

Vol. 66/2 julio-diciembre 2018

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018](https://doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018)

## Sumario

### Monográfico: Los derechos fundamentales entre la justicia y la administración pública

Coordinado por Manuel Rodríguez Portugués e Ignacio Cubillo López

#### Cuestiones de teoría general de derechos fundamentales

**El desarrollo de los derechos fundamentales por el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional**

Julio BANACLOCHE PALAO

**Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones**

Juan CIANCIARDO

**El principio de neutralidad en Internet. Una aportación a la libertad de comunicación en Internet desde el pensamiento de Francisco de Vitoria**

José J. ALBERT MÁRQUEZ

**Derechos fundamentales: indeterminación conceptual, plasmación jurídica e interpretación**

Estela CÁMUS GARCÍA

#### Administración pública y derechos fundamentales

**El derecho fundamental a la protección de datos de carácter**

**personal como límite ¿(in)franqueable? para la transparencia administrativa**

Leonor RAMS RAMOS

**El papel de la Administración en la determinación del contenido del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en el contexto de “nuevos derechos”: los casos del aborto y la eutanasia**

Marta ALBERT MÁRQUEZ

**La extensión al Derecho administrativo sancionador del derecho humano a ser indemnizado por condenas penales firmes anuladas**

Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

**Los derechos de defensa y el deber de colaboración con la Administración tributaria**

Monserrat HERMOSIN ÁLVAREZ

**Derecho de sufragio, Administración y principio de igualdad**

Carlos ARCE JIMÉNEZ

#### El derecho a la tutela judicial efectiva

**Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria**

Pilar PEITEADO MARISCAL

**El Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia de los Consumidores**

María José CATALÁN CHAMORRO

**El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional**

Ignacio CUBILLO LÓPEZ

## Estudios

**Rasgos federales, justicia constitucional y búsqueda de un ‘Common Law’ europeo**

Enrico ANDREOLI

**La decisión marco 2005/212: antecedente y origen de las últimas reformas del comiso como consecuencia accesoria del delito**

Itziar CASANUEVA, Soledad GIL y Emilio José ARMAZA

**El derecho a recibir información veraz en el sistema constitucional. El ejercicio profesional del periodismo como garantía democrática**

Jesús LÓPEZ DE LERMA GALÁN

**Las funciones de gobierno ejercidas por la jurisdicción constitucional. ¿Es aceptable una modificación de la teoría de separación de poderes por un tribunal constitucional? El caso de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela 2016-2018**

Emilio J. URBINA MENDOZA

## Recensiones



# Estudios de Deusto



# Estudios de Deusto

Fundada en 1904 / Founded in 1904

Vol. 66/2 julio - diciembre 2018

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018](https://doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018)

## 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+

Los contenidos de la Revista «Estudios de Deusto» están disponibles en acceso abierto en la siguiente dirección:

<http://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/archive>

The contents of the Journal "Estudios de Deusto" are available in open access at the following web page:

<http://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/archive>

Universidad de Deusto  
Bilbao  
2018

## **Estudios de Deusto**

Vol. 66/2 julio - diciembre 2018

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018](https://doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018)

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)

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed>

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)

**Secretaria académica:**

Belén García Álvarez (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 Elosegui (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. 66/2 julio - diciembre 2018

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018](https://doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018)

## Sumario

---

### **Monográfico: Los derechos fundamentales entre la justicia y la administración pública**

Coordinado por Manuel Rodríguez Portugués e Ignacio Cubillo López

### **Cuestiones de teoría general de derechos fundamentales**

Julio BANACLOCHE PALAO, *El desarrollo de los derechos fundamentales por el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional* 17

Juan CIANCIARDO, *Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones* 47

José J. ALBERT MÁRQUEZ, *El principio de neutralidad en Internet. Una aportación a la libertad de comunicación en Internet desde el pensamiento de Francisco de Vitoria* 71

Estela CAMUS GARCÍA, *Derechos fundamentales: indeterminación conceptual, plasmación jurídica e interpretación* 105

### **Administración pública y derechos fundamentales**

Leonor RAMS RAMOS, *El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal como límite ¿(in)franqueable? para la transparencia administrativa* 119

Marta ALBERT MÁRQUEZ, *El papel de la Administración en la determinación del contenido del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en el contexto de “nuevos derechos”: los casos del aborto y la eutanasia* 153

Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, <i>La extensión al Derecho administrativo sancionador del derecho humano a ser indemnizado por condenas penales firmes anuladas</i>	191
Montserrat HERMOSÍN ÁLVAREZ, <i>Los derechos de defensa y el deber de colaboración con la Administración tributaria</i>	219
Carlos ARCE JIMÉNEZ, <i>Derecho de sufragio, Administración y principio de igualdad</i>	249
<b>El derecho a la tutela judicial efectiva</b>	
Pilar PEITEADO MARISCAL, <i>Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria</i>	283
María José CATALÁN CHAMORRO, <i>El Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia de los Consumidores</i>	323
Ignacio CUBILLO LÓPEZ, <i>El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional</i>	347
<b>Estudios</b>	
Enrico ANDREOLI, <i>Rasgos federales, justicia constitucional y búsqueda de un 'Common Law' europeo</i>	375
Itziar CASANUEVA, Soledad GIL y Emilio José ARMAZA, <i>La decisión marco 2005/212: antecedente y origen de las últimas reformas del comiso como consecuencia accesoria del delito</i>	397
Jesús LÓPEZ DE LERMA GALÁN, <i>El derecho a recibir información veraz en el sistema constitucional. El ejercicio profesional del periodismo como garantía democrática</i>	435
Emilio J. URBINA MENDOZA, <i>Las funciones de gobierno ejercidas por la jurisdicción constitucional. ¿Es aceptable una modificación de la teoría de separación de poderes por un tribunal constitucional? El caso de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela 2016-2018</i>	461
<b>Recensiones</b>	
David DELGADO RAMOS, <i>Problemas actuales del Derecho Parlamentario</i> , por Amir Al Hasani Maturano	501
María José ROCA FERNÁNDEZ, <i>La libertad religiosa negativa. La apostasía en el Derecho confesional y comparado</i> , por José María Coello de Portugal	509
Mónica MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, <i>Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal</i> , por Pedro Tenorio Sánchez	513

# Estudios de Deusto

Volume 66, Issue 2, July - December 2018  
DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018](https://doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018)

## Table of Contents

---

### Special Issue: Fundamental rights, between justice and public administration

Guest Editors: Manuel Rodríguez Portugués and Ignacio Cubillo López

#### General theory of fundamental rights

- Julio BANACLOCHE PALAO, *The development of fundamental rights by the legislative power, the judiciary and the Constitutional Court* 17
- Juan CIANCIARDO, *Proportionality in the Law and reasonableness in the interpretation of the law: tensions and relations* 47
- José J. ALBERT MÁRQUEZ, *The net neutrality principle on the internet. A contribution to the freedom of communication on the internet from the thought of Francisco de Vitoria* 71
- Estela CAMUS GARCÍA, *Fundamental Rights: conceptual indeterminacy, legal embodiment and interpretation* 105

#### Public administration and fundamental rights

- Leonor RAMS RAMOS, *The fundamental right to the protection of personal data as a (impassable) boundary for administrative transparency* 119
- Marta ALBERT MÁRQUEZ, *The role of Public Administration on the establishment of the content of health care professionals right to conscientious objection in the context of “new rights”: The cases of abortion and euthanasia* 153

Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, <i>The extent to sanctioning Administrative Law of the Human Right to be compensated because of firm conviction reversed</i>	191
Monserrat HERMOSÍN ÁLVAREZ, <i>Defense rights and the duty of collaboration with the Tax Administration</i>	219
Carlos ARCE JIMÉNEZ, <i>Right to suffrage, administration and principle of equality</i>	249
<b>Due process rights</b>	
Pilar PEITEADO MARISCAL, <i>Considerations on the relationship between the right to effective judicial protection and the mandatory mediation</i>	283
María José CATALÁN CHAMORRO, <i>The Fundamental Right of Access to Justice for Consumers</i>	323
Ignacio CUBILLO LÓPEZ, <i>The right to effective judicial protection and the right to execution in constitutional jurisprudence</i>	347
<b>Studies</b>	
Enrico ANDREOLI, <i>Federal features, Constitutional Justice and the search for an European 'Common Law'</i>	375
Itziar CASANUEVA, Soledad GIL AND Emilio José ARMAZA, <i>The framework decision 2005/212: background and origin of the last reform of the confiscation as a consequence of crime accessory</i>	397
Jesús LÓPEZ DE LERMA GALÁN, <i>The right to receive faithful information in the Constitutional system. The professional exercise of journalism as a democratic guarantee</i>	435
Emilio URBINA MENDOZA, <i>The Government functions exercised by the constitutional jurisdiction. Its an acceptable modification of the Theory of powers separation by a Constitutional Chamber? The Case of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Venezuela 2016-2018</i>	461
<b>Book reviews</b>	
David DELGADO RAMOS, <i>Problemas actuales del Derecho Parlamentario</i> , by Amir Al Hasani Maturano	501
María José ROCA FERNÁNDEZ, <i>La libertad religiosa negativa. La apostasía en el Derecho confesional y comparado</i> , by José María Coello de Portugal	509
Mónica MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, <i>Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal</i> , by Pedro Tenorio Sánchez	513

# **Monográfico: Los derechos fundamentales entre la justicia y la administración pública**

**Coordinado por Manuel Rodríguez Portugués  
e Ignacio Cubillo López**

Los trabajos incluidos en este monográfico se enmarcan en el proyecto DER2015-67695-C2-2-P «Administración pública y derechos fundamentales: nuevas perspectivas», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y cuyo Investigador Principal es Manuel Rodríguez Portugués.



# **Cuestiones de teoría general de derechos fundamentales**



# EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL PODER LEGISLATIVO, EL PODER JUDICIAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL\*

*The development of fundamental rights by the legislative  
power, the judiciary and the Constitutional Court*

Julio Banacloche Palao

Universidad Complutense de Madrid (España)

jbanaclo@ucm.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp17-46](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp17-46)

Recibido: 30.10.2018

Aceptado: 21.11.2018

## **Resumen**

El artículo 53.1 de la Constitución española establece como primera garantía de los derechos y libertades fundamentales que solo una ley orgánica pueda regularlos. Además, esa ley deberá respetar en todo caso el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Esto supone que es la sociedad quien fija con carácter previo tal contenido, pero su desarrollo debe realizarlo el legislador. No obstante, no son muchas las leyes que han desarrollado la regulación de un derecho fundamental, lo que ha obligado a que sean los tribunales ordinarios y, sobre todo, el Tribunal Constitucional, quienes hayan fijado la extensión, los límites y el contenido esencial de esos derechos. Esto ha originado problemas tanto en la relación entre la jurisdicción

---

\* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Banacloche Palao, Julio. 2018. «El desarrollo de los Derechos Fundamentales por el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 17-46. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp17-46](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp17-46).

ordinaria y la constitucional, como en la regulación legal posterior de cuestiones ya abordadas por la doctrina constitucional.

### ***Palabras clave***

Derechos fundamentales; contenido esencial; jurisdicción ordinaria; Tribunal Constitucional.

### ***Abstract***

As the first guarantee of fundamental rights and freedoms, Article 53.1 of the Spanish Constitution establishes that only an organic law can regulate them. In addition, this law must respect in all cases the essential content of these rights and freedoms. This means that it is the society that sets such content in advance, but its development must be carried out by the legislator. However, not many laws have addressed the regulation of a fundamental right, which has forced the ordinary courts and, above all, the Constitutional Court to set the scope, limits and the essential content of those rights. This has caused problems both in the relationship between the ordinary and the constitutional jurisdiction, and, subsequently, in the following legal regulation of issues already addressed by the constitutional doctrine.

### ***Keywords***

Fundamental rights; essential content; ordinary jurisdiction; Constitutional Court.

---

**SUMARIO:** I. LA CONFIGURACIÓN Y TUTELA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. II. LA DETERMINACIÓN POR EL LEGISLADOR DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. III. LA DETERMINACIÓN DE ALGUNOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES POR EL PODER JUDICIAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. IV. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LAS DIVERSAS VÍAS EXISTENTES PARA DESARROLLAR LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. V. CONCLUSIÓN.

---

## I. LA CONFIGURACIÓN Y TUTELA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

1. El Título I de la Constitución española (en adelante CE), rubricado como «*De los derechos y deberes fundamentales*», comienza señalando los principios en que se fundamentan los derechos, libertades y deberes que en dicho Título se recogen (artículo 10 CE) para, a continuación, indicar qué sujetos pueden disfrutar de ellos (artículos 11 a 13 CE). Después va enumerando y desarrollando cada uno de los derechos y libertades (artículos 14 a 29 CE), derechos y deberes (artículos 30 a 38 CE) y principios rectores de la política social y económica (artículos 39 a 52 CE). Es el Capítulo cuarto de dicho Título I el que, bajo el nombre «*De las garantías de las libertades y derechos fundamentales*», regula los mecanismos a través de los cuales se quiere garantizar el respeto y cumplimiento de todos los derechos, libertades, deberes y principios que se han expuesto en los Capítulos anteriores. En particular, las libertades y derechos recogidos en el Capítulo II (artículos 14 a 38 CE) se protegen a través de la labor del Defensor del Pueblo (artículo 54 CE), y por las vías que, a diferentes niveles, se consagran en el artículo 53 CE.

El análisis de la figura del Defensor del Pueblo excedería del contenido propio de este trabajo<sup>1</sup>. Sin embargo, no se puede dejar de mencionar que dicha institución cumple una importante función protectora de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. En este sentido, el artículo 54 CE señala que su función principal es «*la defensa de los derechos comprendidos*

---

<sup>1</sup> El lector interesado puede encontrar estudios interesantes acerca de esta institución en los libros: *El defensor del pueblo y la protección de los derechos*, de María José Corchete Martín, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001; *El Defensor del Pueblo: El «Ombudsman» en España y en el Derecho Comparado*, de Pedro Carballo Armas, Tecnos, 2003; o en la más reciente *El Defensor del Pueblo, protector de los derechos y libertades y supervisor de las administraciones públicas*, de Antonio Colomer Viadel, Civitas, 2013.

*en este Título*». Sin embargo, la manera que tiene de realizar esa labor tuitiva es muy diferente a la que se lleva a cabo por Jueces y Tribunales. Como señala la ley reguladora de dicha institución (Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en adelante LDF), el Defensor del Pueblo recibe quejas de los ciudadanos relativas al funcionamiento de las Administraciones Públicas y, «*con ocasión de sus investigaciones, podrá formular a las autoridades y funcionarios de las Administraciones Públicas advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas*» (artículo 30.1 LDF), lo que significa que carece de verdadera capacidad para modificar *directamente* la realidad y poner fin así a vulneraciones de derechos que se hubieran podido producir. Esta forma de ejercer la tutela de los derechos, más de denuncia pública que de reparación efectiva, contrasta claramente con lo dispuesto en el artículo 53 CE, donde se contemplan otros niveles de protección que sí pueden hacer real la protección de los derechos y libertades fundamentales que hayan sido infringidos o puestos en cuestión.

2. El primer nivel de protección contemplado en el artículo 53 CE afecta al modo de configurar los citados derechos y libertades fundamentales. De acuerdo con su apartado 1, la regulación del ejercicio de los reconocidos en el Capítulo segundo del Título I habrá de hacerse «*sólo por ley*», que además «*en todo caso deberá respetar su contenido esencial*». Con ello se está indicando que únicamente corresponde al poder legislativo la facultad de regular el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, excluyéndose por tanto que sea el poder ejecutivo, por vía reglamentaria, quien proceda a determinar el estatuto básico de aquellos. Incluso en ese mismo apartado 1 se señala que la «*tutela*» del derecho o la libertad de que se trate, en relación con la regulación legal concreta que de él se haya establecido, debe hacerse conforme a lo que señala el art. 161.1.a), es decir, a través del recurso de inconstitucionalidad, por lo que se está dando por supuesto que aquel sólo puede estar regulado por medio de una ley, que es el tipo de norma cuya constitucionalidad controla el Tribunal Constitucional a través del citado recurso.

Por consiguiente, la primera forma que tiene el texto constitucional de proteger los derechos fundamentales y libertades públicas es exigiendo que cualquier regulación que de ellos se haga deba ser aprobada por las Cortes Generales a través de una ley, vetando cualquier normativa de rango inferior que pueda establecer cuestiones nuevas que no estén previamente reguladas. Con ello se pretende que cualquier limitación de los derechos o libertades fundamentales de los ciudadanos deba ser aprobada por sus representantes políticos, como acertadamente señala la STC 112/2006, de 5 de abril:

«Sobre este principio ha tenido ocasión el Tribunal Constitucional de pronunciarse con cierta frecuencia, desde que en la STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4, dejara sentado que el mismo «entraña una garantía esencial de

nuestro Estado de Derecho», siendo su significado último «el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes», suponiendo que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que limite y condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal [por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril; FJ 4 y 184/2003, de 23 de octubre FJ 6, a)], y desempeñando una doble función: de una parte, asegurar «que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes»; y, de otra, «en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la Ley ... garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas»»

Precisamente en esa misma sentencia se recuerda que el desarrollo reglamentario está prohibido, al menos en lo que se refiere a cuestiones novedosas atinentes al derecho o libertad en cuestión:

«Esa ley habrá infringido el derecho fundamental porque no ha cumplido con el mandato contenido en la reserva de ley (arts. 53.1 y 81.1 CE), al haber renunciado a regular la materia que se le ha reservado, remitiendo ese cometido a otro poder público, frustrando así una de las garantías capitales de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). La fijación de los límites de un derecho fundamental, como hemos venido a decir en otras ocasiones, no es un ámbito idóneo para la colaboración entre la ley y las normas infralegales, pues esta posibilidad de colaboración debe quedar reducida a los casos en los que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre con sujeción, claro está, a la ley pertinente (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4). No hemos excluido, sin embargo, que las Leyes «contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador» (STC 83/1984, de 23 de julio, FJ 4, confirmado, por todos, en el FJ 14 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre). Las habilitaciones o remisiones legales a la potestad reglamentaria deben, según nuestra doctrina allí expresada, restringir el ejercicio de dicha potestad «a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley», criterio «contradicho con evidencia mediante cláusulas legales ... en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir»»

Pero, además, la Constitución exige que esa ley reguladora sea orgánica, como señala el artículo 81.1 CE («*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...*»), lo que implica que su «*aprobación, modificación o derogación... exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto*» (artículo 81.2 CE). Con esa mayoría superior a la simple, el constituyente pretendía asegurar que hubiera un mínimo consenso entre los principales grupos políticos a la hora de regular los derechos y libertades, de manera que la norma resultante no fuera partidista y pudiera permanecer vigente durante un periodo razonable de tiempo. La existencia de diversas legislaturas donde un solo partido político ha contado con mayoría absoluta (1982-86, 1986-89, 2000-04, 2011-15) ha frustrado en buena medida el desiderátum constitucional, por lo que resultan aún más relevantes los sucesivos niveles de protección de los derechos previstos por el texto de la Constitución.

3. Precisamente porque los ataques a los derechos y libertades fundamentales no solo pueden provenir del Gobierno – a quien por tal razón no se le permite elaborar normas de desarrollo de derechos y libertades– o de regulaciones partidistas o sectarias –lo que se pretendía evitar exigiendo una mayoría amplia para poder aprobarlas–, sino también del propio Parlamento –como sucedería si decidiera, en un caso determinado, *desnaturalizar* uno de esos derechos o libertades fundamentales regulándolo de forma contraria a su esencia o ignorando lo que lo caracteriza como tal–, el artículo 53.1 CE decidió imponer al legislador la obligación de que la norma que apruebe respete, «*en todo caso*», «*el contenido esencial*» del derecho o libertad de que se trate, con lo que dicho contenido esencial se convierte en materia indisponible para el poder legislativo<sup>2</sup>.

Si interpretamos el artículo 53.1 CE en sentido literal<sup>3</sup>, incluso parece que lo único que se le permitiría regular al legislador es el «ejercicio» o «desarrollo»

---

<sup>2</sup> Como afirma la STC núm. 93/2015, de 14 mayo, la noción de «contenido esencial» de un derecho o libertad «*no puede ser precisada por el legislador sino que le vincula*», lo que necesariamente implica sostener que dicho contenido esencial está previamente determinado por un ente distinto al propio Parlamento.

<sup>3</sup> La redacción del actual artículo 53.1 CE apenas varió durante la tramitación parlamentaria del texto constitucional. Por ejemplo, su primera versión (que se correspondía con el artículo 45.1 del Anteproyecto de Constitución publicado en el BOCG nº 44, el 5 de enero de 1978) decía lo siguiente: «*Artículo 45. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo dos del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá desarrollarse el ejercicio de tales derechos y libertades*». Como puede observarse, el único cambio relevante respecto de lo que después sería su versión definitiva es la sustitución del verbo «desarrollar» por el de «regular», que se debió a una enmienda (la nº 779, que afectaba a numerosos preceptos del Anteproyecto) presentada por la Unión de Centro Democrático.

(artículo 81.1 CE)<sup>4</sup> de los derechos y libertades, pero no el derecho o libertad fundamental *en sí mismo considerado*, lo que aún limitaría más sus facultades de actuación. Pero aunque se aceptara que el texto constitucional le permite proceder a regular su contenido, el legislador no tendría en ningún caso una libertad absoluta para regularlo como deseara, puesto que siempre estaría obligado a respetar su contenido esencial. Por lo tanto, según el texto constitucional, cada derecho y libertad fundamental posee un contenido esencial preexistente a su desarrollo legislativo que ha de ser respetado por el legislador, y que se configura como un límite a la actividad legiferente. Lo que no se especifica es en qué consiste ese contenido esencial, es decir, cómo puede definirse ese concepto *en abstracto*, una tarea que ha correspondido realizar al Tribunal Constitucional.

Así, en su muy temprana STC núm. 11/1981, de 8 de abril, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo de dicho año, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo, el Tribunal Constitucional respondió directamente a esta cuestión:

*«Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el artículo 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el meta-lenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Muchas veces el «nomen» y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconoc-*

---

<sup>4</sup> No resulta fácil pronunciarse acerca de si la Constitución pretendía referirse a realidades distintas cuando habla en el artículo 53.1 CE de «ejercicio» de los derechos fundamentales, y en el artículo 81.1 CE de «desarrollo». En nuestra opinión, en ambos preceptos se alude a la misma idea, a saber, que cualquier regulación que afecte a un derecho fundamental debe ir regulada por ley orgánica, ya se califique esa afectación como una regulación más general (desarrollo) o más específica (ejercicio).

*cible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.*

*El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.*

*Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse».*

Después de esta disquisición acerca de la doble posibilidad existente a la hora de integrar el concepto de «contenido esencial» de un derecho o libertad, el Tribunal Constitucional procede a enunciar la definición constitucional de dicha expresión:

«entendemos por “contenido esencial” aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga».

Resultan muy interesantes estas consideraciones formuladas por el Tribunal Constitucional en tan temprana sentencia, especialmente porque marcan el sentido de su doctrina en relación con dos cuestiones que se van a plantear posteriormente con harta frecuencia. Por un lado, se sostiene que es la sociedad —es decir, el conjunto de ciudadanos que viven en una época y un lugar determinados— la que define *extra y pre-jurídicamente* qué ámbitos constituyen el contenido esencial de un derecho fundamental, lo que hace perfectamente razonable sostener que el contenido esencial no está nunca total y definitivamente determinado, sino que puede ir progresivamente ensanchando su ámbito a medida que la sociedad va tomando conciencia de la

existencia de nuevas dimensiones del mismo. Podríamos decir por tanto que el contenido esencial de un derecho fundamental nunca retrocede o se reduce, pero tampoco nunca se estanca o cierra de forma última e inmodificable, sino que, como la sociedad de la que nace, está siempre evolucionando, se encuentra en una permanente transformación y adaptación.

Pero, junto a lo anterior, y por otro lado, hay que defender la existencia de un elemento esencial en todo derecho fundamental que es lo que lo hace reconocible, lo que lo diferencia de las demás realidades distintas de él, y que no se puede alterar ni limitar so pena de acabar con la razón de ser por la que dicho derecho se estableció, primeramente por la sociedad, y luego por el ordenamiento jurídico-constitucional<sup>5</sup>. Con esto queremos decir que una regulación de un derecho y libertad que, con la excusa de adaptarse mejor a lo que la sociedad reclama, lo dejara irreconocible, o implicara una actuación contraria a lo que siempre se ha entendido que significa, resultaría inadmisibles y estaría vedado por el texto constitucional.

En esta misma línea de lo señalado por el Tribunal Constitucional se sitúa el Tribunal General de la Unión Europea, que ha definido el contenido esencial de un derecho o libertad como «*la sustancia del derecho o de la libertad de que se trate*» (por ejemplo, la muy reciente Caso DenizBank A.Ş. contra Consejo de la Unión Europea, Sentencia de 13 septiembre 2018). Se acude aquí de nuevo a categorías metafísicas para definir la noción «contenido esencial»; en este caso, se habla de la «sustancia» del derecho o libertad, es decir, no de las circunstancias accidentales que pueden rodearlo, sino de aquello que lo identifica como tal, que lo diferencia del resto de derechos y libertades. Por lo tanto, una regulación podrá afectar a los «accidentes» de un derecho o libertad, pero no podrá alterar su «sustancia», porque eso infringiría la Carta Europea de Derechos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos o, en general, cualquier declaración similar de derechos que resulte aplicable.

A la vista de lo anterior, se puede decir que quien fija *originariamente* el contenido esencial de los derechos y libertades es la propia sociedad,

---

<sup>5</sup> Como acertadamente explica Medina Guerrero, Manuel: «frente a la «teoría relativa» del contenido esencial, que llega prácticamente a equiparar esta garantía con el principio de proporcionalidad, nuestra jurisprudencia constitucional vino muy pronto a sumarse a la «teoría absoluta», según la cual hay en los derechos fundamentales un núcleo absolutamente resistente a la acción del legislador, sea cual fuere la finalidad perseguida con la limitación del derecho, e independientemente de que la misma sea o no proporcionada. Contenido esencial y principio de proporcionalidad son, pues dos «límites de los límites» que cuentan con sustantividad propia y operan, por tanto, cumulativamente en nuestro sistema de derechos fundamentales, como ha venido a recordarlo la STC 236/2007» (*Comentarios a la Constitución Española*, comentario al artículo 53, Fundación Wolters-Kluwer, Madrid, 2008, pág. 1168).

mientras que corresponde al legislador plasmar en una norma legal la esencia y desarrollo de aquellos, debiendo siempre respetar lo que dicha sociedad entiende que constituyen sus elementos más característicos. En consecuencia, resulta claro que al legislador le viene impuesto de antemano el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales, del que en ningún caso puede disponer.

4. Ahora bien, la protección de los derechos y libertades frente a una posible legislación abusiva del poder legislativo que no respetara su contenido esencial, requiere además la creación de un órgano que pueda controlar y, en su caso, anular, cualquier norma legal que incurra en tal contravención. De ahí que el artículo 53.1 CE señale que dicha tarea se encomienda al Tribunal Constitucional, que ejercería ese cometido mediante la resolución de los recursos de inconstitucionalidad que contra cualquier ley se pudieran plantear (de ahí la referencia que hace el precepto al artículo 161.1.a CE).

Con ello se produce una situación un tanto paradójica: el único referente que el poder legislativo tiene sobre el contenido esencial de un derecho o libertad fundamental —que es el ámbito que no puede resultar vulnerado—, solo puede llegar a conocerlo *a posteriori*, cuando se provoca una decisión del Tribunal Constitucional dirigida a determinar si la norma legal ha respetado o la esencialidad del derecho o libertad, pero no con carácter previo, por más que pueda intuirse qué cuestiones constituyen el contenido esencial de cada uno de los derechos y libertades fundamentales. Por eso, cuanto más prudente sea el legislador y más intente ajustar en la regulación de un derecho fundamental el resultado de la voluntad general (que es en lo que consiste la ley, según Rousseau) a lo que verdaderamente entiende el pueblo soberano como tal derecho, menos posibilidades habrá de un pronunciamiento anulatorio del Tribunal Constitucional.

5. Sin embargo, no termina ahí la protección que la Constitución dispensa a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. Además de las anteriormente mencionadas, la Constitución aún prevé una última línea para su tutela; porque si, a pesar de haberse excluido al poder ejecutivo de la regulación de dichos derechos y libertades, y de haberse exigido al legislativo que los regule por medio de una ley orgánica, respetando en todo caso su contenido esencial, se introdujera en el ordenamiento jurídico una norma con rango legal o inferior, o se produjera un acto de un sujeto público o de un particular<sup>6</sup> que vulnerara un derecho o una libertad fundamental, el

---

<sup>6</sup> El Tribunal Constitucional, en su STC núm. 177/1988, de 10 de octubre, ya dejó claro que es posible llegar hasta el amparo cuando la vulneración del derecho fundamental ha tenido su origen en el acto de un particular: «*Ciertamente, el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles*

apartado 2 del artículo 53 CE contempla que «*cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo*» (es decir, de los arts. 14 a 29 CE) ante dos instancias diferentes y sucesivas: «*los Tribunales ordinarios*» en primer término y, posteriormente, «*el Tribunal Constitucional*».

A este respecto, hay que tener en cuenta que la asunción por los Tribunales ordinarios de la tutela de los derechos y libertades constitucionales no solo se configura en el texto constitucional como un deber de dichos órganos jurisdiccionales, dentro del ejercicio de la función jurisdiccional que le viene atribuida como propia por la Constitución (y que se menciona en el artículo 117.3 CE), sino que también constituye la base de un derecho fundamental concreto y específico de todos los ciudadanos, recogido en el artículo 24.1 CE con la siguiente redacción: «*derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos*».

Por lo tanto, la Constitución no solo encomienda a los Tribunales ordinarios tutelar los derechos y libertades fundamentales, sino que permite a los ciudadanos exigir tal cometido con el máximo rigor, al configurar esa faceta como un derecho fundamental en sí mismo considerado. Aquí habría que entender por «Tribunales ordinarios» todos los que forman parte de la organización jurisdiccional española, que son evidentemente, aquellos que se integran en ella en virtud del principio de unidad jurisdiccional (artículo 117.5 CE), pertenecientes a la precisamente denominada «jurisdicción ordinaria», pero también las jurisdicciones especiales, en el ámbito orgánico y funcional que les resulte propio.

