ese año, la Ley de Transparencia contrae una obligación de publicidad activa o proactiva en sus artículos cinco y diez. Ésta se entiende como el acceso facilitado directamente por la administración a los ciudadanos sin que

medie una petición; en oposición a la publicidad reactiva, facilitada por las administraciones tras una petición de acceso (Access Info 2010).

Publicidad activa, sí, pero ¿dónde?, se pregunta Burgar (2016, 19-20), pues «parece que el legislador haya dejado a la libre elección de los sujetos sometidos a las diferentes obligaciones de publicidad activa la determinación del lugar (electrónico) en el que llevar a cabo el cumplimiento de sus obligaciones proactivas de transparencia, ya sea, indistintamente, en su página web o en su sede electrónica (...) o en el Portal de la Transparencia».

Burgar resuelve mediante una interpretación integradora de las previsiones contenidas en la ley de transparencia, en relación, con la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público: «el establecimiento de una sede electrónica conlleva la responsabilidad del titular respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que puede accederse a través de la misma» (Ibíd., 22).

Así, el Portal de Transparencia habrá de configurarse con las características técnicas y jurídicas propias de una sede electrónica, constituyendo, en sí mismo, una auténtica sede electrónica o, por mejor decir, una sede electrónica derivada o subsede» (Ibíd., 23).

Por su parte, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, se refiere en su artículo 5.2 a los documentos que las Administraciones Públicas «procurarán, siempre que ello sea posible y apropiado, proporcionarlos en formato abierto y legible por máquina». Así, la Ley de Transparencia adquiere en el artículo 5.4 el compromiso de emplear «preferiblemente, formatos reutilizables», lo cual implica, como mínimo, formatos como xls y csv, con los que puede trabajarse posteriormente en una hoja de cálculo. El proceso de acceso también es gratuito y está exento de cualquier coste.

Hablar de reutilización nos lleva a citar la Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se modifica la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público. Esta última define en su artículo 2 la reutilización como «el uso de documentos que obran en poder de organismos del sector público por personas físicas o jurídicas con fines comerciales o no comerciales distintos del propósito inicial que tenían esos documentos en la misión de servicio público para la que se produjeron». El intercambio de documentos entre organismos del sector público en el marco de sus actividades de servicio público no se considerará reutilización».

En la nueva directiva se establecen definiciones acordes con los nuevos tiempos y las nuevas formas de periodismo como el periodismo de datos, que trabaja con bases de datos en formatos abiertos y reutilizables.

Entre las definiciones incorporadas en 2013 está la de «formato legible por máquina»: un formato de archivo estructurado que permita a las

aplicaciones informáticas identificar, reconocer y extraer con facilidad datos específicos, incluidas las declaraciones fácticas, los metadatos y su estructura interna. También, la de «formato abierto»: un formato de archivo independiente de plataformas y puesto a disposición del público sin restricciones que impidan la reutilización de los documentos. Por último, se incorpora la «norma formal abierta»: una norma establecida por escrito que especifica los criterios de interoperabilidad de la aplicación informática.

Fuera de la optimista legislación, la realidad no lo es tanto. Aunque se cumple con el punto cuarto, y la información se publica en el portal de transparencia de forma medianamente clara, estructurada y entendible, con interfaces sencillas en forma de símbolo o dibujo, a medida que se avanza en el acceso al documento, la presentación se va complicando.

Junto a esto, se aprecian carencias e información no reutilizable pues del total de documentos contenidos en la web, sólo un par pueden obtenerse en formato csv. Todo esto se desarrolla en un artículo de la coautora de este artículo (Tejedor 2015), unos días después de cuya publicación se da una nueva imagen a la web.

#### 4.2. *Holanda. La reutilización se cobra*

El artículo ocho de la WOB habla de información publicada «espontáneamente». Esto se entiende como información publicada voluntariamente o, en línea con la definición anteriormente expuesta, proactivamente. Esta información es la referida «a su política y la preparación y ejecución de la misma, cuando la provisión de dicha información vaya en el interés de una gobernabilidad democrática efectiva».

Junto a esto, deberá garantizar que la información se proporcione de una manera comprensible y que satisfaga tanto a la parte interesada como al mayor número de miembros del público posible y en un periodo de tiempo adecuado que les permita dar a conocer sus visiones a la autoridad administrativa.

Además, el artículo 9 en sus primeros apartados fija que las recomendaciones de los comités de seguimiento independientes de las autoridades administrativas «deben ser puestas a disposición pública cuando sea necesario y, si es posible, con notas explicativas». También, que el periodo «no será superior a cuatro semanas tras haber sido recibidas por la autoridad administrativa».

Esta información puede hacerse disponible incluyéndose en una publicación comercial, de forma separada pero a disposición pública o para inspección para copia o préstamo.

En lo referido a la reutilización, en 2005, a raíz de la aprobación de la citada directiva del consejo sobre reutilización de la información del sector

público, se añade un nuevo capítulo V para recoger el derecho de toda persona a solicitar al gobierno o autoridad pública la reutilización de información, indicando únicamente la información que se desea reutilizar, sin necesidad de acreditar algún interés, aunque con la posibilidad de exigir por el organismo una mayor especificación de la petición, cuando ésta haya sido formulada de forma muy general (WOB *op. cit.*, art. 11b). Estas condiciones cumplen con los requisitos establecidos por la Coalición Pro Acceso, pues no exigen indicar motivos ni aportar datos personales.

Además, en este mismo artículo se recoge que, en la medida de lo posible, los documentos estén disponibles para su reutilización electrónica, lo que parece implicar el empleo de formatos reutilizables, aunque estos no se mencionen expresamente. Sin embargo, se incluye que «no se garantizará el derecho exclusivo a la reutilización a menos que sea necesario para la provisión de un servicio de interés general», y en tal caso se revisará tres veces al año si continúa existiendo tal interés general.

En general, la regulación de la reutilización en la ley resulta anacrónica y adolece de una reforma para incorporar las nuevas medidas y acepciones recogidas en la directiva europea de 2013 sobre reutilización, como la incorporación de formato legible por máquina y formato abierto.

Pero sin duda el punto más negativo es la introducción en el artículo 11h de costes de obtención de la información reutilizada, que «no deberán superar los de recopilación, producción, reproducción y diseminación de la información así como el de rendimiento justo de la inversión realizada», aunque se podrán crear reglas más estrictas según orden del Consejo. Esto supondría en la práctica la imposición de costes para casi todas las peticiones, puesto que muchas solicitudes de documentos tienen por fin su reutilización con fines distintos del propósito inicial.

## 5. SUJETOS OBLIGADOS

### 5.1. España. Amplio ámbito de aplicación pero en desiguales niveles

El artículo segundo de la Ley de Transparencia se establece un amplísimo ámbito subjetivo de aplicación, con diversos niveles de sujeción (Blanes *op. cit.*, 34). Pese a lo desordenado del artículo, en la tramitación parlamentaria se incorporaron más sujetos obligados que los contemplados inicialmente en el proyecto de Ley.

En el nivel alto se encuentran la Administración General del Estado formada por los órganos centrales y los organismos vinculados o dependientes como las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

colaboradoras de la Seguridad Social, los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público, así como las universidades, además de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, también se encuentran en este nivel las entidades que integran la Administración Local.

En el nivel medio se ubican las corporaciones de Derecho público, como los colegios profesionales o cámaras de comercio, además de la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas. Estas entidades sólo están obligadas por la ley en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo, tal referencia nos lleva al absurdo jurídico de que la transparencia afecta a sus funcionarios, pero no al personal laboral (Sánchez de Diego 2013, 305). Para mayor complicación, estos organismos son directamente retirados del ámbito subjetivo de aplicación del Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la ley 19/2013 (Real Decreto 2015, art. 1.2), que está aún en periodo de aprobación.

En el nivel bajo, se encuentran los partidos políticos, las organizaciones sindicales y empresariales y las entidades privadas que perciban durante el periodo de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 % del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención públicas, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros. Estos organismos sólo están obligados por la publicidad activa del capítulo segundo de la ley en lo referido a la publicidad de sus contratos, convenios, subvenciones y ayudas públicas. No están obligados a responder directamente a las solicitudes de información de los ciudadanos, que pueden realizar su consulta al ente público que proporciona fondos públicos, por lo que el acceso a la información se realiza de forma mediada.

Además, el artículo 10 recorta a posteriori este ámbito de aplicación en lo referido a la publicidad activa en el portal de transparencia, que sólo contendrá «la información de la Administración General del Estado cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia», lo cual resulta contradictorio.

## 5.2. *Holanda. Sólo el poder ejecutivo*

La WOB se aplica a los ministerios, a los gobiernos de las provincias, municipalidades, organizaciones industriales y de aguas, así como a todos los gobiernos bajo su responsabilidad de los cuerpos mencionados.

Así, queda englobado el poder ejecutivo, desglosado en el gobierno central y el autonómico y el municipal; pero deja fuera al Parlamento<sup>6</sup>, a los tribunales y jueces y a las compañías privadas.

Esta omisión del parlamento, que no cumple con lo establecido por el convenio de Tromsø, no responde a un motivo claro, y si Holanda firma dicho convenio internacional deberá adecuar su legislación nacional.

Tampoco existe un código específico que regule la ética y la conducta esperada de los miembros del Parlamento y concretamente de los representantes de la Tweede Kamer. Sin embargo, la Constitución de los Países Bajos, en su enmienda de 1983, artículo 60, requiere a aquéllos que acepten ser miembros del Parlamento «hacer un juramento o afirmación y promesa ante la Cámara según lo prescrito por Ley del Parlamento de que no han hecho nada que pueda excluirles legalmente de ocupar cargos» y «jurar o prometer lealtad a la Constitución y que desempeñarán fielmente sus ocupaciones».

En 2013, un estudio realizado por el Grupo de Estados Contra la Corrupción, grupo evaluador de la prevención de la corrupción entre los miembros del parlamento, jueces y fiscales, llegó a la conclusión de que: «la razón principal para la ausencia de un código uniforme de conducta/ética en el Parlamento Holandés es que las autoridades públicas han sido reticentes a mezclarse en lo que veían como los asuntos internos de los partidos políticos, que tradicionalmente han tenido valores y principios morales diferentes» (GRECO 2013, 11).

Así, si bien considera que los miembros del Parlamento deben tener su propia moralidad, deposita la labor de control a éstos en otros organismos como los partidos políticos. Estos son los responsables de seleccionar a los miembros del Parlamento, ubicarlos en una lista de candidatos a las elecciones y hasta obligarles a ceder su puesto en caso necesario, aunque esto puede suponer una quiebra del mandato representativo. Por otro lado los medios de comunicación juegan un importante rol como perro guardián, al sacar a la luz cualquier conducta no ética de un miembro del Parlamento.

Junto a esto, en el estudio se resalta cómo son los propios miembros del Parlamento los que han rechazado adoptar un código uniforme de conducta/ética. Entre las razones dadas por éstos a los responsables del estudio: el nivel de integridad entre los miembros del Parlamento es alto y éstos cuidan su comportamiento ante la vigilancia de los medios de comunicación, no hay un concepto común entre los parlamentarios de lo que es ético y lo que no lo es. Este argumento para el grupo evaluador contradice el del alto nivel de integridad de

---

<sup>6</sup> El Parlamento neerlandés (Staten Generaal) se divide en dos cámaras: la Cámara Baja (Tweede Kamer der Staten-Generaal) y la Cámara Alta (Eerste Kamer Der Staten-Generaal).

los parlamentarios o la idea que los miembros del Parlamento sólo deben rendir cuentas ante el público por su conducta, por medio de elecciones (Ibíd., 11).

Sin embargo, los miembros del grupo evaluador no se muestran convencidos de estos argumentos ya que, en primer lugar, son conscientes de la existencia de malas conductas entre los miembros del Parlamento. En general, consideran que el Parlamento debe tratar las cuestiones de integridad por sí mismo y no delegar en otras instituciones como los partidos políticos, que pueden tener la tentación de ocultar o encubrir malas conductas para prevenir daños a la reputación del partido.

Como conclusión, el informe del GRECO recomienda que se incorporen en la WOB o se desarrollen códigos de conducta para los miembros de ambas cámaras del Parlamento, y sean adoptados con la participación de sus miembros y puestos fácilmente accesibles al público.

## 6. SOLICITUD DE ACCESO Y TRAMITACIÓN

### 6.1. *España. Complicado proceso informático con un mes de respuesta*

La Ley de Transparencia establece que la solicitud se puede presentar por cualquier medio que permita tener constancia de: la identidad del solicitante; la información que se solicita; una dirección de contacto, preferentemente electrónica; y la modalidad que se prefiera para acceder a la información.

En la práctica, el derecho a la solicitud de información solo puede ser ejercido a través del Portal de Transparencia si se cuenta con un DNI electrónico, un certificado digital o si se aporta un número de teléfono o un número de cuenta para darse de alta en el sistema Clave. Esto hace que Victoria Anderica, ex coordinadora de campañas de Access Info Europe, la considere «sin ninguna duda la ley más restrictiva del mundo en cuanto a los requisitos para solicitar información y va en contra del Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a Documentos Oficiales» (Access Info 2014). La propia presidenta del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno reconoció que la exigencia de identificación disuadía al ciudadano medio de realizar una petición, y estaba en la base del reducido número de peticiones realizadas en su primer año de vida, sólo 2.862. La presidenta el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno promete vencer estas dificultades y asegura que hablará con los responsables del portal para que faciliten el acceso siguiendo incluso el ejemplo del Portal de Aragón, donde se pueden realizar las peticiones oralmente (Arizmendi 2015, 61).

La parte positiva es que finalmente el solicitante «no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información», según el artículo 17.3. Recoge, de este modo, el principio cuarto de la Coalición Pro Acceso (*op. cit.* 2016), pues consideran que incluir los motivos no concuerda con los estándares internacionales y disuade de pedir información.

Por su parte, la posibilidad de la petición por los solicitantes en cualquiera de las lenguas cooficiales del Estado supone una mejora formal pero no afecta al aspecto sustantivo de transparencia.

En cuanto a la tramitación, cuando la solicitud no identifique de forma suficiente la información, junto a la llamada al solicitante para que concrete la información, se le informará «de la suspensión del plazo para dictar resolución» (*op. cit.*: art. 19.2).

Una vez realizada la solicitud el acceso posterior a la información vuelve a ralentizarse, pues el portal da de respuesta un «plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver» (Ibid.: art.20), no desde la realización de la solicitud. Así, si una solicitud se realiza el 1 de enero, pero el órgano competente para resolverla no la recibe hasta el 1 de febrero, el plazo máximo de respuesta sería el 1 de marzo, lo que legalmente entra dentro del mes de plazo de contestación, pero supone una demora real de dos meses.

En la respuesta, de nuevo nos encontramos con problemas, pues en España sigue existiendo el silencio administrativo negativo, en principio como excepcional, ya que el artículo 43.1 de la LRJ-PAC establece como habitual ante la falta de contestación de la Administración Pública que se presuma que contesta afirmativamente, lo que se denomina silencio administrativo positivo. Sin embargo, según el artículo 20 de la Ley de Transparencia si no se contesta una solicitud de información, se considera que se ha respondido negativamente pues «transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada». Tanto la Ley de Transparencia de Navarra como las propuestas de los expertos en transparencia, por ejemplo de la Coalición Pro Acceso, se decantan a favor del silencio administrativo positivo, para evitar la inacción de los entes públicos.

Aún se comprende menos que en el acceso a la información pública se establezca una excepcionalidad sobre el procedimiento administrativo común. En éste cuando se recurre en alzada un silencio administrativo negativo y se produce otro silencio administrativo, entonces se genera un silencio administrativo positivo que entiende estimada la solicitud. Sin embargo, en el acceso a la información pública denegada por silencio administrativo y reclamado ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, la falta de resolución expresa en el plazo de tres meses, da lugar a otro silencio administrativo negativo.

## 6.2. *Holanda. Proceso por correo postal con un matiz que hace la diferencia*

La WOB recoge en su segundo artículo que «toda autoridad administrativa debe, en el ejercicio de sus funciones, revelar información de acuerdo

con la presente Ley, sin perjuicio de las disposiciones establecidas en otros estatutos».

Así, permite en su artículo tres que toda persona pueda solicitar información sobre cuestiones administrativas a las oficinas del Poder Ejecutivo o alguno de los organismos o instituciones que desarrollen labores por las que sean responsables ante aquél. En esa misma sección se recoge la obligación de especificar el asunto o el documento sobre el que el solicitante requiere la información. Esto implica indicar en detalle los nombres y apellidos de los altos cargos sobre los que se requiere la información. A su vez, el peticionario no debe alegar un interés en su petición pero si su cuestión es demasiado general debe especificarla lo más pronto posible.

La petición se puede hacer de forma oral o escrita, por correo postal o correo electrónico, aunque no hay una aplicación informática al respecto y el peticionario debe dirigirse a la dirección de consultas genérica del ministerio correspondiente.