Sentado lo anterior, surge inmediatamente un problema a la hora de abordar esa tarea tan esencial para el buen funcionamiento de un sistema político democrático y un Estado de Derecho como es la tutela judicial de los derechos básicos de los ciudadanos. Nos referimos a la ausencia de referencias con que los Tribunales ordinarios se encuentran muchas veces a la hora de enjuiciar, a petición de parte, sobre si una determinada norma o un concreto acto administrativo o realizado entre particulares vulnera un derecho o libertad fundamental. Ello se debe a que, en ocasiones, como en seguida veremos,

---

*destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (fundamento jurídico 6.º) «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social». De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos».*

Para profundizar más sobre la denominada eficacia horizontal de los derechos fundamentales, véase Juan María Bilbao Ubillos: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

existen muchos derechos fundamentales que carecen de regulación legal específica, y no se dispone por tanto de criterio previo; o se regula una de sus dimensiones o un ámbito de su ejercicio, pero no su contenido esencial; o existe una regulación global del derecho o libertad, pero el ciudadano considera que dicha normativa o una parte de ella vulnera el contenido esencial de aquellos.

Conviene hacer en este punto un breve inciso para comentar una cuestión que dio lugar a abundante literatura y jurisprudencia contradictoria<sup>7</sup> en los primeros momentos de vigencia de la Constitución, pero que en seguida quedó felizmente resuelta. Dicha cuestión estribaba en si los particulares podían invocar –y los Tribunales aplicar– de forma directa los preceptos constitucionales que regulan los derechos y libertades fundamentales, sin que fuera necesario para ello que existiera una ley que procediera a su desarrollo, o no podían hacerlo. La tesis favorable a esa previsión ya parecía deducirse claramente del inciso final del apartado 3 del artículo 53 CE, que especificaba que los principios informadores de la legislación solo se podrían «alegar ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», lo que no se había dicho en los apartados anteriores en relación con los derechos y libertades fundamentales, por lo que, *a sensu contrario*, debería entenderse a favor de que pudieran aplicarse sin necesidad de una ley que los regulara. Pero, en todo caso, tal posición resultó ratificada por el Tribunal Constitucional cuando, en su STC núm. 16/1982, de 28 de abril, afirmó que:

«Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal

---

<sup>7</sup> Como señala Medina Guerrero, Manuel, fueron los Tribunales ordinarios, integrados por jueces imbuidos de la legislación del régimen de Franco, quienes se opusieron en un primer momento a la aplicación directa de los preceptos constitucionales: «no es de extrañar, por lo demás, que fuera precisamente el poder judicial –todos los jueces formados bajo el franquismo pasaron a convertirse sin solución de continuidad en uno de los poderes del Estado– el que pareciera más refractario a asumir dicha concepción de la Constitución. Más allá de consideraciones ideológicas, los Jueces estaban acostumbrados a operar en un sistema en cuya cúspide se situaba un heterogéneo conjunto de normas (las Leyes Fundamentales), que, especialmente a lo que a derechos concierne, no pasaban de ser más que principios programáticos carentes de eficacia jurídica directa. Esto explica por qué las primeras decisiones del Tribunal Supremo tendieron, con cierta frecuencia, a no reconocer la vigencia efectiva de los derechos y principios constitucionales en tanto el legislador no concretase su contenido, y que incluso en alguna ocasión definiese a la Constitución en su conjunto como programática» (*Comentarios a la Constitución española, op. cit.*, pág. 1158).

tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 de la C.E.). Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales (dejando al margen la oportunidad o pertinencia de cada alegación de cada precepto en cada caso), quienes, como todos los poderes públicos, están además vinculados al cumplimiento y respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución (art. 53.1 de la C.E.), entre los que se cuentan, por supuesto, los contenidos en el art. 24, cuya vulneración se cuestiona por el demandante en amparo».

Por lo tanto, es perfectamente posible que un tribunal se encuentre con una reclamación judicial en la que se afirme vulnerado un derecho fundamental, y que se fundamente tal circunstancia en la alegación del precepto constitucional que lo recoge, sin que se haga referencia a una norma legal que lo desarrolle, norma que perfectamente puede no existir. En tal caso, corresponde a los Tribunales ordinarios fijar *por vez primera* el contenido esencial del derecho o libertad afectado, con lo que tiene lugar un desplazamiento de dicha función del poder legislativo, que es a quien le correspondería ejercerla de acuerdo con el artículo 53.1 CE, al Poder judicial, que será el que en definitiva termine haciéndolo. Tal circunstancia provoca una cadena de consecuencias, que en seguida se procederán a exponer.

6. La tutela que otorgan los Tribunales ordinarios se completa con la que, «*en su caso*», pueda provenir del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, según lo que dispone el artículo 53.2 CE. Se ha discutido mucho sobre lo que quiere decir ese inciso «en su caso» empleado por el texto de la norma. Ciertamente podría hacer referencia a que, legalmente, cabría establecer que determinados derechos o libertades fundamentales no gozaran nunca de la posibilidad de llegar al Tribunal Constitucional. Entonces, el «caso» a que aludiría el precepto sería el de aquellos derechos fundamentales a los que la ley permitiría acceder al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo.

Esta interpretación sería compatible con lo que se contempla en el artículo 161.1.b) CE, a cuyo tenor el recurso de amparo ha de ser conocido por el Tribunal Constitucional «*en los casos y formas que la ley establezca*». Luego parece darse a entender, aquí aún más claramente que en el precepto anterior, que la Constitución permitiría que determinados derechos y libertades no tuvieran acceso, temporal o definitivamente, al Tribunal Constitucional por medio del recurso de amparo. Hasta ahora, a pesar de algunos tímidos intentos de llevar esta posibilidad a la práctica (como sucedió, por ejemplo, en el famoso discurso de inauguración del año judicial de septiembre de 1995 pronunciado por el Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo, sr. Pascual Sala Sánchez), ningún legislador se ha atrevido a

vedar legalmente el acceso de determinados derechos o libertades al recurso de amparo. Pero el tenor literal de los preceptos constitucionales permite sostener una interpretación en tal sentido<sup>8</sup>.

Sin embargo, de la propia literalidad del precepto y del contexto de la norma parece más bien deducirse que ese inciso hay que interpretarlo en el sentido de que solo procede plantear el recurso de amparo si la posible vulneración del derecho o libertad fundamental no ha sido reparada anteriormente por los Tribunales ordinarios, que son los que aparecen como primera barrera protectora frente a cualquier infracción de aquellos. Es decir, con la expresión «*en su caso*», se estaría remarcando el carácter excepcional, subsidiario y sucesivo con que se concibe al amparo constitucional en relación con el judicial, de modo que este último resulta por tanto no solo primario, sino también preferente, en nuestro modelo constitucional.

## II. LA DETERMINACIÓN POR EL LEGISLADOR DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

1. El artículo 53.2 CE permite, como hemos visto, la regulación legal de los derechos y libertades fundamentales, siempre que dicha ley sea aprobada con el carácter de orgánica (artículo 81.1 CE). No hubiera sido, pues, de extrañar que, a cuarenta años de aprobación del texto constitucional, la práctica totalidad de los derechos enunciados en los artículos 14 a 29 CE tuvieran una ley que los desarrollara. Sin embargo, como en seguida se comprobará, no son muchos los que hoy cuentan con una ley que los regule, al menos de forma directa y supuestamente completa. Evidentemente, ha habido numerosas normas legales que afectan a aspectos parciales de algunos de esos derechos y libertades, y así se solía hacer constar en su texto para justificar la aprobación de determinados preceptos con el carácter de orgánicos; pero aquí nos referimos a leyes que tengan como objeto principal el desarrollo de un derecho o libertad fundamental.

Conviene destacar a estos efectos que el citado artículo 53.2 CE no *obliga* al legislador a elaborar una ley de desarrollo de cada derecho o libertad

---

<sup>8</sup> Lo cierto es que, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modificó la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), y que introdujo en el artículo 50.1.b LOTC la necesidad de justificar la «especial trascendencia constitucional» del asunto para posibilitar un pronunciamiento de fondo por parte del Tribunal—sin que fuera por tanto suficiente para la admisión la existencia de una posible vulneración de un derecho fundamental—, ya no es necesario plantearse la limitación del amparo a través de una fórmula que sería siempre controvertida como es la de excluir de él a determinados derechos, pues con el nuevo sistema ya se consigue cribar el 98% de los casos, y sin el coste de tener que debatir sobre si cabe o no en la Constitución una limitación del acceso a dicho recurso.

fundamental, sino que le *posibilita* a hacerlo. Pero conociendo la tendencia de cualquier poder a emplear las facultades que le vienen conferidas por el ordenamiento jurídico, resulta cuanto menos extraño que, en esta materia, se haya preferido omitir toda actividad y dejar que sea otro actor quien proceda a realizar dicha tarea.

2. Comenzando por aquellos derechos y libertades fundamentales que han sido objeto de algún tipo de regulación directa, pero de forma muy limitada y parcial, destaca el caso del artículo 14 CE, que garantiza el derecho de igualdad de todos los españoles ante la ley y proscribire cualquier tipo de discriminación injustificada. En relación con este derecho, que no ha contado con ninguna ley dirigida a su pleno desarrollo, sin embargo sí se ha dictado la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, una ley que, en su Exposición de Motivos, fundamenta su necesidad en el desarrollo de lo dispuesto en el artículo 14 CE<sup>9</sup>. Resulta obvio que en esta ley se regula únicamente un tipo muy concreto de igualdad y no discriminación, como es la que toma en consideración el sexo de las personas, y que con ella no se pretende agotar toda la materia relativa a la igualdad; ni siquiera se define el contenido esencial de dicho derecho, que es mucho más rico y amplio que lo recogido en el texto legal. Pero lo cierto es que contiene algunos preceptos que pueden servir de referencia legal para otros casos de desigualdades o discriminaciones que no tengan su origen en el sexo de las personas, y en eso al menos puede decirse que tiene un cierto carácter expansivo.

De cualquier forma, sorprende comprobar cómo el legislador –de todos los colores políticos–, a lo largo de tantos años, ha preferido no asumir el compromiso de elaborar una ley de desarrollo, al menos en sus principios básicos, de un derecho fundamental tan transversal y genérico como es el de igualdad y no discriminación, en vez de afrontar esa tarea. Precisamente por las características de este derecho, los conflictos que se han producido en torno a él han sido muy numerosos a lo largo de estos cuarenta años de vigencia de la Constitución y, ante la ausencia de una ley de desarrollo, los Tribunales los han tenido que ir resolviendo conforme a su leal saber y entender, porque nunca han dispuesto –y siguen sin disponer– de criterios legales que les orienten a ese respecto. Y es que probablemente resulte más sencillo

<sup>9</sup> Sin embargo, en la Disposición final primera de la Ley, titulada «*Fundamento constitucional*», no se alude a los artículos 14 y 81.1 CE para fundar aquella, sino al artículo 149.1.1<sup>a</sup> CE: «*1. Los preceptos contenidos en el Título Preliminar, el Título I, el Capítulo I del Título II, los artículos 28 a 31 y la disposición adicional primera de esta Ley constituyen regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, de acuerdo con el artículo 149.1.1.ª de la Constitución*».

regular un derecho fundamental de contenido más concreto, que otro con dimensiones tan universales e interdisciplinares como es el de igualdad.

Algo similar se puede afirmar en relación con el artículo 15 CE, que garantiza el derecho que todos tienen a la vida y a la integridad física y moral, prohibiéndose la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. A lo largo de estos años ha habido varias leyes que han afectado a la vida humana (con toda claridad, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo) y que, por lo tanto, desarrollan de algún modo ese derecho, pero no se ha elaborado una ley que aborde quién es el titular de ese derecho fundamental, que contenido básico engloba, y cómo debe ser respetado en circunstancias especiales (por ejemplo, en el seno materno o durante el proceso de la muerte). Tampoco se ha desarrollado una ley que defina qué se entiende por tortura, o por trato inhumano o degradante, correspondiendo a los tribunales la tarea de determinar tales conceptos al hilo de cada caso concreto.

Podemos pues afirmar que, cuanto más amplio y pluriforme es el derecho o libertad fundamental de que se trate, más difícil le resulta al legislador atreverse a afrontar una ley que lo regule y defina su contenido esencial.

3. Precisamente por tal razón, los derechos y libertades fundamentales que han tenido una regulación pretendidamente completa han sido bastante pocos, y generalmente de sencilla delimitación. El primero en el tiempo fue el derecho a la libertad religiosa y de culto, contemplado en el artículo 16 CE, que fue desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR). Esta ley es un tanto extraña, porque es muy breve (ocho artículos) y no cuenta con Exposición de Motivos y apenas Disposiciones adicionales o finales. Pero al menos sirve como modelo de lo que podría ser una ley orgánica de desarrollo de un derecho fundamental: delimita el contenido esencial del mismo (art. 2 LOLR), define sus límites (art. 3 LOLR) y su protección (art. 4 LOLR), y desarrolla después aspectos secundarios relacionados con él<sup>10</sup>. No obstante, el derecho a la libertad ideológica, también contemplado en el artículo 16.1 CE, sigue huérfano de regulación.

Otro derecho fundamental con ley propia es el de habeas corpus, garantizado en el artículo 17.4 CE, que fue desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo. También en este caso se procedió a elaborar una normativa

---

<sup>10</sup> Para Barceló i Serramalera, Mercé, «una regulación completa de un derecho o libertad es la que afecta a todos sus elementos estructurales: titularidad, objeto, contenido, ejercicio y límites; y debe también referirse a los sectores materiales sobre los que se proyecta el derecho o libertad en cuestión» (*Comentarios a la Constitución española*, Comentario al artículo 81, *op. cit.*, pág. 1476).

breve (nueve artículos), pero bastante completa: se define el contenido básico del derecho, quién puede reclamarlo, frente a quién, el procedimiento que debe seguirse y los efectos que de él se derivan. Lo mismo sucede con el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, recogidos en el artículo 18.1 CE y desarrollados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (nueve artículos); la protección de datos, aludida en el artículo 18.4 CE y ampliamente regulada en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (cuarenta y nueve artículos); el derecho de reunión del artículo 21.1 CE, cuya norma de desarrollo es la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio (once artículos); el derecho de asociación del artículo 22.1 CE, regulado a través de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo (cuarenta y dos artículos); la libertad sindical del artículo 28.1 CE, contemplado en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (quince artículos); y el derecho de petición del artículo 29.1, cuya regulación se encuentra en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre (doce artículos).

Del elenco de leyes citadas llaman la atención dos aspectos. En primer lugar, que la mayor parte de ellas fueron aprobadas a los pocos años de la aprobación de la Constitución (casi todas son de principios de los ochenta). Esto resulta muy importante, porque en aquellos momentos el legislador podía regular el derecho fundamental sin condicionante alguno, porque aún no existía doctrina del Tribunal Constitucional sobre esas cuestiones. Como luego se indicará, cuando dicho Tribunal ya ha delimitado, positiva o negativamente, el ámbito de un derecho, o todo o parte de su contenido esencial, su regulación legal no resulta tan sencilla, o al menos debe ajustarse a lo señalado por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, parece como si, tras ese primer impulso, se hubiera producido un frenazo a la labor legislativa en este ámbito, y se hubiera renunciado a regular, por medio de una ley, y de forma directa y global, los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

En segundo lugar, también llama la atención la brevedad de todos esos textos legislativos. Un ejemplo de brevedad máxima es la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, que, dictada al amparo de lo dispuesto en el artículo 20.1.d) CE (*«La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades»*), refiriéndose a las de comunicar y recibir libremente información veraz), solo aborda la cuestión de la cláusula de conciencia, pero no el secreto profesional. Esta ley consta únicamente de tres artículos, y su única finalidad parece ser la de posibilitar que los periodistas cobren una indemnización cuando rescinden su contrato de trabajo por razones de conciencia. Pero, al margen de este caso, todas las demás leyes tampoco suelen superar los diez artículos, lo que demuestra que el legislador no pretendía agotar todas las cuestiones relativas a la esencia y

ejercicio del derecho o libertad en cuestión, sino delinear sus aspectos básicos para que sirvieran de marco de referencia. Con esto se quiere señalar que, incluso aunque exista una ley de desarrollo, siempre habrá conflictos de interpretación o aplicación que, a la postre, deberán ser resueltos por los Tribunales ordinarios y por el Tribunal Constitucional, por lo que ambos niveles (legislativo y judicial) es inevitable que se complementen en esta materia.

Mención aparte de todos los anteriores merece el derecho fundamental a la educación (artículo 27.1 CE), que ha sido desarrollado por numerosas leyes a lo largo de estos años tanto para lo que se refiere a la enseñanza obligatoria como a la universitaria, la libertad de cátedra (artículo 20.1.c CE) y lo relativo a la ciencia y la investigación, en su vertiente de producción científica y técnica (artículo 20.1.b CE). La actualmente vigente es la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, que regula el sistema educativo español no universitario. Aquí resulta muy difícil escindir el derecho de su desarrollo, por lo que toda la regulación educativa no deja de ser, en mayor o menor medida, una concreción de su contenido básico.

4. Otros muchos derechos y libertades fundamentales no tienen una ley que, nominalmente, los desarrolle, pero su contenido y ejercicio ha sido no obstante objeto de un amplio desarrollo legal. Esto ha sucedido con algunos relacionados con el proceso penal, como las garantías vinculadas a la detención preventiva (artículo 17.2 y 3 CE), la prisión provisional (art. 17.4 CE) o a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones (artículo 18.2 y 3 CE).

Así, por ejemplo, el régimen de la prisión provisional ha sido reformado en diversas ocasiones (la última, por medio de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre), introduciendo nuevos preceptos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que definen el ámbito del derecho a la libertad personal en esa materia, y lo mismo ha sucedido con la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que da nueva redacción a los preceptos relativos a las intervenciones telefónicas y añade otras que afectan al derecho fundamental de la intimidad. Lo que sucede en estos casos es que, como posteriormente se dirá, la regulación legal en estas materias estaba *absolutamente condicionada* por los pronunciamientos que, en relación con ellas, había realizado con anterioridad el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, lo que origina que muchas veces el texto legal no haga sino plasmar lo que previamente ha fijado dicho Tribunal como doctrina constitucional.

5. Hay que destacar que el hecho de que, en todos estos casos, el legislador haya decidido abordar de forma directa la regulación de un derecho o libertad fundamental, y se tenga en consecuencia un referente legal al que acudir en caso de aplicación de tal derecho o libertad, no excluye la existencia de conflictos y la necesidad de que, primero los Tribunales ordinarios, y

después y en última y definitiva instancia, el Tribunal Constitucional, procedan a matizar, completar, aclarar e incluso corregir lo señalado legalmente. Lo que sucede es que, en todos estos casos que hemos expuesto, quien fija inicialmente el criterio es el poder legislativo, y el Tribunal Constitucional actuará tomando como referencia lo que aquel haya dispuesto. Lo contrario que sucede cuando, como a continuación veremos, las primeras concreciones del contenido esencial de un derecho provienen del Tribunal Constitucional.

### III. LA DETERMINACIÓN DE ALGUNOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES POR EL PODER JUDICIAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Como ya hemos visto, muchos derechos y libertades fundamentales han tenido una ley que los ha desarrollado y en ella se ha delimitado su contenido esencial y las condiciones de su ejercicio. Pero junto a ellos, existen otros derechos que nunca han sido objeto de ningún tipo de desarrollo legal y, dado que en la práctica se suscitaban numerosos problemas en torno a ellos y su vulneración era alegada directamente ante los Tribunales, resultaba necesario proceder a la delimitación de su extensión y contenido. Pues bien, esa labor ha sido afrontada de forma exclusiva –y exitosa– más que por la jurisdicción ordinaria, por el Tribunal Constitucional; no en vano el artículo 123.1 CE le atribuye a este último el rango superior dentro de la organización jurisdiccional *«en materia de garantías constitucionales»*.

Un caso muy claro donde se evidencia lo que acabamos de afirmar lo encontramos en relación con el derecho fundamental enunciado en el apartado 1 del artículo 24 CE, que establece el derecho de los ciudadanos *«a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»*. A priori, resultaba un grave problema determinar el contenido esencial de un derecho como éste porque, aunque de enunciado muy abstracto, se marcaba un objetivo tremendamente ambicioso, al pretender garantizar no solo el derecho a *solicitar* una tutela judicial efectiva, sino a *obtenerla* realmente.

De hecho, el legislador postconstitucional no se atrevió a elaborar una ley que desarrollara este derecho fundamental, a diferencia de lo que hizo en relación con otros. Ni siquiera la LOPJ de 1985 incorporó una mínima referencia a su contenido básico, con la excepción quizá de lo dispuesto en su artículo 11.3<sup>11</sup>, que resulta muy genérico en cualquier caso. Por otra parte, a

---

<sup>11</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.3 LOPJ: *«Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo*

la jurisdicción ordinaria no le resultó sencillo fijar el contenido esencial de un derecho tan difícil de concretar como aquel, por lo que fue, desde época muy temprana, el Tribunal Constitucional quien asumió la función de ir delimitando progresivamente su contenido<sup>12</sup>. Así, la STC núm. 61/1984, de 16 de mayo, señaló que:

«La tutela de los derechos e intereses legítimos, que consagra el artículo 24 de la Constitución, comprende como derechos de los ciudadanos los de tener acceso a la jurisdicción, tener un proceso que, discurriendo dentro de un período razonable, permita al litigante defender sus intereses, así como el derecho a obtener una decisión jurídicamente fundada o motivada. Además de ello, comprende el derecho a que la sentencia, que eventualmente haya puesto fin al proceso, se cumpla en sus propios términos, pues sólo de esta manera el derecho al proceso se hace real y efectivo, ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria».

Poco a poco se fueron, pues, concretando, los aspectos que se consideraban dentro del derecho a la tutela judicial efectiva: el derecho de acceso, el derecho a una sentencia de fondo motivada y congruente, a los recursos legalmente establecidos, a la intangibilidad de las sentencias, a su efectiva ejecución, o a un sistema eficaz de tutelar cautelar, etc. Todo ese cuerpo de doctrina ha sido una creación muy meritoria del Tribunal Constitucional, que ha ido construyendo el contenido esencial del derecho fundamental del artículo 24.1 CE a medida que se le iban planteando cuestiones concretas. Y, de igual modo, al tiempo que señalaba los aspectos que integraban dicho contenido esencial, también iba realizando una delimitación negativa de dicho derecho, es decir, señalando a qué otros no se extendía su cobertura o qué cuestiones no podía considerarse que formaran parte de su contenido esencial: por ejemplo, el derecho a una tutela efectiva no abarca el derecho a exigir de los Tribunales

---

*podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes».* Como puede observarse, se apunta ahí el denominado «derecho al proceso», que ya había sido definido con anterioridad a 1985 por el Tribunal Constitucional como integrando el contenido esencial del artículo 24.1 CE.

<sup>12</sup> En palabras de uno de los Magistrados que integraban ese primer Tribunal Constitucional: «Apenas ha habido sentencias constitucionales sobre el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de reunión o de asociación y tampoco son muchas las sentencias relativas a las libertades en el ejercicio de los derechos de carácter laboral como el derecho de huelga o el de representación sindical. El giro se produjo, desde el principio, en torno al artículo 24 de la Constitución» (Diez-Picazo y Ponce de León, L: «Tribunal Constitucional y Poder Judicial en defensa de los derechos fundamentales», en *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pág. 26).

una sentencia con un contenido concreto, al no existir un derecho a que estos acierten en todas las resoluciones que pronuncian<sup>13</sup>.

Algo similar encontramos en relación con los derechos procesales específicos que se enumeran en el artículo 24.2 CE: no tenemos ninguna ley que defina y desarrolle en lo que consiste el derecho a la presunción de inocencia, al juez ordinario predeterminado por la ley, o a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías. Ha sido también en estos casos el Tribunal Constitucional quien ha ido delimitando el contenido positivo y negativo de cada uno de esos derechos.

2. Pasados cuarenta años desde la aprobación de la Constitución, hay que reconocer y valorar muy positivamente la tarea que, a lo largo de todo ese tiempo, ha desarrollado el Tribunal Constitucional a la hora de definir el contenido esencial, la extensión y límites de los distintos derechos y libertades fundamentales. Que hoy una expresión como la de «derecho a la tutela judicial efectiva» incluya en su seno una variedad y riqueza de garantías y contenidos como a los que se ha hecho referencia, demuestra no solo un alto grado de depuración técnica y conceptual, sino también un gran éxito del diseño constitucional, que creó un órgano capaz de definir los contornos básicos de los derechos fundamentales para cuando el legislador no lo hubiera hecho con anterioridad.

Sin embargo, el hecho de haya sido el Tribunal Constitucional quien ha fijado el contenido esencial y los límites en el ejercicio de la mayoría de los derechos y libertades fundamentales, también origina algunos inconvenientes. Y ello es así porque la labor realizada tiene el problema de que, por su propia naturaleza, siempre resultará progresiva, particular e incompleta.

---

<sup>13</sup> Como bien resume la STC núm. 204/1999, de 8 de noviembre: *«A este respecto, y como se recuerda en la STC 2/1997 (fundamento jurídico 3º), “una vez apreciada la existencia de una motivación suficiente, la jurisdicción de este Tribunal no llega tan lejos como para enjuiciar el acierto o desacierto sustancial de las resoluciones judiciales, pues ello llevaría, como tantas veces hemos afirmado, a incidir en cuestiones de mera legalidad, y que, por esto mismo, pertenecen a la esfera competencial estricta de los Jueces y Tribunales ordinarios”. Como proclamó la STC 148/1994 (fundamento jurídico 4º), también invocada en aquella Sentencia, “el art. 24.1 CE... no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, de modo que la selección e interpretación de la norma aplicable [siendo esto último lo único que ahora importa] corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, sin otra excepción que la de aquellos supuestos en que la resolución judicial sea manifiestamente infundada, arbitraria, que no podría considerarse expresión del ejercicio de la justicia, sino simple apariencia de la misma. A efectos del art. 24.1 CE, la cuestión no es, pues, la de mayor o menor corrección en la interpretación de la legalidad, sino, para respetar el propio ámbito del recurso de amparo constitucional, el terreno de la arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad y el de la motivación suficiente”».*

Es *progresiva* porque se va desarrollando poco a poco, dado que va surgiendo al hilo del caso concreto que llega hasta el Tribunal Constitucional. Esta situación conduce a que la jurisdicción ordinaria opere, a partir de ese momento, con lo fijado por la doctrina constitucional (que para ella es vinculante: artículo 5.1 LOPJ) e, intentando ajustarse a ella, extienda o restrinja lo declarado, según le parezca. Es decir, el hecho de que no se fije toda la regulación de un derecho de una sola vez –como sucede cuando se desarrolla por ley–, sino a demanda y de forma parcial, puede originar una cierta inseguridad jurídica al tener que ser interpretada y completada por los Tribunales ordinarios cuando se les susciten cuestiones relacionadas con ese derecho, con el consiguiente riesgo de incomprensiones y contradicciones.

También esta forma de delimitar el contenido esencial de un derecho es por naturaleza *particular*, puesto que la doctrina resultante siempre se elabora *ad hoc*, es decir, para ser aplicada, no en general (aunque evidentemente, se puede generalizar), sino al caso concreto que ha dado lugar al pronunciamiento. Precisamente ese *apegamiento* o vinculación al caso planteado puede originar que la extensión de los pronunciamientos a otros similares, pero no idénticos, resulte inadecuada, o incluso pueda dar lugar a vacilaciones, contradicciones o, simplemente, obligue a una rectificación posterior cuando se tiene una visión más amplia y real del problema en cuestión, como ha sucedido, por ejemplo, en relación con el valor de la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales, o con la operatividad de la confesión del coimputado para enervar la presunción de inocencia.

Por último, parece claro que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca de un derecho o libertad fundamental resolviendo un caso particular es, por definición, *incompleta*, pues siempre caben nuevos casos que obliguen a una mejor delimitación del contenido del derecho o libertad. Tan es así que, precisamente, este es uno de los casos que, según señaló el Tribunal Constitucional en su importante STC núm. 155/2009, de 25 de junio, justifica una «especial trascendencia constitucional» que permite entrar a conocer del recurso de amparo planteado<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> De acuerdo con esta STC núm. 155/2009: «*En este sentido considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido. Tales casos serán los siguientes: (...)b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna,*

#### IV. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LAS DIVERSAS VÍAS EXISTENTES PARA DESARROLLAR LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

1. Como se expuso al comienzo de este trabajo, el órgano encargado de proteger en primer término los derechos y libertades fundamentales es el Poder judicial a través de sus Tribunales ordinarios, y así lo ha reconocido incluso el propio Tribunal Constitucional<sup>15</sup>. Esto debería haber supuesto que el principal cuerpo de doctrina acerca del contenido esencial de dichos derechos y libertades debiera haber sido el elaborado por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, como ya hemos indicado, lo cierto es que no ha sido así, y quien desde el principio ha desempeñado esa labor ha sido el Tribunal Constitucional, a pesar de que su intervención en materia de derechos fundamentales aparece configurada como subsidiaria<sup>16</sup>.

Esto no significa que los Tribunales ordinarios no hayan desempeñado correctamente su labor e intentado decidir, de la forma más acertada posible, sobre las presuntas vulneraciones de derechos fundamentales que se planteaban ante ellos. Lo que sucede es que resultaba casi imposible que su decisión, cuando no era plenamente favorable al reclamante de la tutela, fuera sin más aceptada por éste; por el contrario, solía recurrirla, abocando así la cuestión al definitivo criterio del Tribunal Constitucional.

Es decir, si el Tribunal Constitucional termina pronunciándose en amparo por una vulneración de un derecho fundamental, es porque el ciudadano entiende que los Tribunales ordinarios no han tutelado de forma correcta o adecuada dicho derecho. Y esa actuación vulneradora puede surgir de una doble circunstancia: bien porque la violación del derecho se ha cometido antes del inicio del proceso, pero no ha sido reparada por los sucesivos Tribunales; bien porque no existía desde el principio, pero se ha producido precisamente durante la actuación judicial en la tramitación del proceso o en la decisión resultante.

---

*como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE».*

<sup>15</sup> Por ejemplo, la STC núm. 227/1999, de 13 de diciembre: «Ese carácter subsidiario (del amparo constitucional), dejando actuar en primera línea a los Jueces y Tribunales que uno a uno ejercen y en conjunto conforman el Poder Judicial, por ser los guardianes naturales y primeros de los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas, se refleja en el requisito que es exigible a la pretensión para su viabilidad procesal: el agotamiento de la vía judicial, utilizando en ella todos los recursos disponibles».