En cuanto a la forma de acceso a la información, la Administración puede suministrar los documentos requeridos de diversas formas: «emitiendo una copia de los documentos o transmitiendo su contenido exacto de alguna otra forma, permitiendo al solicitante tomar nota de los contenidos de los documentos, suministrando un extracto de los documentos o un sumario de sus contenidos o suministrando la información contenida en los documentos» (Ibíd.: art. 7.1).

Para la elección de uno de estos métodos, la Administración deberá tener en cuenta la preferencia del solicitante y la rapidez del proceso, lo cual da prevalencia a las necesidades de acceso de dicho solicitante.

En cuanto a la tramitación, la ley holandesa fija de nuevo largos plazos. A pesar de que se establece que la Administración debe decidir acerca de la solicitud de información lo antes posible, acto seguido se puntualiza que «en ningún caso más de cuatro semanas desde el día siguiente a aquel en que la solicitud fue recibida» (Ibíd.: art. 6.1). Este plazo fue ampliado respecto del establecido por la ley en sus inicios, de dos semanas, lo cual supone un retraso considerable en el plazo de contestación en línea con las legislaciones más lentas (como el caso español) y un distanciamiento de la media europea, de dos semanas. Sin embargo, cabe apuntar una diferencia con la legislación española y es que, aunque parece que en ambas la respuesta es de un mes, en el caso holandés se refiere a cuatro semanas desde el día siguiente al que la petición es recibida, mientras que en España es un mes desde la fecha de recepción por el órgano competente para resolver. Estas seis palabras hacen la diferencia pues generan la demora explicada anteriormente y suponen un oscuro matiz en nuestra legislación.

Del lado negativo, estas cuatro semanas pueden ser extendidas otras cuatro más, siempre que se comunique el motivo por escrito al solicitante, antes

de que finalice el primer periodo (Ibíd.: art. 6.2). Además y de modo muy contradictorio, el siguiente apartado permite que se pueda suspender el plazo de respuesta desde el día siguiente a aquél en el que el organismo notifique al solicitante que una tercera parte interesada pueda tener reservas en la decisión tomada.

La otra mejora de la WOB es la inexistencia del silencio administrativo, pues se debe dar notificación por escrito «del rechazo a revelar toda o parte de la información que solicitó» (Ibíd.: art. 5.2) ya fuera esta solicitud por escrito o verbalmente.

## 7. LÍMITES, CAUSAS DE INADMISIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS

### 7.1. *España. Límites confusos*

A los límites previstos en el artículo 105 b) de la Constitución: seguridad y defensa del Estado, averiguación de los delitos e intimidad de las personas, se añaden los límites que se citan en el artículo 14 de la Ley de Transparencia, el límite a la protección de datos del artículo 15, así como las causas de inadmisión a las peticiones de información que se citan en el artículo 18. Un conglomerado de límites con excepciones particulares que configuran un panorama sumamente confuso.

Algunos de los límites pueden parecer extraños, como el secreto profesional, que no figura como límite en el Convenio de Tromsø. Extraña que los poderes públicos tengan en su poder secretos profesionales, cuando precisamente ese tipo de secreto garantiza la protección de la información frente al poder. En todo caso no sería admisible un secreto profesional del poder público. Otros límites como el medio ambiente chocan con el principio de transparencia de la información medio ambiental que figura en el Convenio de Aarhus y en la Ley 27/2006. Esa doble validez del medio ambiente como justificación en el acceso a la información y como límite es difícilmente entendible.

Especial consideración merece el derecho a la protección de datos personales como límite del derecho de acceso a la información pública que el artículo 15 de la Ley de Transparencia viene a determinar según las indicaciones del Informe de la Agencia de Protección de Datos. El resultado es complejo, con diferentes niveles según el tipo de datos personales.

Se prevé un primer nivel cuando se trata de datos especialmente protegidos como «ideología, afiliación sindical, religión y creencias» (LOPD 1995, art. 7.2), en los que solo se contempla el acceso al documento con el «consentimiento expreso y por escrito del afectado» o que el afectado los hubiera «hecho manifiestamente públicos», lo que equivale a decir que en principio muy pocas veces se podrá disponer de tal consentimiento.

Dentro de este, un subnivel para los datos especialmente protegidos concernientes a «origen racial, a la salud y a la vida sexual» y a la «comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven la amonestación pública al infractor» donde se exige el consentimiento expreso, salvo que el acceso a la información estuviera amparada por una norma con rango de Ley.

Un segundo nivel de la ley de transparencia concede el acceso a «los datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano»<sup>7</sup>, además funciona como un criterio en la ponderación con el test del daño.

Un tercer nivel para el resto de datos personales, en cuyo caso se «concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información...» (Ley transparencia..., art. 15.3) empleando los criterios de menor daño por el paso del tiempo veinticinco años desde la muerte del titular del derecho o, si no es conocida, cincuenta años desde la fecha de los documentos; la investigación con fines históricos, científicos o estadísticos o; «la mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad».

Además, el artículo 15.4 va a permitir implícitamente el acceso cuando existe una «previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas», lo cual es lógico, pues en ese caso ya no existirían datos personales. El resultado es similar a lo previsto con el resto de los límites, pues se admite que la información sea entregada mediante una «acceso parcial», pero en este caso «deberá indicarse al solicitante qué parte de la información ha sido omitida» (Ibid., art. 16).

La complejidad en los límites inducirá a negar el acceso con una interpretación extensiva, pues resultará mucho más sencillo para «evitarse problemas». Sin embargo, la acción de interpretación y aclaración del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno viene a poner en sus justos términos los límites. Además, la colaboración con la Agencia Española de Protección de Datos Personales se encuentra prevista en la Disposición adicional quinta.

En general, aunque el derecho de acceso a la información pública no exige manifestar el interés o motivo por el que se solicita, a la hora de ponderar derechos en conflicto se emplea el criterio del interés público<sup>8</sup>, del interés particular superior o del interés investigador para apuntalar el derecho de acceso.

<sup>7</sup> Ya en la Ley 30/1992 se establece en el artículo 35 b) el derecho de los ciudadanos a «identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos».

<sup>8</sup> Existe una discrepancia significativa entre el interés público citado en los artículos 14.2, 15.2, 15.3 de la Ley de Transparencia y el artículo 3.2 del Convenio de Tromsø.

## 7.2. *Holanda. Positiva valoración del interés público.*

La WOB original fijaba varias excepciones y restricciones al acceso a la información. Así, el artículo 10 recoge que la revelación de la información no será aplicable cuando «pueda poner en peligro la unidad de la corona, dañar la seguridad del Estado o cuando los datos se refieran a compañías y procesos de manufacturación y sean proporcionados al Gobierno confidencialmente por personas físicas o legales».

La revisión posterior de la ley añadió la excepción a la revelación de los datos personales, pero únicamente de los denominados «datos personales especiales», referidos a la religión, filosofía, raza, ideas políticas, salud, vida sexual, afiliación a sindicatos, según lo recogido en la Ley de Protección de Datos Personales o WBP (Ibíd., art.16). Se deja un punto de inflexión, al quedar fuera los casos en que «no se infrinja la privacidad».

Esta provisión deja un margen a la revelación de datos personales no especiales así como aquéllos especiales que no infrinjan la privacidad. Está en línea, aunque con mayor ambigüedad, con las excepciones recogidas por la FOIA estadounidense, que exceptúa el acceso a los datos de carácter personal sólo cuando constituya una invasión injustificada de la privacidad personal.

La ley de acceso a datos neerlandesa establece, además, una provisión muy importante: la información será también omitida cuando el interés de la revelación no «pese más» que una serie de intereses. Así, de nuevo regula de modo similar a la FOIA estadounidense, que para decidir si se produce o no una invasión injustificada en la intimidad, establece una balanza entre el interés de revelación frente al interés de protección.

Los intereses referidos que constituyen los límites son: las relaciones entre los Países Bajos y otros estados u organizaciones internacionales; los intereses económicos y financieros del Estado y otros organismos públicos o administrativos; la investigación de delitos criminales y la persecución de los delincuentes; la inspección, control y vigilancia por las autoridades administrativas; el respeto a la privacidad personal; la importancia de que el destinatario sea el primero en conocer la información; y la prevención de ventajas desproporcionadas o desventajas de las personas físicas o jurídicas afectadas o de terceras partes (Ibíd., art. 10.2).

Además, en el artículo siguiente recoge: «cuando los documentos hayan sido elaborados para consulta interna, las opiniones personales no serán reveladas excepto cuando sea en el interés de la democracia efectiva de gobierno».

La información medioambiental tiene, por su parte, excepciones limitadas, como se explicará más adelante.

La protección de datos se regula por medio de la citada WBP que establece definiciones muy similares a la LOPD española como, por ejemplo:

«datos de carácter personal», «fichero», «procesamiento de datos» o «controlador/responsable del fichero». Sin embargo, a la hora de hablar de la persona titular de los datos objeto de tratamiento, le denominan «data subject» (Ibíd.: art.1 f) al igual que la Directiva Europea sobre Protección en el Tratamiento de Datos Personales (1995), y traducido al español como «titular de los datos». Así, se evita caer en la confusa denominación del artículo 3 de la LOPD al titular de los datos como «afectado o interesado».

Junto a esto, mientras la LOPD española obliga al «consentimiento del interesado» (Ibíd., art.3 h) para el tratamiento de datos personales que le conciernen, de nuevo la WBP habla del consentimiento del «titular de los datos» (*op. cit.*, art. 1 i) para el tratamiento de los datos personales. En general, a lo largo de toda la WBP se habla del titular de los datos, nunca del interesado, lo que implica un uso más inequívoco del lenguaje, ya que queda claro que se refiere a la persona titular de los datos y no al que simplemente esté interesado en el acceso.

Por otro lado y al igual que ocurre con la LOPD, la WBP también exige para el tratamiento de datos personales que el titular de los datos haya dado «inequívocamente» su consentimiento y sólo contempla en su artículo 8 una serie de excepciones a dicho consentimiento, en sintonía con lo establecido en el 7 por la directiva europea como que el tratamiento sea necesario para llevar a cabo un contrato del que el titular de los datos formara parte, para tomar medidas en respuesta a una pregunta suya, para proteger sus intereses vitales, etc.

## 8. ÓRGANO DE CONTROL

### 8.1. *España. Órgano de control dependiente*

El órgano de control planteado inicialmente por la ley de transparencia, la Agencia de Transparencia, pasa a denominarse Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante CTBG). Este tiene «personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar» y se dice que actúa «con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines» (Ley de Transparencia, *op. cit.*: art. 33.2). Sin embargo, en el artículo 33.1 se descubre que no es plenamente independiente, pues está «adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas», lo que implica la sujeción de su personal a ese ministerio.

El CTBG tiene un presidente, en este caso presidenta, Esther Arizmendi, funcionaria del Estado con más de treinta años de experiencia, por lo que se hace gala de la elección del titular «de entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional» (Ibíd.: art.37).

Del lado positivo, dicho presidente será nombrado por un periodo no renovable de cinco años, por lo que no coincide con el mandato del Gobierno.

Sin embargo, lo será «a propuesta del titular del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas» (art.37.1), lo que «hace que este organismo sea juez y parte a la hora de decidir sobre un conflicto» (Access Info 2014 *op. cit.*).

Entre sus funciones figuran las de adoptar recomendaciones para el mejor cumplimiento de las resoluciones de la ley y asesorar en materia de transparencia. Pero para Access Info apenas se desarrollan los poderes y las facultades del Presidente del Consejo de Transparencia.

En segundo lugar, el CTBG está compuesto por la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno, que a su vez está formada por el Presidente del CTBG, un Diputado, un Senador, un representante del Tribunal de Cuentas, un representante del Defensor del Pueblo, otro de la Agencia Española de Protección de Datos, otro de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y un último de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. De nuevo Access Info (*op. cit.*) destaca «la poca credibilidad con la que nace el Consejo de Transparencia, no solo por su falta de independencia formal en la ley sino porque en la práctica ni siquiera han planteado pluralidad política en la elección de la Comisión». Lo cierto es que la Comisión del CTBG parece estar compuesta por cargos políticos o administrativos.

Es importante destacar que «la condición de miembro de la comisión no exigirá dedicación exclusiva ni dará derecho a remuneración» (Ley transparencia, *op. cit.*: art. 36.3). Como excepción, el artículo siguiente establece que el Presidente del Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno «percibirá las retribuciones fijadas de acuerdo con el Real Decreto 451/2012...». Esto supone que sólo el presidente de dicho consejo percibirá retribución económica, lo que consideramos lógico ya que es el cargo con mayor responsabilidad e independencia respecto del resto de los que componen la comisión.

El CTBG pasa a ser el órgano para la interposición de reclamaciones en materia de acceso y será sustitutivo del circuito ordinario de los recursos administrativos. Sin embargo, se excluyen de su competencia los recursos contra las resoluciones dictadas por la Casa Real, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social e instituciones análogas, contra los que sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo (Ibíd., art. 23 1. y 23.2.).

En cuanto a las reclamaciones, la disposición adicional cuarta permite que las comunidades autónomas atribuyan la competencia para la resolución a dicho consejo por medio de convenio con la Administración General del Estado. Por el contrario, elimina la obligación del Presidente del Consejo Estatal de Transparencia de elaborar una memoria para el análisis del cumplimiento de las disposiciones.

En el régimen jurídico se recoge que el CTBG «anualmente elaborará un anteproyecto de presupuesto con la estructura que establezca el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su elevación al Gobierno» (Ibíd., art.39.1a). Este precepto se cumple para 2015 y los presupuestos y su ejecución presupuestaria se recogen en su web (CTBG 2015a). Sin embargo, no parece un sistema presupuestario independiente puesto que rinde cuentas ante el Gobierno, en lugar de hacerlo ante el Parlamento.

El CTBG también cumple con su obligación por EL artículo 6.2 de ley de publicar los planes y programas anuales de objetivos así como su cumplimiento y resultados, y publica estos en su propia página web, de forma intuitiva, comprensible, y en formatos reutilizables como csv o xls (CTBG 2015b).

## 8.2. *Holanda. Sin órgano de control*

En la WOB no hay un órgano de control claro y Holanda recibe un 0 sobre 2 en los indicadores 55 y 61 del test de evaluación de Global Right to Information Rating en cuanto a la existencia de «un organismo central, como un comisionado de información, o departamento del Gobierno con la responsabilidad global de promover el derecho de acceso a la información» y «con la obligación de presentar un informe consolidado de la legislatura sobre el desarrollo de la ley» (Access Info 2016).

Tal y como recoge Groothuis (*op. cit.*, 99), ya en el diseño de la primera Ley de Gobierno Abierto en 1975 se planteó un artículo sobre un «Consejo de gobierno abierto» como organismo encargado de promover la transparencia y dar información y supervisión sobre la manera en que se aplica el acceso a la legislación de información por parte del gobierno. Sin embargo, este proyecto finalmente no se incluyó en la ley, y en una carta de modificación de 13 de octubre de 1976, el mencionado artículo fue sustituido por una disposición según la cual el Primer Ministro deberá presentar, en los tres años tras la entrada en vigor de la ley y cada cinco años, un informe a los Estados Generales sobre cómo se aplica la ley.

Tres décadas más tarde, el Ministro del Interior y de Relaciones del Reino encargó un estudio a la Universidad de Groningen sobre las comisiones de información en diversos países y las ventajas y desventajas de tal institución. Los investigadores concluyeron en su informe final que «el establecimiento de un comisionado de información sería una forma apropiada para la mejora del clima público en los Países Bajos, la creación de conciencia entre los ciudadanos y gobierno en torno a la apertura y», por supuesto, «la instauración de un cuerpo accesible para la resolución de disputas públicas (Ibíd., 100).

De nuevo, el proyecto de ley de 2014 (Tweede Kamer, 2014) contiene en su artículo siete una propuesta para la creación de un Comisionado de

Información cuya primera tarea sea promover la aplicación de la ley mediante el suministro de información por los organismos gubernamentales y otros. Junto a esto, educar a las personas encargadas de la aplicación de la ley, supervisar y presentar informes sobre la aplicación, solicitar y dar consejos al gobierno y el Parlamento acerca de la aplicación de la ley, publicar directrices, y promover la publicación activa y la accesibilidad de la información.

Groothuis sugiere que este Comisionado de Información propuesto se denomine «Defensor del Pueblo de la Información» (*op. cit.*, 103), para resaltar la posición de defensor del pueblo adjunto en el área de gobierno abierto.

Así, como se puede apreciar, en el citado contexto de debate sobre la conveniencia de renovar la WOB también se ha planteado la cuestión de si es deseable establecer un Comisionado de Información, aunque este no se ha implementado aún.

## 9. EL ACCESO REAL A LOS DATOS

### 9.1. *España. Amplias excepciones*

Como caso práctico y significativo podemos referirnos a la solicitud de información en poder del Ministerio de Economía y Competitividad (en adelante MINICO) en relación con los proyectos de investigación sobre comunicación financiados públicamente entre 2007 y 2013 (Sánchez de Diego y Piñuel 2015). Después de una ardua gestión con datos publicados en distintos números del BOE en formato pdf conseguimos identificar una relación de 201 proyectos, y solicitamos por registro del MINICO (y por tercera vez) los datos de: título, referencia o número del proyecto y convocatoria /fecha, boletín o medio por el cual se ha publicado la resolución, nombre del Investigador/es Principal/es, Universidad y Facultad a la que pertenece/en, teléfono, dirección o email de contacto, memoria científica que se acompañó a la solicitud, cantidad concedida y estado del proyecto de investigación.

Después de haber aportado una relación en Excel de los 201 proyectos obtuvimos una información parcial en la que se nos deniega el teléfono, dirección o email del contacto del investigador principal alegando a la LOPD. Además tampoco se proporcionan las memorias científico-técnicas de los proyectos «por no tener carácter público, ni contarse con la debida autorización de los investigadores principales ni de las instituciones solicitantes de los proyectos pues su suministro podría vulnerar derechos legalmente protegidos en el ámbito de la propiedad industrial o intelectual». Debe tenerse en cuenta, además, la imposibilidad material de suministrar dicha información dada su magnitud: se trata de documentos de una extensión media de treinta páginas para un total de 201 proyectos. No obstante, se

indica que «en la información suministrada se incluye para cada proyecto un resumen detallado de la memoria científico técnica» (Ibíd.).

Volvimos a solicitar la misma información puntual sobre cinco investigaciones que no habíamos detectado en el BOE, pero de las cuales teníamos conocimiento. Además se solicitó la memoria científica de un proyecto determinado. La respuesta por vía de correo electrónico decía así:

Tabla I

Buenas tardes.

Ha tenido entrada en el registro del Ministerio de Economía y Competitividad una solicitud de datos relativos a diversos proyectos de investigación.

En respuesta a su consulta, le remito a los artículos 14 y 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en los que se establecen como límites de acceso: la propiedad intelectual e industrial y por supuesto la protección de datos de carácter personal, motivo por el que no podemos remitirle los documentos de la memoria científico-técnica de los proyectos ni facilitarle los datos personales que solicita.

En aras de la transparencia, todos los datos que pueden publicarse constan en la sede electrónica del Ministerio a la que le remito.

Un saludo.

---

Departamento Técnico de Humanidades y Ciencias Sociales

\*: [dthcs@mineco.es](mailto:dthcs@mineco.es)

Ministerio de Economía y Competitividad

Dirección General de Investigación Científica y Técnica

Subdirección General de Proyectos de Investigación

P.º de la Castellana, 162

28071 Madrid

La contestación se reclamó ante el CTBG y el 25 de enero de 2016 se recibió la contestación en donde se reconocía parcialmente el derecho de acceso. El MINICO remitió el 27 de enero la información requerida, con excepción de aquellos datos solicitados cuya denegación ha sido considerada justificada por el Consejo.

Teniendo en cuenta varias resoluciones localizables en su página web, constatamos que en temas sobre agenda pública se ha resuelto a favor de la petición de información del plan de medios del Instituto de Crédito Oficial. En la resolución, el CTBG consideraba que, «si bien existe un previsible perjuicio económico derivado del acceso a dicha información debido a que

quedaba limitada la capacidad de negociación de la central de medios con los medios de comunicación, el interés público en conocer el destino final de los fondos públicos destinados a la publicidad institucional era superior» (CTBG 2015c).

## 9.2. *Holanda. Acceso complicado y no reutilizable*

Para comprobar la aplicación práctica de lo expuesto en la ley, se expone una petición de acceso a datos de declaraciones patrimoniales y de actividades de noviembre de 2013.

Es importante conocer que en los Países Bajos existe una ley general de acceso a la información pública pero no existen leyes secundarias que regulen el acceso a los datos de patrimonio y actividades de los miembros de los poderes públicos. En España, por el contrario, primero se aprobaron leyes sectoriales para la regulación de conflictos de intereses y la publicación del patrimonio y actividades y más tarde se aprobó una ley de transparencia o acceso a datos públicos.

La publicación de las declaraciones de patrimonio y de actividades se realiza en la web oficial del gobierno, pero de modo muy escaso, sin datos concretos de patrimonio y en formatos no reutilizables. En ella, el primer ministro envía al presidente de la cámara de representantes la declaración del patrimonio y actividades.

Como consecuencia, el 14 de noviembre de 2013 realizamos una primera petición por medio de la WOB de las declaraciones patrimoniales de los miembros del Gobierno holandés y ciertos secretarios de Estado pertenecientes al Gabinete al Ministerio del Interior y Relaciones del Reino a fin de obtener dicha información de forma más amplia, recopilada en un solo documento y en formato reutilizable (xls o csv). Ésta fue por escrito y se tuvo que especificar la información de modo detallado (según recoge la WOB en su art. 3.2) recogiendo los nombres de todos los ministros y secretarios de Estado que forman el Gabinete. Junto a esto, al no ponerse a disposición del público un formulario online o similar por tuvimos que crear nuestro propio modelo de solicitud.

Dos meses después no se había recibido contestación por lo que el 28 de enero de 2014 reiteramos la petición, incluyendo como destinatario al Ministerio de Asuntos Económicos y reduciendo el número de ministros y secretarios de Estado a la mitad. El 20 de febrero recibimos notificación de ambos ministerios.

En primer lugar, el Ministerio del Interior y Relaciones del Reino, nos comunica que en la primera petición de noviembre de 2013 estaban ausentes los datos de contacto en el impreso, pues sólo figuraban en el remitente del sobre, por lo que la petición no pudo ser procesada. Indica que, una vez

obtenidos nuestros datos de contacto por medio de la segunda petición, remite la solicitud al Ministerio de Asuntos Generales, el que tiene competencia en la materia. Del mismo modo, el Ministerio de Asuntos Económicos comunica la competencia del Ministerio de Asuntos Generales y la remisión a éste de la solicitud.

En marzo de 2014, recibimos respuesta por parte del Ministerio de Asuntos Generales remitiendo a dos cartas del Gobierno donde se recoge la política de las declaraciones. Remitía también a las declaraciones de los ministros miembros del actual gabinete, recogidas en varias cartas de 2012 a 2014 (Kamerstuk 2014).

Como se puede ver, y aunque no lo dice expresamente, el gobierno holandés no quiso ampliar ni reelaborar la información ni tampoco aportar la misma en un formato reutilizable, sino que remitió la petición a los datos ya recogidos en la web. Además, superó ampliamente el mes de plazo que fija la WOB para resolver.

## 10. CONCLUSIONES

Estableciendo un marco comparativo, destacamos negativamente que ni en la constitución española ni en la holandesa se incluya la palabra transparencia, haciendo caso omiso a los juristas de sendos países que reclaman dicha inclusión. Tampoco aprobamos la inexistencia de un reconocimiento en ambos países del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental de toda persona. Por ello, sería aconsejable una reforma constitucional o un reconocimiento jurisprudencial, apoyado por una ratificación de Tromsø y una modificación de las leyes de transparencia.

En cuanto a la creación de una ley de transparencia, los Países Bajos le llevan la delantera a España, pues veintidós años antes ya contaban con una ley. Sin embargo, esta premura es también su castigo y la ley está hoy desfasada y es bastante inferior a la FOIA inglesa o la estadounidense. Así, ocupa el puesto número 61 sobre 103 países evaluados por el citado ranking (Access Info 2016) frente al puesto 1.º de México, el 33 de Reino Unido y el 55 de Estados Unidos.

Entre sus carencias, está ausente de su ámbito de aplicación el poder legislativo y el judicial, no regula un organismo de control independiente, intenta mercantilizar la reutilización y tampoco exige formatos reutilizables en su información proactiva (lo que se hace especialmente patente tras la aprobación en 2013 de la nueva directiva europea sobre la información del sector público). De este modo, y pese a las expectativas iniciales respecto de la norma holandesa, tampoco ésta viene a constituirse como el marco ideal.

Así, corroboramos la visión de Vleugels, cuando asegura que la actual WOB: «aunque moderna en su nacimiento, (su primera versión) fue

aprobada en mayo de 1980, está seriamente pasada de moda por su limitado ámbito de aplicación, su falta de orientación hacia la demanda de transparencia electrónica y datos abiertos y sus amplias excepciones. Permite prácticas de fácil rechazo de la información, procedimientos muy largos, escasa localización de recursos para realizar peticiones y escasa o irregular revelación proactiva» (Vleugels 2012).

Mientras, España ha hecho de la necesidad, virtud, y el hecho de crear una ley de manera tan tardía le ha permitido solo en parte tomar el ejemplo de aquellas europeas que le han precedido, subsanando los errores de éstas. Al contrario que Holanda, sí incluye parcialmente al poder legislativo, aunque en un nivel medio y referido a sólo actividades sujetas a derecho administrativo, lo cual puede producir muchos conflictos o ser una barrera de opacidad. Lo mismo sucede con el poder judicial, del que incluye únicamente al Consejo General del Poder Judicial. Sin embargo, el desarrollo de la transparencia por parte de dicho Consejo ha de ser evaluado positivamente.

Además, a diferencia de los Países Bajos en donde no existe órgano de control, la ley española crea el CTBG como órgano de control y su actividad hasta el momento puede ser evaluada positivamente, aunque sea dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. También es positivo que en España como principio no se cobre por la reutilización de información pública, aunque la ley de 2007 de reutilización en su artículo 8 prevea que podrá aplicarse una tasa por el suministro de documentos para su reutilización. Junto a esto, en España se promueven moderadamente los formatos reutilizables.

De hecho, España es evaluada más positivamente por la OGP que su vecino del norte, tanto en el cumplimiento de compromisos como en la reunión de criterios estrella, lo cual demuestra un esfuerzo hacia la adaptación al nuevo escenario exigido por esta alianza por el gobierno abierto. No sucede así en el citado ranking de Access Info donde España ostenta un lejano puesto 75.

Por todo esto, opinamos que la valoración global de la norma española es agrídulce pues, aunque viene a completar una insuficiencia manifiesta y ha demostrado un esfuerzo notable, debe remediar todas las citadas carencias para asemejarse a países referencia en transparencia como México.

## 11. BIBLIOGRAFÍA

- ACCESS INFO. 2010. «El Derecho de acceso a la información: Definición, protección internacional del derecho y principios básicos». Acceso el 18 de octubre de 2016. <[http://www.access-info.org/wp-content/uploads/El\\_Derecho\\_de\\_acceso\\_a\\_la\\_informacin\\_principios\\_bsicos.pdf](http://www.access-info.org/wp-content/uploads/El_Derecho_de_acceso_a_la_informacin_principios_bsicos.pdf)>
- . 2014. «La Coalición pro Acceso critica las graves carencias con las que entra en vigor la ley de transparencia». Acceso el 6 de julio de 2016. <<http://www.access-info.org/es/esp-es/13630>>

- . 2016. «Global Right To Information Rating». Acceso el 18 de octubre de 2016. <<http://www.rti-rating.org/country-data/>>
- Act of 6 July 2000 containing rules for the protection of personal data (Personal Data Protection Act) (*Wet bescherming persoonsgegevens*) (WBP). Acceso el 4 de julio de 2016. <[http://www.freedominfo.org/wp-content/uploads/documents/NL%20data%20protection%20wettekstwbpuk\\_tcm75-28678.pdf](http://www.freedominfo.org/wp-content/uploads/documents/NL%20data%20protection%20wettekstwbpuk_tcm75-28678.pdf)>
- ARIZMENDI, Esther. 2015. «Entrevista». *Revista Española de la Transparencia*, n.º 1, segundo semestre: 60-69.
- BANISAR, David. 2006. «Freedom of Information and Access to Government Record Laws Around The World. A Global Survey of Access to Government Information Laws». *Privacy Information* n.º x: 1-168. Acceso el 18 de octubre de 2016. <[http://www.freedominfo.org/documents/global\\_survey2006.pdf](http://www.freedominfo.org/documents/global_survey2006.pdf)>
- BLANES, Miguel Ángel. 2015. «¿No querían transparencia? Tomen, 11 leyes». *Revista Española de la Transparencia*, n.º 1, segundo semestre: 31-41.
- BURGAR ARQUIMBAU, Joaquín Miguel. 2016. «Aspectos formales de la publicidad activa». *Revista Española de la Transparencia*, n.º 2, primer semestre: 19-31.
- COALICIÓN PRO ACCESO. 2016. «Los diez principios». Acceso el 18 de octubre de 2016. <<http://www.proacceso.org/>>
- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA ratificada el 6 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978.
- CONSTITUTION OF THE KINGDOM OF THE NETHERLANDS. Netherlands. *International Law Review*, 30, 1983: 387-410.
- CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA sobre el Acceso a los Documentos Públicos, de 18 de junio de 2009, Council of Europe Treaty Series, n.º 205. Tromsø. Edición bilingüe en la Organization of American States. Acceso el 20 de octubre de 2016. <[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\\_informacion\\_desarrollos\\_convenio\\_consejo\\_europeo.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_consejo_europeo.pdf)>
- CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS y de las Libertades Fundamentales. Corte Europea de Derechos Humanos. Roma, 4 de noviembre de 1950. Reforma del 1 de junio de 2010.
- COUNCIL OF EUROPE. 2016. «Chart of signatures and ratifications of Treaty 205». Acceso el 18 de octubre de 2016. <[http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/205/signatures?p\\_auth=Ji9v16m4](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/205/signatures?p_auth=Ji9v16m4)>
- CTBG. 2015a. «Presupuestos del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno». Acceso el 18 de octubre de 2016. <[http://www.consejodetransparencia.es/ct\\_Home/va/consejo/transparencia\\_buen\\_gobierno/economia/presupuestos.html](http://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/va/consejo/transparencia_buen_gobierno/economia/presupuestos.html)>
- . 2015b. «Plan estratégico». Acceso el 18 de octubre. <[http://www.consejodetransparencia.es/ct\\_Home/plan\\_estrategico.html](http://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/plan_estrategico.html)>
- . 2015c. «Reclamaciones». Acceso el 28 de enero de 2016 <[http://www.consejodetransparencia.es/ct\\_Home/consejo/reclamaciones/novedades/2015/12/2015-12-10-1.html#\\_Vpwr1VLGq0k](http://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/consejo/reclamaciones/novedades/2015/12/2015-12-10-1.html#_Vpwr1VLGq0k)>
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE. Asamblea General de las Naciones Unidas. 183 a, sesión plenaria. París, 10 de diciembre de 1948.
- DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO 707/2012 sobre el Anteproyecto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Acceso el 21 de octubre de 2016 <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-707>>

- DIRECTIVA 2003/98/CE Del Parlamento Europeo y Del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 31 de diciembre de 2003.
- 2013/37/UE Del Parlamento Europeo y Del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se modifica la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 27 de junio de 2013.
- 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 23 de noviembre de 1995.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y José María PÉREZ MONGUIÓ. 2014. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.
- FOIA. Act to make provision for the disclosure of information held by public authorities or by persons providing services for them and to amend the Data Protection Act 1998 and the Public Records Act 1958; and for connected purposes (Freedom of Information Act). House of Commons, cap. 36, 30 de noviembre de 2000.
- GRECO. 2013. «Fourth Evaluation Round». *Plenary Meeting*. Acceso el 18 de octubre de 2016. <[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/Eval%20IV/GrecoEval4\(2012\)7\\_The\\_Netherlands\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/Eval%20IV/GrecoEval4(2012)7_The_Netherlands_EN.pdf)>
- GROOTHUIS, Marga. 2014. «Openbaarheid van overheidsinformatie. Recente rechtsontwikkelingen in Nederland en Europa». *Preadviezen 2014 voor de Vereniging voor de vergelijking van het recht van België en Nederland*, Boom juridische uitgevers, La Haya: 69-103.
- GUICHOT, Emilio, ed. 2014. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Madrid: Tecnos.
- HOLLYER, James R., B. Peter ROSENDORFF y James RAYMOND VREELAND. 2011. «Democracy and Transparency». *The Journal of Politics*, n.º 4, Southern Political Science Association of Cambridge University: 1191-1205.
- INAP. 2016. *La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública*. Madrid: Colección Estudios y Documentos.
- KAMERSTUK. 2014. «Ontslag en benoeming staatssecretaris van Financiën». Acceso el 17 de octubre de 2016. <<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-33860-2.html>>
- LEENKNEGT, G. 2002. «The protection of fundamental rights in a digital age». *Electronic journal of comparative law*, vol 6.4: 326-345.
- LEY 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los Derechos de Acceso a la Información, de Participación Pública y de Acceso a la Justicia en materia de Medio Ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE). *Boletín oficial de Estado*, 19 de julio de 2006.
- 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC). *Boletín oficial de Estado*, 27 de noviembre de 1992.
- 37/2007, de 16 de noviembre, sobre Reutilización de la Información del Sector Público. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de noviembre de 2007.