<sup>16</sup> En concreto, la STC núm. 31/1981, de 28 de julio, afirmaba que es «el amparo un medio último y subsidiario de garantía». Y esa doctrina se ha reiterado indefinidas veces por el Tribunal Constitucional.

Podemos afirmar, pues, que si el Tribunal Constitucional ha terminado desarrollando una labor de fijación del contenido de los derechos fundamentales que, conforme a lo dispuesto en el texto constitucional, correspondía realizar a los Tribunales ordinarios, es porque no cabía otra opción, pues, por más diligencia que estos pusieran en el correcto desempeño de su labor tutelar, por la propia estructura del sistema, tarde o temprano las vulneraciones de derechos fundamentales siempre van a acabar llegando al Tribunal Constitucional.

2. Hay un dato que resulta también muy importante para entender el predominio de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales y el avance indudable que aquella ha supuesto para la garantía y expansión de tales derechos. Nos referimos al hecho de que la composición del Tribunal ha sido, en sus sucesivas renovaciones, predominantemente «académica», es decir, formada mayoritariamente por profesores de Universidad de diversas disciplinas. De acuerdo con el artículo 159.2 CE, el Tribunal Constitucional tiene doce miembros, y no hay un criterio de selección en función de su origen (a diferencia de lo que sucede en el Consejo General del Poder Judicial, donde tres quintos de sus vocales han de ser de la Carrera judicial y los dos quintos restantes, del resto de profesiones jurídicas: art. 122.3 CE), pues basta con que sean «*Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional*».

Pues bien, durante los primeros treinta años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, la mayoría de sus miembros fueron profesores de Universidad –como también lo eran muchos de sus Letrados–, lo que permitió dotar a la doctrina constitucional de una capacidad de innovación jurídica –derivada en buena medida del conocimiento que aquellos tenían del Derecho constitucional comparado– y de una depuración conceptual y técnica, que la convirtió en el referente patrio indiscutido e indiscutible en materia de derechos fundamentales para todos los demás órganos del Estado. El seguimiento de su doctrina no se ha debido, pues, solo a que así lo exija el texto constitucional (artículo 123.1 CE)<sup>17</sup>, sino especialmente al nivel que se reconocía que alcanzaban las resoluciones que iba dictando a lo largo de todos estos años<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Como señala Díez-Picazo y Ponce de León, «el amparo constitucional, que así lo llama la LOTC, es un verdadero recurso que se da contra resoluciones de los jueces y tribunales dictadas en una instancia inferior a la del Tribunal Constitucional al que la Constitución reconoce como instancia suprema en materia de garantías constitucionales» («*Tribunal Constitucional...*», *op. cit.* pág. 21).

<sup>18</sup> Desde esta perspectiva, no debe valorarse positivamente que en las últimas renovaciones del Tribunal Constitucional se haya optado más por Magistrados que por Profesores. Todos los Magistrados elegidos son excelentes juristas y no se duda de que puedan

3. El modelo contemplado en la Constitución de doble y sucesiva protección de los derechos y libertades fundamentales, donde primero se pronuncia la jurisdicción ordinaria y después, si así se solicitara, el Tribunal Constitucional sobre la misma cuestión controvertida, no deja de tener algunos inconvenientes importantes. El primero se refiere al casi inevitable enfrentamiento que, en estos casos, se suele producir entre los distintos órganos jurisdiccionales acerca de cuál ha de ser el contenido, extensión y límites de tales derechos, y también sobre si determinadas materias han de ser o no objeto de pronunciamiento constitucional<sup>19</sup>.

Así ha sucedido en nuestro país. A lo largo de estos cuarenta años, han tenido lugar diversos episodios reveladores de una relación muy tensa entre el Tribunal Supremo, «*órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (jurisdiccionales)*» (art. 123.1 CE) y el Tribunal Constitucional, que es el superior «*en materia de garantías constitucionales*» (art. 123.1 CE)<sup>20</sup>. Y no sólo porque al primero le ha resultado difícil asumir doctrinas elaboradas por el segundo que no compartía, sino también porque, en ocasiones, el Tribunal Supremo discutía que se estuviera realmente ante una cuestión de naturaleza constitucional y no de legalidad ordinaria<sup>21</sup>.

---

aportar sus valiosos conocimientos y experiencia a la labor del Tribunal; pero el hecho de que estén habituados a aplicar la ley vigente y no a innovar, puede dificultar la elaboración de una nueva doctrina o el conocimiento de la forma en que se han resuelto problemas similares en otros países de nuestro entorno.

<sup>19</sup> Sobre esta denominada «guerra de Cortes», se puede consultar: Mendizábal Allende, Rafael: «La guerra de los jueces: Tribunal Supremo VS Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho procesal*, nº 1, 2005, págs. 489-536; y Banacloche Palao, Julio: «Las conflictivas relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo por razón del recurso de amparo: problemas y soluciones», *Revista de Derecho procesal*, nº 1, 2007, págs. 69-109.

<sup>20</sup> Según Medina Guerrero, Manuel: «lo cierto es que nuestro sistema propicia que esas relaciones sean especialmente tensas. De una parte, porque la Constitución es muy generosa en el reconocimiento de derechos fundamentales de naturaleza procesal, lo que obviamente multiplica los supuestos en que los órganos judiciales son susceptibles de lesionar, per se, directamente derechos. Y, de otro lado, porque las posibilidades de conflicto se incrementan exponencialmente en el momento en que se admite que la función del Tribunal Constitucional se proyecta asimismo a las relaciones entre particulares, máxime cuando –como es frecuente en nuestra práctica– el control no se ciñe a constatar las deficiencias de protección que hayan podido cometer las resoluciones impugnadas, sino a revisar íntegramente el caso en sí, lo que puede conducir a que el Tribunal Constitucional desplaze y sustituya a los órganos judiciales en la tarea de interpretar y aplicar la normativa civil, penal o laboral involucrada en cada caso» (*Comentarios a la Constitución...*, *op. cit.*, págs. 1182 y 1183).

<sup>21</sup> Un ejemplo de este segundo motivo de enfrentamiento lo encontramos, por ejemplo, en la cuestión relativa a la prescripción penal. La STC núm. 63/2005, de 14 de marzo, corrigió la interpretación que la Sala Segunda del Tribunal Supremo había realizado sobre

La solución a este problema no resulta sencilla, especialmente cuando se debe al segundo motivo, dado que entonces el Tribunal Supremo niega *in radice* la competencia del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre un asunto. La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modificaba la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, ha intentado zanjar la cuestión con una nueva redacción de su artículo 4.1, señalando que «*el Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia*». Es decir, que, según la normativa actual, una materia es de naturaleza constitucional si así lo indica el Tribunal Constitucional (artículo 4.1 LOTC), y lo que declare al respecto debe ser respetado por todos los Tribunales ordinarios, incluido el Tribunal Supremo (artículo 5.1 LOPJ).

4. Un segundo problema que también tiene su origen en el modelo constitucional es el provocado por la desafortunadísima modificación del ámbito del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, que introdujo la ya citada Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo<sup>22</sup>. Como en esta reforma legal se

---

la interrupción de la prescripción. Ante esto, la Sala Segunda aprobó el Acuerdo de 25 de abril de 2005, donde se rechazaba que en ese caso se deberá aplicar el artículo 5.1 LOPJ y que ella quedara vinculada por la doctrina del Tribunal Constitucional. Este, no obstante, ratificó su doctrina en la STC núm. 29/2008, de 20 de febrero, y el Tribunal Supremo la suya en un nuevo Acuerdo de 26 de febrero de 2008, donde acusaba al Tribunal Constitucional de hacer una interpretación de la legalidad ordinaria que, según el artículo 123 CE, solo corresponde hacer al Tribunal Supremo. Este enfrentamiento obligó a una reforma legal, la realizada por la LO 5/2010, de 22 de junio, pero aun así ha habido reiteración por el Tribunal Constitucional de que no era una cuestión de legalidad ordinaria, sino con trascendencia constitucional (anulando una sentencia de una Audiencia Provincial que sostenía el criterio del Tribunal Supremo: STC núm. 32/2013, de 11 de febrero).

Con la Sala Primera también ha habido sonoros enfrentamientos: por la interpretación de la negativa a practicar una prueba en casos de filiación (STC núm. 7/1994, de 17 de enero), la imposición de un trámite de audiencia antes de inadmitir la casación (STC núm. 212/1994, de 13 de julio), la valoración de una afectación al derecho a la intimidad (el caso Preysler: STC núm. 115/2000 y la posterior núm. 186/2001), o la negativa a tramitar una reclamación (caso del Letrado Mazón), que terminó con la condena de los magistrados del Tribunal Constitucional por responsabilidad civil en sentencia dictada por el Tribunal Supremo (que luego anuló el Tribunal Constitucional).

<sup>22</sup> Para profundizar más sobre este incidente se puede consultar Banacloche Palao, Julio: «La reforma del incidente excepcional de nulidad de actuaciones y el pretendido amparo judicial», en *Justicia y Derecho tributario: libro homenaje al profesor Julio Banacloche Pérez*, coord. por Carmen Banacloche Palao, Julio Banacloche Palao, Begoña Banacloche Palao, Ed. La Ley Wolters-Kluwer, 2008, págs. 205-236; Aguilera Morales, Encarnación: «El incidente de nulidad de actuaciones ex artículo 241 LOPJ: una mala

limitaba de forma drástica el acceso al recurso de amparo (al exigirse para su admisión una «especial trascendencia constitucional», a la que ya se ha hecho referencia), por lo que la propia ley buscó un sucedáneo a dicho amparo a través de un nuevo «amparo judicial ordinario», que precedería –y sustituiría– a aquel y que, pretendidamente, cumpliría su misma función protectora de los derechos fundamentales.

Pero en vez de diseñar *ex novo* dicho recurso de amparo judicial, de modo que respondiera adecuadamente a la finalidad para la que se creaba, el legislador prefirió usar para tal cometido una figura que ya existía, aunque con una función diferente y mucho más limitada. En concreto, dicho amparo se articulaba a través del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, regulado en el artículo 241 LOPJ, y creado para anular una sentencia firme cuando se hubiera producido un vicio procesal (de garantías del procedimiento o de la propia sentencia que alcanzaba firmeza) que no hubiera podido denunciarse o discutirse con anterioridad.

Pues bien, con la nueva redacción dada al precepto, ante cualquier vulneración de un derecho o libertad fundamental producida por una resolución contra la que no cupiera recurso, se podía plantear (ante el mismo órgano que la había dictado, lo cual resultaba absurdo e incluso se ha afirmado que también inconstitucional<sup>23</sup>) el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, que «sustituiría» de este modo al amparo constitucional, cuyo acceso no se podía como antes asegurar. Pero, de forma completamente equivocada, el artículo 241 LOPJ seguía requiriendo –como sucedía en la anterior regulación– que el motivo del incidente no se hubiera podido alegar con anterioridad, lo que muy pocas veces se produce en relación con el nuevo presupuesto de hecho del incidente (esto es, la vulneración de un derecho fundamental) –porque normalmente (salvo que se haya cometido en la sentencia última) siempre ya ha sido alegado y discutido previamente–. El incumplimiento de este requisito (que es además el opuesto al del amparo, donde es condición *sine qua non* para admitirlo que la cuestión se haya discutido en instancias judiciales) es que no cabría hacer uso del nuevo mecanismo impugnatorio.

En definitiva, el resultado de la nueva regulación ha sido que el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones se ha revelado como un mecanismo absolutamente inútil para reparar posibles vulneraciones de derechos fundamentales, pero, al mismo tiempo, se ha convertido en una pesada rémora para

---

solución para un gran problema», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 31, 2013; y Gómez Fernández, Itziar y Montesinos Padilla, Carmen: «Una década de incidente de nulidad de actuaciones: ¿aclaración, reforma o supresión?», *Revista española de Derecho constitucional*, Año n.º 38, n.º 113, 2018, págs. 71-102.

<sup>23</sup> Véase a este respecto, Morenilla Allard, Pablo: «De nuevo, sobre la inconstitucionalidad del incidente de nulidad de actuaciones», *Diario La Ley*, n.º 8099, 2013.

el justiciable, al resultarle obligado el plantearlo si luego quiere intentar el amparo constitucional (salvo algunas excepciones que ha tenido que aceptar el Tribunal Constitucional, dada la incoherencia absoluta del sistema<sup>24</sup>), con el coste económico (costas) y temporal que ello representa<sup>25</sup>. Lo único positivo de tan desastrosa figura –que se debería haber suprimido hace mucho tiempo– es que, dado que el Tribunal que resuelve el incidente nunca llega a fijar doctrina alguna (porque, al ser el mismo que dictó la sentencia impugnada, se suele limitar a reiterar sus anteriores pronunciamientos), no ha llegado a producir ningún enfrentamiento doctrinal con el Tribunal Constitucional.

5. Existe un último problema causado por el hecho de que sea el Tribunal Constitucional quien se haya pronunciado sobre el contenido esencial de muchos derechos fundamentales. Y es que tal doctrina, configuradora del ámbito de dichos derechos, se ha sentado con anterioridad a que el legislador haya regulado el contenido de aquellos o su ejercicio. Por lo tanto, cuando éste se decide a hacerlo, ya tiene mucho menos margen para su regulación, pues debe seguir la línea fijada por el Tribunal Constitucional con anterioridad.

Se pueden poner dos claros ejemplos que respaldan la anterior conclusión. El primero se refiere al tratamiento que debía darse a la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Cuando aún no existía regulación al respecto, se le planteó un caso sobre esa cuestión al Tribunal Constitucional, que resolvió en la STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre. En ella se decidió acoger la denominada «teoría de los frutos del árbol envenenado», que considera ilícita no solo la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, sino también aquella que de ella se deriva. Ese pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que de ninguna manera venía exigido

---

<sup>24</sup> A partir de la STC núm. 216/2013, de 19 de diciembre, el Tribunal Constitucional, muy acertadamente, ya no exige el planteamiento previo del incidente excepcional de nulidad de actuaciones si la vulneración del derecho ya fue discutida y resuelta por el Tribunal cuya sentencia deviene firme: «cuando el objeto del proceso consista en el estudio de la lesión directa del derecho (...) consecuencia de la revocación de las sentencias de las instancias previas, no requiere la necesaria interposición del incidente de nulidad, al estar ayuno de los fines para los que fue previsto, puesto que consistiría en la pretensión de una reconsideración sobre el fondo de la resolución con argumentos semejantes a los ya empleados en la vía judicial».

<sup>25</sup> Que este incidente excepcional del artículo 241 LOPJ no sirve absolutamente para nada lo demuestra el hecho de que se desestime en un 99% de los casos. Según la *Justicia Dato a Dato 2016* (fuente: CGPJ), en ese año el número de incidentes derivados del artículo 241 LOPJ fue de 7.878, y los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional fueron 6.685. Es decir, casi el mismo número de unos y otros, lo que demuestra que el ciudadano ve dicho incidente como un presupuesto para poder acceder al recurso de amparo, aun sabiendo que no prosperará ni servirá para fijar doctrina.

directamente por el texto constitucional, condicionó la regulación posterior sobre esa materia, y el legislador no pudo por más que recoger esa doctrina en el actual artículo 11.1 LOPJ. Lo que nunca sabremos es qué se hubiera decidido legalmente en este punto de no haber existido previamente la sentencia del Tribunal Constitucional.

El segundo ejemplo lo encontramos en relación con la introducción del principio de proporcionalidad como elemento necesario para admitir una restricción de un derecho fundamental. La STC núm. 207/1996, de 16 de diciembre, fue la primera que alude a dicho principio, señalando que sin el cumplimiento de sus exigencias (legalidad, justificación teleológica, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto) no se podía admitir constitucionalmente una limitación de un derecho fundamental. Pues bien, a partir de ese momento, la regulación de las diversas instituciones penales que afectan a derechos fundamentales (como el art. 502.2 LECr sobre prisión provisional<sup>26</sup> o el art. 588 bis a.1 LECr sobre determinadas medidas de investigación<sup>27</sup>) han incorporado las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, en los términos indicados por la doctrina constitucional. No se puede, pues, saber si el legislador hubiera recogido de otro modo esas exigencias (que no aparecen en el texto constitucional, sino que son una creación del Tribunal Constitucional tomando como base la doctrina constitucional alemana al respecto) de no haberse dictado esa sentencia –y otras posteriores–; pero lo cierto es que, una vez fijada una doctrina por dicho Tribunal, el legislador ya no se arriesga a legislar de forma alternativa, con lo que de alguna manera desaparece esa función que le confirió la Constitución de ser él quien desarrolle –se supone que en primer término– el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales.

## V. CONCLUSIÓN

1. Se puede decir que, aunque en el diseño constitucional originario, los encargados de delimitar el ámbito nuclear y periférico de los derechos fundamentales y libertades públicas eran, en primer lugar, el legislador, y, en segundo término, los Tribunales ordinarios, lo cierto es que ha sido el Tribunal

<sup>26</sup> Este precepto señala que: «2. La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional».

<sup>27</sup> A tenor de este precepto: «1. Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida».

Constitucional quien se ha encargado de esa labor, de modo que en la actualidad, si se quiere conocer cuál es la extensión y límites de un derecho fundamental hay que acudir a la doctrina constitucional sentada sobre dicho derecho.

2. La circunstancia que se acaba de exponer ha generado una doble consecuencia: por un lado, el legislador está fuertemente condicionado a la hora de regular los derechos y libertades fundamentales cuando ya existe doctrina del Tribunal Constitucional, porque considera que debe ajustar la ley que redacte a los pronunciamientos que, en esa materia, haya realizado dicho Tribunal. Con ello el sistema termina asumiendo que la única regulación legal posible en materia de derechos fundamentales es aquella que recoge la doctrina previamente fijada por el Tribunal Constitucional.

Y, por otro lado, dado que los Tribunales ordinarios deben aplicar e interpretar las normas conforme a la doctrina constitucional en materia de derechos fundamentales (art. 5.1 LOPJ), cabe dudar de que tengan alguna capacidad para dar respuestas distintas a las cuestiones que cuentan con una doctrina ya fijada por el Tribunal Constitucional. La única vía posible es considerar que queda abierta a la interpretación judicial respecto de aquellas cuestiones secundarias o periféricas que se califiquen como de legalidad ordinaria y que, por lo tanto, carecerían de relevancia constitucional; pero incluso en esos casos, después de las últimas reformas legales, también la última palabra la tendría el Tribunal Constitucional (art. 4.1 LOTC), que se ha convertido, pues, en el actor protagonista en materia de determinación de los derechos y libertades fundamentales de nuestro sistema constitucional.

# PROPORCIONALIDAD EN LA LEY Y RAZONABILIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY: TENSIONES Y RELACIONES\*

*Proportionality in the law and reasonableness  
in the interpretation of the law: tensions and relations*

Juan Cianciardo  
Universidad de Navarra (España)  
jcianciardo@unav.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp47-70](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp47-70)

Recibido: 30.10.2018

Aceptado: 21.11.2018

## **Resumen**

El propósito del trabajo consiste en examinar las conexiones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad. Se propondrán tres relaciones que se presentarán a través de tres tesis centrales. La primera tesis se refiere al funcionamiento de los dos principios (tesis de la subsidiariedad). La segunda tesis es acerca de las condiciones implícitas para el funcionamiento de una y otra herramienta (tesis de la conexión entre proporcionalidad, razonabilidad y doctrina del doble efecto). La tercera tesis se refiere al fundamento de uno y otro principio (tesis del fundamento común). El estudio de estas tres relaciones será precedido por una exposición del contenido y el alcance del principio de razonabilidad. El principio de proporcionalidad, por esta más difundido, será tratado de modo sintético.

---

\* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Cianciardo, Juan. 2018. «Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 47-70. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp47-70](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp47-70).

Proyecto de Investigación «Administración pública y derechos fundamentales: nuevas perspectivas», DER2015-67695-C2-2-P (MINECO/FEDER).

### ***Palabras clave***

Principio de proporcionalidad; principio de razonabilidad; derechos fundamentales; contenido esencial; interpretación constitucional; doctrina del doble efecto; dignidad.

### ***Abstract***

The purpose of this paper is to examine the connections between the principle of proportionality and the principle of reasonableness. Three relationships will be proposed that will be presented through three central theses. The first thesis refers to the functioning of the two principles (thesis of subsidiarity). The second thesis is about the implicit conditions for the operation of both tools (thesis of the connection between proportionality, reasonableness and doctrine of double effect). The third thesis refers to the foundation of one and another principle (thesis of the common foundation). The study of these three relationships will be preceded by an exposition of the content and scope of the principle of reasonableness. The principle of proportionality, because it is more widespread, will be treated in a synthetic way.

### ***Keywords***

Principle of proportionality; principle of reasonableness; fundamental rights; essential content; constitutional interpretation; doctrine of double effect; dignity.

---

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO ANÁLISIS SUBSIDIARIO DE LA RAZONABILIDAD. 1. *Una interpretación razonable*. 2. *Las dimensiones de la razonabilidad*. 2.1. El intérprete frente a la necesidad de elegir. 2.2. Dimensiones de la razonabilidad de la interpretación. 3. *Razonabilidad de las elecciones interpretativas: la tesis de la subsidiariedad*. III. LAS PRETENSIONES IMPLÍCITAS EN LOS JUICIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD. LA NECESIDAD Y FECUNDIDAD DE ACUDIR A LA DOCTRINA DEL DOBLE EFECTO. 1. *La doctrina del «doble efecto»*. 2. *La doctrina del doble efecto y los principios constitucionales*. 3. *Doctrina del doble efecto, principios y principio de proporcionalidad*. IV. NECESIDAD DE UNA JUSTIFICACIÓN ONTOLÓGICA: LA DINÁMICA DE LAS RELACIONES HUMANAS COMO SUSTENTO DE LA RAZONABILIDAD Y DE LA PROPORCIONALIDAD. V. CONCLUSIÓN.

---

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El Estado constitucional de Derecho entendido como Estado en el que la acción gubernamental está sujeta a límites formales y materiales se enfrentó desde sus inicios a una paradoja que provino de la siguiente secuencia. Esos límites son los derechos humanos, y los derechos humanos están reconocidos en normas que tienen una estructura amplia, flexible, fuertemente indeterminada. Por eso junto con los principios se previó siempre su reglamentación (arts. 14, 20 y 28 de la Constitución argentina), su limitación (art. 19 de la Ley Fundamental) o su regulación (art. 53 de la Constitución española). Esa actividad se encargó al poder legislativo, que pasó a ser, simultáneamente, uno de los destinatarios de los límites que se pretendía generar y quien está encargado de su vigencia plena (este es el sentido del principio de legalidad constitucional). ¿Cómo evitar que el legislador bajo el pretexto de reglamentar, limitar o regular los derechos en realidad no los viole? ¿Cómo inmunizarse frente al peligro de la extralimitación? Esta es la paradoja de la sujeción<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Doy las gracias al Mag. Maximiliano Romero (Universidad de Buenos Aires) por su ayuda con la selección y análisis de una parte de la jurisprudencia que se emplea en el trabajo. Quiero dejar constancia de mi gratitud, asimismo, con la Prof. Pilar Zambrano, y con Julio Pohl y José Julián Rodríguez, de la Universidad de Navarra, por sus críticas y observaciones a una primera versión de este trabajo.

<sup>2</sup> O una de las «ironías» a las que se refiere P. Rivas en *Las ironías de la sociedad liberal*, México, UNAM, 2004.

El intento de responder esta pregunta abrió nuevos problemas o interrogantes. Un primer problema fue el de establecer si hay alguien a quien acudir cuando una violación de este tipo se produce. La Corte Suprema estadounidense en la que probablemente es su decisión más trascendente se auto-atribuyó la tarea mediante la *judicial review*<sup>3</sup>. Esta solución tuvo un éxito rotundo por la extensión que alcanzó en el mundo occidental. Otra cosa es que no haya dado lugar y siga dando lugar a discusiones, tanto respecto al mejor diseño institucional (control concentrado, control difuso), como a su legitimidad (hasta dónde llega el poder de unos pocos que no han sido elegidos por la ciudadanía para fulminar como inválido lo hecho por muchos que sí han sido elegidos).

Un segundo problema consistió en dar con alguna herramienta que permitiera distinguir entre las reglamentaciones, limitaciones y regulaciones que respetan al derecho fundamental al que se refieren y aquellas otra que no lo hacen, que no son más que un pretexto para el pillaje y el abuso de poder. La tarea no era sencilla porque en los casos constitucionales las violaciones groseras, la prepotencia extrema, el patoterismo del que gobierna, aunque existen, son más bien excepcionales. Lo más habitual es el surgimiento de casos grises, cuya constitucionalidad es dudosa, e incluso en alguna medida sobreviviente, puesto que surge cuando la norma cuestionada debe ser aplicada a supuestos que no habían sido previstos por el legislador exactamente como se dan.

El Estado convencional de Derecho ha producido dos instrumentos enderezados a ese fin: la garantía del contenido esencial y el principio de proporcionalidad<sup>4</sup>. El contenido esencial ha tenido un desarrollo jurisprudencial no desdeñable, aunque menor que el del principio de proporcionalidad, en buena medida debido al hecho de que una parte significativa de la doctrina lo ha reducido a él. La proporcionalidad, en cambio, ha tenido un éxito sin precedentes en el que han influido de modo significativo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, publicada por primera vez en 1985<sup>5</sup>. Los estudios dedicados son numerosísimos y han continuado extendiéndose incluso luego de la publicación de trabajos que parecían, por su extensión

<sup>3</sup> Cfr. «Marbury v. Madison», 5 U.S. 137 (1803).

<sup>4</sup> Sobre «Estado convencional de Derecho», cfr. Cianciardo, J., y P. Zambrano, «¿Para qué sirve el Derecho si incorpora a la moral?», *Revista Chilena de Derecho* 42 (2015) <https://doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>.

<sup>5</sup> Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989

y profundidad, definitivos, como son los casos de la tesis doctoral de Carlos Bernal Pulido<sup>6</sup>, o el conocido libro de Aharon Barak<sup>7</sup>.

Por otro lado, más allá de la paradoja de la sujeción y de las respuestas que se le han dado (o paralelamente a ellas), es un dato difícilmente refutable que el Estado convencional ha tendido a colonizar con los derechos fundamentales cada uno de los subsistemas que componen el sistema jurídico<sup>8</sup>. Lo ha hecho sin prisa y sin pausa, con una prolijidad minuciosa, hasta que el Derecho privado ha rendido la plaza. Esto ha hecho de cada funcionario judicial intérprete de la Constitución y de las convenciones sobre derechos humanos, ha producido cambios en la enseñanza del Derecho<sup>9</sup>, y ha generado tensiones en varias direcciones: entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los Estados, entre los tribunales nacionales con jurisdicción constitucional y los tribunales ordinarios, y entre los tribunales con jurisdicción constitucional y el poder político (ejecutivo o legislativo). En este último caso, es indudable que en el constitucionalismo se ha judicializado el proceso político y se ha politizado el proceso judicial<sup>10</sup>. Todas estas tensiones han sido administradas por los jueces constitucionales e internacionales valiéndose de varios principios. Dentro de ellos el que probablemente tenga el rol más destacado es un principio que fue concebido como la contracara de la interdicción de arbitrariedad: la razonabilidad constitucional.

<sup>6</sup> Bernal-Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Bogotá, Universidad del Externado, 2014.

<sup>7</sup> Barak, A., *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012. Hay trad. al español de G. Villa Rosas: Barak, A., *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Palestra Editores, 2017.

<sup>8</sup> Las polémicas a las que el proceso ha dado lugar son bien conocidas. Cfr., por ejemplo, una crítica a Alexy en Pozzolo, S., «Robert Alexy, derechos fundamentales, ¿Una lectura realista?». *Revista Derecho y Sociedad* 48 (2017), o, en el otro extremo, la respuesta de A. García Figueroa a posiciones como la de Pozzolo: García Figueroa, A., «¿Normas precisas o normas precisosas? Un falso dilema. Algunas consideraciones críticas sobre el Imperio de la ley. Una visión actual», *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 39 (2017). <https://doi.org/10.14198/DOXA2017.esp.16>. La posición de Alexy sobre la naturaleza «institucional» o «ideal» de los principios, en Alexy, R., «The Ideal Dimension of Law», en Duke, G., & George, R. P., *Natural Law Jurisprudence*. Cambridge University Press, 2017, 314-341.

<sup>9</sup> Aunque es una opinión bastante extendida que aún hay que dar pasos hacia una reforma más profunda, especialmente en el ámbito de la pedagogía. Cfr., por ejemplo, TOLLER, F., «Foundation for a Revival of the Case Method in Civil Law Education», en *Journal of Civil Law Studies* 3 (2007), 21-65, y LAISE, L., «La enseñanza de la filosofía del derecho a partir del método de casos» (2018), *pro manuscripto*.

<sup>10</sup> Cfr. SANTIAGO, A., «Sistema jurídico, teoría del Derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo», en *Dikaion* 17 (2008), 131-155.

Situados en este contexto, el propósito de las páginas siguientes consiste en examinar las conexiones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad. Propondré, concretamente, tres relaciones que intentaré presentar a través de tres tesis centrales, en torno a las cuales agruparé un puñado de argumentos. La primera tesis se refiere al funcionamiento de los dos principios. La llamaré tesis de la subsidiariedad. La segunda tesis es acerca de las condiciones implícitas para el funcionamiento de una y otra herramienta. La llamaré la tesis de la conexión entre proporcionalidad, razonabilidad y doctrina del doble efecto. La tercera tesis se refiere al fundamento de uno y otro principio. Propondré la existencia de un fundamento común. Antes de ingresar haremos un pequeño rodeo, destinado a clarificar el contenido y alcance del principio de razonabilidad. Al principio de proporcionalidad, por estar, como se dijo, más difundido, lo trataremos de modo sintético.

## II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO ANÁLISIS SUBSIDIARIO DE LA RAZONABILIDAD

### 1. *Una interpretación razonable*

Las leyes que regulan derechos fundamentales deben ser proporcionadas, y la interpretación que se hace de esas leyes de ser razonable<sup>11</sup>. Una y otra exigencia (proporcionalidad y razonabilidad) fueron creaciones jurisprudenciales ancladas en normas constitucionales que las preveían de modo más o menos directo, según los casos. Tomando, por caso, el Derecho constitucional argentino, lo primero es exigido por el art. 28 de la Constitución de ese país, según la interpretación que ha hecho de él su Corte Suprema. La exigencia de razonabilidad en la interpretación proviene, en cambio, del desarrollo jurisprudencial de normas constitucionales referidas a la interdicción de arbitrariedad, el debido proceso, o la tutela judicial efectiva<sup>12</sup>.