- LEY ORGÁNICA 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD). *Boletín oficial de Estado*, 14 de diciembre de 1999.
- OGP. 2012a. «Spain action plan». Acceso el 4 de julio de 2016. <[http://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/legacy\\_files/country\\_action\\_plans/OGP%20Action%20Plan%20SPAIN%20DEF\\_2.docx](http://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/legacy_files/country_action_plans/OGP%20Action%20Plan%20SPAIN%20DEF_2.docx)>
- . 2012b. «España. Informe de avance». Acceso el 4 de julio de 2016. <[http://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Spain\\_Final\\_2012\\_0.pdf](http://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Spain_Final_2012_0.pdf)>
- . 2013a. «Netherlands, Action Plan Open Government». Acceso el 18 de octubre de 2016. <<http://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Netherlands%20Action%20Plan%20Open%20Government%20Partnership.pdf>>
- . 2013b. «Netherlands Progress Report». Acceso el 18 de octubre de 2016. <[http://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Netherlands\\_English\\_Final.pdf](http://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Netherlands_English_Final.pdf)>
- . 2015a. «Misión y objetivos». Acceso el 4 de julio de 2016. <<http://www.opengovpartnership.org/es/acerca-de/misi%C3%B3n-y-objetivos>>
- . 2015b. «Participating countries». Acceso el 4 de julio de 2016. <<http://www.opengovpartnership.org/es/countries>>
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES y políticos. Resolución de la Asamblea General 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Nueva York, 19 de diciembre de 1966.
- REAL DECRETO XX/2015 por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, Acceso el 7 de julio de 2016. <<http://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:328f1e5f-86de-4f59-83f9-fad26b902649/proyecto-reglamento-ley-de-transparencia.pdf>>
- SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel. 2013. «Transparencia y acceso a la información pública ¿son lo mismo? Por un derecho fundamental a acceder a la información pública». En *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, dirigido por Loreto Corredoira Alonso y Lorenzo Cotino Hueso, 285-323. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 225.
- y José Luis PIÑUEL RAIGADA. 2015. «En busca del arca perdida: solicitud de información de proyectos de investigación en comunicación». En *Media and Journalists in the Age of Open Government an Transparency*, editado por Rodrigo Cetina Presuel y otros, 380-397. Madrid: Cyberlaw
- . 2012. «Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno». *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*: 1-4. Acceso el 18 de octubre de 2016. <http://www.cepc.gob.es/docs/ley-de-transparencia/cuestiones-juridicas-sz-de-diego.pdf?sfvrsn=0>
- TEJEDOR FUENTES, Laura. 2015. «Aciertos y fracasos de la ley de transparencia y su portal». *Revista Española de la Transparencia*, n.º 1, segundo semestre: 90-97.
- TU DERECHO A SABER. 2012. «Última oportunidad para una buena ley de transparencia». Blog de Tu Derecho a Saber. Acceso el 4 de julio de 2016. <<http://blog.tuderechoasaber.es/tag/coalicion-pro-acceso/>>
- TWEDE KAMER. 2000. «Grondrechten in het digitale tijdperken» Acceso el 18 de octubre de 2016. <<http://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-27460-1.pdf>>

- . 2014. «Wijziging van de Wet openbaarheid van bestuur in verband met aanvullingen ter voorkoming van misbruiken». Acceso el 4 de Julio de 2016. <<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34106-3.html>>
- VLEUGELS, Roger. 2012. «Dutch Green Party Proposes Revised FOI Law». *Freedom Info*, 18 de junio. Acceso el 18 de octubre de 2016. <<http://www.freedominfo.org/2012/06/dutch-green-party-proposes-revised-foi-law/>>
- WOB. Wet van 31 oktober 1991, houdende regelen betreffende de openbaarheid van bestuur. Acceso el 13 de enero de 2016. <[http://wetten.overheid.nl/BWBR0005252/geldigheidsdatum\\_13-01-2016](http://wetten.overheid.nl/BWBR0005252/geldigheidsdatum_13-01-2016)>

*TITLE: The right on access to public information in Spain and the Netherlands. Two improbable scenarios.*

*RESUMEN: Los Países Bajos cuentan con una ley de transparencia desde hace veinticinco años, España sólo desde hace tres. Con motivo del tercer aniversario, este artículo invita a reflexionar acerca de su implantación y las cuestiones a mejorar de ambas legislaciones, como la falta de vinculación a los derechos fundamentales, la ausencia de una mención a la transparencia en sus cartas magnas, los largos plazos de contestación o la ausencia de organismos de control efectivos. Así, desde un estudio comparativo de tipo cualitativo se pretende hacer una aportación constructiva, destacando la mejora en la posición de España según los criterios establecidos por la Alianza por el Gobierno Abierto pero incidiendo en la importancia de seguir progresando.*

*PALABRAS CLAVE: acceso a datos, acceso a la información, constitución, transparencia, ley de transparencia*

*ABSTRACT: The Netherlands past its law on access to information twenty-five years ago, Spain only three years ago. The law's third anniversary is a good moment to think about its implementation and the things to improve of both legislations such as the lack of entailment to fundamental rights, the absence of a mention of transparency in both Constitutions, the long periods to answer and the absence of effective control agencies. Consequently, we pretend to do a constructive contribution from a comparative and qualitative study. Thus highlighting the improvement of Spain's position according to requirements established by the Open Government Partnership, but remarking the importance of continuing progressing.*

*KEY WORDS: data access, access to information, constitution, transparency, transparency act*

RECIBIDO: 18.03.2016

ACEPTADO: 19.12.2016



# LA «ECONOMÍA ÉTNICA» COMO MOTOR PARA LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA, JURÍDICA Y SOCIO-LABORAL DEL EMPRENDEDOR INMIGRANTE EN ESPAÑA Y EN LA UNIÓN EUROPEA

Ana Tomás López

doi: 10.18543/ed-64(2)-2016pp345-365

---

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ECONOMÍA ÉTNICA COMO MOTOR PARA LA INTEGRACIÓN. 3. CONCEPTOS Y TEORÍAS: «EMPRENDEDOR ÉTNICO», «MINORÍAS INTERMEDIAS» Y «EMPRESARIOS DE ENCLAVE». 4. UNA APROXIMACIÓN A LAS CORRIENTES DOCTRINALES Y AL MARCO NORMATIVO DEL NEGOCIO ÉTNICO EN ESPAÑA Y EN LA UE. 5. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN LA ENCRUCIJADA. 6. CONCLUSIONES. VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

La economía étnica se ha convertido en un nuevo campo de investigación en el marco de las relaciones económicas, creando nuevos paradigmas en torno a las denominadas «Constituciones económicas», en especial a partir de los años setenta. Lo cual ha suscitado un intenso debate científico sobre los diversos modos de incorporación laboral de los inmigrados en las sociedades de instalación, como resultado de la proliferación de empresas regentadas por inmigrantes o minorías étnicas en las últimas décadas. Planteando –sin duda– nuevas fórmulas para la integración económica, jurídica y social de los inmigrantes en España y en la Unión Europea (en adelante UE), y

superando la supuesta temporalidad o vinculación cuasi-exclusiva al modelo norteamericano forjado a lo largo del siglo XX<sup>1</sup>.

Por ello, este fenómeno –especialmente motivado por el impacto financiero y socio-laboral que produce en los lugares donde se origina– suscita un creciente interés económico y académico. No obstante, y debido a su enorme complejidad, las teorías, los conceptos y las interpretaciones jurídicas y jurisprudenciales desarrollados son dispares y, hasta cierto punto, contradictorios, creando un enfoque descriptivo o interpretativo multicausal, que motiva la necesidad y relevancia de ser dilucidado a través de presentes y futuras investigaciones.

De este modo, los procesos socio-económicos se convierten en un factor crucial para la innovación y la transformación de las Constituciones económicas, tanto como agente activo de las mismas como vehículo de los valores, modelos de comportamiento, evolución y adaptación que el cambio tecnológico y la I+D+i conllevan, y como tales emergen como ámbito de investigación transversal a todos los retos de la sociedad. Entre ellos, podemos encontrar el tema de estudio propuesto: la iniciativa económica del extranjero como derecho fundamental y mecanismo de integración en España y en la UE. La cual consideramos una manifestación directa del impacto económico, social y cultural de los flujos migratorios y de la relación de la Administración con empresas y ciudadanos, como nuevo paradigma de integración socio-laboral; así como un fenómeno de transformación económica y social de trascendental calado, que se configura como un importante desafío para la sociedad española. De ahí deriva la importancia de promover su estudio, como modelo de contribución al desarrollo social y económico de nuestros territorios (en especial a nivel local y regional), planteando un análisis que contemple tanto las implicaciones económicas, como sociales de este nuevo comportamiento, sin perder de vista el estatuto jurídico de la persona extranjera.

## 2. LA ECONOMÍA ÉTNICA COMO MOTOR PARA LA INTEGRACIÓN

De esta forma, la economía étnica, pese a ser un fenómeno antiguo, adquiere hoy renovado interés y relevancia, en virtud de las actuales transformaciones económicas y demográficas, a nivel nacional, europeo e internacional.

---

<sup>1</sup> ARJONA GARRIDO, A. y CHECA OLMOS, J. C., «Economía étnica. Teorías, conceptos y nuevos avances», *Revista Internacional de Sociología (IRIS)* LXVI, núm. 45 (Septiembre-Diciembre, 2006): 118.

Enmarcado en la Constitución económica, el concepto «trabajo» constituye «la piedra angular de la estructura estatal»<sup>2</sup>, entendido éste en sentido unitario y gracias a un importante «proceso de mutación genética» tras la ruptura del pacto fordista<sup>3</sup>. Además, avala una interpretación más amplia que defiende que el sujeto realiza una función que trasciende el mero posicionamiento social, al sumarse a un proyecto con una finalidad general reflejada en la Constitución económica como un progreso material o espiritual de la sociedad en su conjunto. De esta forma, en relación al extranjero, si aceptamos esta visión antropológica e individualista de la norma fundamental, el deber de desarrollar una actividad útil para la sociedad terminaría por compartir la misma esencia funcional de la integración de la persona en el Estado nacional y en la propia sociedad. Por lo tanto, a través de esta comunicación no podemos dejar de analizar todas aquellas situaciones dicotómicas que, de forma breve, podríamos definir como oportunidades o desventajas y que, en definitiva son responsables de la oscilación entre el estatus jurídico y material del trabajador inmigrante, por cuenta propia o ajena.

Por ello, y como se ha avanzado, pretendemos trascender el estudio de las iniciativas empresariales estrictamente comerciales de los inmigrantes para contemplarlos individualmente como personas o sujetos de derecho. O, lo que es lo mismo, como entes merecedores de ser titulares de deberes y derechos en nuestra nación y en el marco comunitario. Con este fin, nos aproximamos a los empresarios de origen inmigrante teniendo en cuenta la creciente heterogeneidad interna del colectivo y el amplio espectro de actividades empresariales que realizan. A pesar de que muchas de las iniciativas emprendedoras de los migrantes tienen lugar en el ámbito de las microempresas y en el comercio, son cada vez más habituales otros tipos de actividades empresariales como organizaciones no gubernamentales, agencias de cooperación internacional, asociaciones culturales, espacios educativos, medios de comunicación social, empresas de servicios domiciliarios, empresas de reformas y construcción o profesionales liberales como odontólogos, gabinetes jurídicos, etc.<sup>4</sup>.

De esta forma, nuestro estudio se aproxima a los negocios regentados por personas inmigradas, procedentes de países no comunitarios, asumiendo que hablamos de «inmigrante» no sólo como categoría jurídica, sino también social.

<sup>2</sup> OLIVETTI, M., *Articolo 1*, en BIFULCO, R., CELOTTO, A. y OLIVETTI, M. (coords.), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I (art. 1-54) (Torino: Utet, 2006), 5.

<sup>3</sup> LASA LÓPEZ, A., *Constitución económica y derecho al trabajo en la Unión Europea*, (Grandad: Editorial Comares, 2011), XVII-XVIII.

<sup>4</sup> SOLÉ, C. y S. PARELLA, S., *Negocios étnicos. Los comercios de los inmigrantes no comunitarios en Cataluña* (Barcelona: CIDOB, 2005), 16 y ss.

Paralela y habitualmente, el estudio cuantitativo de los flujos migratorios en España se realiza a partir del concepto de extranjería –no de inmigración–, y de la variable nacionalidad. Así lo establecen los registros estadísticos oficiales. Sin embargo, partimos de la premisa que la categoría «extranjero/a», de carácter administrativo y jurídico, es insuficiente cuando se aborda la inmigración como fenómeno económico y social. El concepto «inmigrante» remite a personas que han emigrado por motivos diversos, habitualmente económicos, procedentes de países en vías de desarrollo. Generalmente esta etiqueta se aplica a las personas originarias de países considerados menos desarrollados en el orden económico internacional, con independencia de si han adquirido o no la nacionalidad española. Por todo ello, nos referimos a los negocios regentados por personas inmigradas, en sentido amplio, teniendo en cuenta su lugar de procedencia, sea cual sea su situación jurídica. Base argumental sobre la cual se podrían plantear diversos niveles de análisis.

El primero de ellos, en torno a la aproximación al empresariado de origen inmigrante como sujeto de derechos y obligaciones, buscando dar respuesta a posibles interrogantes como los siguientes: ¿el ordenamiento jurídico español –con carácter general– y la Constitución económica –de forma específica– proveen los mecanismos jurídicos necesarios para promover y lograr la plena integración económica, laboral y social del empresario «étnico»? ¿Son suficientes y eficaces las políticas públicas creadas con este fin? ¿Cuáles son los principales mecanismos de garantía y tutela de sus derechos? ¿Y para el control económico y social? ¿Son realmente efectivos? ¿Sucede lo mismo en el marco comparado, en relación al ordenamiento jurídico comunitario e internacional?

Un segundo nivel debería tener en cuenta al emprendedor inmigrante como actor individual, despejando diversas hipótesis de estudio. Por ejemplo: ¿qué les impulsa a crear sus propios negocios?, Y, en torno a los factores diferenciales, ¿cuáles son las principales diferencias entre el emprendimiento «étnico» y el nacional? ¿Podemos considerarlos «empresarios innovadores», o más bien empresarios que establecen negocios fruto de la «necesidad»? ¿Están creando nuevos paradigmas o patrones en materia de emprendedurismo y generación de riqueza en nuestro país?

En tercer lugar, también sería necesario detenerse en el estudio del capital social de estos empresarios, de los «recursos étnicos» utilizados, ya que no son agentes que operen en el vacío social, sino integrados en redes sociales. Y mucho más hacerlo desde un marco comparado en torno al estatus jurídico, laboral y social de los empresarios «étnicos» en sus diferentes niveles territoriales.

Un cuarto nivel podría plantear la relación y los vínculos entre las iniciativas empresariales de los inmigrantes y la transformación de la estructura económica urbana, unido al impacto de la implementación de políticas municipales, provinciales, regionales, nacionales, europeas e internacionales creadas *ad hoc*.

Para finalizar, debido a la trascendencia y complejidad del tema que nos ocupa, una investigación en torno a la economía étnica se debería desarrollar sobre un marco metodológico multidisciplinar, con el análisis de documentos y actos jurídicos, a través de su interpretación jurídica y jurisprudencial y con el procesamiento de datos cuantitativos y cualitativos. Para finalizar, y como trasfondo, sería relevante hacerse eco del debate y los retos sociales generados en el ámbito de la ciudadanía española y europea, no desde un mero punto de vista descriptivo, sino científico. Partiendo de una crítica más constructiva que tienda a la edificación de puentes sólidos que posibiliten una auténtica integración del emprendedor «étnico» como fuente de prosperidad y riqueza para nuestro país, creando de esta forma nuevos paradigmas o modelos sociales de cohesión económica y social.

No obstante, somos plenamente conscientes de que este planteamiento científico es realmente ambicioso y que, por su propia naturaleza se excede a los límites lógicos de la presente comunicación. Por ello, y centrándonos en unos objetivos realistas para el actual trabajo, –que es más cercana a una aproximación teórico-conceptual–, en primer lugar analizaremos el marco teórico-jurídico del cual partimos para comprender mejor en qué consiste la economía étnica y cuál es su verdadero impacto a todos los niveles –en especial jurídico, económico, social y laboral– en nuestro país y en la UE.

### 3. CONCEPTOS Y TEORÍAS: «EMPRENDEDOR ÉTNICO», «MINORÍAS INTERMEDIAS» Y «EMPRESARIOS DE ENCLAVE»

La UE no es ajena a la corriente xenófoba y las controversias que se han suscitado en torno a los trabajadores inmigrantes, en especial, el trabajador extranjero no comunitario. Desafortunadamente, constituye una tendencia creciente conocida bajo el término «antagonismo étnico», acuñada en la década de los setenta y ampliamente estudiada por diversos autores, entre los que destaca BONACICH. Ha abarcado todos los niveles de conflicto intergrupales, desde sus ideologías y creencias –tales como el racismo y el prejuicio–, pasando por sus diversos comportamientos –discriminación, disturbios o agresiones físicas y psicológicas–, hasta llegar a las propias instituciones –a través de las leyes que perpetúan la segregación–. De hecho, en muchos contextos sociales, se sigue proyectando una imagen negativa del trabajador extranjero, al estar asociada frecuentemente a la figura del pequeño comerciante, el mercader, el tendero de barrio, el vendedor ambulante, e incluso a la del maleante, el traficante o el trabajador clandestino.