Como se dijo precedentemente, el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se encuentra ampliamente difundido (más allá de las múltiples dudas

<sup>11</sup> Los aspectos mencionados sintetizan, en mi opinión, las dimensiones fundamentales de la razonabilidad como género que incluye la proporcionalidad o razonabilidad de la ley y la razonabilidad en la interpretación, aunque podrían introducirse matices y distinciones aún más precisas. Cfr., al respecto, Ávila, H., *Sistema Constitucional Tributario. De acuerdo con a Emenda Constitucional N. 42, de 19.12.03*, São Paulo, Saraiva, 2004, 408-420.

<sup>12</sup> Cfr. un listado de casos y algunos comentarios en Cianciardo, J., «Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad», en Antonio FLORES SALDAÑA (coordinador), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013, 133-156.

que plantea su aplicación). Esto justifica que apenas nos dediquemos en esta parte a él, y que profundicemos, en cambio, en el análisis del concepto de razonabilidad, para pasar a estudiar más adelante, en este mismo epígrafe segundo, la relación entre el funcionamiento de uno y el del otro principio.

## 2. Las dimensiones de la razonabilidad

### 2.1. El intérprete frente a la necesidad de elegir

El principio de razonabilidad en la interpretación de la ley es la herramienta con la que se evalúa la constitucionalidad de una serie de elecciones que los operadores jurídicos llevan a cabo a la hora de resolver un caso<sup>13</sup>. En caso de que a favor de cualquiera de esas elecciones no existan razones plausibles, o existan razones cuyo peso es inferior al de razones contrarias, la consecuencia es la declaración de inconstitucionalidad de la interpretación, por violación del debido proceso o del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>14</sup>. Veremos a continuación cuáles son, concretamente, esas elecciones o dimensiones del principio.

### 2.2. Dimensiones de la razonabilidad de la interpretación

#### a) La elección de los hechos relevantes del caso

No todos los hechos relacionados con el problema que se debate en el caso son esenciales o claves para su correcta resolución. Abogados y jueces

---

<sup>13</sup> En el caso del sistema jurídico argentino, por ejemplo, su Corte Suprema ha dicho, de un lado, que «[c]onstituye misión específica de los jueces interpretar las normas legales con el objeto de la determinación de su exacto sentido jurídico» (CSJN, Fallos, 254:315 y 300:291) y, de otro lado, que el resultado de la actividad judicial debe —como todo acto estatal— ser razonable y proporcionada (CSJN, Fallos, 333:1023 [2010], cons. 9° de la mayoría y cons. 10° del voto concurrente del juez Petracchi). En el caso que registra la colección oficial de Fallos, 137:47 [1922], se declaró que «...el artículo 1° de la ley 11.157, de la manera que ha sido aplicado por la sentencia apelada es inconciliable con lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución Nacional y, en consecuencia, se revoca dicha sentencia...» («*Horta c/ Harguindeguy*», del 21/8/1922).

<sup>14</sup> Continuando con el caso argentino, la Corte Suprema exige como condición de validez de las sentencias judiciales que constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas del proceso (cfr. CSJN, Fallos, 288:373; 298:218; 291:382; 292:254; 301:108; 311:948, 2314 y 2547; 312:2507; 330:2826; 331:1090; 333:1273 y 334:1882, entre otros). En conexión con lo anterior, el mismo tribunal tiene expresado que el resultado de la actividad judicial debe —como todo acto estatal— ser razonable y proporcionado (CSJN, Fallos, 333:1023 [2010], cons. 9° de la mayoría y cons. 10° del voto concurrente del juez Petracchi).

seleccionan los hechos relevantes y los distinguen de los no relevantes (aunque puedan estar conectados con los relevantes), dependiendo de las circunstancias. Por ejemplo, el color de pelo del actor no es generalmente un dato importante, pero puede serlo en algún caso concreto (cuando la víctima de un delito identificó al delincuente por esa característica)<sup>15</sup>. Una parte del debate que entablan los abogados respecto de los hechos gira precisamente en torno a qué hechos son relevantes. Una mala selección de los hechos relevantes puede conducir a una sentencia desfavorable<sup>16</sup>.

b) La elección de los medios de prueba adecuados para la prueba de los hechos considerados relevantes

No alcanza con una correcta selección de los hechos relevantes. Las partes deben también elegir los medios conducentes para la prueba de los hechos así considerados. Hay una multiplicidad de medios de prueba, y no todos son pertinentes. La pertinencia depende de las circunstancias del caso, y de la relación existente entre un medio y otro<sup>17</sup>. La selección de un medio de

---

<sup>15</sup> Tampoco sería en principio pertinente para dirimir la responsabilidad en un accidente de tránsito determinar cuál era el número de ocupantes del rodado embistente, pero sí lo podría ser cuando el reclamante fuera uno de los transportados y se adujera que en el vehículo viajaba un número mayor que el permitido por la normativa reglamentaria. Cabría señalar, asimismo, la distinta relevancia que asume el conocimiento o la ignorancia de la cesación del mandato en la relación entre mandante, mandatarios y terceros para determinar las consecuencias establecidas por la ley.

<sup>16</sup> Por ejemplo, con ocasión juzgar acerca de un accidente ferroviario, la Corte Suprema argentina sostuvo que el tribunal anterior «...no ponderó la circunstancia de que la demandada tuvo a su alcance la posibilidad de evitar la producción del accidente, toda vez que el personal de aquélla no adoptó las diligencias del caso, tales como controlar que no existiesen pasajeros ubicados en lugares peligrosos o que las puertas estuviesen cerradas antes de que el tren se pusiera en marcha, omisión que viola lo dispuesto por el art. 11 de la ley 2873 que establece la obligación de la empresa de proveer a sus empleados de las instrucciones y medios necesarios a fin de que el servicio se haga con regularidad, sin tropiezos ni peligro de accidentes...». En tales condiciones, se consideró que «...la decisión de la alzada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso...» (CSJN, Fallos, 317:768 [1994]).

<sup>17</sup> En torno a la validez de la extracción compulsiva de una muestra de sangre, se dijo en un caso argentino, concretamente en el voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni que «...no se han agotado las posibilidades de obtener material genético por medios menos lesivos que la intervención física sobre la víctima, por lo cual resultaría violado el criterio de menor ofensividad antes señalado...» (CSJN, Fallos, 332:1835 [2009], «*Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/stracción de menores de 10 años -causa n.º 46/85 A-*», considerandos 27º y 28º). En cambio, la jueza Highton, al fundar su postura contraria, manifestó que «...la extracción compulsiva de sangre —en las condiciones en que se ha planteado en el presente proceso— no se revela como una medida que afecte sustancialmente los derechos invocados por el apelante, toda vez que

prueba puede tornar superflua la de otro (por ejemplo, en determinados contextos la aportación de prueba documental exime o torna superflua la prueba de testigos respecto de los hechos a los que la prueba documental se refiere). Incluso puede ocurrir que la pertinencia de los medios de prueba varíe con el transcurso del tiempo. Un ejemplo es la pericia psicológica, que con el transcurso del tiempo creció en importancia –sobre todo en casos que involucran a menores–.

- c) Una vez producida la prueba, la selección de las pruebas convincentes y su discriminación respecto de las no convincentes o menos convincentes

Con mucha frecuencia los medios de prueba conducen a resultados contradictorios o sólo parcialmente coincidentes<sup>18</sup>. Por ejemplo, respecto de la velocidad con la que un automóvil chocó a otro, un testigo puede afirmar que era muy baja (prueba A), la pericia mecánica que era alta (prueba B), y un

---

existen indicios suficientes que avalan la adopción de la medida cuestionada, ella guarda inmediata vinculación con el objeto procesal materia de la causa, resulta propia del proceso de investigación penal e idónea para alcanzar la verdad material de los hechos investigados y porque, además, se traduce en una intrusión mínima en el cuerpo de la víctima, deberá realizarse con intervención de personal médico, en condiciones de asepsia e higiene, y su efectiva concreción quedará subordinada a la inexistencia de eventuales razones de salud que, debido a su gravedad, pudieran obstaculizar momentáneamente su producción» (voto disidente de la Dra. Highton, considerando 19°). En el mismo caso, el juez Maqueda formuló las siguientes apreciaciones en torno a la razonabilidad de la medida de prueba en juego: «...la pericia propuesta resulta adecuada a los fines indicados en la resolución apelada, ya que favorece de un modo decisivo a la obtención del resultado pretendido, cual es demostrar la supuesta relación biológica existente entre las personas designadas por la querrela y el apelante y de éste con los imputados» (considerando 19°).

<sup>18</sup> Otro ejemplo argentino: se invalidó una sentencia de la Cámara de Apelaciones que, al revocar el pronunciamiento de la instancia anterior, desestimó el reclamo indemnizatorio producto de una colisión de automotores. Al respecto, se indicó que se «... omitió considerar: el peritaje mecánico [...]; el croquis confeccionado por el accionado, [...]; y en este marco el acuerdo [...] mediante el cual el accionado celebró un convenio de pago con el testigo benévolo, acompañante del actor, el día del siniestro. En igual sentido, tampoco se tuvo en consideración el informe pericial médico y psicológico de fojas 161/166 y 176/177, que determinaron el nexa causal entre los daños físicos y psíquicos que padeció, y padece el actor, con el accidente objeto de la litis». En virtud de estos extremos, se sostuvo que «...el defecto en la consideración de extremos eventualmente conducentes, y la mera inclinación dogmática hacia lo que presuntamente se desprendería de la causa, no configura el cumplimiento de la debida fundamentación que debe contener una sentencia judicial, y obligaba, por tanto a los jueces de la causa, a buscar en los demás elementos probatorios el mayor grado de verosimilitud de los hechos ocurridos...» (del dictamen del Proc. Gral. al que se remitió la CSJN, Fallos, 326:2205 [2003]).

testigo que era altísima (prueba C). «A» es contradictoria con «B» y con «C»; «B» es no coincidente (aunque no contradictoria) con «C»<sup>19</sup>.

El juez se enfrenta a dos alternativas: a) considerar que ninguna de las pruebas es suficientemente sólida, y por tanto no tener esos hechos por probados; b) asignar a alguna de las pruebas mayor poder de convicción que a las otras. Esto explica que se haya previsto en el Código Procesal Civil y Comercial argentino la evaluación de la prueba según la «sana crítica»<sup>20</sup>: el juez debe procurar alcanzar una visión de los hechos que cuente con un respaldo probatorio suficiente<sup>21</sup>. Ese respaldo proviene de un examen holístico

<sup>19</sup> En el caso argentino «Carrera», en el voto concurrente del juez Zaffaroni pueden leerse los siguientes extractos sobre el tema: «...en lo referente al nivel de consciencia del imputado en el comienzo de la sucesión de los acontecimientos que configuran los hechos 3 y 4, el voto que lidera el acuerdo y al que adhieren los otros dos jueces, avala la versión acusatoria sin tomar en cuenta toda la prueba producida y confrontada con los peritajes médicos, dado que plantea una opción rotunda entre inconsciencia total y consciencia plena, que prima facie al menos no pareciera estar avalada por los peritajes...» (considerando 8°). Asimismo, «...si bien estos [los peritajes] disienten, no se intenta compatibilizarlos en alguna medida, lo que podría llevar a conclusiones diferentes...» (considerando 9°).

<sup>20</sup> Este aspecto del razonamiento judicial ha sido objeto de expresa y profunda atención por parte de la CSJN al tener que expedirse acerca de los alcances que cabía atribuir al recurso de casación que consagra el Art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación. En el antecedente que la colección oficial de jurisprudencia de dicho tribunal registra en Fallos, 328:3399 [2005], se reconoció no sólo que «...una falsa valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración...» (considerando 26° del voto de la mayoría). En el caso, se trataba de revisar si se había probado la utilización de un arma, de lo que dependía la concurrencia de un agravante de la conducta.

<sup>21</sup> La Corte Suprema argentina ha dicho que «...no resulta óbice para abrir el recurso (extraordinario), cuando la resolución se funda en afirmaciones dogmáticas, sin sustento en las constancias de la causa, habiendo establecido, además, que, si los argumentos expuestos por la Cámara han franqueado *el límite de razonabilidad al que está subordinada la valoración de la prueba*, el pronunciamiento no constituye un acto judicial válido (...), situación que, a mi modo de ver, se configura en el sub lite. En efecto, las consideraciones que realiza el juzgador acerca de la prueba rendida, para concluir que la publicación permitió identificar a la actora, carecen, a mi ver, del debido rigor de fundamentación, desde que, de un lado, la vocal preopinante, aparte de su convicción personal (...), menciona las constancias del informe pericial psiquiátrico, que sólo indican la intensificación de los síntomas y la aparición de signos en la persona de la actora, que «pueden relacionarse con el motivo de estos autos» (...), pero que de ningún modo autorizan a concluir que fueran consecuencia directa de que, a raíz de la noticia, se hubiera producido la identificación de la víctima y el cono cimiento del hecho por parte de personas que lo ignoraban. Y de otro, considera a los testimonios de [...], como corroboradores de la postura de la actora, sin otra explicación que la advertencia de que sus apreciaciones, son contrarias a las verdidas

de las diferentes pruebas producidas; de una consideración de conjunto que hace que unas pruebas se apoyen en otras en una circularidad no necesariamente viciosa<sup>22</sup>.

#### d) La elección de las normas relevantes

Antonio Pérez Luño sintetizó una de las características de los sistemas jurídicos contemporáneos con la expresión «desbordamiento de las fuentes del Derecho»<sup>23</sup>. Aludió con ella al hecho de que en nuestra época los casos oscuros o lagunosos se deben no a la ausencia de una regulación normativa sino al entrecruzamiento de múltiples normas prima facie aplicables, producto de la hiperkinesia de los legisladores y de la superposición de competencias legisferantes entre poderes locales, estatales y estatales –que, curiosamente, unos y otros pretenden resolver no pocas veces a golpe de normas, sin advertir que de esa manera el problema sólo se multiplica–, a los que se ha unido el sistema internacional de reconocimiento, promoción y tutela de los derechos humanos –con todo lo que tiene de positivo–. Dicho en pocas palabras: hay pluralidad de normas puesto que: a) hay múltiples órganos con competencias legislativas; b) cada uno de esos órganos dicta a su vez muchas normas (muchas veces como consecuencia de la creación de agencias locales, provinciales o estatales).

Por eso, quien se enfrenta a la necesidad de resolver un conflicto de intereses tiene un grave problema si pretende hacerlo acudiendo de modo exclusivo a la fuente típica de los sistemas regidos por el Civil Law: la ley. Hay muchas leyes –en sentido amplio: resoluciones, decretos, decisiones administrativas, leyes formales, tratados internacionales– que se relacionan de algún modo, más o menos remoto, más o menos directo, con el caso. Es verdad que hay una primera criba que el intérprete lleva a cabo de la mano de los conceptos jurídicos (uno de los «preceptos» a los que se refirió acertadamente Roscoe Pound<sup>24</sup>): se trata de categorías elaboradas por la doctrina que conectan

---

por el juez de Primera Instancia» (CSJN, Fallos, 326:4165 [2003], dictamen del Proc. Gral. al que se remitió la CSJN, por mayoría [el resaltado no se encuentra en el original]).

<sup>22</sup> Cfr., al respecto, Amaya, A., «Coherence, Evidence, and Legal Proof», *Legal Theory* 2013, Available on CJO 2013 doi:10.1017/S1352325213000025, esp. 35-36.

<sup>23</sup> Cfr. Pérez Luño, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Madrid, La Ley, 2011, *passim*. Cfr., asimismo, del mismo autor, «La Filosofía y la Teoría del Derecho ante el desafío de la globalización», en *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Madrid, Tébar, 2007, 91-94.

<sup>24</sup> Cfr. POUND, R., *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1922, 2da. ed. revisada de 1954, 115-120; y «The Theory of Judicial Decision», *Harvard Law Review* 36 (1923), 940 ss. Cfr., sobre las ideas de Pound, el excelente estudio de García Ruiz, L., *Derecho, intereses y civilización. El pensamiento jurídico de Roscoe Pound*, Granada, Comares, 2002, *passim*.

una determinada situación fáctica con un conjunto de principios y reglas. Pero con ello no basta, porque como consecuencia de esa primera criba queda aún una selva espesa de legislación a primera vista aplicable. De allí que el intérprete, partiendo de los conceptos jurídicos, deba seleccionar la norma o las normas más relevantes —es decir, aquellas que se conectan de un modo más directo con el caso—, con toda la carga valorativa que ello lleva necesariamente consigo.

e) La elección de los métodos de interpretación aplicados a las normas aplicables

Esta última tarea es interpretativa, puesto que para seleccionar la norma relevante o conectada y descartar la (o las) menos relevante(s) y la (o las) irrelevante(s) habrá que interpretarlas. Y aquí se presentan nuevos problemas: la pluralidad de métodos de interpretación, la multiplicidad de resultados posibles a que esa pluralidad conduce, y la imposibilidad de una metodología de métodos. Veamos:

a) hay muchos métodos de interpretación, incluso de interpretación constitucional;

b) según se aplique un método (o una combinación de métodos) u otro (u otra combinación de métodos) se llegará a uno u otro resultado (o proposición normativa aplicable al caso para su resolución), es decir, según el método la conducta probada será o no un tipo de conducta prevista en la norma<sup>25</sup>;

c) la teoría del Derecho no proporciona al intérprete ninguna jerarquía entre los métodos. Los intentos que ha habido en este sentido no han conducido más que al surgimiento de un nuevo método (es decir, la propuesta acerca de cómo relacionar distintos métodos entre sí no es más que otro método al que atender), agravando el problema.

Como conclusión de lo anterior, surge la necesidad de elegir un método de interpretación (o una combinación de métodos) y descartar otros.

### 3. *Razonabilidad de las elecciones interpretativas: la tesis de la subsidiariedad*

En suma, cada vez que un operador jurídico se enfrenta a un caso debe elegir, al menos, lo siguiente: a) los hechos relevantes; b) los medios de prueba que permitirán acreditar esos hechos; c) producida la prueba, aquellos

---

<sup>25</sup> Cfr. Zambrano, P., «Types of Action and Criteria for Invidualizing Them: The Case of Omission of live-Saving Care», en P. Serna, J.-A. Seoane (eds.), *Bioethical Decision Making and Argumentation*, International Library of Ethics, Law, and the New Medicine 70, Switzerland, Springer, 2016, 73-87.

medios que cuenten a su favor con mayor fuerza de convicción; d) las normas conectadas de modo directo con el caso; e) los métodos de interpretación a la luz de los cuales se pasará de lo establecido en las normas a las proposiciones normativas que basarán la resolución del caso<sup>26</sup>.

¿Es el intérprete enteramente libre para elegir una u otra de las alternativas a las que se enfrenta en cada una de esas encrucijadas? No, no lo es, al menos según la práctica constitucional a la que nos venimos refiriendo en estas páginas. El principio de razonabilidad en la interpretación apunta precisamente a eso: a exigir que el operador jurídico dé cuenta de las razones que lo condujeron a decidir como decidió en cada uno de los momentos en los que tuvo que hacerlo (al menos, los reseñados en el epígrafe anterior). De allí que una interpretación pueda ser irrazonable o arbitraria porque o bien esas razones no existen o bien existen pero hay otras razones de mayor peso que deberían haber desplazado a las razones alegadas por el intérprete.

Centrándonos en la irrazonabilidad o razonabilidad de las normas, resulta necesario a partir de aquí hacer una distinción según que el derecho afectado por la norma en cuestión sea o no un derecho fundamental. En los casos de legalidad ordinaria, en los que el derecho en cuestión no es un derecho fundamental, la jurisdicción constitucional se conforma con la existencia de razones a favor de la selección normativa y de la interpretación que se ha propuesto en la jurisdicción ordinaria. No se exige que esas razones sean aquellas que el juez de la Constitución considera mejores. La exigencia de respeto del principio de razonabilidad no excluye aquí el reconocimiento de un amplio margen de deferencia. En el caso español, el respeto de ese margen es exigido por el art. 123 de su Constitución, que establece que «El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales». Normas similares se encuentran en el Derecho constitucional de la práctica totalidad de los países que cuentan con una jurisdicción constitucional. Cuando el margen es traspasado el caso se transforma en «caso constitucional», puesto que esa inexistencia de razones o la existencia de razones manifiestamente débiles, como se ha dicho, entrañan la violación de un derecho fundamental, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Cuando lo que está en juego es, en cambio, la selección y la interpretación de normas que afectan a un derecho fundamental, entonces el juez

---

<sup>26</sup> Sobre las proyecciones de las herramientas hermenéuticas en los casos concretos, la Corte Suprema de la Argentina ha tenido oportunidad de expresar que «... queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar...» (CSJN, Fallos, 328:2870 [2005]).

constitucional exige más. No alcanza con que el juez ordinario cuente con razones a favor de esa selección y/o interpretación. Razonabilidad, aquí, equivale a proporcionalidad —o, dicho con otras palabras, la proporcionalidad es la única expresión posible de la razonabilidad—, puesto que a la hora de justificar la restricción de un derecho fundamental no habrá otras razones definitivas que el respeto de los tres subprincipios del principio de proporcionalidad.

Esto nos conduce a lo que al comienzo denominé tesis de la subsidiariedad: como surge de lo dicho precedentemente, el principio de proporcionalidad funciona de modo directo en el análisis de las especificaciones de los derechos fundamentales, y de modo subsidiario en el análisis de las cuestiones de legalidad ordinaria. Mientras que la contracara de la proporcionalidad es la inconstitucionalidad de una norma por violación directa de un principio constitucional en el que se reconoce un derecho constitucional o fundamental, la contracara de la razonabilidad es la arbitrariedad que se produce como consecuencia de la interpretación caprichosa de los hechos o las normas aplicables, a raíz de la cual se afecta de manera desproporcionada el derecho a una tutela judicial efectiva<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Por ejemplo, en la STC 39-2016, de 8 de abril, al evaluar la supuesta vulneración de los derechos a la intimidad y a la protección de datos a raíz de un despido basado en las imágenes captadas por una cámara de video-vigilancia instalada sin comunicación previa a la trabajadora, el TC sostuvo que: «la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (FJ 5°).

Aplicando esto al caso, el Tribunal sostuvo que: «Del razonamiento contenido en las Sentencias recurridas se desprende que, en el caso que nos ocupa, la medida de instalación de cámaras de seguridad que controlaban la zona de caja donde la demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de que alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaba apropiando de dinero); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si algunos de los trabajadores cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE» (FJ 5°).

Del juego o interacción entre razonabilidad y proporcionalidad dependen el funcionamiento de los derechos fundamentales, la relación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, y la de esta última y el poder político. Es, por eso, una de las claves de bóveda para distinguir la actividad o el funcionamiento correcto, auto-restringido, de la jurisdicción constitucional del llamado «activismo»<sup>28</sup>. En los casos referentes a la legalidad ordinaria, cuanto más se exija a la razonabilidad, es decir, cuanto más exigente sea el examen del peso de las razones dadas por el intérprete para seleccionar e interpretar las normas como lo ha hecho, menor será el ámbito de lo que corresponde a la legalidad ordinaria y mayor el que corresponde a la Constitución. Y mayor será, también, el riesgo de conflicto entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, y entre el tribunal constitucional y el poder político. Se incrementará, asimismo, la carga de trabajo del tribunal constitucional. Crecerán, también, los riesgos de que sus resoluciones sean poco efectivas (sobre esto no abundaremos aquí).

Hay pocas dudas de que la jurisdicción constitucional ha empleado al principio de razonabilidad como instrumento para expandir el ámbito de su competencia, y tampoco hay demasiadas dudas acerca de los riesgos mencionados más arriba se hicieron muchas veces realidad. Frente a esto último, esa misma jurisdicción buscó la auto-restricción valiéndose de herramientas como el writ of certiorari de la Corte Suprema estadounidense. En el caso español (y en el de otros países, como Argentina<sup>29</sup>), se lo ha hecho incorporando el requisito de la trascendencia, que tiene una dimensión negativa, dirigida al rechazo discrecional de casos que reúnen prima facie las condiciones que formalmente se exigen para su admisibilidad y, con muchas limitaciones, otra positiva, que permite la admisión de casos que no reúnen los requisitos formales ya aludidos, pero son sin embargo tratados por su trascendencia<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. García Figueroa, A., «Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica», *De-recho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho* 79 (2017), 9-32.

<sup>29</sup> En el caso español, Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, modificó la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, e incorporó como requisito para la admisibilidad del amparo su «especial trascendencia constitucional». Cfr. González Beilfuss, M. (2016). «La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 333-367. doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.107.10>.

<sup>30</sup> La norma que rige este tema en Argentina fue incorporada al Código Civil y Procesal de la Nación en el año 1990, y establece, en lo pertinente, que «Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia» (art. 280).

<sup>30</sup> El primer caso en el que se aceptó esta dimensión fue CSJN, «Serra, Fernando Horacio y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires», Fallos: 316: 2454 (1993).

Llegados hasta aquí corresponde, de acuerdo con el plan trazado al comienzo, plantearnos dos preguntas: a) ¿cuál es el fundamento de la proporcionalidad y de la razonabilidad? ¿Es un único fundamento o tienen fundamentos independientes? ¿Si hay derechos fundamentales hay proporcionalidad y razonabilidad? ¿O si hay Derecho hay proporcionalidad y razonabilidad?; b) ¿cuándo proporcionalidad y cuándo razonabilidad?

### III. LAS PRETENSIONES IMPLÍCITAS EN LOS JUICIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD. LA NECESIDAD Y FECUNDIDAD DE ACUDIR A LA DOCTRINA DEL DOBLE EFECTO

Aquí se sostendrá la existencia de una relación entre la doctrina del doble efecto, la teoría de los principios, y el fundamento del principio de proporcionalidad. Nos plantaremos a continuación, sucesivamente, qué es el doble efecto, cómo se relaciona con la teoría de los principios y, finalmente, cómo una y otra cosa se relacionan con el principio de proporcionalidad<sup>31</sup>.

#### 1. *La doctrina del «doble efecto»*

La llamada «doctrina del doble efecto» o «del voluntario indirecto» surge en el siguiente contexto. Todos los actos humanos provocan varios efectos, y es inevitable que al menos uno de ellos sea malo. Alimentarse, por ejemplo, implica habitualmente la muerte de al menos un ser vivo. No hay actos humanos que no tengan efectos malos. No todos los efectos malos, sin embargo, tornan ilícita la acción moral que los produce. No es ilícito producir efectos malos que consistan en un daño a la propiedad o, como en el ejemplo anterior, a realidades sub-humanas. Alcanza, en estos casos, con que el efecto bueno que persigue la acción sea proporcionado (que exista una razón de peso) para que se justifique el efecto malo y la acción sea, por eso, lícita. Hasta aquí las teorías morales principales coinciden. A partir de aquí se abren dos caminos fundamentales: a) para un conjunto de teorías morales la proporcionalidad (en el sentido mencionado, es decir, la existencia de una razón cuyo peso alcance para desplazar el peso contrario del efecto malo) es el

Cfr. Legarre, S., *El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.

<sup>31</sup> En la exposición no se agotará el análisis de los implícitos a los que aquí se alude. Cfr., al respecto, Zambrano, P., «Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho: entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción», *Dikaion* 23 (2014), 423-445.

único criterio para juzgar la moralidad de un acto, y por tanto no existen efectos malos que nunca puedan moralmente intentarse (es decir, quererse como medios o como fines). A este conjunto de teorías morales se las suele llamar, por su coincidencia en este punto, como «proporcionalistas»; b) para otras teorías morales, nacidas en la tradición del pensamiento clásico<sup>32</sup>, en cambio, existen efectos malos que nunca pueden lícitamente intentarse, o, dicho con otras palabras, existen efectos malos cuya intención (como medio o como fin) determina la ilicitud de la acción, con independencia de qué tan importantes sean los efectos buenos<sup>33</sup>. Esos efectos malos que nunca deben intentarse son los denominados «absolutos morales»<sup>34</sup>.

Para esta última posición, sin embargo, no se violan esos absolutos morales cuando su afectación no es «intentada» por el agente moral<sup>35</sup>. Dicho con otras palabras, cuando ese tipo de efecto malo no es querido por el agente, el acto del que se deriva no necesariamente —es decir, si se dan ciertas condiciones— es ilícito. La doctrina del doble efecto busca, dentro de este contexto, establecer cuáles son, de modo preciso, las condiciones para que esto último ocurra.

Estos requisitos son, muy sintéticamente, dos. En primer lugar, el agente moral no debe intentar el efecto malo sino meramente tolerarlo (el efecto malo es un efecto colateral no directamente querido, es «indirectamente» voluntario). En segundo lugar, debe existir proporción entre el efecto bueno intentado y el efecto malo tolerado. Si una y otra condición se cumplen la producción del efecto malo (o efecto colateral) no violaría los absolutos morales y no sería, por tanto, ilícita.

## 2. La doctrina del doble efecto y los principios constitucionales

Alejandro Miranda ha sugerido una posible vinculación entre los principios constitucionales y la doctrina del doble efecto. Según este autor, «en las modernas constituciones y declaraciones de derechos, lo preceptos que establecen derechos humanos inviolables están formulados de un modo semejante al de las prohibiciones morales absolutas de la tradición clásica. Esto ha favorecido que, en tiempos más recientes, se haya hecho un uso importante

<sup>32</sup> Cfr. Boyle, 1980, 527-538.

<sup>33</sup> Cfr. Cavanaugh, T. A. (2006). *Double-Effect Reasoning: Doing Good and Avoiding Evil*. *Double-Effect Reasoning: Doing Good and Avoiding Evil*, Oxford, Clarendon Press.

<sup>34</sup> Según el Catecismo de la Iglesia Católica, por ejemplo, «Hay actos que, por sí y en sí mismos, independientemente de las circunstancias y de las intenciones, son siempre gravemente ilícitos por razón de su objeto; por ejemplo, la blasfemia y el perjurio, el homicidio y el adulterio. No está permitido hacer el mal para obtener un bien» (nro. 1756).

<sup>35</sup> Cfr. Masek, L., «Intentions, motives and the doctrine of double effect», *The philosophical quarterly* 60-240 (2010), 567-585.

del principio del doble efecto en la protección constitucional de los derechos fundamentales. Se trata aquí de una aplicación extensiva, en la que el principio se emplea como criterio para juzgar la conformidad de la leyes u otras disposiciones inferiores con los preceptos constitucionales». ¿Por qué se produce esta «aplicación extensiva»? «Porque puede suceder que una ley, al propender a la consecución de bienes legítimos, afecte, no obstante, el ejercicio de prácticas que prima facie pudieran considerarse amparadas por un derecho protegido, con lo que surge una situación de doble efecto. En este contexto, los jueces han razonado recurriendo a las mismas categorías recogidas en el principio tradicional: es jurídicamente relevante distinguir entre la intención de la ley y los efectos colaterales que ella pueda provocar. En otros términos, el principio ha servido aquí para distinguir entre leyes que directamente atentan contra el derecho protegido por la norma constitucional y leyes que pueden limitar o restringir ese derecho como efecto colateral de la prosecución de otros fines lícitos. Las leyes del primer tipo son siempre inconstitucionales, mientras que las del segundo no lo son cuando el legislador persigue con ellas un bien suficientemente importantes»<sup>36</sup>.

### 3. *Doctrina del doble efecto, principios y principio de proporcionalidad*

Y es aquí donde la doctrina del doble efecto conecta con el principio de proporcionalidad, porque la evaluación de la constitucionalidad de la regulación (o limitación o reglamentación) de un derecho (efecto prima facie ilícito o malo) con vistas a la consecución de un efecto lícito se ha venido haciendo mediante el principio de proporcionalidad. Dicho con otras palabras, la evaluación de si es o no constitucional la regulación de un derecho se ha hecho depender de que esa regulación sea: a) adecuada para el logro de un fin cuya persecución esté permitida por la Constitución y sea socialmente relevante; b) eficiente, es decir, la menos restrictiva de los derechos en juego de entre todas aquellas igualmente eficaces para el logro del fin; y c) proporcionada en sentido estricto, es decir, un balance proporcionado entre los costos (la regulación del derecho) y el fin.

En mi opinión, un estudio detenido de la conexión a la que vengo haciendo referencia permitiría aportar elementos para: a) una mejor fundamentación del principio de proporcionalidad; y b) una definición algo más precisa del tercer subprincipio, en especial cuando lo que está en juego es la interpretación de derechos absolutos —es decir, la interpretación de derechos reconocidos por principios que prohíben una conducta cualquiera sea el fin que se persiga con ella o las circunstancias que la rodeen—.

<sup>36</sup> Miranda, A., «El principio de doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico», *Revista Chilena de Derecho* 35-3 (2008), 485-519, 513.

Una y otra ventaja provienen, en realidad, de un único argumento. Como se sostuvo precedentemente, la finalidad de la doctrina del doble efecto es la de garantizar la tutela de los absolutos morales o, lo que es lo mismo, asegurar el cumplimiento de las normas morales inexcusables. La teoría general de los derechos fundamentales tiene una finalidad similar: garantizar la tutela de los derechos humanos o, lo que es lo mismo, asegurar el cumplimiento de los principios constitucionales. Partiendo de allí, es posible extraer dos conclusiones. La primera es que esa finalidad opera en uno y otro caso como fundamento de la doctrina y de la teoría, por un lado, y –correlativamente– de los tres subprincipios que componen la doctrina y el principio de proporcionalidad, por otro. La segunda es que el subprincipio de proporcionalidad tal como es habitualmente entendido no permite que el principio en su conjunto cumpla acabadamente con el fin que lo fundamenta, puesto que pueden darse casos en los que el balance entre costos y beneficios dé como resultado la justificación de un costo que consista en la violación de un derecho. En este tipo de supuestos resulta necesario completar la evaluación acerca de la justificación con otra que apunte a la no alteración del derecho (al examen de si se ha violado o no su contenido esencial)<sup>37</sup>. Sólo con este complemento el principio podrá alcanzar el fin para que el que fue pensado<sup>38</sup>.

#### IV. NECESIDAD DE UNA JUSTIFICACIÓN ONTOLÓGICA: LA DINÁMICA DE LAS RELACIONES HUMANAS COMO SUSTENTO DE LA RAZONABILIDAD Y DE LA PROPORCIONALIDAD

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se abren respecto de la vigencia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad dos alternativas radicales: si se los entiende conectados con una ponderación consecuencialista, tal como propone por ejemplo Alexy, difícilmente alcanzarán el fin para el que fueron pensados. Si, en cambio, se reemplaza el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto tal como es entendido por Alexy (y por la mayoría de la doctrina) y el análisis de argumentos y razones por una evaluación

<sup>37</sup> Toda intervención en materia de derechos fundamentales debe ser justificada, lo que equivale a la existencia y presentación de las razones que la orientan y las convierten en aceptables. Cfr. la enunciación y una aplicación de esta idea en Seoane Rodríguez, «La persona, el retraso mental y el Derecho», en Seoane Rodríguez, J. A. (editor), *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, 33-89, A Coruña, Fundación Paideia, 64-80. Sin embargo, si la justificación se reduce a un «balance entre costos y beneficios» no se alcanzará a satisfacer lo que los derechos pretenden.

<sup>38</sup> Cfr., sobre este punto, Cianciardo, J., «The Principle of proportionality: the challenge of human rights», *Journal of Civil Law Studies* 3 (2010), 177-186.

cualitativa que apunte a la especificación de los derechos en juego en un conflicto (es decir, al establecimiento de su esfera de funcionamiento razonable), uno y otro principio podrá cumplir con su fin. Veamos porqué. Evaluemos, dicho con otras palabras, en qué medida los dos principios son exigidos por los principios iusfundamentales y los derechos fundamentales. Desde mi punto de vista, el reconocimiento de derechos constitucionales los implica por lo siguiente:

1. Los principios iusfundamentales en los que los derechos constitucionales son reconocidos requieren determinación. Requieren, como se dijo precedentemente, especificación. Son sólo puntos de partida del razonamiento jurídico.
2. El principio de proporcionalidad permite evaluar que tan razonable es la determinación que el legislador (mediante reglas establecidas en leyes) o el juez (mediante reglas establecidas en sentencias) han hecho de un determinado principio iusfundamental.
3. La evaluación de la razonabilidad de una determinación (de cualquier determinación jurídica, no únicamente de la que hacen las reglas respecto de los principios iusfundamentales) no sólo es posible sino que es también una exigencia del Derecho. Es decir, que el Derecho exige distinguir entre arbitrariedad y determinación. Esto último conecta la fundamentación de la proporcionalidad con la fundamentación de la razonabilidad<sup>39</sup>.

Una ley será conforme con la Constitución o su interpretación será constitucionalmente aceptable en la medida en que sean razonables. La evaluación de la razonabilidad es, desde esta perspectiva, clasificante<sup>40</sup>: la norma irrazonable o la interpretación irrazonable no son normas ni interpretaciones jurídicas. El problema del fundamento de la exigencia de razonabilidad es reconducible, desde esta perspectiva, a la pregunta por el fundamento del

---

<sup>39</sup> Implica también, aunque no podamos abundar aquí sobre esto, que: a) el juez es capaz de vincular a las reglas con los principios constitucionales y a los principios constitucionales con los principios morales; b) el sentido de cada una de estas normas no es determinado definitivamente por su uso (es decir, que desde el punto de vista semántico la referencia prima sobre el significado). Cfr. Cfr. Zambrano, P., «L'orizzonte comprensivo delle nostre pratiche costituzionali», *Ars Interpretandi* 12 (2012), 135-157.

<sup>40</sup> Cfr., al respecto, Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997, 32. Cfr., asimismo, sobre este último trabajo, Cianciardo, J., «Cognitivismo débil, pretensión de corrección, injusticia y principios en el razonamiento judicial. Una visión crítica», *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho* I (2001), 105-138.

Derecho. Dicho con otras palabras, de un modo más genérico: determinar porqué se exige de la ley y de su interpretación que sean razonables se vincula con la idea misma de Derecho, con la pregunta por su contextura y su fenomenología, y, más allá de ello, con una comprensión del fenómeno jurídico que dé respuesta a la pregunta fundamental: ¿por qué el Derecho y no más bien la violencia?<sup>41</sup> La respuesta antijuridicista, que no se limita a señalar la insuficiencia del orden jurídico para la efectiva plenitud de la vida humana, o criticar la imperfección de este o aquel instrumento jurídico, sino que pretende anular completamente toda actividad jurídica, es profundamente contra-fáctica, por un lado, e inhumana, por otro<sup>42</sup>. Una respuesta satisfactoria debe descansar, en cambio, sobre una filosofía filosófico-jurídica, sobre una filosofía de la persona humana<sup>43</sup>. «La referencia a la persona no sólo permite fundar el elemento ideal del derecho, sino que también da razón de sus estructuras formales, al menos parcialmente, y del derecho como totalidad»<sup>44</sup>.

Desde un planteamiento así, «el respeto y la protección de la persona pasan a ser un elemento estructural de lo jurídico, y no meramente el contenido o fin de las normas» (Serna, 2002, 353). La vía jurídica no es una alternativa indiferente para el sujeto, e incluso más: es obligatoria, porque es la única que trata al otro como fin, y no como medio, porque sólo ella, en definitiva, respeta su dignidad. En efecto, «la expresión «dignidad» alude a la eminencia del ser humano, a su grandeza, y su traducción inmediata ha sido históricamente una exigencia de respeto incondicionado, como fin en sí mismo, según la expresión kantiana. Si el respeto no es incondicionado, no se hablará de dignidad, sino de valor (relativo). La dignidad supone, pues, un valor absoluto, no sometido a condición»<sup>45</sup>. Negar la pretensión del otro, no tenerla en cuenta, significa no respetarlo, o lo que es lo mismo, sujetar el respeto del otro al albur de una adhesión voluntaria de su parte al criterio propio.

La única alternativa humana entonces, es la jurídica, que trata al otro y al propio sujeto como un fin, no meramente como un medio, y permite al

<sup>41</sup> Cfr. Serna, P., *Proyecto docente y de investigación*, La Coruña, 2002, *pro manuscrito*, Velarde, C., *Liberalismo y liberalismos*, Pamplona, Eunsa, 1997, 113-117.

<sup>42</sup> Para una crítica puntillosa, cfr. Cotta, S., *Itinerarios humanos del Derecho*, trad. de J. Ballesteros, Pamplona, Eunsa, 1987, 38.

<sup>43</sup> Cfr. Serna, *op. cit.*, 352, quien señala que han seguido esta orientación Cotta, *op. cit.*, Ballesteros, J., *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la Filosofía Jurídica*, Madrid, Tecnos, 1984, *passim*; Romano, B., *Relazione e Diritto tra moderno e postmoderno. Interpretazione del «Sistema di Universale Dipendenza» con Heidegger e Lacan*, Lezioni 1986-87, Roma, Bulzoni, 121-152, y Romano, B., *Soggettività, Diritto e postmoderno. Una interpretazione con Heidegger e Lacan*, Roma, Bulzon, 1988, 143-192.

<sup>44</sup> *Ibidem*, 352-353.

<sup>45</sup> Serna, P., «El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo», en Massini, C. I. y Serna, *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998, 63-64.

individuo hacer de su pretensión un bien que le proporcione un aumento en su ser.

Por otro lado, las relaciones con los otros son sólo aparentemente conflictivas. En efecto, si bien el enfrentamiento con el otro es también un enfrentamiento con su pretensión, que prima facie puede interferir, converger u oponerse con la propia, consideradas todas las circunstancias, y a posteriori del conflicto de pretensiones, no habrá más que convergencia o complementariedad en la relación inicialmente divergente, como han mostrado Serna y Toller<sup>46</sup>. De allí que el tratamiento violento del otro, además de consistir en una negación del propio carácter personal, destruye la posibilidad de transformar una pretensión que es sentida como verdadera en una verdad objetiva, adecuada al propio sujeto, con consecuencias frustrantes. «Al enfrentarse con la pretensión del otro, aparece como insuficiente el inmediato sentimiento subjetivo de verdad, y por tanto, de legitimidad de la propia pretensión. Comprendemos que ésta no puede tener el carácter de imperativa para el otro, sino de comunicable, de manera que pueda acercarse a la del otro y pueda ser aceptada por éste, ya porque no es opuesta a mi pretensión, ya porque es coincidente; esto es, que mi pretensión resulte compatible con la del otro»<sup>47</sup>. La insuficiencia del sentimiento subjetivo de verdad conduce a la admisión de una verdad objetiva, comunicable.

Esto último se relaciona con el carácter material de la vía jurídica. Como se ha visto, dicho camino parte del reconocimiento mutuo. Dicho reconocimiento no lo es sólo respecto del carácter digno del otro, sino que se extiende también al carácter intangible de algunos bienes, merecedores de un respeto absoluto. Estos bienes intangibles que surgen del reconocimiento constituyen junto con otros que son creados mediante un acuerdo el contenido de la alternativa jurídica. El acuerdo debe establecerse respecto de todo lo demás en lo que haya oposición.

Cada solución de una oposición de pretensiones supondrá, por tanto, además del reconocimiento de la igual capacidad de pretensión del otro, la aceptación del carácter cognoscible o racional de determinados bienes y la capacidad de llegar a los acuerdos necesarios respecto de todas las pretensiones restantes en las que haya oposición o colisión.

De lo dicho se desprende el carácter razonable de cada una de las soluciones concretas de los enfrentamientos entre pretensiones divergentes. Se trata, en definitiva, de soluciones razonables porque serán soluciones en la medida

---

<sup>46</sup> Cfr. Serna P., y F. Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, 91-98 y *passim*.

<sup>47</sup> Cotta, S., *El derecho en la existencia humana* (trans. I. Peidró Pastor), Pamplona, Eunsa, 1987, 47.

en que puedan darse razones que las sostengan, razones que residirán en última instancia en determinados valores intangibles o en acuerdos. Esas soluciones razonables no sirven sólo para la resolución de un conflicto puntual, sino que se plasman en materiales normativos que sirven como puntos de partida para la resolución de múltiples conflictos de pretensiones sustanciales en lo similar, es decir, análogos.

La vía jurídica viene impuesta, por tanto, por la propia dinámica de las acciones humanas, en la que el hombre, además, comparece como un fin en sí mismo que posee una naturaleza racional. Frente a cualquier conflicto, la solución será verdaderamente tal si es razonable; a partir de allí, cabe erigirla como norma de conducta conforme a la cual se arreglarán conflictos similares al resuelto. Cuando esto último tenga lugar, la norma en cuestión deberá ser interpretada en alguno de sus múltiples sentidos razonables. Una interpretación irrazonable de la norma en sí misma razonable supondría un retroceso a la violencia, y en esa medida una violación de la dignidad humana. O, dicho con otras palabras, la interpretación irrazonable de los hechos que dan lugar a las pretensiones, o de las normas que sirven como punto de partida para la solución de la colisión, conducen inevitablemente a la frustración de la vía jurídica.

## V. CONCLUSIONES

Llegados a este punto corresponde regresar nuevamente al comienzo. A lo largo de esta exposición de pretendió llevar a cabo un análisis de las relaciones y tensiones entre el principio de razonabilidad. El intento se ha plasmado en la formulación de una serie de preguntas que dieron lugar a tres tesis:

1. La tesis de la subsidiariedad, referida al funcionamiento de los principios. Según esta tesis, el principio de proporcionalidad es aplicado sólo cuando: a) las normas aplicables al caso regulan derechos fundamentales y no pueden ser interpretadas conforme con la Constitución o con las normas internacionales sobre derechos aplicando cualquiera de los métodos de interpretación existentes, o b) cuando la interpretación de las normas ordinarias ha sido caprichosa, tirana, arbitraria, y la consecuente violación del principio de razonabilidad produce una afectación del derecho a la tutela judicial efectiva. El principio de proporcionalidad es así una *ultima ratio* que procede cuando no hay alternativa razonable a la vista.

2. La segunda tesis es acerca de las condiciones implícitas para el funcionamiento de una y otra herramienta. La llamaré la tesis de la conexión entre proporcionalidad, razonabilidad y doctrina del doble efecto. Según esta tesis, el principio de proporcionalidad y el de razonabilidad formulan implícitamente una doble pretensión: la pretensión de objetividad moral y la de la

cognoscibilidad de un puñado de verdades morales fundamentales, que reclaman, a su vez, respeto incondicionado.

3. La tercera tesis se refiere al fundamento de uno y otro principio, y se relaciona con la doble pretensión recién mencionada. Se ha propuesto que el reconocimiento de respeto incondicionado o absoluto de los derechos sólo puede hacerse efectivo si los derechos son anclados en un fundamento que posea esas cualidades, y que eso debería conducir al reconocimiento universal de la dignidad de todo ser humano.

EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD EN INTERNET.  
UNA APORTACIÓN A LA LIBERTAD DE  
COMUNICACIÓN EN INTERNET DESDE EL  
PENSAMIENTO DE FRANCISCO DE VITORIA\*

*The net neutrality principle on the internet. A contribution  
to the freedom of communication on the internet  
from the thought of Francisco de Vitoria*

José J. Albert Márquez  
Universidad de Córdoba (España)  
jialmaj@uco.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp71-103](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp71-103)

Recibido: 30.10.2018

Aceptado: 21.11.2018

**Resumen**

La relevancia que hoy día tiene internet para recibir y emitir mensajes hace que cualquier limitación a un régimen que nació bajo el parámetro de la libertad sea vista con preocupación. En la actualidad, se cuestiona que toda la información que transita por la red deba hacerlo a la misma velocidad, y que sean las empresas que realizan el servicio de transporte o los propios gobiernos quienes decidan en qué términos se

---

\* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Albert Márquez, José J. 2018. «El principio de neutralidad en internet. una aportación a la libertad de comunicación en internet desde el pensamiento de Francisco de Vitoria». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 71-103. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp71-103](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp71-103).

Proyecto de Investigación «Administración pública y derechos fundamentales: nuevas perspectivas», DER2015-67695-C2-2-P (MINECO/FEDER).

limita el acceso a internet. En el S. XVI, Francisco de Vitoria argumentaba que existe entre todas las personas un derecho natural a la comunicación en sociedad, principio que hoy día constituiría un serio argumento en favor de la libertad en la red y de la neutralidad de empresas y gobiernos en este punto.

### ***Palabras clave***

Neutralidad en la red; Ius communicationis; Bienes comunes.

### ***Abstract***

The relevance that the Internet has today to receive and issue messages makes that any limitation to a regime that was born under the parameter of freedom be seen with concern. At present, it is questioned that all the information that transits through the network must do so at the same speed, and that it is the companies that carry out the transport service or the governments themselves who decide in what terms access to the Internet is limited. In the sixteenth century, Francisco de Vitoria argued that there is a natural right among all people to communication in society, a principle that today would be a serious argument in favor of freedom in the network and the neutrality of companies and governments in this point.

### ***Keywords***

Net neutrality; Ius communicationis; Commons.

---

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA DENOMINADA «NEUTRALIDAD EN LA RED». 1. *Concepto y planteamiento del problema*. 2. *Ataques al principio de neutralidad. La gestión del tráfico en internet*. III. LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LAS SOLUCIONES NORMATIVAS SOBRE LA NEUTRALIDAD EN LA RED. 1. *Estados Unidos: de la aparente neutralidad a un futuro incierto*. 2. *Unión Europea: el principio general de «neutralidad tecnológica»*. IV. UN POSIBLE ARGUMENTO EN FAVOR DE LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN EN LA RED: EL «IUS COMMUNICATIONIS» DE FRANCISCO DE VITORIA. V. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA. RECURSOS ELECTRÓNICOS.

---

«...comunitatem esse naturalissimam communicationem  
naturae convenientissimam»<sup>1</sup>

Francisco de Vitoria,  
*De potestate civili*, 4

## I. INTRODUCCIÓN

Cuando en los Estados Unidos de Norteamérica a finales de la década de los cincuenta del pasado siglo se ponía en marcha un programa militar destinado a mejorar la tecnología para intentar frenar los avances tecnológicos soviéticos en el marco de la carrera espacial, era sencillamente insospechable el alcance mundial de dicha iniciativa. El proyecto ARPA (Agencia de Proyectos de Investigación Avanzados) logró comunicar entre sí varias computadoras, a las que luego se fueron sumando más y más ordenadores, comenzándose así a configurar la inmensa red que hoy día llamamos genéricamente «internet»<sup>2</sup>.

No obstante, hubo que esperar unas tres décadas para que se creara la «red mundial», es decir, la «*Word Wide Web*», o «www», gracias fundamentalmente al trabajo de un equipo de científicos capitaneado por el ingeniero de computación británico Timothy («Tim») Berners-Lee, a quien se tiene como «padre» de la red. A Berners-Lee y su equipo les cupo el mérito de crear la red tal y como la entendemos hoy día, gracias al desarrollo de la estructura «www», comenzando a principios de la década de los noventa por la implementación del protocolo –por sus siglas en inglés– *http* (*hypertext transfer*

---

<sup>1</sup> «La sociedad es como si dijéramos una natural comunicación, muy conveniente a la naturaleza», Vitoria, Francisco de, *De Potestate Civile*, de la Potestad Civil, en Obras de Francisco Vitoria, Relecciones Teológicas, edición de Teófilo Urdanoz, O.P., (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960), 156.

<sup>2</sup> *Vid.*, Andrew Puddephatt, «Internet y la libertad de expresión», Cuadernos de Discusión de comunicación Información, nº 6 disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002466/246670S.pdf> UNESCO, 2016, último acceso 14 abril 2018.

*protocol*) que permite a las máquinas reconocerse y comunicarse mutuamente (comprende la «sintaxis» y la «semántica» de su lenguaje). Luego se creó el lenguaje HTML (o *HyperText Markup Lenguaje*) o lenguaje de etiquetas de hipertexto para la creación de páginas web, y después el sistema de localización de objetos en la red URL (*Uniform Resource Locator*) que funciona como una cadena de caracteres que permite asignar una dirección única a cada recurso de internet.

Solo con posterioridad a estos desarrollos básicos se produjo el crecimiento exponencial del fenómeno internet, pues dieron pie al desarrollo de navegadores que sobre la base del protocolo «http» popularizaron definitivamente la red. Simplificando mucho, podríamos decir que, a través de la web, y gracias a ciertos protocolos (reglas de lenguaje homogeneizadas), podemos navegar por un nuevo mundo virtual. Como hemos señalado en otra sede «la herramienta “internet”, instalada en cualquier dispositivo al efecto (ordenadores personales, teléfonos, tabletas, navegadores, e incluso relojes de última generación) supone una ventana al mundo, a través de la cual tenemos la posibilidad de ver y de ser vistos»<sup>3</sup>. En suma, coincidimos con Diego Medina cuando escribe, con relación al fenómeno internet, que «puede afirmarse, sin temor a duda, que el hombre, como concepto, nace unido al desarrollo de herramientas y a la capacidad de diseñarlas y usarlas. La técnica, entendida como destreza en el manejo de instrumentos, es uno de los primeros saberes razonados que comienza a desarrollar el ser humano»<sup>4</sup>.

En la práctica, para el usuario común, internet funciona como una inmensa autopista por la que circulan todo tipo de contenidos (información, datos, música, videos, etc.) pero que en sí misma es neutral. Esto es: por definición la red (o las diversas entidades que controlan su funcionamiento) no entra en los contenidos de lo que transporta, del mismo modo que el mar en sí mismo tampoco discrimina entre los distintos tipos de embarcaciones que lo surcan a diario. No se imponen distintas velocidades de navegación en consideración a lo que, en su caso, se pueda pagar de peaje, ni en atención a lo que se transporte en cada caso. Los paquetes de información se entregan y reciben en la red por riguroso orden de llegada o salida, aunque en ocasiones se producen problemas de gestión del tráfico.

En todo caso, resulta fundamental recordar el carácter puramente instrumental de internet. La red de redes no constituye un fin en sí misma, pero

---

<sup>3</sup> José J. Albert Márquez, «Algunas reflexiones sobre el derecho a la intimidad en la red. Especial referencia al llamado «derecho al olvido»». En *Cambios Tecnológicos y Derecho*, ed., por Diego Medina Morales (Córdoba: El Granado Ediciones Digitales, 2015) 19-45, cita a la p. 38.

<sup>4</sup> Diego Medina Morales, introducción a *Cambios Tecnológicos y Derecho*, (Córdoba: El Granado Ediciones Digitales, 2015), VII.

configura un mundo paralelo, con leyes o normas paralelas que traspasan las clásicas categorías de estado-nación, soberanía, o democracia; así lo señaló a finales del siglo pasado Lawrence Lessig, profesor de Derecho de Harvard, cuando sostenía que el código de software y los estándares tecnológicos constituyen de hecho una nueva forma de ley, porque, al igual que las leyes, configuran lo que la gente puede y no puede hacer<sup>5</sup>. Un mundo en el cual no siempre sabemos quién decide qué y según qué procedimientos, y en cual el «ciudadano de la red» ni tan siquiera consiente de forma libre y consciente sobre esas leyes o normas que le son de aplicación.

Un segundo aspecto que subrayar desde este momento es que la red funciona hoy día, en toda su potencialidad y magnitud, precisamente sobre la base de los denominados «bienes comunes digitales»<sup>6</sup>, creados y desarrollados sin ánimo de lucro y con la finalidad de compartir, de comunicar a través de la red.

WordPress, software abierto para la gestión de contenidos (primero se usó para diseñar blogs y luego páginas web), los protocolos de transmisión TCP/IP (familia de protocolos de internet que permite la transmisión de datos entre computadoras), las licencias de bienes *Creative Commons* (que facilitan al autor de una obra permitir al público en general compartir y usar su trabajo creativo) sobre las que se articulan, por ejemplo, Wikipedia, Linux (que debe su nombre precisamente a Linus Torvalds, ingeniero de software finlandés), o una serie de organismos como ICANN (Corporación de Internet para la Asignación de Nombre y Números, ICANN por sus siglas en inglés, que coordina los nombres de todos los dominios de internet), se crearon bajo esta fórmula de «bienes comunes digitales», y constituyen hoy día buena parte de los recursos de los que dispone cualquier usuario de la red<sup>7</sup>.

En el fondo, como observa Escaño, apoyándose en las ideas de John Ryan<sup>8</sup>, en este ámbito se produce un conflicto (que se advierte en el caso de los bienes comunes digitales incluso antes de la creación de internet) entre la fuerza «centrífuga» representada por el tejido digital procomunal, y la

---

<sup>5</sup> Lawrence Lessig, *Código y otras leyes del ciberespacio*. Traducción de José Ernesto Alberola Blázquez (Madrid: Taurus Digital, 2001).

<sup>6</sup> Como señalaron Ostrom y Hess, el estudio de los bienes comunes del conocimiento es reciente, pues se remonta a la década de los noventa del pasado siglo, extendiéndose a los comunes del conocimiento digital desde la eclosión del fenómeno *www*. *Vid.*, Charlotte Hess y Elinor Ostrom (Eds.) *Understanding Knowledge as a Commons*, (Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2007).

<sup>7</sup> *Vid.*, Rebecca Mackinnon, *No si nuestro consentimiento. La lucha mundial por la libertad en internet*. Traducción de Javier San Julián (Barcelona: Ediciones Deusto, 2012), 52-54.

<sup>8</sup> *Vid.*, Johnny Ryan, *A history of the Internet and the digital future* (Chicago: The University of Chicago Press, 2010).

«centrípetas» que se encarna en «la capitalización cognitiva, la cual opera en el presente de nuestra sociedad red privando al futuro de una experiencia epistemológica que pertenece a todo el conjunto de la sociedad»<sup>9</sup>. Ello tiene por consecuencia que por parte de determinados poderes se tienda hacia el «cercamiento del conocimiento», los cercamientos digitales de los bienes comunes<sup>10</sup>.

En cualquier caso, a nuestro juicio, la libertad de comunicación de ideas, el compartir, fueron la clave de la creación de internet tal y como la conocemos, y constituyen, por así decirlo, sus señas de identidad. Sostiene Rebecca MacKinnon que «los bienes comunes digitales son el equivalente virtual de la sociedad civil de Tocqueville, a través de los cuales los ciudadanos pueden movilizarse para expresar sus intereses y proteger sus derechos»<sup>11</sup>. Como escribe Enrique Dans «la red no discrimina absolutamente nada con respecto a los contenidos: trata exactamente igual lo escrito por un particular que la creación de una gran empresa. Ambos son paquetes de bits, y ambos circulan por la red con los mismos privilegios. La neutralidad es una característica definitoria y fundacional de la red. Internet es por naturaleza abierto y libre, y lo es para todos, porque estableció sus características en torno a un protocolo que consagraba la más absoluta y radical neutralidad, y que tiene como norma de identidad transmitir ciegamente un mensaje entre un origen y un destino»<sup>12</sup>.

Así, el fenómeno internet encaja plenamente, en el sentido que acabamos de apuntar considerado como medio de comunicación y transmisión de todo tipo de contenidos, en lo dispuesto (muchos años antes de que internet existiera) en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: «Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar

<sup>9</sup> Carlos Escaño, «Bienes Comunes del Conocimiento: Una propuesta de desarrollo histórico del procomún digital», *Opción, Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, Año 33, n.º 82 (2017): 239-262. La cita es a la página 259.

<sup>10</sup> Escaño González, «Bienes Comunes del Conocimiento: Una propuesta de desarrollo histórico del procomún digital», 246. Escribe Carlos Escaño, que «hoy se ha desarrollado un aparato jurídico-legal que fortalece el ejercicio privatizador de bienes comunes inmateriales por parte de (...) señores de corporaciones «feudales» del conocimiento, es decir, con contratos que hacen de la acción intelectual un bien exclusivo, cosificándola y extendiendo una estructura de acuerdos internacionales multilaterales para el aprovechamiento de tales tierras digitales comunales», 246-247.

<sup>11</sup> Mackinnon, *No sin nuestro consentimiento...*, 51.

<sup>12</sup> Enrique Dans, *Todo va a cambiar*. (Edición social), Cap. V, Introducción a la red. La neutralidad de la red. Disponible en <https://www.todoaacambiar.com/capitulo-5-introduccion-a-la-red-la-neutralidad-de-la-red>, último acceso 23 de mayo 2018.

y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión».

Al menos por el momento.

## II. LA DENOMINADA «NEUTRALIDAD EN LA RED»

### 1. *Concepto y planteamiento del problema*

En términos muy generales, se puede definir la neutralidad en la red como el hecho de dar el mismo trato a todo el tráfico que circula por la red. Esta idea central implica que no se puede bloquear, retrasar o posponer el acceso a determinados destinos en la red, o a determinadas aplicaciones. El principio opera también justo en la otra dirección: no se podría priorizar o favorecer de algún modo el acceso a algún determinado proveedor de contenidos o servicios, o a alguna aplicación. Así se asegura que, desde un inicio, todos los proveedores de servicios parten de la misma posición para ofrecer sus servicios a los potenciales clientes, los internautas. Básicamente, como hemos señalado con anterioridad, así es como ha funcionado internet desde su creación.