Sin embargo, es en fechas recientes cuando se empieza a contemplar la iniciativa empresarial étnica como un fenómeno social, que invita a desarrollar, cuestionar y revisar muchos conceptos y teorías del espíritu empresarial étnico para proporcionar una explicación más amplia, positiva y realista del

mismo. No en vano, se ha demostrado que ciertos grupos de inmigrantes o minorías étnicas tienen mayor iniciativa empresarial y mayor probabilidad que otros de adoptar la propiedad de pequeños negocios como una de las estrategias más efectivas en su búsqueda de movilidad socioeconómica<sup>5</sup>, transformando el concepto clásico de «minorías intermedias» o *middleman minorities*<sup>6</sup>. De esta forma, cada vez es más frecuente comprobar que los emprendedores étnicos abren negocios en barrios urbanos con recursos y en suburbios de clase media, emergiendo no sólo en el sector secundario, sino también en el sector primario de la economía dominante de la sociedad de destino. Incluso sin apenas llegar a establecer lazos con las estructuras y relaciones sociales de la comunidad local en la que realizan sus actividades económicas, al contrario que los denominados «empresarios de enclave»<sup>7</sup>; aunque ambos conceptos –«minorías intermedias» y «empresarios de enclave»–, cada vez aparecen más cercanos y desdibujados, pudiendo el emprendedor extranjero llegar a desempeñar ambos roles. Por otro lado, es lógico si tenemos en cuenta que los enclaves étnicos evolucionan para convertirse en barrios multiétnicos, al mismo tiempo que se desarrollan nuevas concentraciones en los suburbios de clase media con mayores recursos. Lo principal es que este salto cualitativo genera fórmulas que permite a estos empresarios subir puestos en la escala social y mejorar sus ingresos. Lo cual terminará repercutiendo en el crecimiento general de la economía nacional y europea. Todos éstos son algunos de los efectos de la denominada «economía étnica», cuyo concepto comenzaremos a desentrañar a continuación.

<sup>5</sup> GLAZER, N. y MOYNIHAN, D.P., *Beyond the Melting Pot* (Cambridge: MIT Press y Harvard University Press, 1963), 290-291.

<sup>6</sup> Según Bonacich, las minorías intermediarias están constituidas por aquellos empresarios que realizan intercambios entre la élite de una sociedad y las masas. Históricamente, eran personas que permanecían poco tiempo en un lugar, interesadas en obtener un rápido margen de ganancia de sus negocios portátiles y fugaces para reinvertir luego su dinero en otra parte, incluyendo con frecuencia un retorno a su hogar. Tradicionalmente, solían establecer nichos de negocio en barrios pobres o en *ghettos* de inmigrantes en áreas urbanas, abandonadas por las industrias, empresarios y servicios dominantes de venta al por menor. Véase BONACICH, E., «A Theory of Middleman Minorities», *American Sociological Review* 38 (1973), 583-594.

<sup>7</sup> Los «empresarios de enclave», en contrapartida, incluyen principalmente a quienes están ligados por una etnicidad compartida, estructuras sociales de la misma etnia y ubicación. En sus inicios, operaban negocios en barrios de inmigrantes en los que sus compañeros de grupo étnico eran dominantes y entretrejan un intrincado sistema de redes sociales entre personas del mismo grupo étnico, dentro de un enclave autosuficiente. Véase ZHOU, M., «Una recapitulación del espíritu empresarial de los grupos étnicos: Convergencias, controversias y avances conceptuales», en PORTES, A. y DE WIND, J. (eds.), *Repensando las migraciones: Nuevas perspectivas teóricas yempíricas* (México: Universidad Autónoma de Zacatecas, 2006), 233.

Los primeros autores en desarrollar el concepto de «economía étnica» fueron LIGHT (1972), BONACICH y MODELL (1980). Para su diseño, partieron de la clara diferenciación entre el empleo que se genera dentro de la economía general y el que las minorías empresarias crean para sí mismas. La base es un mercado de trabajo dividido, determinado por el antagonismo étnico y que, como resultado final, ocasiona la aparición de las minorías étnicas como primer eslabón de la economía étnica. Al incluir a cualquier persona inmigrante que sea empleador, auto-empleador o que esté empleado en empresas coétnicas, se crea un tipo de economía definido por raza, etnicidad u origen nacional. Éste se caracteriza por alcanzar ventajas en las relaciones entre propietarios de negocios y entre propietarios y trabajadores del mismo origen nacional<sup>8</sup>.

Posteriormente, han surgido estudios muy interesantes en los que se analizan, en mayor medida, la independencia económica de los inmigrados y de los grupos étnicos, y no únicamente de las minorías intermediarias. Entre otros, cabe destacar los de YEUNG (1999), KIM (1999, 2003) y LEE, (2002) y, de forma muy especial, los de MIN (desde 1992). Todos ellos se engloban en la teoría de las *middleman minorities*, superando la corriente estrictamente culturalista, pero incorporando elementos propios de la aproximación interactiva. En ellos, se afirma que los empresarios étnicos tienen como nexo común la búsqueda de estrategias para escapar de la exclusión social y económica a la que estaban sometidos, en el sentido de que –como bien señala LIGHT «la independencia económica, parcial o total, representa para los inmigrados y las minorías étnicas una autodefensa básica frente a la exclusión y las desventajas que tienen en el conjunto del mercado laboral. Esto les permite superar esas desventajas y ellos mismos pueden negociar los términos de su participación en el mercado de trabajo desde una cierta posición de fuerza»<sup>9</sup>. Todo ello, compartiendo las tesis de ARJONA y CHECA (2006), nos lleva a dos conclusiones básicas. La primera: que la economía étnica funciona como mercado de trabajo interno y, en muchas ocasiones, como «escuela de emprendedores»<sup>10</sup>. La segunda: que ésta genera economías interétnicas que compiten con los mercados autóctonos abiertos<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> LOGAN, ALBA y McNULTY, *cit.*, 1994, 698.

<sup>9</sup> LIGHT, *cit.*, 2003, 1.

<sup>10</sup> Coincidiendo con Arjona y Checa, con esta nueva percepción se pone de relieve que la economía étnica funciona, asimismo, como mercado de trabajo interno. Su propio funcionamiento permite a los trabajadores coétnicos asalariados montar su propio negocio. El objetivo es proteger a los inmigrados de la competencia del mercado de trabajo general. Es por ello por lo que en momentos de recesión de la economía general donde no se demanda mano de obra, se siguen manteniendo los flujos migratorios de colectivos que emplean en la economía étnica. *Vid.* ARJONA GARRIDO, A. y CHECA OLMOS, J. C., *cit.*, 127 y 128.

<sup>11</sup> De forma paralela, cuando se genera una independencia total del mercado general, provoca que los empresarios pertenecientes al mismo gremio, pero de distintos orígenes

Como resultado, esta nueva concepción de economía étnica abre principalmente dos vías de análisis en el plano doctrinal de la Constitución económica<sup>12</sup>. Por un lado, la movilidad laboral y social entre los miembros del grupo, como aquella que genera las oportunidades entre empleados y empleadores. Por otro, las variaciones en el nivel de integración económica, bien de los inmigrados que se incorporan a la economía general a través del empleo coétnico, bien de las minorías étnicas en contextos sociales diferentes<sup>13</sup>.

Sin embargo, pese a los grandes avances teóricos que se han producido en estas últimas décadas, todavía resta por resolver bastantes incógnitas en torno a otros conceptos que se derivan del empresariado étnico. Por ejemplo, las condiciones necesarias para que emerja un enclave, los costes y beneficios de trabajar en este tipo de empresas, el tamaño de las mismas, los servicios y productos ofertados, los clientes, la dimensión comercial o si el mercado de trabajo étnico presenta características y propiedades del mercado primario, secundario o bien son propias. Lagunas que, necesariamente, deberán ser abordadas con profundidad en futuros estudios, dado que afectan directamente a la lógica económica, social, cultural y espacial del fenómeno de la economía étnica.

Estos hechos son trasladables a la realidad española. No obstante, si bien en la última década han proliferado de forma muy notable los estudios y las investigaciones, éstos se han centrado en áreas geográficas muy concretas; así como en el abordaje de las minorías intermedias y los empresarios de enclave. Las primeras se ubican fundamentalmente en barrios de inmigrantes. En ellas tienen cabida incluso los profesionales liberales —como por ejemplo médicos o abogados—, y los empresarios dedicados a actividades con una clientela mayoritaria no coétnica, como son la artesanía, la venta ambulante o los restaurantes chinos o argentinos. El siguiente tipo son empresarios de enclave. Destacan los musulmanes en carnicerías *halal* (en especial, marroquíes y pakistaníes en Barcelona y Madrid; o marroquíes y argelinos en Almería). Respecto a la clasificación que distingue entre propiedad y control, la propiedad es más frecuente entre los emprendedores dedicados a negocios de alimentación, venta ambulante, restauración y artesanía. Por su parte, el control étnico se ejerce en las empresas de telefonía y envío de dinero, ya que la titularidad pertenece a grandes empresas multinacionales, como

---

—judíos, japoneses o chinos, entre otros— se interconecten, creando economías interétnicas que compiten con los mercados autóctonos abiertos. *Ibidem*, p. 128.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>13</sup> LIGHT, I. y KARAGEORGIS, S., «The ethnic economy», en SMELSER, N. y SWEDENBERG, R. (edit.), *The handbook of economic sociology* (Nueva York: Russell Sage Foundations, 1994), 648 y ss.

Telefónica, *Money Gram* o *Western Union*. En cualquier caso, –como destacan SOLÉ y PARELLA (2005)– es importante resaltar que, pese a algunas excepciones, la normalidad administrativa y jurídica rige en estos negocios.

No obstante, finalmente, deberíamos preguntarnos si en España estamos en disposición de hablar de economías étnicas propiamente dichas. No en vano, en las últimas décadas hemos sido testigos de un considerable salto cuantitativo y cualitativo de las minorías intermediarias y los empresarios de enclave hacia una multiplicación vertical y horizontal de los negocios y hacia mayores cuotas de participación de coétnicos como empleados<sup>14</sup>, con una lógica transnacional en la actividad.

Por otro lado, al igual que en el resto de Europa, donde más dificultades ha encontrado el empresario étnico ha sido en la creación de enclaves económicos étnicos. El motivo han sido las constantes trabas jurídicas y administrativas que ha encontrado, unido al corto espacio de tiempo transcurrido desde la creación de los primeros negocios. Por ello, aunque los negocios que instalan los inmigrantes en las ciudades sirven para cambiar el aspecto externo e interno de las mismas, a la vez que modifica la imagen que se tiene de los emprendedores, son realmente poco significativos desde el punto de vista numérico. Pese a ello, diversos estudios ponen de manifiesto que la población local muestra recelo y desconfianza ante el éxito de estos empresarios<sup>15</sup>. Nuevos retos que motivan la necesidad de seguir profundizando en el estudio de la economía étnica, en especial –y como haremos a continuación– en torno a las diversas corrientes doctrinales que han tratado de interpretarla y sobre el marco jurídico que la desarrolla, con el objeto de poder conocer y desentrañar sus claves pasadas, presentes y futuras.

#### 4. UNA APROXIMACIÓN A LAS CORRIENTES DOCTRINALES Y AL MARCO NORMATIVO DEL NEGOCIO ÉTNICO EN ESPAÑA Y EN LA UE

De esta forma, en los últimos treinta años han proliferado numerosas corrientes doctrinales. Pretenden explicar la creación y el fomento de iniciativas empresariales por parte de los inmigrantes en las sociedades de instalación. Pese al amplio abanico de opciones, se han terminado imponiendo tres

<sup>14</sup> ARJONA, A., *Inmigración y mercado de trabajo. El caso de la economía étnica en Almería* (Almería: Universidad de Almería, 2004) y SOLÉ, C. y S. PARELLA, S., *Negocios étnicos. Los comercios de los inmigrantes no comunitarios en Cataluña* (Barcelona: CIDOB, 2005).

<sup>15</sup> ARAMBURU, M., *Los otros y nosotros* (Madrid: Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2002), 323-356; y MORERAS, J., *Musulmanes en Barcelona, Espacios y dinámicas comunitarias* (Barcelona: CIDOB, 1999).

grandes líneas teóricas: la aproximación culturalista, la ecológica y la interactiva, procedentes del modelo norteamericano<sup>16</sup>. A ellas se suma la teoría de la «incrustación o encajado mixto», que es la de mayor calado en Europa<sup>17</sup>.

En torno a la doctrina constitucional, el modelo que más nos interesa es el del *mixed embeddedness* o de «incrustación social». No sólo por ser el imperante, sino el que más enfatiza el contexto de recepción y los marcos jurídico-normativos en el viejo continente, como elementos claves en la formación de emprendedores étnicos. Tiene su origen en los estudios de KLOOSTERMAN y sus colaboradores (1999) y, frente a la postura interactiva –centrada en un excesivo economicismo–, introduce una fórmula de oportunidad que abarca tanto la demanda del consumidor como el régimen normativo<sup>18</sup>. De este modo, frente a doctrinas más idealistas, esta teoría refleja con bastante fidelidad el pragmatismo que ha caracterizado al modelo de Constitución económica imperante en la UE y, por añadidura, en España, donde las economías étnicas dependen de la adecuación entre lo que los grupos pueden ofrecer y lo que les está permitido que ofrezcan<sup>19</sup>. De hecho, su éxito no sólo radica en las redes sociales utilizadas (*embeddedness*), sino también en la estructura socioeconómica y la política institucional de la sociedad de acogida, donde finalmente se define parte de la estructura de oportunidades de los inmigrantes, más allá de su capital humano.

De hecho, no pocos han sido los ejemplos de buenas prácticas cuya creación y promoción se debe, fundamentalmente, a la permisividad de las autoridades públicas<sup>20</sup>; aun sabiendo de la existencia de prácticas empresariales informales e incluso ilegales (impago de impuestos, ausencia de inscripción en los registros, etc.<sup>21</sup>, como es el caso de algunos negocios étnicos regenta-

<sup>16</sup> WALDINGER, R., WARD, R. y H. ALDRICH, H., «Trend report. Ethnic business and occupational mobility in advanced societies», *Sociology* 4 (1985), 586-597.

<sup>17</sup> KLOOSTERMAN, R., VAN DER LEUN, J. y RATH, J., «Mixed embeddedness, (In)formal Economic Activities and Immigrant Businesses in the Netherlands», *International Journal of Urban and Regional Research* 23, (1999), 252-266; KLOOSTERMAN, R. y RATH, J., «Immigrant entrepreneurs in advanced economies, mixed embeddedness ARJONA Y CHECA, 2006 further explored», *Journal of Ethnic and Migration Studies* 27 (2001), 189-201.

<sup>18</sup> Citados en ARJONA GARRIDO, A. y CHECA OLMOS, J.C., *cit.*, 2006, 123.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> RATH y KLOOSTERMAN, *cit.*, 2000.

<sup>21</sup> En opinión de Tienda y Rajman, tanto la economía étnicamente controlada como la economía de propiedad étnica tienen subsectores formales, informales e ilegales. El sector formal está compuesto por empresas que pagan los impuestos y están registradas oficialmente. El sector informal incluye empresas que, produciendo bienes y mercancías legales, lo hace sin pagar impuestos ni tener reconocimiento oficial. El subsector ilegal está formado por empresas que manufacturan o distribuyen productos o mercancías prohibidas, incluye drogas, juego y documentos falsos. Véase TIENDA, M. y RAJMAN, J.,

dos por inmigrantes turcos en los Países Bajos). Dentro de éste, el propio KLOOSTERMAN (2000) establece una diversidad de modelos. En su base aparece el *neoamericano*, originario de Estados Unidos, que se extiende a Australia, Irlanda e Inglaterra. Son países con un considerable crecimiento económico y laboral, acompañado (en contrapartida) de bajos salarios, y muy poco control de los gobiernos en la redistribución y provisión de servicios públicos. Este panorama resulta muy atractivo para los inmigrantes a la hora de crear un negocio; hasta el punto que, en algunas ciudades y para algunas minorías *étnicas*, la ratio de empleo es mayor que entre los propios autóctonos.

En segundo lugar, encontramos el modelo *Rhineland*, presente en Austria, Alemania, Francia y Luxemburgo. Ampliamente estudiado por HALLER (2004), se caracteriza por su estructura dicotómica (*insider/outsider*), y sus llamativos contrastes: altos salarios y seguridad laboral, al mismo tiempo que un elevado desempleo. Lo cual, desemboca en un importante control de los flujos migratorios por parte del Estado, y la correspondiente imposición de trabas y obstáculos a la inserción laboral de los inmigrantes.