En el ámbito jurídico-político de la Unión Europea, el BEREC (Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones electrónicas, BEREC por sus siglas en inglés) ofrece una definición<sup>13</sup> (más bien descriptiva) del principio de neutralidad en la red: «todo el tráfico que circula por una red es tratado de forma igual, independientemente del contenido, la aplicación, el servicio, el dispositivo o la dirección del que lo envía o recibe». Se trata, como se puede apreciar a primera vista, de una definición amplia, al incluir de una parte aplicaciones, servicios y contenidos; de otra, cualquier tipo de dispositivo (esto es, incluye los teléfonos móviles y sus sucesores, los teléfonos inteligentes o «smartphones», o las «tablets», y no solo los ordenadores fijos o móviles) y por último, es bidireccional o recíproca, pues opera tanto en un sentido (del usuario al proveedor) como en el otro (del proveedor al usuario).

Sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto que el concepto de neutralidad en la red está lejos de ser pacífico entre la doctrina. Como es sabido, la expresión *net neutrality* (neutralidad de la red) fue usada por primera vez en 2003 por el profesor de Derecho de la Universidad de Columbia Tim Wu, en

---

<sup>13</sup> Accesible a través de <https://blog.cnmc.es/2016/06/06/el-berec-y-la-neutralidad-de-la-red/> último acceso 25 de junio 2018. Las *guidelines* que el BEREC publicó en junio de 2016 están disponibles en [https://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/public\\_consultations/6075-draft-berec-guidelines-on-implementation-by-national-regulators-european-net-neutrality-rules](https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/public_consultations/6075-draft-berec-guidelines-on-implementation-by-national-regulators-european-net-neutrality-rules), último acceso 29 de noviembre 2017.

el ensayo titulado *Network neutrality, broadband discrimination*<sup>14</sup>, cuando a finales de los noventa del pasado siglo se comenzó a debatir, en Estados Unidos, sobre la gestión del tráfico de datos y de la calidad del servicio en internet (QoS, *Quality of Service*) con relación a la televisión por cable, cuyo modelo cerrado se temía que conquistase el internet abierto<sup>15</sup>. Wu no ofrece una definición precisa de neutralidad en la red, pero indica algunos de los elementos que la componen, como la promoción de la innovación en manos de los usuarios y su regulación como una norma de no discriminación<sup>16</sup>. Como precisa Castañeda Sabido<sup>17</sup>, Wu establece como neutralidad de red el derecho general del usuario a la utilización irrestricta de la red. En este sentido, ni la autoridad regulatoria ni el proveedor de servicios pueden restringir el uso de la red siempre y cuando dicho uso no sea ilegal o dañe la red.

Nicholas Economides<sup>18</sup>, por su parte, plantea la neutralidad de la red como un esquema en el que no se discrimina en el precio (o de alguna otra forma) entre paquetes (o bits), ni en la identidad del generador de contenidos o del usuario. La diferencia entre ambos autores es que Wu permite la discriminación de precios (se entiende establecida por los proveedores de acceso a internet, implantando así una «doble velocidad» en la red según los usuarios accedan a pagar o no) pues no establece restricciones en cuanto a esta cuestión. Las diferentes definiciones, advierte Castañeda, tienen distintos alcances: la definición de Economides asume implícitamente una arquitectura abierta y no propietaria de los protocolos y establece explícitamente la prohibición de discriminar en precios sobre la base del tipo de contenido o el proveedor o usuario al que va destinado el contenido. No prohíbe, sin

<sup>14</sup> Tim Wu, «Network neutrality, broadband discrimination», *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Colorado, v.1, n° 2, (2003): 141-149.

<sup>15</sup> Christopher T. Mardsen, «Neutralidad de la Red: Historia, regulación y futuro», «VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet» [monográfico en línea]. En IDP, *Revista de Internet, Derecho y Política*, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, número 13, (febrero 2012): 24-42, cita a la p. 26. Disponible en [http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-marsden\\_esp/n13-marsden\\_esp](http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-marsden_esp/n13-marsden_esp), última consulta 28 agosto 2018

<sup>16</sup> Bernadette Califano, «Políticas de internet: la neutralidad de la red y los desafíos para su regulación», *Revista Eptic Online*, Vol. 15, n°3, sept-diez, (2013): 19-37, la cita es a la p. 21. Disponible en <http://e-tcs.org/wp-content/uploads/2017/03/Califano-2013-Pol%C3%ADticas-de-Internet-la-neutralidad-de-la-red-y-los-desaf%C3%ADos-para-su-regulaci%C3%B3n.pdf>, última consulta 29 de agosto de 2018.

<sup>17</sup> Alejandro Castañeda Sabido, «Análisis de la literatura teórica sobre neutralidad de red y sugerencias de política», *EconoQuantum*, Zapopan, v. 6, n°1, (enero 2009): 31-57. Disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-22009000200003&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-22009000200003&lng=es&nrm=iso), accedido el 2 de septiembre de 2018.

<sup>18</sup> Nicholas Economides y Joacim Tåg, «Net Neutrality on the Internet: A Two-Sided Market Analysis», *Information Economics and Policy*, n° 24 (2012): 91-104.

embargo, la integración vertical<sup>19</sup>. La definición de Wu no prohíbe la integración vertical y también asume implícitamente una arquitectura abierta de la red, aunque sí permite la discriminación de precios. Para Wu, las prácticas excluyentes quedarían controladas por la legislación antitrust. Economides, sin embargo, aboga abiertamente por una legislación explícita de neutralidad de red, ya que considera que la legislación antitrust tardaría mucho tiempo en surtir efecto, pues implicaría la resolución de largos litigios<sup>20</sup>.

Quizá por ello entre la doctrina española Rodríguez Prieto ha llamado la atención sobre el concepto de «imparcialidad» en la red frente al de «neutralidad»<sup>21</sup>. Calificar la red como imparcial, escribe, «en vez del comúnmente utilizado, neutral, es distinto. La neutralidad tan solo resuelve una parte del problema. La no interferencia de proveedores de acceso a la Red en el tráfico de esta y en las posibilidades del usuario de acceder a diferentes operadores de contenido. Pero deja desatendido el problema de la concentración de la propiedad en la Red, y por tanto el abuso de posición dominante, la mercantilización de los datos de los ciudadanos o el control sobre los mismos»<sup>22</sup>.

En suma, se puede afirmar que en términos generales hay dos posturas opuestas al respecto del tratamiento normativo del principio de neutralidad en la red<sup>23</sup>. De una parte, la de quienes sostienen que es preciso regular de forma legal el principio de neutralidad en la red, pues el no hacerlo conllevaría (dada la situación de preponderancia en que se encuentran normalmente en el mercado las empresas proveedoras de acceso a la red) una seria amenaza a la libertad de expresión (entre otros muchos derechos) de los usuarios de internet. Por otra parte, los que se oponen a la regulación legal (fundamentalmente las empresas de telecomunicaciones que gestionan el tráfico en la red y son propietarias de las costosas infraestructuras necesarias para ello), alegan que la normativa en este ámbito detendría las inversiones de los proveedores de acceso e impediría la innovación y la reinversión en el sector.

---

<sup>19</sup> Es decir, en la práctica, la posibilidad de que los ISP (proveedores de acceso a internet u operadores de red) y los proveedores de contenidos, servicios o aplicaciones, estén participados o controlados por una misma empresa.

<sup>20</sup> Castañeda, «Análisis de la literatura teórica sobre neutralidad de red y sugerencias de política», 38.

<sup>21</sup> Rafael Rodríguez Prieto, «De la «neutralidad» a la «imparcialidad» en la red. Un análisis crítico de la política de la UE sobre internet y algunas propuestas de mejora», Cuadernos Europeos de Deusto, Núm. 57 (2017): 217-246. Disponible en <http://ced.revistas.deusto.es>, último acceso 20 de agosto 2018.

<sup>22</sup> Rodríguez Prieto, «De la «neutralidad» a la «imparcialidad» en la red. Un análisis crítico de la política de la UE sobre internet y algunas propuestas de mejora», 242.

<sup>23</sup> Califano, «Políticas de internet: la neutralidad de la red y los desafíos para su regulación», 22.

La primera postura, es la que Wu califica como *openist*, y reivindica el paradigma de «extremo a extremo» (*end to end*, «e2e») como antecedente del principio de neutralidad. Es el principio en que se basó internet en sus orígenes, como puso de manifiesto Lawrence Lessig<sup>24</sup>.

La segunda postura, que se conoce como *desregulationist*<sup>25</sup>, esgrime que las empresas solo invertirán en las redes de comunicaciones si pueden esperar beneficios razonables a su inversión. Las principales impulsoras de esta idea son, precisamente, las grandes empresas de telecomunicaciones propietarias de los ISP (Proveedores de Servicios de Internet) y que aspiran a controlar también (en una suerte de integración vertical «hacia atrás») la propiedad de los proveedores de contenidos, servicios o aplicaciones. Desde estos sectores se llega a calificar el debate sobre la neutralidad de red como «interesado sobre los derechos de los usuarios»<sup>26</sup> ya que los derechos de los usuarios, se sostiene, no pueden ponerse en cuestión por las operadoras, pues esto iría contra su propio interés de negocio. Palazuelos y Herrera escriben al respecto que «por esto mismo es un debate carente de sentido: los operadores seguirán facilitando el acceso el acceso a todo tipo de información y servicios a sus usuarios (...). Los operadores de telecomunicaciones, entre ellos Telefónica, están a favor de la neutralidad de red, que defenderán con tanto o más ahínco que sus clientes»<sup>27</sup>.

Obviamente, las implicaciones del principio de neutralidad son globales y transversales: afecta a la libertad de expresión, de información, de participación política, a la libre competencia en el mercado, al concepto de red abierta, al de brecha digital... Y desde otro punto de vista implica multimillonarios intereses económicos transnacionales de grandes grupos de empresas<sup>28</sup>.

Así, el protagonismo de esta problemática está dominado (en el contexto emisor-mensaje-receptor, o «*end to end*», esto es «e2e») por las empresas

---

<sup>24</sup> Lawrence Lessig, *Future of Ideas: the fate of the commons in a connected world* (New York: Random House, 2001). Disponible en <http://www.the-future-of-ideas.com/download/>, último acceso 19 de septiembre de 2018.

<sup>25</sup> Ambas calificaciones, en Tim Wu, «The Broadband debate, a user's guide», *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Colorado, v. 3, n° 69 (2003): 69-96.

<sup>26</sup> María del Mar Palazuelos y Fernando Herrera, «La neutralidad de red. Un debate interesado sobre los derechos de los usuarios», *Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación)*, Fundación Telefónica, Madrid, n° 82 (marzo 2010): 1-12.

<sup>27</sup> Palazuelos y Herrera, «La neutralidad de red. Un debate interesado sobre los derechos de los usuarios», 11.

<sup>28</sup> Con carácter general, y referido al impacto de las nuevas tecnologías en la información, y sobre todo en la economía, es necesario citar la extensa obra de Manuel Castells, particularmente el vol. I, de *La Era de la Información: economía, sociedad y cultura. La sociedad red* (Madrid, Alianza Editorial, 2000).

proveedoras de servicios, aplicaciones y contenidos de internet (por ejemplo Google, Youtube, Yahoo, Netflix, WhatsApp, etc.) que son las «generadoras» de la información o mensajes; por las operadoras de red o proveedores de acceso a internet (ISP por sus siglas en inglés, que son normalmente empresas de telecomunicaciones encargadas de hacer llegar el mensaje al receptor, de «transportar los paquetes de bits», por ejemplo Movistar, Orange, Jazztel, Ono, Vodafone, Telecable, etc.) y, por último, por los usuarios finales o consumidores de servicios. En paralelo, habría que tener también en cuenta las diversas autoridades gubernamentales (generalmente de carácter administrativo) tanto a nivel nacional o supranacional. Cada uno de estos actores (gobiernos, proveedores de servicios, ISP, usuarios) trata de imponer sus intereses en una dinámica que propicia, además, variables alianzas entre unos u otros, y en la que ninguno de ellos es sincero siempre y en todo momento. La neutralidad en la red, tal y como la entendemos en este documento, se refiere pues al debate sobre la forma, términos y condiciones en que los proveedores de servicios de internet gestionan el tráfico en sus redes o cuando se intercambia tráfico entre los usuarios finales.

En la práctica, como Rebecca MacKinnon sostiene, siguiendo a Lessig, las empresas de internet y de telecomunicaciones crean códigos informáticos que funcionan de hecho como una ley, como una norma, de modo que configuran qué es lo que la gente puede hacer y, a veces, censuran directamente lo que se puede ver. En ocasiones, el código informático está escrito para cumplir con las exigencias del gobierno, como en el caso chino. En otros casos, el gobierno usa el código legislativo, la ley, para forzar la evolución del código informático en una dirección u otra. A veces, estas leyes reflejan el «consentimiento de los gobernados» y otras veces no. Pero en todo caso, el código legislativo no cubre la mayoría de los aspectos del código informático. Por otra parte, ni los ciudadanos ni las empresas están interesados en una micro gestión excesiva del código informático desde un punto de vista normativo (en cuyo caso la innovación sería imposible). Así, la mayoría de las veces las empresas aplican sus propios criterios basándose fundamentalmente en factores comerciales. Desafortunadamente, el impacto de estas decisiones en la capacidad de los consumidores para ejercer sus derechos políticos y libertades es, en el mejor de los casos, algo secundario, si es que la cuestión llega a plantearse<sup>29</sup>.

En suma, una red neutral implica un acceso en idénticas condiciones para todos los usuarios, independientemente del poder económico de los agentes vinculados. El concepto de neutralidad situaría así a internet al nivel de servicios tan básicos como el agua: al abrir el grifo, el recurso llega igual para

<sup>29</sup> Mackinnon, No sin mi consentimiento...,168.

todos sin discriminaciones<sup>30</sup>. Si internet dejara de ser neutral, como plantean algunas operadoras, el usuario tendría un acceso mucho más rápido o lento a los contenidos que busca en la red, dependiendo de si las empresas que ofrecen los mismos hubieran pagado o no un canon por ellos.

## 2. Ataques al principio de neutralidad. La gestión del tráfico en internet

Como hemos observado, internet comenzó a expandirse mundialmente bajo el paradigma de la comunicación «*end to end*» («e2e», de extremo a extremo), basado en las ventajas de una red abierta, pero que en ocasiones ofrecía, apunta Marsden, «las desventajas de la congestión, de la fluctuación y, en último término, una tasa decreciente de progreso para las aplicaciones finales de gama alta, como el vídeo de alta definición»<sup>31</sup>. Efectivamente, es un hecho notorio que en momentos puntuales la red sufre problemas de «congestión» o «saturación», como ocurre en las vías de entrada o salida de las grandes ciudades en determinados periodos. El problema, según algunos, se hace más grave en la «última milla», es decir, en la entrega del paquete de datos al usuario final. Es en este momento donde surge el estrangulamiento de la red que, para algunos sectores, requiere la renovación del viejo protocolo http por otros nuevos. Parece lógico entonces priorizar ciertos contenidos o servicios como las emergencias médicas, o de seguridad.

Parte del problema comienza cuando los avances tecnológicos permiten a los ISP conocer el contenido del paquete de datos que transmiten, lo que no ocurría con anterioridad. Esto es posible gracias a la técnica denominada «inspección profunda de paquetes» (*deep packet inspection*, DPI). Como indica Marsden «los ISP no solo eliminan mensajes basura y otros materiales peligrosos antes de que lleguen a los subscriptores (que son técnicamente legos), también pueden eliminar otros materiales potencialmente ilegales en interés de los gobiernos y los titulares de derechos de autor, por nombrar a dos de los censores más activos en internet, así como priorizar paquetes en beneficio propio. En consecuencia, el principio e2e se vería amenazado, si no estuviera ya moribundo»<sup>32</sup>. Por eso, argumenta el citado autor, la neutralidad

---

<sup>30</sup> Así se expresaba Víctor Salgado, responsable del despacho Pintos y Salgado Abogados, disponible en [https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2015-02-28/asi-te-habria-afectado-perder-la-neutralidad-de-la-red\\_719757/](https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2015-02-28/asi-te-habria-afectado-perder-la-neutralidad-de-la-red_719757/), último acceso 7 de enero 2018. Podría ocurrir que un navegador, tipo Google o Bing, o cualquier otro, suministrara muy lentamente ciertos contenidos simplemente porque la empresa vinculada a los resultados buscados no hubiera contribuido con ese canon a las operadoras, o que las noticias de un diario se agilizaran al ser publicadas en el buscador, por haber pagado previamente por ello.

<sup>31</sup> Marsden, «Neutralidad de la Red: Historia, regulación y futuro», 27.

<sup>32</sup> Marsden, «Neutralidad de la Red: Historia, regulación y futuro», 25.

de la red es un tema políticamente más importante de lo que las autoridades de regulación de telecomunicaciones están preparadas o legalmente obligadas a examinar, ya que están en juego tecnologías de censura<sup>33</sup>. Como apunta Ramírez Morán «si las cuestiones relacionadas con la neutralidad se limitaran a factores técnicos, tecnológicos, de transparencia y de políticas de priorización de tráfico, sería un asunto circunscrito a la regulación del funcionamiento de las operadoras y los proveedores de servicios»<sup>34</sup>.

En un mundo globalizado, el problema se agudiza en dictaduras, países autoritarios y democracias en vías de consolidación, donde la red, por definición, no es neutral. Los ataques a la neutralidad de la red adoptan, en consecuencia, diversas formas y grados de intensidad. Desde la censura directa de contenidos o de acceso a determinadas páginas webs, hasta otros más sutiles, como las llamadas ofertas de «zero rating», que permiten seguir navegando gratis por la red, pero solo para acceder a determinados servicios (normalmente, de proveedores de contenidos que han pagado al efecto al proveedor de acceso a la red). Como indica Mackinnon, los ciudadanos son, por tanto, susceptibles de ser víctimas de abusos en sus derechos de expresión o reunión, no solo por parte del gobierno, sino también por actores privados<sup>35</sup>.

La panoplia de situaciones concretas es tremendamente variada. En China (mercado que Apple se vio obligada a abandonar por las censuras impuestas por el gobierno) donde existen buscadores propios, como Baidu y redes sociales chinas, el mercado de las telecomunicaciones funciona bajo un régimen de requerimiento de autocensura corporativa que se aplica a todas las páginas webs chinas y que paradójicamente es compatible, según el propio gobierno chino, con la «democracia en internet»<sup>36</sup> al estilo chino. Min Jian califica la situación como de «deliberación autoritaria»<sup>37</sup>, en el sentido de que, en China, es el estado quien establece los límites del discurso político.

En Rusia, (también con su internet en lengua rusa «Runet» y motor de búsqueda autóctono «Yandex») el gobierno no filtra directamente internet como lo hace China, pero los usuarios de la red sufren restricciones y son manipulados con una amplia variedad de lo que los investigadores de la *Open Net Initiative*, señala Mackinnon, llaman «controles de internet de tercera

<sup>33</sup> Marsden, «Neutralidad de la Red: Historia, regulación y futuro», 33.

<sup>34</sup> David Ramírez Morán, «Luces y sombras de la neutralidad en la red». *Ieee.es Instituto Español de Análisis Estratégicos*, Documento de Análisis 15/2015, 11 de marzo de 2015, disponible en <http://www.ieee.es/temas/ciberseguridad/2015/DIEEEA15-2015.html>, último acceso 24 de octubre 2017.

<sup>35</sup> Mackinnon, No sin mi consentimiento..., 172 y ss.

<sup>36</sup> Mackinnon, No sin mi consentimiento..., 83.

<sup>37</sup> Min Jiang, «Authoritarian Deliberation on Chinese Internet», *Electronic Journal of Communication*, 20, (2010), disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1439354](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1439354), último acceso 3 de octubre de 2018

generación», que incluyen el control, los ciberataques, y la manipulación proactiva del discurso público on line<sup>38</sup>.

La situación dista igualmente de ser deseable en el mundo islámico. Según Howard, citado por Mackinnon, la manera en que los gobiernos gestionan las tecnologías de internet y telefonía tiene gran impacto en las posibilidades de que se produzcan cambios políticos<sup>39</sup>, pero lo cierto es que en Irán se bloquean millones de páginas webs<sup>40</sup>, o que los gobiernos censuraron abiertamente la red durante la «primavera árabe»<sup>41</sup>, o que la falta de neutralidad también incide gravemente en el uso del teléfono móvil o inteligente (*smartphone*) pues además estos dispositivos están mucho más ligados a un usuario específico que un ordenador. Las empresas de telefonía móvil, que funcionan como proveedores de servicios de internet en muchos países, pueden identificar sin problema al usuario del teléfono a través de su IMEI (número de identificación de equipo internacional móvil, por sus siglas en inglés) o su número de tarjeta SIM o del propio número de teléfono. Un recurso peligroso en manos de un estado no democrático.

### III. LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LAS SOLUCIONES NORMATIVAS SOBRE LA NEUTRALIDAD EN LA RED

Frente a esta diversidad de situaciones, nos centraremos ahora en los dos principales modelos de soluciones normativas<sup>42</sup> que se han dado a esta problemática, las que provienen de los Estados Unidos y de la Unión Europea, sin que se trate ni mucho menos, de un debate cerrado, sobre todo en Estados Unidos. Ambos sistemas representan dos modelos teóricos de abordar normativamente la cuestión, y provienen de sociedades democráticas donde

<sup>38</sup> Mackinnon, No sin mi consentimiento..., 113.

<sup>39</sup> *Apud*, Mackinnon, No sin mi consentimiento..., 96. *Vid.*, Philip M. Howard, *The Digital Origins of Dictatorship and Democracy: Information Technology and Political Islam* (Nueva York: Oxford University Press, 2010): 10 y ss.

<sup>40</sup> *Vid.*, v. gr., [https://elpais.com/tecnologia/2012/02/10/actualidad/1328873270\\_653423.html](https://elpais.com/tecnologia/2012/02/10/actualidad/1328873270_653423.html), último acceso 26 de septiembre de 2017.

<sup>41</sup> *Vid.*, v. gr., Juan Antonio Cordero Fuentes, «Los regímenes árabes contra Internet durante la «primavera árabe»: los casos de Egipto, Libia y Siria», en *Seguridad y conflictos: una perspectiva multidisciplinar*, coord. por Miguel Requena y Díez de Revenga (Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2012), 367-404.

<sup>42</sup> Lo cierto es que el primer país del mundo en promulgar una normativa específica sobre neutralidad de la red fue Chile, que consagra el principio de neutralidad en la ley N° 20453, de 26 de agosto de 2010. Poco después, Holanda hizo lo propio, y en sentido análogo. Canadá, por ejemplo, ha carecido durante mucho tiempo de normativa específica al efecto, si bien desde 2008 la Comisión Canadiense de Radiodifusión y Telecomunicaciones, CRTC, se ocupa de velar por el principio de neutralidad.

existe un notable nivel de respeto de los derechos humanos; la cuestión (irresoluble por el momento) es determinar si finalmente se impondrá a nivel global un modelo u otro.

### 1. *Estados Unidos: de la aparente neutralidad a un futuro incierto*

En los Estados Unidos de Norteamérica el debate sobre la gestión del tráfico de datos en internet constituye actualmente casi una cuestión de Estado<sup>43</sup>. Muy apretadamente, podemos resumir que en el año 2007 el entonces candidato a la presidencia del país, Barak Obama se posicionó expresamente a favor de la neutralidad de la red en un debate en la Universidad de Coe (Iowa)<sup>44</sup>. Siendo ya presidente, en 2009, la todopoderosa Comisión Federal de Comunicaciones, FCC (*Federal Communications Commission*) dictó reglas que obligaban a los ISP a aplicar el principio de neutralidad en la red. A consecuencia de ello Comcast (uno de los mayores proveedores de internet por cable) demandó judicialmente la situación, al alegar, básicamente, que la FCC carecía de competencia para obligar a la compañía a gestionar su tráfico de datos de un modo determinado. En 2010, la Corte Federal falló a favor de Comcast, al tiempo que la FCC publicó un documento<sup>45</sup> en el que se resumen las bases de la protección de una red abierta:

**Transparencia:** Los proveedores de banda ancha deberán de informar sobre sus prácticas de gestión de red y sobre los términos comerciales de sus servicios.

**No bloqueos:** Los proveedores de banda ancha no pueden bloquear contenidos reconocidos como legítimos, aplicaciones, servicios o dispositivos no perjudiciales.

**No discriminación sin motivos:** los proveedores de banda ancha no podrán discriminar sin razón las transmisiones de red legales<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> De hecho, la legislación proneutralidad la impulsó George W. Bush y la reforzó Obama. En contra, Ramírez Morán, para quien «si bien Estados Unidos se ha centrado en la componente más tecnológica del servicio, en la Unión Europea se han incluido otros factores indirectamente relacionados», «Luces y sombras de la neutralidad en la red», 12.

<sup>44</sup> *Vid.*, Anne Broache, Obama pledges net neutrality laws if elected president. Disponible en <https://www.cnet.com/news/obama-pledges-net-neutrality-laws-if-elected-president/>, Octubre 2007, última consulta 11 de setiembre 2017.

<sup>45</sup> FCC. «In the matter of preserving the open internet broadband industry practice», disponible en [http://transition.fcc.gov/Daily\\_Releases/Daily\\_Business/2010/db1223/FCC-10-201A1.pdf](http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2010/db1223/FCC-10-201A1.pdf), Setiembre 2011, última consulta 27 de agosto 2018.

<sup>46</sup> *Vid.*, José Luis Martínez Sugasti, «Neutralidad de la Red», disponible en [http://jeuazarru.com/wp-content/uploads/2014/10/Neutralidad\\_de\\_red.pdf](http://jeuazarru.com/wp-content/uploads/2014/10/Neutralidad_de_red.pdf), última consulta 3 de setiembre 2018.

En 2015, la FCC (presidida entonces por Tom Wheeler) estableció que los ISP no podrán tomar medidas que interfieran de modo poco razonable o que perjudiquen a los consumidores o a las empresas dueñas de las aplicaciones<sup>47</sup>. Como mucho, podrían frenar los servicios solo con objetivos de «gestión razonable de la red», pero nunca por motivos comerciales. Sin embargo, en abril de 2017, el nuevo presidente de la FCC, Ajit Pai, explicó que internet de alta velocidad no debía de ser tratado como un servicio público sujeto a unas reglas estrictas como hasta ahora<sup>48</sup>. Debe de ser el propio sector el que se autorregule según sus necesidades, pues en el fondo se estima que la neutralidad de la red no es buena para los negocios. Si la neutralidad es vencida en Estados Unidos, Mackinnon sostiene que además de la reducción de opciones donde elegir para el usuario, también existe la pregunta de si estas políticas dirigirán al discurso político y al activismo hacia un puñado de grandes<sup>49</sup> medios sociales comerciales, cuyos servicios probablemente serán escogidos a medida que los servicios favorecidos y gratuitos se dirigirán a los consumidores de bajo nivel adquisitivo<sup>50</sup>. La base del sistema en Estados Unidos era, pues, la consideración de internet como un «servicio público», naturaleza jurídica que le fue retirada<sup>51</sup> el pasado 14 de diciembre de 2017, bajo el ejecutivo de Donald Trump. La cuestión estribaba en la reclasificación de los

<sup>47</sup> *Vid.*, <https://www.fcc.gov/restoring-internet-freedom>, último acceso 10 de octubre de 2018.

<sup>48</sup> Información disponible en <https://www.adslzone.net/2017/04/27/estados-unidos-acabara-con-la-neutralidad-de-la-red-y-permitira-un-internet-de-dos-velocidades/>, última consulta 22 de septiembre 2018.

<sup>49</sup> Información ofrecida por el diario español El País, edición de 15 de diciembre de 2017, disponible en edición digital [https://elpais.com/internacional/2017/12/14/estados-unidos/1513217068\\_301815.html](https://elpais.com/internacional/2017/12/14/estados-unidos/1513217068_301815.html), último acceso 12 de septiembre de 2018. Como informa Jan Martínez Ahrens, quien firma la noticia, «derribado este blindaje, otra etapa evolutiva da comienzo. El operador, que hasta ahora no podía interferir en el tráfico de su autopista, ya puede crear carriles rápidos, lentos o directamente denegar la entrada. Aunque los proveedores no han hecho públicos sus planes, se abre la puerta a que negocien acuerdos con portales, a que puedan ofrecer paquetes de servicios de internet parecidos a los de las televisiones por cable, y que, a la postre, doten de mayor velocidad a sus asociados en detrimento de los que no. E incluso, según los expertos, que bloqueen a quienes compitan con sus ofertas. El caleidoscopio de escenarios es casi inagotable, pero se resume en la posibilidad de escalas de servicio y, por tanto, precios distintos para el usuario y también para las grandes compañías. Este último punto es especialmente delicado. Una queja antigua de los operadores es el gasto generado por los portales más grandes, cuyo uso masivo de datos acapara el ancho de banda. Esto puede dar pie a tarifas especiales, algo asumible posiblemente por Google, Amazon o Facebook, pero oneroso para nuevas empresas o aquellas en situaciones financieras precarias».

<sup>50</sup> Mackinnon, No sin mi consentimiento ..., 180.

<sup>51</sup> <https://www.france24.com/es/20180612-estados-unidos-fin-neutralidad-internet>, último acceso 22 de septiembre de 2018.

ISP de banda ancha como servicios de información (*information services*), habiendo sido estos considerados hasta entonces *common carriers services* o servicios de transporte común sujetos a la *Communications Act* de 1934. La nueva regulación entró en vigor en junio de 2018, y en palabras del Sr. Pai «ahora, el 11 de junio, estas innecesarias y dañinas regulaciones de Internet serán derogadas y el enfoque bipartidista que funcionó en el mundo en línea durante 20 años será reestablecido»<sup>52</sup>. En la misma línea, «La retirada de la neutralidad supondrá restaurar la libertad, volver a un Internet mejor y más barato. Seguirá habiendo protección para el consumidor y su acceso no se verá limitado. Pero no es nuestro trabajo decidir quién gana y quién pierde en la economía de Internet. El gobierno dejará de regular sobre cómo los proveedores deben manejarse, y estos tendrán incentivos para afrontar la próxima generación de redes y servicios», dijo Pai.

## 2. Unión Europea: el principio general de «neutralidad tecnológica»

La solución normativa europea al problema de la neutralidad de la red pasa actualmente por el Reglamento 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015<sup>53</sup>, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta. En términos muy generales, se puede afirmar que la Unión Europea ha consagrado un principio básico en esta materia: todos podemos comunicarnos con todos de la misma forma, sin discriminación alguna. Este es el principio general que inspira el Reglamento, seguido de una serie de excepciones (por concreción o determinación de este principio) basadas a nuestro juicio en el sentido común, y delegando las cuestiones hermenéuticas y de aplicación de la norma bien en el BEREC o en las respectivas autoridades nacionales. De hecho, en agosto de 2016 el propio BEREC publicó unas «*guidelines*» para orientar la implementación de la normativa comunitaria por parte de las autoridades nacionales<sup>54</sup>.

Así, en su Considerando 1º, el citado Reglamento establece que tiene por objeto «establecer normas comunes destinadas a garantizar un trato equitativo

<sup>52</sup> Información del Diario El Comercio, edición digital del diario matutino ecuatoriano disponible en <https://www.elcomercio.com/afull/neutralidaddelared-estadosunidos-internet-tecnologia-paraquecaches.html>, último acceso 11 de septiembre de 2018.

<sup>53</sup> El origen más próximo de esta regulación se encuentra en el Paquete de Reformas de Telecomunicaciones que aprobó el Parlamento Europeo en noviembre de 2009. Allí se reconocía el acceso a internet como un derecho fundamental del ciudadano. Es cierto que en mayo de 2001 el Presidente Sarkozy se mostró favorable a la regulación de internet, un mes antes de que Holanda aprobara legalmente la neutralidad de red. El Reglamento está disponible en <https://www.boe.es/doue/2015/310/L00001-00018.pdf>

<sup>54</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2120&from=EN>, último acceso 7 de octubre 2018.

y no discriminatorio del tráfico en la prestación de servicios de acceso a internet y a salvaguardar los derechos de los usuarios finales». Y en su Considerando 2º afirma que «las medidas previstas en el presente Reglamento respetan el principio de neutralidad tecnológica, es decir, no imponen el uso de ningún tipo particular de tecnología ni discriminan a su favor»<sup>55</sup>.

El Reglamento de la UE opta, a nuestro juicio, por un modelo de internet fundamentalmente abierto, neutral y gratuito, de modo que los ISP no pueden gestionar el tráfico en sus redes para favorecer ciertos servicios («gestión razonable del tráfico»); priorizar ciertos servicios por una supuesta congestión en sus redes («gestión excepcional del tráfico por congestión»); ofrecer un acceso privilegiado a «servicios especializados» al mismo tiempo que servicios de acceso a internet para eludir las reglas que garantizan la neutralidad de la red, ni dar acceso a algunos servicios de forma gratuita, injusta y anti-competitiva a la vez que cobran una tarifa a los clientes para descargar otros servicios<sup>56</sup> (*zero rating*). Las excepciones al régimen general serían aquellas cuya finalidad fuera la gestión del tráfico para cumplir con un requerimiento legal, para asegurar la integridad y seguridad de la red y para gestionar el acceso y/o congestión de categorías de tráfico equivalentes (esto es, que en ciertos casos unos servicios pueden tener «prioridad» respecto a otros)<sup>57</sup>.

El Reglamento, no obstante, indica Joe MacNamee, director de *European Digital Rights*, deja a las autoridades reguladoras la elaboración de una interpretación de la legislación que preservase un internet libre y abierto. Las grandes empresas de telecomunicaciones ya están presionando para que estas nuevas reglas se cambien, argumentando que este marco legal evitará el lanzamiento de la quinta generación de redes de comunicaciones móviles<sup>58</sup> (5G).

<sup>55</sup> Nótese que la norma se refiere, textualmente, al «principio de neutralidad tecnológica», que se entiende que es más amplio y engloba a la propia «neutralidad en internet». Así lo sostiene, por ejemplo, Espinosa. *Vid.*, Carles Alfonso Espinosa, «La información en la red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa», *Revista Derecho del Estado*, núm. 22, (junio 2009): 83-128. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630232003>, último acceso en 3 de febrero de 2018. «El principio de neutralidad tecnológica es un concepto mucho más amplio que el de neutralidad de la red, que sólo se refiere a la infraestructura lógica y económica de los servicios y productos informáticos». La cita es a la p.87.

<sup>56</sup> *Vid.*, Joe McNamee, «Europa gana, Internet sigue siendo libre», en *El País*, edición 31 de agosto de 2016, disponible en [https://elpais.com/elpais/2016/08/31/opinion/1472639216\\_221713.html](https://elpais.com/elpais/2016/08/31/opinion/1472639216_221713.html), último acceso 1 septiembre 2017.

<sup>57</sup> *Vid.*, art. 3.3 del Reglamento.

<sup>58</sup> McNamee, «Europa gana, Internet sigue siendo libre». Y añade que «El punto más flojo versa sobre el llamado *zero rating*. Aunque se trata de una práctica anticompetitiva, no se prohíbe de manera clara. Las autoridades competentes tendrán que evaluar cada oferta «a tipo cero» y tomar decisiones acerca de su legalidad una por una. Teniendo en

#### IV. UN POSIBLE ARGUMENTO EN FAVOR DE LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN EN LA RED: EL «IUS COMMUNICATIONIS» DE FRANCISCO DE VITORIA

Como es sabido, el teólogo dominico Francisco de Vitoria dedicó parte de sus *Relectiones*, en pleno S. XVI, a cuestiones suscitadas por el descubrimiento y colonización de América. En la primera «Relección De los Indios recientemente descubiertos» (*De Indis recenter inventis relectio prior de Indis*) probablemente escrita a finales de 1538, «o a más tardar en las primeras semanas de enero del 39»<sup>59</sup>, Vitoria cuestiona la legitimidad de los títulos de los españoles para fundar el dominio sobre los indígenas americanos, negando que los pueblos civilizados puedan dominar por derecho natural pueblos «bárbaros», pero reconociendo que pueden hacerlo por otras razones, en primer lugar, en virtud de la «sociedad y comunicación natural», por la que los españoles pueden viajar y residir en tierras indias, siempre que no se cause ningún mal<sup>60</sup>. Obviamente, los temas que trata Vitoria, aún con inicio en el ámbito de la teología moral, se extienden a cuestiones políticas y jurídicas<sup>61</sup> y el autor como tales las analiza.

En cualquier caso, la tesis de Vitoria sobre la sociedad y comunicación natural se funda a su vez en la existencia de ciertos *bienes comunes* por naturaleza. Como recuerda Añaños Meza, la idea de los bienes comunes es tan antigua como nuestra civilización<sup>62</sup>, y sigue presente en la actualidad, ya sea en su vertiente de bienes tangibles (el agua, los bosques, reservas pesqueras) como en su dimensión de bienes inmateriales o intangibles (precisamente

---

cuenta las tácticas utilizadas por los operadores de telecomunicaciones, estas decisiones serán a menudo recurridas ante los tribunales, incluso en casos en los que el resultado sea previsible. Esto significa que las *start-ups* tendrán miedo a quedarse fuera del mercado porque ofertas a *tipo cero* seguirán existiendo durante los meses y años que tarden las autoridades en tomar una decisión final».

<sup>59</sup> José Beltrán de Heredia, *Los manuscritos del maestro Fray Francisco de Vitoria. Estudio crítico e introducción a sus Lecturas y Relecciones* (Madrid-Valencia: Tipografía Moderna, Madrid-Valencia, 1928), 144.

<sup>60</sup> Francisco De Vitoria, *De Indis*, en *Relecciones Teológicas*, Obras de Francisco de Vitoria, edición crítica del texto latino, versión española, introducción general e introducciones con el estudio de su doctrina teológico-jurídica por Teófilo Urdanoz, O.P. (Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1960), 641 y ss.

<sup>61</sup> *Vid.*, v.gr., Guido Fassó, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. II 2ª ed., traducción de José F. Lorca Navarrete, (Madrid, Ediciones Pirámide, 1981), 58 y 59.

<sup>62</sup> María Cecilia Añaños Meza, «La doctrina de los bienes comunes de Francisco de Vitoria», en *Persona y Derecho*, Vol. 68, (2013): 103-137, cita a la p. 104. *Vid.*, también, de la misma autora, «El título de ‘sociedad y comunicación natural’ de Francisco de Vitoria. Tras las huellas de su concepto a la luz de la teoría del Dominio», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, (2010): 525-596.

como el régimen de *open access* en la ciencia, el software libre o código abierto, el hardware libre...). Con anterioridad, hemos aludido a como internet fue creada precisamente bajo la idea de libertad y sobre la base de estos «bienes comunes digitales». El propio Berners-Lee declaraba en una entrevista en 1997 que ««si la Web fuera propiedad de una empresa, todo el mundo tendría que esperar a que el departamento de investigación de ella produjera la siguiente versión de su navegador, y esto no sería bueno. Para que algo como la Web exista y se expanda, tiene que basarse en estándares públicos y gratuitos. La red no debe tener dueño»<sup>63</sup>. Y en marzo de 2017, el ya Sir Tim Berners-Lee escribió una carta abierta<sup>64</sup> en la que afirma que «imaginaba la web como una plataforma abierta que permitiría a todas las personas, en todas partes compartir información, tener acceso a oportunidades y colaborar más allá de límites geográficos y culturales».

Según Mackinnon, idealmente, los bienes comunes digitales, que incluyen fundamentalmente un conjunto de estándares técnicos y programas de software libre de código abierto, además de una amplia gama de medios de comunicación digitales, pueden coexistir en una relación positiva y simbiótica tanto con los gobiernos como con el sector privado<sup>65</sup>. Y Benkler, describe que internet es tanto el producto como la incubadora de «producción de información basada en bienes comunes, de individuos y organizaciones flexibles que generan información sin derechos de propiedad»<sup>66</sup>.

Vitoria, por su parte, recoge la tradición romana<sup>67</sup> y tomista<sup>68</sup> sobre la teoría del dominio común iusnatural o comunidad de bienes, pero un aspecto digno a resaltar de la teoría vitoriana del origen del *dominium*, es, siguiendo

<sup>63</sup> Entrevista realizada por José Ángel Martos, publicada en el número 97, 1997, de la Revista Muy Interesante, y disponible en <https://www.muyinteresante.es/tecnologia/articulo/tim-berners-lee>, último acceso 7 de octubre 2018.

<sup>64</sup> Disponible en <https://webfoundation.org/2017/03/web-turns-28-letter/>, último acceso 22 de septiembre 2018. Berners-Lee muestra su preocupación por tres problemas: La pérdida del control de sus datos personales por parte de los usuarios, la proliferación de noticias falsas en la red, y la necesidad de transparencia sobre la publicidad política en internet.

<sup>65</sup> Mackinnon, No sin mi consentimiento..., 52.

<sup>66</sup> Yochai Benkler, *The Wealth of Networks*, (New Haven: Yale University Press, 2007), 472.

<sup>67</sup> Así lo hace constar Marciano en un pasaje del Digesto, Dig. I, 8, 2, 1. Como cosas *naturali iure communia omnium* abiertas al uso común de todos, señalaba el aire, el agua de los ríos y lluvias, los mares y sus costas. *Vid.*, *Cuerpo de Derecho Civil o sea Digesto, Código, Novelas e Instituta de Justiniano* (Madrid: Imprenta de Ramón Vicente, 1872), 56. También Cicerón en *De Officiis*, I, 21. Marco Tulio Cicerón, *Los Oficios*, Traducción de Manuel de Valbuena, (Madrid: Sociedad Española de Librería, 1928).

<sup>68</sup> *Vid.*, *Summa Teológica*, II-II, q. 66 a.2. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II, (Madrid: BAC, 2011).

a Añaños, que el *dominium omnium* natural de cada persona perdura después del pecado original, teniendo con ello los hombres un *dominium omnium* y, por tanto, siendo libres e iguales por derecho natural. Este *dominium omnium* aparece o cobra validez en dos situaciones particulares. La primera, en los derechos de caza, pesca y provisión de leña, que solo deben de ser limitados por razones justificables; y la segunda, cuando alguien pierde sus bienes o se encuentra en estado de extrema necesidad, estando en ese caso el necesitado amparado por derecho natural a tomar lo necesario para cubrir sus necesidades<sup>69</sup>. Para el dominico español, como antes para Cicerón<sup>70</sup>, todo el género humano forma una comunidad fundada en la común naturaleza humana; esta sociedad ideal obliga moralmente a sus componentes, por mor del vínculo de la solidaridad humana, a compartir o ceder sus bienes a favor de los necesitados llegado el caso, y a hacer uso común de los bienes comunes.

Por lo que toca a los bienes comunes, como defiende Añaños, la doctrina vitoriana de los bienes comunes como verdadero fundamento del principio de *naturalis societatis et communicationis* ha permanecido «sin descubrir» en los comentaristas de Vitoria, y por tanto no ha sido tampoco posible establecer conexión alguna entre ésta y la idea moderna de los bienes comunes<sup>71</sup>. Es por ello por lo que, en los debates actuales sobre los bienes comunes, del «patrimonio común de la humanidad», no se menciona a Vitoria, quien es en realidad su exponente más vasto y creativo<sup>72</sup>. Su doctrina de los bienes comunes es tan actual como relevante, no solo en lo que toca a los bienes tangibles (como pueden ser hoy día los fondos marinos o el espacio ultraterrestre), sino por lo que ahora nos ocupa, a los bienes intangibles<sup>73</sup>, que, habiéndose creado

<sup>69</sup> Añaños, «La doctrina de los bienes comunes de Francisco de Vitoria», 114-115.

<sup>70</sup> Cicerón desarrolla ambas ideas en *De Officiis*, Libro I, Cap. XVI. Para Cicerón, el género humano no sólo tiene en común el habla y la razón, sino que estos precisamente acercan y unen a los humanos en una sociedad natural. Y afirma que «todo cuanto podamos comunicar sin detrimento nuestro, debemos darlo aún al que no conocemos: de donde nacen aquellas obligaciones comunes de no estorbar el uso del agua corriente, permitir tomar lumbre de la nuestra a quien la quiera (...) Y así conviene que sea libre, y universal el uso de ellas, y contribuir siempre con algo de nuestra parte a la utilidad común». Cicerón, *Los Oficios*, 49 y ss.

<sup>71</sup> Modernamente se suelen denominar «comunes», o «comunes del conocimiento», por influencia de la terminología anglosajona, que se refiere a ellos genéricamente como «commons». *Vid.*, v. gr., Hees y Ostrom, *Understanding Knowledge...*

<sup>72</sup> Añaños, «La doctrina de los bienes comunes de Francisco de Vitoria», 132.

<sup>73</sup> Philippe Aigrain señala que existe una gran diferencia entre los bienes comunes físicos y los bienes comunes de la información. Muchos de los primeros, por su propia naturaleza, son limitados y no renovables. Los segundos, en general, pueden ser reproducidos, difundidos y enriquecidos a un costo muy bajo, y además, cuantas más personas participen cooperativamente en su desarrollo, su valor aumenta. *Vid.*, Philippe Aigrain,

como comunes, constituyen el fundamento de internet tal y como fue creada y como de momento la conocemos. Como hemos reseñado páginas atrás, WordPress, los protocolos de transmisión TCP/IP, las licencias de bienes *Creative Commons*, Wikipedia, Linux, o el propio ICANN se crearon bajo la fórmula de «bienes comunes digitales», y hacen que internet sea lo que hasta ahora es<sup>74</sup>.

En este sentido, Figueroa entiende que en la actualidad «los bienes comunes de la información son sistemas donde se considera primordial el uso común y colectivo, así como la producción, difusión y preservación comunal para las generaciones actuales y futuras»<sup>75</sup> resultando primordial su importancia para la construcción de una sociedad y cultura libres<sup>76</sup>.

En Vitoria, la *naturalis societatis et communicationis*, la «sociedad y comunicación natural» es uno de los principios fundantes del *ius gentium natural*, conforme al cual ha de organizarse la comunidad mundial (*totus orbis*) y de él derivan otros principios, como los de solidaridad, reciprocidad, humanidad y comunicación o participación de los bienes. Como tal principio de derecho natural, la sociedad y comunicación natural es universal, necesario, y obligatorio o imperativo, siendo sus consecuencias no solo

---

«The individual and the collective in open information communities», disponible en <http://opensource.mit.edu/papers/aigrain3.pdf>, último acceso 26 de septiembre de 2018.

<sup>74</sup> Escaño recoge en el artículo anteriormente citado hasta 25 «hitos tecnoculturales principales del procomún digital», desde 1945 (el artículo «As we may Think» de Vannevar Bush) hasta 2004 (la *Free Culture Foundation*) cada uno significativo por representar algún tipo de contribución al «procomún digital». Entre ellos, además de los ya citados en el presente texto, la propuesta *Intergalactic Computer Network*, de 1962, el proyecto francés CYCLADES, de 1972, Usenet, de 1979, el concepto de Copyleft, de 1985, la red P2P, de 1996, las redes de capa anónima, operativas desde 2000-2003, entre ellas Tor, la Web 2.0, desde 2004. Escaño, «Bienes Comunes del Conocimiento: Una propuesta de desarrollo histórico del procomún digital», 251-259. A nuestro juicio resulta cuestionable la inclusión, sin matización alguna, de las redes de capa anónima como elemento que haya contribuido positivamente al procomún digital.

<sup>75</sup> Hugo Alberto Figueroa Alcántara, «Los bienes comunes de información en la era digital» en, *El Conocimiento y la Información como factores de integración de América Latina*, ed., por Estela Morales Campo (México, D.F., Instituto de Investigaciones Bibliotecológicas y de la Información, Colección Seminarios de Investigación, 20, Universidad Autónoma de México, 2012): 19-43, versión digital disponible (artículo) en <http://132.248.242.6/~publica/conmutarl.php?arch=3&idx=185>, último acceso 10 de octubre 2018. Disponible en línea también (libro) en, Biblioteca.clasco.edu.ar/Mexico/uacm/20170516044723/pdf\_135.pdf, último acceso 12 de octubre de 2018.

<sup>76</sup> *Id.*, Hugo Alberto Figueroa Alcántara, «La importancia de los bienes comunes de información para una sociedad y cultura libres», en *Memorias del 7º Seminario Mexicano de Investigación en Bibliotecología y Documentación*, ed. por Jaime Ríos Ortega y César Augusto Ramírez V, (México: CUIB, 2010) 597-611. [https://www.ucm.es/.../129-2014-11-04-7\\_seminario\\_hispanomexicano\\_Publicación.](https://www.ucm.es/.../129-2014-11-04-7_seminario_hispanomexicano_Publicación.), último acceso 3 de febrero 2018.

religiosas o morales, sino estrictamente jurídicas. Su único límite se encontraría en la obligación de no generar daño o detrimento a los demás.

De este principio general de derecho natural (*naturalis societatis et communicationis*) surgen en la obra de Vitoria tres derechos derivados: el *ius peregrinandi* (que otorga libertad a los extranjeros de transitar, inmigrar y residir en tierras extranjeras<sup>77</sup>) el *ius negotiandi*<sup>78</sup> (que legitima el comercio de mercaderías), y, por último, el derecho de comunicación y participación de bienes comunes.

Para Vitoria, como recuerda Desantes-Guanter<sup>79</sup>, el *ius communicationis* es natural porque lo es la comunicación misma, pero la naturalidad de la comunicación no la explica en la *Relectio Prior de Indis*, porque ya lo hizo con anterioridad, en 1528, en la *Relectio de potestate civili*<sup>80</sup>. Es en *De potestate civili* donde afirma con rotundidad que «todos somos llevados por naturaleza a la comunicación, como Aristóteles observa»<sup>81</sup>, o que el hombre que rechazara la comunicación «dejaría de ser hombre»<sup>82</sup>. Vitoria expone el hecho natural de la sociabilidad humana, por lo que Urdanoz pudo escribir que «la viva descripción vitoriana va calcada sobre los trazos eternos de cuadro aristotélico sobre el hombre como animal natural, social y político»<sup>83</sup>, pero que la sociabilidad humana no solo se desprende como inexorable exigencia de la condición física del hombre, sino también de todos los aspectos

<sup>77</sup> Vid., *De Indis, Relectio I, 3* (De los títulos legítimos por los cuales pudieran venir los bárbaros a poder de los españoles), 3-4, 708 y ss. «Si hay cosas entre los bárbaros que son comunes, tanto a los ciudadanos como a los huéspedes, no es lícito a los bárbaros prohibir a los españoles la comunicación y participación de esas cosas» (*Tertia Propositio*).

<sup>78</sup> «Es lícito a los españoles comerciar con ellos, pero sin perjuicio de su patria, importándoles los productos de que carecen, y extrayendo de allí oro o plata u otras cosas en que ellos abundan; y ni sus príncipes pueden impedir a sus súbditos que comercien con los españoles ni, por el contrario, los príncipes de los españoles pueden prohibirles el comerciar con ellos» *De Indis, Relectio I, 3, 3, (Secunda Propositio)*, p. 708.

<sup>79</sup> José María Desantes-Guanter, «Los mensajes simples en el 'Ius Communicationis' de Francisco de Vitoria», en *Persona y Derecho*, N° 20, (1989): 191-209. Vid., también, del mismo autor, «Caracteres del *ius communicationis* en Francisco de Vitoria», en *Hispania Christiana* (Estudios en honor del Prof. Dr. José Orlandis Rovira en su septuagésimo aniversario), (Pamplona: EUNSA, 1988), 523-544. El autor sostiene que no ha habido un esfuerzo detenido por estudiar lo que Vitoria entendió como *ius communicationis* que entendi relacionado con el hoy llamado derecho a la información.

<sup>80</sup> *De potestate civili*, en la citada edición de Teófilo Urdanoz, *Obras de Francisco de Vitoria, Relecciones Teológicas*, (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960).

<sup>81</sup> Vitoria, *De Potestate civile*, 156.

<sup>82</sup> Vitoria, *De Potestate civile*, 156.

<sup>83</sup> Urdanoz, introducción a *Obras de Francisco de Vitoria, Relecciones Teológicas*, 116.

de su ser espiritual: de la necesidad de su desarrollo intelectual, del ejercicio del don de la palabra (...) y de los frutos virtuosos de justicia y amistad que ha de reportar la voluntad»<sup>84</sup>.

Por eso, en la *Prior De Indis* vitoriana, el *ius societatis et communicationis* es una misma cosa<sup>85</sup>, porque una misma cosa son la comunidad y la comunicación: «la sociedad es como si dijéramos una naturalísima comunicación, muy conveniente a la naturaleza»<sup>86</sup>. En consecuencia, la naturalidad de la comunidad lo es también de la comunicación, y viceversa<sup>87</sup>. La comunidad es natural porque es necesaria<sup>88</sup>, ya que «así como el hombre sobrepasa a los animales por la razón, por la sabiduría y por la palabra, así a este eterno inmortal y sabio animal le fueron negadas por la Providencia muchas cosas que fueron atribuidas y concedidas a los restantes animales»<sup>89</sup>. El hombre necesita pues a los demás hombres, como ya adelantara el estagirita, y Vitoria precisa que «para subvenir, pues, a estas necesidades fue necesario que los hombres (...) viviesen en sociedad y se ayudasen mutuamente»<sup>90</sup>. Y el entendimiento, del que el hombre está dotado natural e individualmente, a diferencia de los animales, «solo con doctrina y experiencia se puede perfeccionar, lo que en la soledad de ningún modo puede conseguirse»<sup>91</sup>.

Siendo así las cosas, la razón humana (el entendimiento, en términos vitorianos) se nutre de mensajes que puede recibir por la palabra (o por escrito), como el dominico burgalés resalta: «la palabra es anuncio del entendimiento y para eso fue dada, como dice Aristóteles, con la cual se eleva al hombre sobre los animales»<sup>92</sup>. Pero la palabra (que articula los mensajes que se transmiten y reciben) sería inútil sin la comunidad: «mas la palabra si estuviera en soledad, la tendría inútilmente; y la misma sabiduría, si se diera sin la palabra, parecería ingrata e insociable, conforme a aquello del Eclesiástico: la sabiduría escondida y el tesoro no visto, ¿qué utilidad reportan?»<sup>93</sup>. Y remata el argumento Vitoria destacando la relación de la palabra con la voluntad humana y la virtud de la justicia: «A su vez, la voluntad, cuyos ornamentos

<sup>84</sup> Urdanoz, introducción a Obras de Francisco de Vitoria, Relecciones Teológicas, 116.

<sup>85</sup> Desantes-Guanter, «Caracteres del *ius communicationis* en Francisco de Vitoria», 533.

<sup>86</sup> «...*communitatem esse naturalissimam communicationem naturae convenientissimam*», Vitoria De potestate civile, 156.

<sup>87</sup> Vitoria, De potestate civile, 157.

<sup>88</sup> Vitoria, De potestate..., 152.

<sup>89</sup> Vitoria, De potestate..., 152.

<sup>90</sup> Vitoria, De potestate..., 155.

<sup>91</sup> Vitoria, De potestate..., 155.

<sup>92</sup> Vitoria, De potestate..., 155.

<sup>93</sup> Vitoria, De potestate..., 155.

son la justicia y la amistad, quedaría del todo deforme y defectuosa, alejada del consorcio humano; la justicia, en efecto, no puede ser ejercitada sino entre la multitud, y la amistad, sin la cual no disfrutamos del agua, ni del fuego, ni del sol, como Cicerón dice en muchos lugares, y sin la cual, como Aristóteles enseña, no hay ninguna virtud, parece totalmente sin la comunicación»<sup>94</sup>.

De esta forma adelanta en siglos Vitoria el significado y contenido nuclear del actual derecho a la información, entendido como derecho y deber de comunicar y deber y derechos correlativos a recibir información; todo ello bajo un principio general de libertad (*vid.*, *v.gr.*, art. 19 DUDH, citado al inicio) que solo en casos justificados puede legalmente restringirse. Y particularmente, el principio de libertad de navegación por la red y de no inferencia injustificada en la misma por parte de gobiernos o empresas («neutralidad de la red») encajaría perfectamente a nuestro juicio en el esquema vitoriano sobre el contenido y significado del *ius communicationis* como principio de derecho natural, pues, como subrayó el catedrático de Salamanca, «todas las cosas que no están prohibidas o que no van en perjuicio o contra el derecho de otro son lícitas»<sup>95</sup>. Cualquier prohibición ha de estar fundada y no puede ir contra el derecho natural: si así fuera no tendría fuerza de ley. «Si, pues, hubiera alguna ley humana que sin causa alguna prohibiera lo que permite el derecho natural y divino, sería inhumana e irracional, y, por consiguiente, no tendría fuerza de ley»<sup>96</sup>. Es más, no se puede prohibir ningún mensaje salvo que su difusión redunde en daño del que lo prohíbe<sup>97</sup> [lo que hoy día se puede interpretar sin mucho esfuerzo como un rechazo expreso de todo tipo de censura en la red], ni mucho menos cuando con la prohibición del mensaje se impide la obtención de algún bien<sup>98</sup>, pues en este caso la ley prohibitiva sería inicua y contra caridad. La comunicación es, además de necesaria, deseable como instrumento (...) de amistad y sociedad humanas<sup>99</sup>. Las excepciones pueden llegar, incluso, a evitar lo inconveniente<sup>100</sup> [hoy día, por ejemplo, la delincuencia, o el fraude en la red], guardando siempre la justicia y la moderación para que no se vaya más allá de lo necesario<sup>101</sup>, según la calidad del asunto<sup>102</sup> y la del receptor<sup>103</sup> [luego serían justas, por necesarias, excepciones

<sup>94</sup> Vitoria, De potestate..., 155-156.

<sup>95</sup> Vitoria, Prior de Indis, 706.

<sup>96</sup> Vitoria, Prior de Indis, 708.

<sup>97</sup> Vitoria, Prior de Indis, 709.

<sup>98</sup> Vitoria, Prior de Indis, 709.

<sup>99</sup> Vitoria, Prior de Indis, 711.

<sup>100</sup> Vitoria, Prior de Indis, 718.

<sup>101</sup> Vitoria, Prior de Indis, 708.

<sup>102</sup> Vitoria, Prior de Indis, 714.

<sup>103</sup> Vitoria, Posterior de Indis, 832.

como las que establece el Reglamento UE, para evitar la delincuencia a través de la red, la vulneración de los derechos de autor, o incluso la publicidad abusiva].

Cierto que las referencias que Vitoria hace a españoles e indios pueden generalizarse a todos los hombres, como apunta Desantes-Guanter<sup>104</sup>, de modo que lo sustancial es que todos los hombres tienen derecho a comunicar mensajes<sup>105</sup>, sin que nadie pueda prohibirlo en ningún momento, salvo que la comunicación redundase en daño de alguien o fuese contra su derecho<sup>106</sup> [principio básico recogido hoy en la Declaración Universal de Derechos Humanos]. En este sentido universalista, los hombres están al menos obligados a escuchar afablemente (y no rechazarlos) a quienes les comunican mensajes<sup>107</sup>, mucho más cuando tales mensajes constituyen la comunicación de bienes<sup>108</sup> [pensemos simplemente en la difusión de noticias por internet, en el correo electrónico, o en las distintas redes sociales como comunicadores de «bienes»]. Y la presunción de que el mensaje es recto está a favor de quien lo comunica<sup>109</sup>, si bien esto no le excusa de que se demuestre con la claridad del mensaje su corrección<sup>110</sup> siendo además que la rectitud del mensaje se logra por un conjunto de concausas («de la integridad de las causas»), todas ellas necesarias, de modo que el mal en una sola de ellas hace que el mensaje sea incomunicable<sup>111</sup> [principios que podrían iluminar el tratamiento de las «fake news» en la red]. Por último, si el receptor no opone obstáculo a la comunicación de los mensajes, no debe por eso el emisor abusar de la facilidad comunicativa que se le ofrece<sup>112</sup>, sino más bien usar del derecho a comunicar con moderación y modestia<sup>113</sup> [pareciera un argumento pensado a propósito del «spam» o correos no solicitados con fines comerciales o publicitarios, tan fáciles de comunicar a través de internet].

<sup>104</sup> Desantes-Guanter, «Los mensajes simples en el 'Ius Communicationis' de Francisco de Vitoria», 198.

<sup>105</sup> Vitoria, Prior de Indis, 709.

<sup>106</sup> Vitoria, Prior de Indis, 706.

<sup>107</sup> Vitoria, Prior de Indis, 714.

<sup>108</sup> Vitoria, Prior de Indis, 721.

<sup>109</sup> Vitoria, Posterior de Indis, 834. En este caso Vitoria se refiere expresamente al hecho de que en los casos dudosos prevalece el derecho del poseedor.

<sup>110</sup> Vitoria, Prior de Indis, 711-712.

<sup>111</sup> Vitoria, Prior de Indis, 718-719.