También es destacable el modelo *nórdico*, vigente en Dinamarca y Suecia. En consonancia con el anterior, el Estado controla de forma significativa la economía –a través de su red industrial–, y de la regulación de las relaciones laborales y la implementación de las políticas de igualdad; con lo cual, la economía se contrapesa con políticas activas del mercado de trabajo, la expansión del Estado de bienestar y la igualdad de género. Todo ello redundando en la menor proliferación de empresarios étnicos que en los casos anteriores, pues incita a los inmigrantes a insertarse en el mercado de la economía abierta.

En relación al caso español, la doctrina ha realizado importantes esfuerzos para ajustar la realidad social y económica de los emprendedores étnicos al marco europeo. Ello se debe al hecho de que no sólo no contamos con un modelo o referente puro, sino que existen notables divergencias con otros modelos europeos –incluyendo los descritos con anterioridad–, por lo que muchos autores coinciden en equiparlo a los postulados teóricos de la corriente interactiva, alejándolos de los del *mixed embeddedness*. Si bien, la mayoría lo relacionan con el modelo *Rhineland*, aunque con significativas variantes. Entre otras: elevada tasa de desempleo en relación con otros Estados centroeuropeos y de Europa del norte, enormes diferencias regionales, altos índices de economía sumergida –por encima del 35 % en sectores como la agricultura, el calzado o el servicio doméstico; o una fuerte subida del

---

«Immigrants» Income Packaging and Invisible Labor Force Activity», *Social Science Quarterly* 81 (2000), 291-310; así como BOURGEOIS, I., *In search of respect: selling crack in El Barrio* (Cambridge: Harvard University Press, 1995), 406.

empleo temporal y precario –sobre todo en agricultura, construcción, servicios personales y hostelería– frente al empleo estable y bien remunerado. Este es el caso de algunos países del sur de Europa. Entre ellos, España, Italia, Portugal y Grecia. Por todo ello, algunos autores como ARJONA y CHECA se atreven a definir un modelo más acorde a esta realidad, que denominan *South-European Model* inspirándose en la doctrina anglosajona. Según estos últimos, «en este modelo, los emprendedores étnicos tienen que sortear una enorme cantidad de obstáculos para conseguir el objetivo de instalar un negocio y que éste prospere, por lo que quedan a expensas de decisiones contextuales externas con poco margen a las iniciativas empresariales internas»<sup>22</sup>.

De forma *más específica*, MORERAS (1999) profundiza en el análisis de las estrategias étnicas. Afirma que estos negocios suelen ser de tipo familiar, horario prolongado, especialización en los productos o ubicación urbana. Además, están especialmente extendidos en la comunidad autónoma catalana, sobre todo en la capital barcelonesa. Por su parte, SOLÉ y PARELLA subrayan que, pese a apuntar hacia el modelo norteamericano –en el que la auto-ocupación se erige como una opción atractiva para los inmigrantes más emprendedores–, son muy pocos los que lo consiguen por la rigidez de nuestras políticas socio-laborales, caracterizado por un contexto de recepción y un marco de régimen normativo mucho más estricto<sup>23</sup>. De hecho, quienes sí llevan a cabo su proyecto necesitan como media entre cinco y siete años para conseguirlo, debido a las numerosas trabas burocráticas que encuentran, como ya hemos apuntado. –Por ejemplo, en aquellas ocasiones en las que la Administración del Estado deniega el visado de residencia para trabajar por cuenta propia cuando se trata de una actividad inicial–. Así pues, coincidiendo con ARJONA y CHECA, como regla general podemos afirmar que el emprendedor étnico que pretende establecerse por cuenta propia en nuestro país encuentra más dificultades para hacerlo que si lo hiciera por cuenta ajena (2006, p. 124). El principal motivo es la restrictividad de nuestra legislación a la hora de conceder estos permisos de trabajo, al margen del cumplimiento de la normativa general aplicable al conjunto de los nacionales. Sin ir más lejos, en torno a la suficiencia de la inversión, la incidencia de la actividad a desarrollar, la generación de empleo, la cualificación profesional, la aportación de capital a la economía nacional o incluso de nuevas tecnologías. Pero las restricciones no terminan una vez que el inmigrado consigue todos los permisos y autorizaciones estatales. A partir de ahí, deberá sortear los impedimentos que encontrará en el contexto local. Entre ellos, la concesión de la licencia de apertura por parte del Ayuntamiento, la posible arbitrariedad del

<sup>22</sup> ARJONA y MORA, *cit.*, 2006, 125.

<sup>23</sup> SOLÉ y PARELLA, *cit.*, 2005, 19.

funcionariado municipal a la hora de evaluar el proyecto<sup>24</sup>, la propia competencia del mercado local o la respuesta –más o menos positiva, o incluso de confrontación– de la sociedad de acogida. En definitiva, en España nos encontramos en pleno proceso de búsqueda de reconstrucción de nuevos modelos de integración económica, jurídica y socio-laboral. O, lo que es lo mismo, de nuevos aportes teóricos que expliquen nuestra realidad, claramente determinada por el contexto de recepción y acotada por un régimen jurídico *más estricto que* el de otros países europeos.

## 5. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN LA ENCRUCIJADA

Como hemos podido constatar, los estudios relativos al emprendimiento étnico han privilegiado mayoritariamente los aspectos sociales y económicos del fenómeno en detrimento de los aspectos jurídicos. La literatura científica ha preferido centrarse en el perfil del inmigrante como trabajador, considerando la actividad económica como el principal motor para su plena integración en la comunidad de acogida. Por ello, también es oportuno que nos detengamos por un instante y analicemos los posibles modelos de relación existentes entre la Constitución económica y la economía étnica. Fundamentalmente, con el objeto de poner en valor la Constitución económica –en su sentido más puro y formal–, como aquella parte de la Constitución que contiene los derechos que legitiman la actuación de los sujetos económicos, el contenido y límite de estos derechos, la responsabilidad que comporta el ejercicio de la actividad económica; así como las instituciones competentes para establecer la normativa adecuada o las instituciones jurisdiccionales ante las cuales pueden hacerse valer aquellos derechos, reclamar contra su vulneración y hacer efectiva la responsabilidad derivada de un uso obsesivo de aquellos.

De esta forma, si partimos de una premisa histórica, desde la promulgación de la Ley Fundamental de Weimar, en 1919, constatamos que el tema de la Constitución económica se ha convertido asimismo en uno de los tópicos más relevantes y estudiados del Derecho constitucional a nivel nacional, europeo e internacional. No en vano, y coincidiendo con la tesis de DEJUÁN ASENJO, ha llegado a postularse como «una de las encrucijadas de las ciencias sociales con capacidad para polarizar la atención de científicos procedentes de campos tan variados como son el derecho, la politología y la economía»<sup>25</sup>. Pero, como bien señala el autor: no hemos de engañarnos, pues una encrucijada puede llegar a ser tanto un lugar de encuentro, como un lugar

<sup>24</sup> Citado en ARJONA GARRIDO, A. y CHECA OLMOS, J.C., *cit.*, 124.

<sup>25</sup> DEJUAN ASENJO, O., *La Constitución económica española* (Madrid: CEPC, 1984), 11.

de paso, –y ello es especialmente evidente en el tema que nos ocupa, a la hora de buscar consensos y respuestas ante los retos que la inmigración está planteando en la actualidad–. Porque, en relación a Europa y España –como Estado miembro de la UE– ha representando mucho más lo segundo que lo primero, generando no sólo desconcierto en los mercados, sino una evidente ambigüedad jurídica. De este modo, ninguna de estas disciplinas ha logrado ponerse de acuerdo entre el «ser» y el «deber ser». Desafortunada y sorprendentemente, tampoco el derecho y sus principales adalides: los juristas, quienes –con carácter general– han mostrado un relativo desapego por considerarla en ocasiones una «mera recopilación de preceptos programáticos desprovistos de fuerza jurídica». Pero, ¿qué lugar ocupa el fenómeno migratorio en el entramado constitucional económico y en su aplicabilidad directa en España y en la UE, en especial en torno al objetivo de la plena integración del trabajador extranjero?

En el plano europeo, desde la construcción de la Comunidad Europea, la inmigración ha estado presente al constituir una de las cuatro libertades conformadoras del Mercado Común, si bien referida casi en exclusividad a los nacionales de los Estados miembros<sup>26</sup>. Es sobre la base del artículo 39 de Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) donde se reconoce un conjunto de derechos y libertades a favor del trabajador migrante comunitario, cuyo principio rector era la no discriminación por razón de la nacionalidad<sup>27</sup>. El objeto principal era evitar cualquier obstáculo para la libre circulación de trabajadores, garantizando su integración y la de sus familias en el territorio de los Estados miembros<sup>28</sup>.

Posteriormente, durante dos décadas, las instituciones europeas dictaron importantes normas básicas que profundizaban en la idea de libertad de circulación de trabajadores comunitarios<sup>29</sup>, obviando la situación jurídica de los

---

<sup>26</sup> El actual artículo 26.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) manifiesta que «El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados». Véase la versión consolidada del TFUE, [*Diario Oficial de la Unión Europea* n.º C 326, de 26.10.2012].

<sup>27</sup> La versión consolidada del TCE puede ser consultada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º C321, de 29.12.2006.

<sup>28</sup> Para profundizar en esta materia, véase el interesante artículo de GORDILLO PÉREZ, L.I. y CANEDO ARRILLAGA, J.R., «La Constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución», *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 5/1 (2013): 163-183, en especial p. 165 y ss.; así como GORDILLO PÉREZ, L.I., «Constitución, Constitucionalización y Constitucionalismo de la Unión Europea», *Estudios de Deusto*, Vol. 53/2 (2005), 253-306.

<sup>29</sup> Entre ellas, el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad [*Diario Oficial de la*

nacionales de terceros países<sup>30</sup>. La total eliminación de las fronteras interiores se convirtió en la labor pendiente más urgente, poniendo en el punto de mira a los ciudadanos de terceros Estados. En este contexto se firma el Acuerdo de Schengen, el 14 de junio de 1985, que fue remplazado el 19 de junio de 1990 por el Convenio de Aplicación de Schengen; ambos relativos a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes y que, indudablemente, suponía el primer paso hacia una política común de inmigración. Posteriormente, con la firma del Tratado de Maastricht, el 7 de febrero de 1992, las materias relativas al estatus de los nacionales extracomunitarios mejoraron su posición jurídica, tras ser plasmadas de forma explícita en los textos constitutivos (Título VI del TUE). Pero habrá que esperar hasta la firma del Tratado de Ámsterdam, el 2 de octubre de 1997, para el establecimiento definitivo de la competencia comunitaria en materias de inmigración y asilo. Finalmente, el Tratado de Lisboa (2007) eliminará la estructura de pilares en beneficio de la creación de la UE, cambiando de ubicación la cuestión migratoria, incardinada ahora en el nuevo Título V, denominado «Espacio de libertad, seguridad y justicia», el cual incluye un Capítulo 2 que titula «Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración». Por otro lado, se alude por primera vez de manera expresa a la conformación de una política común de inmigración, acogiendo un nuevo enfoque donde la gestión del fenómeno migratorio adquiere un notable protagonismo y autonomía, dejando de considerarse como una actuación complementaria en el marco de la libre circulación intracomunitaria de personas. Sin embargo, pese a estos avances jurídicos, en el transcurso de 2011, una serie de acontecimientos pusieron en tela de juicio la vigencia del Convenio Schengen. Las

---

*Unión Europea n.º L n.º 257*, de 19.10.1968]; la Directiva 68/360 CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad [*Diario Oficial de la Unión Europea n.º L 257*, de 19.10.1968]; o la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y prestación de servicios [*Diario Oficial de la Unión Europea n.º L 172*, de 28/06/73].

<sup>30</sup> Ello no es óbice para no reconocer algunos de los avances producidos en la década siguiente. Por ejemplo, la creación del «Grupo de Rodas» a través del Consejo Europeo de Rodas, de 2 y 3 de diciembre de 1988–, encargado de elaborar el informe denominado «Documento de Palma», de junio de 1989, en el que por primera vez se realizaba la distinción entre la vertiente *ad intra* y *ad extra* o, lo que es lo mismo, la dimensión interna y externa de la libre circulación de personas. Véase al respecto GARCÍA JUAN, L., *Las medidas de integración de los inmigrantes en la Unión Europea. El modelo competencial y los diferentes enfoques territoriales en el sistema español*, Tesis doctoral, dirigida por Angeles Solanes Corella, Universitat de Valencia, Facultat de Dret, Institut Universitari de Drets Humans, 2014, 27 y ss.

revoluciones de la «primavera árabe», los conflictos bélicos del norte de África y Oriente Medio, la afluencia masiva de inmigrantes y refugiados – especialmente por Italia–, unido a la grave crisis económica que ha venido azotando Europa, ha auspiciado que algunos Estados miembros hayan impuesto graves limitaciones al Convenio, introduciendo controles fronterizos temporales en determinados casos. Ello, junto a las políticas restrictivas, xenófobas y racistas que se han originado o radicalizado en algunos Estados miembros en el plano nacional, han puesto en serio peligro no sólo a una Europa sin fronteras, sino la plena integración del emprendedor étnico en los Estados miembros de la Unión Europea. En especial en aquellos en los que la presión migratoria está siendo más acuciante, como es el caso de Alemania, Austria, Hungría, Serbia, Croacia, Francia o el Reino Unido.

Por su parte, la Constitución española de 1978 no ha podido evadirse de esta disyuntiva a la hora de interpretar y aplicar nuestra Constitución económica. Así, desde su aprobación se han barajado distintas opciones de política económica. Desde 1996, la línea que ha seguido ha sido la reducción del sector público en el seno de una política de privatizaciones, acorde con las tendencias actuales de la Unión Europea<sup>31</sup>. A principios de los noventa se inicia una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Siguiendo la estela de sus primeras sentencias, evidencia que determinadas formas de intervención en la vida económica –que parecían amparadas en una interpretación restrictiva del art. 90 TCEE– habían de ceder ante las libertades comunitarias, prevaleciendo la economía de mercado ante las capacidades y competencias de los Estados para organizar su intervención en la vida económica en la forma que mejor garantizaban el Estado de Bienestar<sup>32</sup>.

De este modo, si bien debemos reconocer que nuestra Carta Magna ha mostrado una clara profusión en sus respuestas jurídicas –al mismo tiempo que una creciente preocupación por realidades socioeconómicas y, como no podía ser de otra forma, hacia el fenómeno de la inmigración–, las cláusulas económicas arbitradas y aplicadas han sido generalistas y ambiguas. A ello se ha sumado una clara mediatización política, lo cual ha revertido en su lógico descrédito e inoperancia como norma jurídica (1984, p. 11). En definitiva, pese a que algunos autores han intentado convertirla en parapeto del sistema económico vigente (llámese capitalismo tradicional o socialismo

<sup>31</sup> Véanse los artículos 90 y 102 del Tratado de la Comunidad Económica Europea.

<sup>32</sup> Véanse las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de marzo de 1991 (Asunto 202/88, República Francesa contra Comisión), de 25 de julio de 1991 (Asunto C-288/89, Caso GOUDA contra COMMISSARIAAT VOOR de Media) y 17 de noviembre de 1992 (Asuntos C-271/90, C-281/90 y C-289/90, Reino de España contra la Comisión).

democrático) y baluarte frente al poder ejecutivo de turno, muy pocos se han servido de ella como mecanismo de control frente a los abusos de los todopoderosos poderes económicos.

Por ello, ahora más que nunca hemos de poner en valor la potencialidad de los recursos que contiene la Constitución económica española, desde un punto de vista realista y pragmático. Todo ello sin perder de vista los límites con los que lógicamente nos encontraremos, y que podrían desdibujarse tentados por el partidismo político o el tecnicismo aséptico y estéril (1984, p. 12). Necesariamente, deberá partir de una base científica, esencialmente jurídica que, de ningún modo, obvie ni el trasfondo político y social ni una sólida fundamentación económica. Teniendo en cuenta que la norma del artículo 38 CE y la referencia a la libertad de empresa –en el marco de una economía social y de mercado– permiten un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y/o una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa. También siendo conscientes, como acertadamente sugiere LASA LÓPEZ, de la necesaria profundización «en la potencialidad de la fórmula y sus posibles efectos, o lo que es lo mismo, en la nueva relación instaurada entre derecho y economía en el Estado pluriclase»<sup>33</sup>. De esta forma, se dotaría a la Constitución económica de poderes legítimos, equiparables a los de la Constitución política–, para que ambas puedan erigirse como normas fundamentales para la atribución, organización y control del poder económico. Tarea tan difícil –e incluso utópica–, como necesaria. En especial en el caso que nos ocupa: el análisis del impacto económico, jurídico y socio-laboral del fenómeno del emprendimiento del trabajador extranjero; pues se trata tanto de una razón de justicia social como de seguridad jurídica, que urge de la formalización de una Constitución económica que se ocupe de la atribución y delimitación de los poderes económicos –con auténtica capacidad sancionadora–, y de la defensa de los grupos sociales más necesitados, entre los que encontramos a algunas minorías étnicas. Para ello, como es lógico, será necesario descubrir y estructurar las reglas básicas de la ordenación económica constitucional y su directa repercusión en el fenómeno de la economía étnica.

## 6. CONCLUSIONES

Por todo ello, y a modo de conclusión final, reconocemos la necesidad de que se destaquen los más relevantes preceptos económicos dentro del articulado constitucional. Porque no sólo el ciudadano nacional, sino también el

<sup>33</sup> LASA LÓPEZ, A., *cit.*, 2 y ss.; teniendo como fuente MORTATI, C., «Principi fondamentali (art. 1-12)». *Comentario della Costituzione*, en BRANCA, G. (a cura di) (Roma: Zanichelli, 1975), 10.

extranjero, reclama derechos políticos y sociales al mismo tiempo que exige el reconocimiento de sus derechos económicos<sup>34</sup>. Y tanto mejor si es a través de la primera y más elevada norma jurídica: nuestra Constitución. Además, conforme la sociedad y la economía se van haciendo más complejas, los empresarios étnicos siguen reclamando con más fuerza una mayor definición del marco económico. Y lo hacen como sujetos de pleno derecho dado que, a través de su trabajo –y en base a sus posibilidades y necesidades–, participan en el avance y progreso de la propia comunidad que le acoge dentro del ámbito nacional y comunitario, bien sea como ciudadanos o como extranjeros. Porque, en primer lugar, el trabajo constituye un valioso medio de inserción social para las personas extranjeras en las sociedades de acogida. En segundo lugar, porque una vez instalados en él, los emprendedores extranjeros buscan desmarcarse de un modelo étnico, para intentar acceder a una parcela mayor de mercado, extendiéndose a nuevas iniciativas empresariales que incluya a los autóctonos y extranjeros en general. Ello es así porque la lógica de la obtención del máximo beneficio y el mínimo coste se impone a otras razones culturales o propiamente étnicas. En tercer lugar, porque la inclusión del extranjero en la sociedad española y la Europa comunitaria pasa evidentemente por la puesta en marcha de un proceso progresivo de integración social, laboral, económica y cultural, que pueda facilitarle este objetivo primigenio que no obstante estará regulado por las normas jurídicas y de convivencia imperantes en el tejido social y económico de la comunidad de acogida. En cuarto lugar, porque los últimos acontecimientos económicos han impulsado de forma inesperada las actividades empresariales o profesionales autónomas del empresario «étnico», bien como puente para la realización personal del sujeto migrante, bien como medio de vida o para superar una situación laboral dependiente. En quinto lugar, porque los negocios

---

<sup>34</sup> Por ejemplo, el de la iniciativa privada de los empresarios en el marco de la economía de mercado (artículo 38 CE), que se conjuga con el derecho de propiedad (artículo 33.1 CE), teniendo en cuenta que la riqueza del país está subordinada al interés general (artículo 128.1 CE). Por ello, habrán de considerarse ilícitos, entre otros actos, los que impliquen prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de la posición dominante en el mercado. También habrá de tenerse en cuenta la función social que la iniciativa económica debe cumplir. El empresario ha de ver compartido su poder de gestión mediante diversas formas de participación de los trabajadores en la empresa. También se ha de facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (artículo 129.2 CE). La planificación de la actividad económica fomentará la iniciativa de los particulares para el crecimiento de los recursos del país, tendiendo también a equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial (artículos 38 y 131 CE). Por último, la unidad de mercado exige que las leyes mercantiles tengan carácter estatal (artículo 149-6.º CE), sin perjuicio de que en algunos aspectos se confíe a la Comunidades Autónomas facultadas para su desarrollo y ejecución.

regentados por personas de origen inmigrante, procedentes de países no comunitarios están transformando el contexto urbano y económico de las ciudades, ocupando una posición crucial en el desarrollo de las pequeñas y medianas economías locales y, por lo tanto, generando nuevas fórmulas de riqueza y prosperidad para Europa y España, y para la constante y necesaria reinención interpretativa de nuestras Constituciones económicas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARAMBURU, M., *Los otros y nosotros* (Madrid: Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2002).
- ARJONA GARRIDO, A. y CHECA OLMOS, J.C., «Economía étnica. Teorías, conceptos y nuevos avances», en *Revista Internacional de Sociología* (IRIS) Vol. LXVI/45 (2006): 117-143.
- ARJONA GARRIDO, A., *Inmigración y mercado de trabajo. El caso de la economía étnica en Almería* (Almería: Universidad de Almería, 2004).
- Bonacich, E. y Modell, J., *The Economic Basis of Ethnic Solidarity in the Japanese American Community* (Berkeley: University of California Press, 1980).
- BONACICH, E., «A theory of ethnic antagonism: The split labor market», *American Sociological Review* Vol. 37/1-6 (1972): 547-559.
- «A Theory of Middleman Minorities», *American Sociological Review* 38 (1973): 583-594.
- BOURGOIS, I., *In search of respect: selling crack in El Barrio* (Cambridge: Harvard University Press, 1995).
- DEJUAN ASENJO, O., *La Constitución económica española* (Madrid: CEPC, 1984).
- GARCÍA JUAN, L., *Las medidas de integración de los inmigrantes en la Unión Europea. El modelo competencial y los diferentes enfoques territoriales en el sistema español*, Tesis doctoral, Universitat de Valencia, dirigida por Ángeles Solanes Corella, Facultat de Dret, Institut Universitari de Drets Humans, 2014.
- GLAZER, N. y MOYNIHAN, D.P., *Beyond the Melting Pot* (Cambridge: MIT Press y Harvard University Press, 1963).
- GORDILLO PÉREZ, L.I. y CANEDO ARRILLAGA, J.R., «La Constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución», *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 5/1 (2013): 163-183.
- GORDILLO PÉREZ, L.I., «Constitución, Constitucionalización y Constitucionalismo de la Unión Europea», *Estudios de Deusto* Vol. 53/2 (2005): 253-306.
- KIM, I. (Edit.), *Koreans in the Hood, Conflict with African Americans* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1999).
- «Ethnic enclave economy in urban China: The Korean immigrants in Yanbian», *Ethnic and Racial Studies* Vol. 26/5 (2003), 802-828.
- KLOOSTERMAN, R., VAN DER LEUN, J. y RATH, J., «Mixed embeddedness, (In)formal Economic Activities and Immigrant Businesses in the Netherlands», *International Journal of Urban and Regional Research* 23 (1999): 252-266.

- KLOOSTERMAN, R. y RATH, J., «Immigrant entrepreneurs in advanced economies, mixed embeddedness further explored», *Journal of Ethnic and Migration Studies* 27 (2001): 189-201.
- «Outsiders business: A critical review on immigrant entrepreneurship», *International Migration Review* 34 (2000): 656-680.
- LASA LÓPEZ, A., *Constitución económica y derecho al trabajo en la Unión Europea* (Grandada: Editorial Comares, 2011).
- LEE, J., «From civil relations to racial conflict, Merchant-customer interactions in urban America», *American Sociological Review* 67 (2002): 77-98.
- LIGHT, I., «Economías étnicas», Ponencia presentada en el *Seminario sobre el Empresariado étnico en España*, Centro de Estudios Internacionales e Interculturales, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2003.
- LIGHT, I. y KARAGEORGIS, S., «The ethnic economy», Smelser, N. y Swedenberg, R. (Eds.): *The handbook of economic sociology* (Nueva York: Russell Sage Foundations, Nueva York, 1994), 647-671.
- LOGAN, J.R., ALBA, R.D. y McNULTY, T.L., «Ethnic Economies in Metropolitan Regions, Miami and Beyond», *Social Forces* 72 (1994): 691-724.
- MORERAS, J., *Musulmanes en Barcelona, Espacios y dinámicas comunitarias* (Barcelona: CIDOB, 1999).
- OLIVETTI, M., «Artículo 1», en Bifulco, R., Celotto, A. y Olivetti, M. (Coords.), *Comentario alla Costituzione* Vol. I (art. 1-54) (Torino: Utet, 2006), 5-37.
- SOLÉ, C. y S. PARELLA, S., *Negocios étnicos. Los comercios de los inmigrantes no comunitarios en Cataluña* (Barcelona: CIDOB, 2005).
- TIENDA, M. y RAJMAN, J., «Immigrants» Income Packaging and Invisible Labor Force Activity», *Social Science Quarterly* 81 (2000): 291-310.
- WALDINGER, R., WARD, R. y H. ALDRICH, H., «Trend report. Ethnic business and occupational mobility in advances societies», *Sociology* 4 (1985): 586-597.
- YEUNG, H. W., «The Internationalization of Ethnic Chinese Business Firms from Southeast Asia, Strategies, Processes and Competitive Advantage», *International Journal of Urban and Regional Research* 23 (1999): 103-127.
- ZHOU, M., «Una recapitulación del espíritu empresarial de los grupos étnicos: Convergencias, controversias y avances conceptuales», en Portes, A. y De Wind, J. (Eds.), *Repensando las migraciones: Nuevas perspectivas teóricas y empíricas* (México: Universidad Autónoma de Zacatecas, 2006), 231-267.

*TITLE: «Ethnic economy» as a motor for economic, legal, social and labour integration of immigrant entrepreneurs in Spain and the European Union*

*RESUMEN: La iniciativa empresarial y económica de las personas extranjeras, a la que nos referiremos como «economía étnica» o ethnic business, constituye un componente de crecimiento muy relevante no sólo para nuestra nación, sino también para el conjunto de países europeos. Emerge como fuente de riqueza económica, puente hacia la movilidad social y el emprendedurismo; así como mecanismo eficaz para la lucha*

*contra el estigma social y la transformación de la imagen negativa y estereotipada en torno a la figura del inmigrante. Partiendo de esta premisa, el presente trabajo pretende mostrar y poner en valor la (hipotética) relación existente entre la Constitución económica, la normativa estatal en materia laboral y la adopción de políticas públicas eficaces, capaces de atraer y consolidar empresas de origen extranjero y con proyección de futuro en España y en la Unión Europea.*

*PALABRAS CLAVE: Economía étnica, integración, negocio étnico, emprendedor inmigrante.*

*ABSTRACT: The business and economic initiative of foreigners, which we refer to as «ethnic economy» or «ethnic business», constitutes a very relevant component of growth, not only for our nation but also for all European countries. It emerges as a source of economic growth, bridge towards the social mobility and entrepreneurship; as well as an effective instrument for combating social stigma and the transformation of negative and stereotyped image around the figure of immigrant. Based on this premise, the present paper aims to show and highlight the (hypothetical) relation between the economic constitution, the state labor laws and the adoption of effective public policies, able to attract and consolidate foreign businesses with future forecast in Spain and the European Union.*

*KEY WORDS: Ethnic economy, Integration, Ethnic business, Immigrant entrepreneurship.*

*RECIBIDO: 03.6.2016  
ACEPTADO: 22.6.2016*



# **Recensiones**



FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La libertad de imprenta en Cádiz: Historia y Derecho (1808-1812). De una libertad sin marco legal a una libertad constitucionalizada*, Dykinson, Madrid, 2016.

doi: 10.18543/ed-64(1)-2016pp369-374

El período de 1808 a 1812 da también como resultado el contexto bélico y político en el que aparece la cultura constitucional en España. No es casual la eclosión de este hecho jurídico-político en ese mismo momento de nuestra Historia, más allá de la influencia de la entonces todavía reciente Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la aparición de las Constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795. El recuerdo de la derrota de Trafalgar de 1805, el Tratado de Fontainebleau de 1807, el Motín de Aranjuez, ya en 1808, las Abdicaciones de Bayona, el nombramiento como rey de José Bonaparte I y el Estatuto de Bayona, a la postre, nuestro primer documento constitucional formal, configuran el *totum revolutum* de hechos histórico-políticos de inusitada trascendencia a los que tuvo que hacer frente –en un solo año– el español del momento, y que, a la postre, favoreció la «chispa» del pensamiento constitucional liberal y la aparición del desarrollo de los derechos liberales en nuestro país. Solamente el 2 de mayo de 1808 daría ya suficiente fuerza de indignación

pública, crítica y literatura como para ratificar lo dicho anteriormente<sup>1</sup>. Muy reveladora al respecto es la reflexión de Fernández Segado, cuando apunta que precisamente el Dos de Mayo de 1808 inicia, sí, una guerra de liberación, pero también, a la par, una revolución frente al Antiguo Régimen y en pro de las nuevas libertades liberales. Estos dos objetivos –superar las antiguas estructuras de la Monarquía e iniciar un desarrollo constitucional– constituyen el sentido último de la Guerra de la Independencia y, con ello, del florecimiento del pensamiento literario político-jurídico de 1808-1812<sup>2</sup>. *La libertad de imprenta en Cádiz: Historia y Derecho (1808-1812)*, de Fernández Segado, apunta claramente este extremo. La situación de caos, de falta de total control del terri-

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, la relación de PÉREZ DE GUZMÁN y GALLO, J., *El Dos de Mayo de 1808 en Madrid. Relación histórica documentada* (Madrid: Sucesores de Rivadeneyra, 1908): 823-845.

<sup>2</sup> Véase DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., *Tres milenios de Historia* (Madrid: Marcial Pons, 2001), 251.

torio por los franceses, la necesidad sentida de la clase popular de tomar su cuota de participación política ante aquel estado de cosas en forma revolucionaria –como en el Levantamiento del Dos de Mayo de 1808, pero también evidente en el Motín de Aranjuez–, tiene su expresión intelectual en un librepensamiento y un marco propicio de discusión política –entre fernandinos, josefinos, constitucionalistas, ilustrados, etc.– hasta entonces desconocido y que sienta en España las bases de la libertad de imprenta y más allá de nuestra concepción del pluralismo político.

El monumental trabajo que ahora ha sacado Fernández Segado –que, por cierto, completa con 1256 páginas un libro y una serie de trabajos de investigación anteriores sobre el mismo tema<sup>3</sup>–, parte de esta línea y demuestra sobradamente la trascendencia de este periodo en el progreso del protagonismo de la opinión pública española en el proceso de implementación de estas libertades y, asimismo, de consolidación de la comprensión de la libertad de prensa como instrumento natural de servicio público encaminado a la elevación de la discusión polí-

tica popular y complemento del proceso educacional del individuo<sup>4</sup>. Difícil es, en efecto, creer que España hubiera podido llevar el desarrollo de las libertades de información y, expresión, las libertades políticas y de creación intelectual a un nivel paralelo al europeo del Siglo XIX sin una clase política, unos diputados a Cortes eruditos y comprometidos y una prensa seria y crítica, representada por nombres como Jovellanos, Flórez Estrada, José Isidoro Morales, Manuel J. Quintana, Alberto Lista, Blanco White o Pedro Gordillo y tantos otros. El compromiso incondicional de esta élite intelectual, así como su convicción en la necesidad de articular un discurso político libre, sereno y racional como elemento de reforma de la sociedad, convierten en efecto esta época en un referente para comprender el sentido imprescindible de las libertades de información, expresión y comunicación en la sociedad incluso hasta hoy<sup>5</sup>. La cristalización de esta «chispa» inicial se empezaría a apreciar, como deja claro muy bien el autor, a partir de la libertad de imprenta de facto que supuso la Guerra de la Independencia, el Decreto de 10 de

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz. El largo y dificultoso camino previo a su legalización* (Madrid: Dykinson, 2014); *Las Constituciones históricas españolas* (Madrid: Civitas, 1986): 90-93; «La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz», *Revista de Estudios Políticos* 124: 29-54; «La libertad de imprenta en el periodo inmediato anterior a su legalización por las Cortes de Cádiz (1808-1810)», *Pensamiento constitucional* 17, 2012: 117-176.

<sup>4</sup> En este sentido, sobre la función de la prensa en la conformación de una opinión pública «elevada», véase KRÜGER, H., *Allgemeine Staatslehre* (Stuttgart: Kohlhammer, 1966): 447-448.

<sup>5</sup> En similar sentido, véase la recensión de GORDILLO PÉREZ, L. I., «Francisco Fernández Segado, *La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz*», *Revista de Estudios Políticos* 166 (2015): 264.

noviembre de 1810<sup>6</sup> y, mismo artículo 371 de la Constitución de 1812; y que, además, dio lugar un debate muy rico a favor y en contra de los derechos del liberalismo, como también a un proceso progresivo y peculiar de pérdida del poder social que tenía entonces la Inquisición, como de su monopolio de control del librepensamiento. Con razón diría Alvarado en sus escritos de la época que «en un año que llevamos de libertad de imprenta se han escrito y dicho públicamente más blasfemias y escándalos que en los tres siglos que han corrido desde el establecimiento de la Inquisición»<sup>7</sup>. Todos estos aspectos quedan con absoluta exhaustividad en este nuevo trabajo de Fernández Segado.

El interés del autor por mostrar esta discusión teórica es también extraordinario. Analiza así los inicios espirituales del desarrollo de la implementación de la libertad de imprenta desde la recepción del racionalismo crítico ilustrado y del ideario liberal en España, la llegada del concepto de opinión pública de D'Alembert, Voltaire, Burke y Madison y de las ideas de la nueva moral laica de Locke y Montesquieu. A tal fin el libro de Fernández Segado estudia intensamente la importancia de las Sociedades Económi-

cas de Amigos del País en la asunción en España de esta nueva filosofía y de su trascendencia y necesidad para el incipiente reconocimiento de las primeras libertades y derechos, como también para la creación de foros de opinión para la discusión teórico-práctica de los problemas de la época desde distintas sensibilidades y puntos de vista. El pensamiento y los escritos pro-ilustrados iban a coexistir con las opiniones más diversas liberales, culminando en un foro reformista que tendrá como colofón el reconocimiento del derecho a la libertad de prensa –base obvia de las libertades de información, expresión y de las libertades políticas– en el artículo 371 de la Constitución de 1812<sup>8</sup>. Muy oportuno al respecto es en esta primera parte del volumen el estudio muy pormenorizado de la implantación de hecho de la libertad de imprenta en España durante los años 1808 a 1810, como consecuencia del vacío relativo de poder de la Monarquía española y de la Inquisición durante la Guerra de la Independencia, así como de sus efectos. Si bien la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 había reconocido para el pueblo francés las libertades de pensamiento y opinión en su artículo 11, Fernández Segado explica como aquel mandato quedó reducido a la nada

<sup>6</sup> Véase el texto en GARCÍA VENERO, M., *Historia del parlamentarismo español*, Vol. I, 1810-1833 (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1946): 112-114.

<sup>7</sup> ALVARADO, F., *Cartas críticas que escribió el Rm. Padre Maestro Fr. Francisco Alvarado, del Orden de Predicadores, o sea el Filósofo rancio*, Vol. I (Madrid: Imprenta de E. Aguado, 1824), 267.

<sup>8</sup> Véase así, también CANOSA USERA, R., «Derechos y libertades en la Constitución de 1812», *Revista de Derecho político* 82 (2011): 170; BEL MALLÉN, J. I., «La libertad de expresión en los textos constitucionales españoles», *Documentación de las Ciencias de la información* 13 (1990): 25.

desde la Toma de las Tullerías de 1792 y cómo esta eliminación de disfrute real del derecho se traspasó a España con el Estatuto de Bayona y la férrea censura establecida por José I Bonaparte en la zona bajo control francés. En cierto modo, esta parte del tomo desdibuja y desdice en alguna medida la opinión bastante extendida de que el Rey José I era un «monarca benévolo, dadivoso, reformista y sensible (...), cercano a sus súbditos»<sup>9</sup> y encaja más con la imagen de un rey haragán, cuatrero y corrupto, posiblemente más fiel, que de «Napoleón el Chico» nos ofrece Pérez Galdós en sus *Episodios Nacionales*, en particular en el *Equipaje del Rey José*, quién –no lo olvidemos– pudo entrevistar incluso a testigos de la época para redactar su novela histórica sobre él<sup>10</sup>. La proba investigación de Fernández Segado muestra efectivamente muy bien cómo tampoco la cuestión del respeto al librepensamiento y de las libertades de prensa y de tipo político estaba en la política de José I, como tampoco realmente en el cumplimiento de su carta otorgada de 1808; la modernización y reforma del país estaba verdaderamente en el pensamiento político-jurídico liberal de 1808 a

1812, los constituyentes de Cádiz y la Constitución de 1812, y no al revés.

El recrudecimiento de la guerra de la Independencia, con incluso la intervención personal de Napoleón y la entrada en España de la *Grande Armée* y el sitio de Cádiz, no impedirían tampoco la continuación en la reforma liberal y hasta la legalización efectiva de la libertad de imprenta fuera de las zonas controladas por los franceses. Este tema se trata por el autor en la segunda parte del libro. Fernández Segado explica cómo el ambiente de resistencia, de cambio, de reformismo y libertad se propició en ningún otro sitio en España en aquel momento como en Cádiz, donde, a pesar del asedio se dio un clima de discusión jurídico-política todavía mayor y un florecimiento inédito del periodismo crítico que bien querríamos muchos para nuestros días, tan acostumbrados como estamos a la prensa del cotilleo fácil, lo que Krüger denominaba despectivamente la prensa de *boulevard* (*Boulevardpresse*)<sup>11</sup>. Aparte, aparecerían otras fórmulas de participación y discusión política tan castizas como las tertulias de cafés –también, precisamente, tan extraordinariamente descritas por Pérez Galdós en sus nove-

<sup>9</sup> ÁLVAREZ BARRIENTOS, J., «El entorno intelectual de la expedición josefina por Andalucía», en *El viaje andaluz del Rey José I. Paz en la Guerra* (Madrid: Ministerio de Defensa, 2011), 27.

<sup>10</sup> MORENO ALONSO, M., «Del saqueo del intruso a la vuelta al absolutismo», prólogo a la obra de Benito Pérez Galdós, *El equipaje del Rey José* (Madrid: Espasa, 2008), 12. Respecto al saqueo, véase, en particular, el Capítulo VI de la obra, p. 51.

<sup>11</sup> A saber, «aquella que excita cualesquiera emociones, o de aquellos diarios que sustituyen las habladurías comentadas por los chismes impresos, n.º deteniéndose en ello ni ante la esfera íntima de los jefes de Estado y estadistas extranjeros, como tampoco ante la misma esfera de sus conciudadanos». KRÜGER, H., *Allgemeine Staatslehre*..., 508.

las<sup>12</sup>— y, que, a la larga, caracterizarían toda nuestra Historia del Siglo XIX y gran parte del XX hasta inclusive la transición a la Constitución de 1978.

En esta parte del libro presenta igualmente especial interés, desde una perspectiva jurídica, la investigación del autor sobre las vicisitudes de composición, rutina de las Cortes de Cádiz y contenido de los debates parlamentarios. Aquí Fernández Segado no solamente escudriña entre fuentes típicas, como los Diarios de Sesiones, sino también en documentos e informaciones más sutiles, que van desde las críticas del filósofo «rancio» (Francisco Alvarado) hasta datos de periódicos y panfletos de la época. Además, aparece un estudio muy jugoso sobre el surgimiento en España del principio de publicidad parlamentaria, y cuya aparición en nuestro país el autor sitúa también en este apasionante interregno de nuestra Historia. Hay que decir que tampoco aquí el autor deja de hacer aportaciones extensas a los fundamentos espirituales y doctrinales de este concepto. Fernández Segado reivindica el origen de esta práctica, hoy muy conocida, en las cámaras inglesas del Siglo XVIII y en su eficacia para asegurar la independencia y libertad de los debates del Parlamento frente a la facultad de memento del Rey. La exposición de estas cuestiones estudia los pormenores espirituales de la noción de publicidad parlamentaria desde la conside-

ración más teórica de Kant hasta la más expresa y práctica de Bentham. Después se trata la recepción efectiva de este principio en Cádiz, de las distintas regulaciones de la publicidad de las sesiones —como también de su excepción, las sesiones secretas—, de la posibilidad de asistencia de público a los debates, e incluso de los altercados y barullo que se formaron en algunas reuniones.

Estos hechos e influjos desembocan en el Decreto n.º 1, de 24 de septiembre de 1810 y el Decreto de las Cortes n.º IX, de 10 de noviembre de 1810, que el autor entiende ya, de forma muy expresiva, como el reconocimiento de la soberanía nacional y, como su corolario, de la libertad de imprenta en España; por lo pronto —y ya era mucho para el momento— a nivel de legislación ordinaria. La principal novedad del trabajo de Fernández Segado a este respecto proviene también del tratamiento que hace de fuentes, de los Diarios de Sesiones, pero, igualmente, de las Actas de las Cortes, más breves, de periódicos y diarios, como incluso del pulso de los distintos debates que se dieron en las Cortes y hasta de las distintas batallas dialécticas. Otra especialidad del trabajo en el tratamiento de esta cuestión radica en la descripción hasta el paroxismo de todos los hechos, hasta los menores, que acompañaron el procedimiento legislativo de reconocimiento de este derecho. La narración incluye los resultados de las votaciones, las biografías y detalles de las personalidades y diputados que estaban a favor o en contra de la legalización de la libertad de prensa, descripción y análisis de sus argumentos, y en lo que se

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, PÉREZ GALDÓS, B., *Fortunata y Jacinta. Dos historias de casadas*, Parte III, I, Costumbres Turcas, III.

refiere al Decreto de las Cortes n.º IX, de 10 de noviembre de 1810: estudio de su preámbulo, contenido y extensión de la libertad de imprenta, restricciones en materia religiosa, titulares del derecho, garantías judiciales, uso y abuso de la libertad de imprenta, la excepcionalidad de las Juntas de Censura y la extensión de ejercicio del derecho en la América española. Todo ello supone un vuelco en la forma de investigación de un tema jurídico-histórico, que consiste en su análisis no sólo desde las fuentes típicas de la metodología jurídica, sino también a través de otros documentos e informes no siempre tan examinados –o al menos inspeccionados con tanta profusión o exhaustividad–, como lo son artículos periodísticos, comparación de líneas editoriales, personalidad de los periodistas y protagonistas, notas de prensa, fanzines, panfletos propagandísticos, etc., que permiten obtener una visión del objeto de estudios con total vocación de compilación de absolutamente todos los datos que puedan ofrecer el mínimo atisbo de luz sobre el objeto investigado, así como de su comentario, interpretación y análisis.

Finalmente, en la tercera parte del volumen, el autor trata de la propia recepción constitucional de la libertad de imprenta. El mismo método utilizado a lo largo de toda la investigación maneja ahora Fernández Segado para estudiar la libertad de imprenta en la Constitución de 1812. Si para evaluar los Decretos de 24 de septiembre de 1810 y de 10 de noviembre de 1810 había recurrido a las fuentes que describen el *iter* procedimental de las leyes, como también de todo aquel documento que pudiera ofrecer información al respecto por pequeña –en apariencia– que fuera su relevancia, en relación a su constitucionalización hace lo propio, ahora bajo las referencias al proceso constituyente, la Comisión de la Constitución, el Proyecto de Constitución, los debates constituyentes, el posicionamiento iusnaturalista de los constituyentes, los «tics» de intolerancia religiosa y, finalmente, la regulación constitucional de la libertad de imprenta y de materias conexas en el Título IX de la Constitución, en general, y en el artículo 371 de la Constitución de 1812, en particular.

*Alberto Oehling de los Reyes (Universidad de las Islas Baleares)*

EN ESTE NÚMERO  
DE ESTUDIOS DE DEUSTO COLABORAN

Giampietro FERRI es *professore associato* (profesor titular) de Derecho constitucional de la Universidad de Verona (Italia).

Daniel GUERRA SESMA es doctor en Ciencias Políticas y de la Administración. Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla y miembro de la AECPA y del Colegio de Politólogos y Sociólogos de Asturias.

Luis IGLESIAS RÁBADE es Licenciado y doctorando en Derecho así como doctor en anglo-germánicas. Universidad de Santiago de Compostela.

Marcos Francisco MASSÓ GARROTE es doctor en Derecho y profesor Titular de Derecho Constitucional (acreditado para Catedrático) de la Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla la Mancha.

Alberto OEHLING DE LOS REYES es profesor contratado doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares.

Natalia PÉREZ RIVAS es doctora en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela.

Alejandro PLATERO ALCÓN es becario de investigación del Departamento de Derecho privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (España). Doble Licenciado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad de Extremadura. Colaborador del Grupo de Investigación de Estudios en España, Portugal y América Latina.

Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO es profesor titular de Derecho constitucional en la Universidad de Granada.

María Elena SÁNCHEZ COLLADO es doctora en Derecho y profesora Titular de Derecho romano de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Manuel SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA es doctor en Derecho y profesor Titular de Universidad. Director de la Sección Departamental Derecho Constitucional en Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid.

Laura TEJEDOR FUENTES es doctora en transparencia y periodismo de datos. Colaboradora honorífica del Departamento de Periodismo I de la Universidad Complutense de Madrid.

Ana TOMÁS LÓPEZ es profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla – La Mancha.

**Cada autor es responsable de sus asertos y opiniones. *Estudios de Deusto* solamente de que el valor científico de sus trabajos les merece ser publicados.**

# REVISTA ESTUDIOS DE DEUSTO

## Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista de *Estudios de Deusto* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos que son el resultado de investigaciones originales en las distintas ramas del Derecho.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana o inglesa, en Microsoft Word o formato compatible. Se harán llegar electrónicamente a la dirección: revistaestudios@deusto.es.
3. **Formato.** En la primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. La segunda página recogerá dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés. Igualmente se incluirá una propuesta de título en inglés (si el trabajo se presenta en idioma castellano). La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras).
4. **Normas de edición.** Las citas bibliográficas y las referencias a otras fuentes documentales se harán siguiendo el manual de estilo de Chicago (CMOS), preferentemente usando el sistema 'Autor-fecha'.
5. **Proceso de publicación.** *Estudios de Deusto* utiliza el sistema de evaluación «doble ciego». El Director de la Revista con la participación del Consejo de redacción y el asesoramiento del Consejo asesor decidirá la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa, anónima e independiente. Los trabajos serán publicados como «Estudios» o como «Notas» según su naturaleza y extensión ( $\pm$  20 páginas escritas a espacio y medio, en letra Times New Roman y tamaño 12). Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo ordinario de cinco días naturales no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
6. **Copyright.** Los autores de los trabajos inéditos publicados en esta revista podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en *Estudios de Deusto*.
7. **Reseñas de libros.** La revista *Estudios de Deusto* no acepta reseñas no solicitadas. Agradece, por el contrario, sugerencias sobre libros para su recensión o reseña.

## Aviso de derechos de autor/a

**Los autores, mediante la entrega de sus manuscritos a la revista *Estudios de Deusto*. Revista de la Facultad de Derecho, aceptan las condiciones que se detallan a continuación sobre derechos de autor y se comprometen a cumplirlas. No firman ningún documento de cesión de derechos con la Editorial.**

1. Autoría: El autor debe ser el único creador de la obra o debe actuar legalmente en nombre y con el pleno acuerdo de todos los autores.
2. Derecho de Autor y Código de conducta:
  - a) Los autores garantizan que su trabajo es original; que no ha sido publicados en cualquier forma anteriormente; que no está preparando su publicación en otra parte; que su envío y publicación no violan el código ético de la revista *Estudios de Deusto* ni los códigos de

- conducta, leyes o derechos de cualquier tercero; y que no se requiere el pago por la publicación por la Editorial (Universidad de Deusto).
- b) Los autores conceden a la Editorial el derecho libre de pago para explotar y sublicenciar la obra en todo el mundo, en todas las formas y medios de expresión, ahora conocidos o desarrollados en el futuro, para los propósitos educativos y académicos.
  - c) Los autores retienen el derecho a presentar, exhibir, distribuir, desarrollar y publicar su trabajo para progresar en su carrera científica con la debida anotación de su publicación original en la revista *Estudios de Deusto*.
  - d) Los autores garantizan que no se han otorgado ni se otorgarán permisos o licencias de cualquier tipo que puedan violar los derechos otorgados a la Editorial.

## Declaración de privacidad

Los nombres y direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por la misma y no estarán disponibles para ningún otro propósito.



# Estudios de Deusto

Volume 64, Issue 2, July-December 2016

## Table of Contents

### Studies

**The election of the Italian parliament: constitutional limits and political requirements**  
Giampietro Ferri

**The exercise of economic competences in the European Union: is possible another policy?**  
Daniel Guerra Sesma

**A comparative study of the legal status of the crime of forgery in the Hispanic and English law in the Middle Ages**  
Luis Iglesias Rábade

**The right of meeting and demonstration in the new regulatory framework of the citizen security protection Act of 4/2015 of March 30**  
Marcos Francisco Massó Garrote

**The Law of defense of the Republic of October 21, 1931: Introduction to its political-legal context, to its related and brief comparative regulations with its German counterpart**

**Gesetz zum Schutze der Republik**  
Alberto Oehling de los Reyes

**The compensatory aids to the victims of terrorism: analysis of the Act 29/2011 and its development regulation**  
Natalia Pérez Rivas

**The tax on deposits of credit institutions: paradigmatic example of limited financial autonomy of the regions**  
Alejandro Platero Alcón

**Constitutional law in the age of Ultron: information technology and artificial intelligence as a constitutional object**  
Juan Francisco Sánchez Barrilao

**Approximation to the protection legislation of the mortgage debtor**  
María Elena Sánchez Collado

**The right on access to public information in Spain and the Netherlands. Two improbable scenarios**  
Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva, Laura Tejedor Fuentes

**«Ethnic economy» as a motor for economic, legal, social and labour integration of immigrant entrepreneurs in Spain and the European Union**  
Ana Tomás López

### Book reviews

**La libertad de imprenta en Cádiz: Historia y Derecho (1808-1812). De una libertad sin marco legal a una libertad constitucionalizada, by Alberto Oehling de los Reyes**  
Francisco Fernández Segado