<sup>112</sup> Vitoria, Prior de Indis, 717. «Si los bárbaros permitieran a los españoles predicar el Evangelio libremente y sin obstáculo, ya reciban la fe, ya no, no es lícito por este capítulo declararles la guerra ni tampoco ocupar sus tierras».

<sup>113</sup> Vitoria, Posterior de Indis, 858.

No fue objeto de la obra de Vitoria realizar un estudio sistemático del mensaje, y las Relecciones Teológicas se desenvuelven en un lenguaje rigurosamente racional expresado en muchas ocasiones de modo esquemático, por no decir parco («*paucissima verba*», como el propio Vitoria reconoce en *De Potestate Civile*, 156) pero la realidad de los sujetos y del objeto del *ius communicationis* no ha variado desde el siglo XVI hasta la actualidad<sup>114</sup>. Con independencia del habla, de la comunicación verbal, en tiempos de Vitoria la imprenta era una realidad que, en palabras de Puddephatt, «abrió la puerta a la a la producción masiva de información y de opiniones, y su circulación a una escala nunca antes imaginada»<sup>115</sup> y que en su momento produjo un impacto difícil de evaluar pero quizás comparable, *mutatis mutandi*, al papel que en la actualidad desempeña internet en la sociedad actual como sostén del derecho a la libertad de expresión.

Por eso resulta a mi juicio interesante comprobar como las bases conceptuales que actualmente fundamentan la defensa del principio de neutralidad en la red ya se encontraban en buena medida recogidas en la obra de Vitoria, más de cuatro siglos antes.

Así, hoy día, por ejemplo, la FCC norteamericana defendía, en lo que afecta al principio de neutralidad en la red, como principios básicos para preservar una red libre y abierta los siguientes<sup>116</sup>: a) Transparencia sobre los términos y condiciones de gestión de la red por los prestadores de servicios de banda ancha; b) Prohibición de bloqueo de contenidos, servicios o aplicaciones legales por parte de los proveedores de servicios, banda ancha fijos o móviles; c) No discriminación injustificada en la transmisión de datos legales. Por su parte, la UE y el BEREC, en el marco europeo, han consagrado el principio de neutralidad (y de libertad) en internet, con una serie de limitaciones excepcionales justificadas por el bien común de la sociedad (intervención judicial, cogestión de la red, seguridad o integridad de esta). Asociaciones de derecho internacional, como

<sup>114</sup> Desantes-Guanter, «Los mensajes simples...», 195.

<sup>115</sup> Puddephatt, «Internet y la libertad de expresión», 17. Sostiene en este lugar igualmente el Director Ejecutivo de *Global Partners Digital* y estrecho colaborador de UNESCO, que «Aunque, en retrospectiva, aún hoy es difícil determinar el impacto que tuvo la imprenta (...) se podría sostener que en Europa este invento condujo a la Reforma, al Renacimiento, y también a la Guerra de los Treinta Años, lo que demuestra que todo invento tiene también su lado oscuro».

<sup>116</sup> Federal Communications Commission (FCC), 10-201, *FCC Open Internet Report and Order*, 21 de diciembre de 2010, Disponible en [http://hraunfoss.fcc.gov/edocs\\_public/attachmach/FCC-10-201A1\\_Red.pdf](http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmach/FCC-10-201A1_Red.pdf), último acceso 10 de octubre de 2018. Como hemos señalado, estos argumentos han sido válidos hasta la administración Trump y el cambio en la presidencia de la FCC en favor del Sr. Aji, momento en que la política norteamericana respecto del principio de neutralidad ha experimentado un giro de ciento ochenta grados.

por ejemplo la Organización de Estados Americanos, (OEA) a través de sus Informes anuales de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión defiende que «la neutralidad de la red se desprende del diseño original de internet, el cual facilita el acceso y la difusión de contenidos, aplicaciones y servicios de manera libre y sin distinción alguna. Al mismo tiempo, la inexistencia de barreras desproporcionadas de entrada para ofrecer nuevos servicios y aplicaciones en Internet constituye un claro incentivo para la creatividad, la innovación y la competencia»<sup>117</sup>. Y entre los especialistas, a modo de ejemplo, Andrew Puddephatt, realiza las siguientes recomendaciones para los responsables de políticas de aplicaciones: «a) Los proveedores de banda ancha no realizan una discriminación injustificada del tráfico legal (sujeto a una gestión razonable de la red); b) Cualquiera puede introducir aplicaciones y servicios innovadores, sin necesidad de obtener permiso previo o de abonar tasas; c) Los estándares abiertos y el acceso a, y la disponibilidad de, tecnologías y software abiertos deben estar claramente definidos; d) Los controles y restricciones de seguridad cibernética deben cumplir con los estándares de derechos humanos, ser proporcionales a la naturaleza de las amenazas y buscar la protección de los usuarios, y no sus perjuicios»<sup>118</sup>. Y, por último, y no menos importantes, asociaciones no gubernamentales, activistas y diversos sectores sociales reclaman una *gobernanza* de internet libre y democrática, basada en principios semejantes a los anteriores. Así, por ejemplo, la Coalición Dinámica de Derechos y Principios de Internet, junto con el grupo de defensa de la libertad de internet *Access Now*, publicaron un resumen de los principios básicos de su Carta de Derechos Humanos y Principios para internet<sup>119</sup> entre ellos están la universalidad e igualdad, la accesibilidad, la libertad de expresión y asociación, la libertad en la red.

Una interpretación actualizada de la obra de Vitoria permite, a nuestro juicio, sostener que el principio de *naturalis societatis et communicationis*, basado en la idea de la doctrina de los bienes comunes (intangibles) constituye hoy día un argumento sólido en favor de la libertad de comunicación y expresión en internet, y, por tanto, en contra de cualquier limitación injustificada o arbitraria al intercambio de datos o informaciones que en ella se produce. Y lo hace sobre argumentos antropológicos (la comunicabilidad y sociabilidad inherente a las personas) como ya lo hiciera Aristóteles, y

<sup>117</sup> La cita es del informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA del año 2013, p. 501, disponible en [www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/.../internet/informe\\_fe\\_internet\\_2013.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/.../internet/informe_fe_internet_2013.pdf), última consulta 17 de septiembre de 2017.

<sup>118</sup> Puddephatt, «Internet y la libertad de expresión», p. 28.

<sup>119</sup> *Vid.*, «10 Internet Rights and Principles», Disponible en <http://internetrightsand-principles.org/node/397>, último acceso el 16 de noviembre de 2017.

fundamentalmente a través del saber razonado común<sup>120</sup>, por lo tanto, evidente y extensible a todos los seres humanos en todos los tiempos y lugares.

## V. CONCLUSIÓN

Es evidente que en vida de Vitoria nadie podía ni tan siquiera imaginar un fenómeno como el de internet. La imprenta se difundía por el mundo desarrollado y contribuía a la defensa de los derechos de las personas en cuanto miembros de la comunidad internacional que sostenía el dominio español. Otros, en su tiempo, o ni tan siquiera se cuestionaron la existencia de esos posibles derechos, o, habiéndosela cuestionado, la negaron. Entre aquellos derechos, Vitoria prioriza el derecho natural de comunicarse con los demás, con quienes conforman la sociedad natural en que todos estamos insertos. Dicho derecho de comunicarse, por cualquier medio y con independencia del contenido de la comunicación, siempre que no cause daño, no puede limitarse injustificadamente. Ni los reyes o emperadores podrían hacerlo, por tratarse de un principio de derecho natural.

Más de cuatrocientos años después, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, consagra un derecho similar en su artículo 19. La eclosión del fenómeno internet, desde finales del pasado siglo, nos ofrece un nuevo instrumento, con una potencialidad antes desconocida, para difundir y comunicar ideas, para recibirlas y para compartirlas con los demás. Pero la naturaleza humana sigue siendo esencialmente igual que en el S. XVI. Determinados intereses pugnan hoy día por limitar la posibilidad de libre comunicación y otros sostienen que la comunicación entre personas, por el medio que sea, no puede ser limitada *a priori*. No se trata de que internet sea gratis o de que haya que pagar o no por determinados servicios que voluntariamente se quieran contratar, sino de que ningún gobierno, ninguna empresa, ningún particular, pueda arbitrariamente limitar el derecho natural que tenemos las personas para comunicarnos entre nosotros. Para difundir libremente y en igualdad de condiciones nuestras ideas o creencias. Lo contrario supondría reconocer que Tocqueville acertó cuando escribió que «si se instaurara el despotismo entre las naciones democráticas de nuestros tiempos, éste adoptaría una forma diferente, sería más extenso y más suave; degradaría a los hombres sin atormentarlos»<sup>121</sup>.

<sup>120</sup> Francisco Elías de Tejada Spínola, Tratado de Filosofía del Derecho, Tomo I, (Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974), 22 y ss.

<sup>121</sup> Alexis de Tocqueville, La democracia en América (México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1987), 632.

## BIBLIOGRAFÍA

- AIGRAIN, P., «The individual and the collective in open information communities», disponible en <http://opensource.mit.edu/papers/aigrain3.pdf>
- ALBERT MÁRQUEZ, J.J., «Algunas reflexiones sobre el derecho a la intimidad en la red. Especial referencia al llamado «derecho al olvido»». En *Cambios Tecnológicos y Derecho*, 29-45, editado por Diego Medina Morales, Córdoba: El Granado Ediciones Digitales, 2015.
- AÑANOS MEZA, M.C., «La doctrina de los bienes comunes de Francisco de Vitoria», en *Persona y Derecho*, Vol. 68, (2013): 103-137.
- «El título de 'sociedad y comunicación natural' de Francisco de Vitoria. Tras las huellas de su concepto a la luz de la teoría del Dominio», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, (2010): 525-596.
- AQUINO, T.. *Suma Teológica*, II-II, Madrid: BAC, 2011.
- BELTRÁN DE HEREDIA, J., *Los manuscritos del maestro Fray Francisco de Vitoria. Estudio crítico e introducción a sus Lecturas y Relecciones*. Madrid-Valencia: Tipografía Moderna, 1928.
- BENKLER, Y., *The Wealth of Networks*, New Haven: Yale University Press, 2007.
- CALIFANO, B. «Políticas de internet: la neutralidad de la red y los desafíos para su regulación», *Revista Eptic Online*, Vol. 15, nº3, sept-diez, (2013): 19-37. Disponible en <http://e-tcs.org/wp-content/uploads/2017/03/Califano-2013-Pol%C3%ADticas-de-Internet-la-neutralidad-de-la-red-y-los-desaf%C3%ADos-para-su-regulaci%C3%B3n.pdf>
- CASTAÑEDA SABIDO, A. «Análisis de la literatura teórica sobre neutralidad de red y sugerencias de política», *EconoQuantum*, Zapopan, v. 6, nº1, (enero 2009): 31-57. Disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-22009000200003&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-22009000200003&lng=es&nrm=iso)
- CASTELLS, M. *La Era de la Información: economía, sociedad y cultura*. Vol. I. *La sociedad red*. Madrid: Alianza Editorial, 2000.
- CICERÓN, M.T. *Sobre los deberes*. Traducción, introducción y notas José Guillén Caballero. Madrid: Alianza Editorial, 2015.
- CORDERO FUENTES, J.A. «Los regímenes árabes contra Internet durante la «primavera árabe»: los casos de Egipto, Libia y Siria», en *Seguridad y conflictos: una perspectiva multidisciplinar*, coord. por Miguel Requena y Díez de Revenga (Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2012).
- DESANTES-GUANTER, J.M. «Los mensajes simples en el 'Ius Communicationis' de Francisco de Vitoria», en *Persona y Derecho*, Nº 20, (1989): 191-209.
- «Caracteres del ius communicationis en Francisco de Vitoria», en *Hispania Christiana* (Pamplona: EUNSA, 1988), 523-544.
- DANS, E. *Todo va a cambiar*. (Edición social), Cap. V, *Introducción a la red. La neutralidad de la red*. 2010. Disponible en <https://www.todovaacambiar.com/capitulo-5-introduccion-a-la-red-la-neutralidad-de-la-red>
- ECONOMIDES, N. y TAG, J. «Net Neutrality on the Internet: A Two-Sided Market Analysis», *Information Economics and Policy*, nº 24 (2012): 91-104.

- ESCAÑO, C. «Bienes Comunes del Conocimiento: Una propuesta de desarrollo histórico del procomún digital», *Opción, Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, Año 33, n.º 82 (2017): 239-262.
- ESPINOSA, C.A. «La información en la red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa», *Revista Derecho del Estado*, núm. 22, (junio 2009): 83-128. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630232003>
- FASSÒ, G. *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. II 2ª ed., traducción de José F. Lorca Navarrete, Madrid, Ediciones Pirámide, 1981.
- FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION (FCC). «In the matter of preserving the open internet broadband industry practice», disponible en <http://transition.fcc.gov/DailyReleases/DailyBusiness/2010/db1223/FCC-10-201A1.pdf>
- FIGUEROA ALCÁNTARA, H.A. «Los bienes comunes de información en la era digital». En, *El Conocimiento y la Información como factores de integración de América Latina*, ed., por Estela Morales Campo, 19-43. México, D.F., Instituto de Investigaciones Bibliotecnológicas y de la Información, Colección Seminarios de Investigación, 20, Universidad Autónoma de México, 2012.
- «La importancia de los bienes comunes de información para una sociedad y cultura libres». En *Memorias del 7º Seminario Mexicano de Investigación en Bibliotecología y Documentación*, ed. por Jaime Ríos Ortega y César Augusto Ramírez V., 597-611. México: CUIB, 2010.
- HESS, C. y OSTROM, E. (Eds.) *Understanding Knowledge as a Commons*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2007.
- JIANG, M. «Authoritarian Deliberation on Chinese Internet», *Electronic Journal of Communication*, 20, (2010), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1439354](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1439354)
- JUSTINIANO. *Cuerpo de Derecho Civil o sea Digesto, Código, Novelas e Instituta de Justiniano*. Madrid: Imprenta de Ramón Vicente, 1872.
- LESSIG, L. *Código y otras leyes del ciberespacio*, traducción de José Ernesto Albero-la Blázquez. Madrid: Taurus Digital, 2001.
- *Future of Ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Random House, 2001. Disponible en <http://www.the-future-of-ideas.com/download/>
- MACKINNON, R. *No sin nuestro consentimiento. La lucha mundial por la libertad en internet*. Traducción de Javier San Julián. Barcelona: Ediciones Deusto, 2012.
- MCNAMEE, J. «Europa gana, Internet sigue siendo libre», en *El País*, edición 31 de agosto de 2016, disponible en [https://elpais.com/elpais/2016/08/31/opinion/1472639216\\_221713.html](https://elpais.com/elpais/2016/08/31/opinion/1472639216_221713.html)
- MARSDEN, C.T. «Neutralidad de la Red: Historia, regulación y futuro», *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política, Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, número 13, febrero (2012): 24-42. Disponible en [http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-marsden\\_esp/n13-marsden\\_esp](http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-marsden_esp/n13-marsden_esp)
- MARTÍNEZ SUGASTI, J.L. «Neutralidad de la Red», disponible en [jeuazarru.com/wp-content/uploads/2014/10/Neutralidad\\_de\\_red.pdf](http://jeuazarru.com/wp-content/uploads/2014/10/Neutralidad_de_red.pdf)

- MEDINA MORALES, D. Introducción a Cambios Tecnológicos y Derecho, 29-45, editado por Diego Medina Morales, vii-ix. Córdoba: El Granado Ediciones Digitales, 2015.
- O.E.A. Organización de Estados Americanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe de 2013, [www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/.../internet/informe\\_fe\\_internet\\_2013.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/.../internet/informe_fe_internet_2013.pdf)
- PALAZUELOS, M.M. y HERRERA, F. «La neutralidad de red. Un debate interesado sobre los derechos de los usuarios», *Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación)*, Fundación Telefónica, Madrid, nº 82 (marzo 2010): 1-12.
- PUDDEPHATT, A. «Internet y la libertad de expresión», Cuadernos de Discusión de comunicación Información, nº 6, disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002466/246670S.pdf> UNESCO, (2016): 1-30.
- RAMÍREZ MORÁN, D. «Luces y sombras de la neutralidad en la red». *Ieee.es Instituto Español de Análisis Estratégicos*, Documento de Análisis 15/2015 (205): 1-13. <http://www.ieee.es/temas/ciberseguridad/2015/DIEEEA15-2015.html>
- RODRÍGUEZ PRIETO, R. «De la «neutralidad» a la «imparcialidad» en la red. Un análisis crítico de la política de la UE sobre internet y algunas propuestas de mejora», Cuadernos Europeos de Deusto, Núm. 57 (2017): 217-246. Disponible en <http://ced.revistas.deusto.es>
- RYAN, J. A history of the Internet and the digital future. Chicago: The University of Chicago Press, 2010.
- TOCQUEVILLE, A de. La democracia en América. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1987.
- UNIÓN EUROPEA (UE). 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, disponible en <https://www.boe.es/doue/2015/310/L00001-00018.pdf>
- VITORIA, Elecciones Teológicas, edición de Teófilo Urdanoz, O.P. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960.
- WU, T. «Network neutrality, broadband discrimination», *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Colorado, v. 1, nº 2, (2003): 141-149.
- «The Broadband debate, a user's guide», *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Colorado, v. 3, nº 69 (2003): 69-96.

## RECURSOS ELECTRÓNICOS

- <https://www.adslzone.net/2017/04/27/estados-unidos-acabara-con-la-neutralidad-de-la-red-y-permitira-un-internet-de-dos-velocidades/>
- [https://bereg.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/public\\_consultations/6075-draft-berec-guidelines-on-implementation-by-national-regulators-european-net-neutrality-rules](https://bereg.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/public_consultations/6075-draft-berec-guidelines-on-implementation-by-national-regulators-european-net-neutrality-rules)
- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2120&from=EN>,
- <https://blog.cnmec.es/2016/06/06/el-berec-y-la-neutralidad-de-la-red/>

[https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2015-02-28/asi-te-habria-afectado-perder-la-neutralidad-de-la-red\\_719757/](https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2015-02-28/asi-te-habria-afectado-perder-la-neutralidad-de-la-red_719757/)  
[https://elpais.com/tecnologia/2012/02/10/actualidad/1328873270\\_653423.html](https://elpais.com/tecnologia/2012/02/10/actualidad/1328873270_653423.html)  
[https://elpais.com/internacional/2017/12/14/estados\\_unidos/1513217068\\_301815.html](https://elpais.com/internacional/2017/12/14/estados_unidos/1513217068_301815.html)  
<https://www.cnet.com/news/obama-pledges-net-neutrality-laws-if-elected-president/>  
<https://www.fcc.gov/restoring-internet-freedom>  
<https://www.france24.com/es/20180612-estados-unidos-fin-neutralidad-internet>  
<https://www.elcomercio.com/afull/neutralidaddelared-estadounidos-internet-tecnologia-paraquecaches.html>  
<https://www.muyinteresante.es/tecnologia/articulo/tim-berners-lee>  
<https://webfoundation.org/2017/03/web-turns-28-letter/>  
[http://hraunfoss.fcc.gov/edocs\\_public/attachmach/FCC-10-201A1\\_Rcd.pdf](http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmach/FCC-10-201A1_Rcd.pdf)



# DERECHOS FUNDAMENTALES: INDETERMINACIÓN CONCEPTUAL, PLASMACIÓN JURÍDICA E INTERPRETACIÓN\*

*Fundamental Rights: conceptual indeterminacy,  
legal embodiment and interpretation*

Estela Camus García  
Universidad Loyola Andalucía (España)  
escamus@uloyola.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp105-115](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp105-115)

Recibido: 30.10.2018

Aceptado: 21.11.2018

## **Resumen**

Este trabajo presenta una reflexión en torno al papel del Legislador y su competencia para la decisión. Fundamentalmente, propongo un debate sobre las posibles colisiones entre conceptos a partir de los que replantear las relaciones entre órganos constitucionales, la teoría de la Constitución, la teoría del Estado y la teoría de la democracia. En estas tensiones pueden vislumbrarse matices diferenciados entre dos estadios: el de la *creación* del Derecho y el de la *aplicación* del mismo.

## **Palabras clave**

Derechos Fundamentales; interpretación; indeterminación conceptual; teoría de la democracia; teoría de la Constitución.

---

\* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Camus García, Estela. 2018. «Derechos fundamentales: indeterminación conceptual, plasmación jurídica e interpretación». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 105-115. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp105-115](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp105-115).

***Abstract***

This paper presents a reflection on the role of the Legislator and its competence for the decision. I propose a debate about the range of possible collisions between concepts from which to reconsider the relations between constitutional organs, the theory of the Constitution, the theory of the State and the theory of democracy. In these tensions can be glimpsed nuances differentiated between two stages: the moment of the Law' creation and those of the Law' application.

***Keywords***

Fundamental Rights; interpretation; conceptual indeterminacy; Theory of democracy; Theory of Constitution.

En el ámbito de la teoría general del Derecho aparece la interpretación jurídica como tema clave y referencial, y sin embargo no es sólo en el hecho de interpretar donde reside la complejidad «sino también [en] la determinación de a quién y con qué alcance corresponde realizar esa actividad. La interpretación es [...] un asunto que tiene mucho que ver también con la organización de los poderes del Estado y con la relación entre ellos, o sea, con su posición constitucional» (Villaverde et alt. 2004: 57)<sup>1</sup>.

Si nos referimos además a la interpretación de normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales tomamos contacto con la indeterminación —que en ciertos casos podría tratarse de una aproximación a la idea de inconmensurabilidad misma— y con la no adecuación al esquema condicional y teóricamente cerrado de los enunciados jurídicos clásicos (Villaverde et alt. 2004:57; Schlag, 2009: 35-62; Greco: 2006: 1-22)<sup>2</sup>.

Respecto a la indeterminación encontramos en el Estudio Introdutorio a la *Teoría de los derechos fundamentales* de Alexy una afirmación que nos sirve de inicio al debate sobre la competencia del Legislador:

«Una parte importante de la teoría de los principios es la dogmática de los márgenes de acción. Mediante los márgenes de acción estructural del Legislador, es decir, el margen de acción para la determinación de fines y el margen de acción para la elección de los medios, la teoría de los principios garantiza el respeto del principio democrático. De esta manera, se reconoce que la legislación no constituye una mera aplicación de los mandatos de optimización. Las disposiciones de derecho fundamentales no ordenan ni prohíben nada en relación con muchos casos posibles. Pues bien, en donde la Constitución nada prescribe, el Legislador tiene competencia para decidir»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Villaverde, Ignacio; Requejo, Paloma; Aláez, Benito; Fernández, Ignacio; Bastida, Fco. José; Presno, Miguel A. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid, Tecnos, 2004, p. 57. Véase también: Villaverde, Ignacio. «Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales», en *Revista española de derecho constitucional*. Año N. 36, Núm. 106, 2016, págs: 149-201; Fioravanti, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid, Trotta 2014. 167 p. y Massini Correas, Carlos Ignacio. «La interpretación jurídica como interpretación práctica», en *Persona y derechos: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N. 52, 20015, págs: 413-444

<sup>2</sup> Íbidem; Schlag, Pierre. «The dedifferentiation problem», en *Continental Philosophy Review*, 2009 42 (1). Págs.: 35-62. Un ejemplo muy ilustrativo en el ámbito de la salud se encuentra en: Greco, M. «The Politics of Indeterminacy and the Right to Health», en *Theory, Culture and Society*, 2006, 21. 6, págs: 1-22 Véase también: Garcia Amado, J. A. *Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho*. Anuario de Filosofía del Derecho, 2, 1985, págs. 297-316.

<sup>3</sup> Bernal Pulido, Carlos. «Estudio Introdutorio», en Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, LII-LIII.

Al profundizar en el papel del Legislador y su competencia para la decisión respecto a colisiones entre conceptos desde los que replantear las relaciones entre órganos constitucionales, teoría de la Constitución, teoría del Estado y teoría de la democracia se vislumbran matices entre dos momentos diferenciados y fundamentales: el de la *creación* del derecho y el de la *aplicación* del mismo.

En la búsqueda por aclarar parte de la opacidad de los espacios entre ambos momentos —el de creación del derecho y el de la aplicación del mismo— considero valiosas, y muy apropiadas para un enlace, a su vez, con el debate actual sobre los no-ciudadanos, los sujetos de derechos y la titularidad de éstos, una serie de aportaciones. En primer lugar reflexiones como la desarrollada por Robert Alexy respecto a la estructura de las normas de derecho fundamental (Alexy, 1989, 1993, 1999)<sup>4</sup> sumada a la definición del *fundamento* en el esquema de aproximación a los Derechos Fundamentales en su función subjetiva que lleva a cabo María del Carmen Barranco en *La teoría jurídica de los derechos fundamentales* (Barranco, 2000)<sup>5</sup>.

También resultan de ayuda para la iniciación al debate las lecturas alrededor del concepto de *derecho fundamental* y la presentación de los modelos históricos de éstos realizadas por autores como Villaverde, Requejo, Aláez, Fernández, Bastida y Presno en la obra *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (Villaverde et al., 2004)<sup>6</sup>.

Las preguntas y los cuestionamientos que surgen del acercamiento a la polémica crítica de Anna Pintore sobre los *derechos insaciables* encarnados en las teorías de Ferrajoli, especialmente a través de su *Derecho y razón*

---

De hecho, Bernal continúa más adelante y profundiza sobre la capacidad para decidir:

«De acuerdo con el principio democrático, está permitido al Legislador decidir allí en donde no puede conocerse qué es aquello que los derechos fundamentales ordenan o prohíben. De manera análoga, según el principio del Estado de Derecho, la jurisdicción ordinaria puede decidir allí en donde no puede conocerse si los derechos fundamentales ordenan o prohíben algo en relación con la interpretación del derecho ordinario o la valoración de las pruebas», *Ibidem*, LV.

<sup>4</sup> Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 607 p. Véanse del mismo autor: Alexy, Robert. «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», en *Ratio Juris*. Vol. 16 No. 2 June 2003 Págs. 131–40; Law and Correctness. en *Legal Theory at the End of the Millennium*. Ed. M. D. A. Freeman., Oxford: Oxford University Press. 1998, págs. 205–221

<sup>5</sup> Barranco Avilés, M. del Carmen. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Madrid, Dykinson, 2000, 444 p. Véase también: Díez-Picazo, Luis M. *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, S.L. Civitas Ediciones 2003, 510 p.

<sup>6</sup> Villaverde, Ignacio; Requejo, Paloma; Aláez, Benito; Fernández, Ignacio; Bastida, Fco. José; Presno, Miguel A. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid, Tecnos, 2004, 235 p.

(Pintore, 2001)<sup>7</sup>, también son valiosos en una primera aproximación a la indeterminación conceptual sobre los Derechos Fundamentales a principios del siglo XXI.

\* \* \*

El origen de las colisiones que se dan entre principios en el imaginario propuesto por Alexy se matizaría a ojos de Bernal, y de forma paradójica, por una controversia: una idea relacionada con el límite semántico que ofrece la Constitución<sup>8</sup> y, a la vez, la ampliación misma de significado, de la definición:

«Ahora bien, para garantizar el respeto de los márgenes de acción del Legislador y de la jurisdicción ordinaria, y en consecuencia, dejar sin fundamento las objeciones que acusan a la teoría de los principios de desconocer estos márgenes, es necesario ampliar la definición de los principios en cuanto mandatos de optimización [...] debe ampliarse la definición de los principios de la siguiente manera: Los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas, y –aquí viene la modificación– *epistémicas* existentes»<sup>9</sup>.

Avanzar desde aquí hacia el peso abstracto de los principios en relación a las premisas normativas nos traslada a la complejidad de la sociedad pluralista en la que el juez debe decidir entre varias opciones de acuerdo con el principio democrático (Bernal, 1993: LV)<sup>10</sup>. En un espacio en el cual no puede recurrirse a definiciones cerradas para la aplicación de los principios, no hay soluciones únicas sino deliberación:

<sup>7</sup> Pintore, Anna. «Derechos insaciables», en Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001, pp: 243-265; Ferrajoli, Luigi. *Teoría del garantismo penal*. Prólogo de N. Bobbio, Trotta 10ª ed., Madrid, 2011, 1024 p. Véanse también: Pintore, Anna. *El Derecho sin verdad*. Madrid, Dykinson 2006, 234 p.

<sup>8</sup> «A pesar de los problemas interpretativos que se originan a partir de los derechos fundamentales, sí resulta meridiano que este margen semántico tiene ciertos límites –los límites del significado posible del tener literal de la Constitución–, a los que se suman los que derivan de los límites directamente constitucionales», Bernal Pulido, Carlos. «Estudio Introductorio», en Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, LII; Alexy, Robert. *Op. cit.* pp-277-279.

<sup>9</sup> Bernal Pulido, Carlos. *Op. cit.* LIII

<sup>10</sup> Así introduce Bernal la idea de Alexy: «[E]stá permitido al Legislador decidir allí en donde no puede conocerse qué es aquello que los derechos fundamentales ordenan o prohíben. De manera análoga, según el principio del Estado de Derecho, la jurisdicción ordinaria puede decidir allí en donde no puede conocerse si los derechos fundamentales ordenan o prohíben algo en relación con la interpretación del derecho ordinario o la valoración de las pruebas», *Ibidem* LV.

«en el ámbito de los significados implícitos en los derechos fundamentales, allí en donde no es claro si la Constitución ordena o prohíbe algo, el Tribunal Constitucional disfruta de un margen de deliberación [...]. La única respuesta correcta es que en estos casos, los derechos fundamentales no ofrecen ninguna respuesta correcta»<sup>11</sup>.

La fundamentación del derecho relativo del criterio de generalidad remite a los márgenes de posibilidad apuntados, desde los cuales Alexy prepara las objeciones contra el concepto de principio para la teoría de los derechos fundamentales: La invalidez de los principios (i); los principios absolutos (ii); y la amplitud del concepto de principio (iii); este último resulta el más interesante para mi reflexión pues critica el hecho de que los principios puedan referirse bien a derechos individuales como a bienes colectivos y permite enlazar así con la diferencia entre principios y valores (Alexy, 1993:125)<sup>12</sup>.

En el momento en que respecto a los principios y los valores se intercalan los adjetivos *fundamentales* y *humanos* para los derechos, resulta de ayuda recordar el origen de resistencia del mundo jurídico (Villaverde et al., 2004:17)<sup>13</sup> y no obviar la transformación de los *Derechos Humanos* en *Derechos Fundamentales* cuando se positivizan; gracias al derecho previamente positivado en aras de proteger y promover la dignidad humana, no sin controversias entre modelos:

«La idea básica del hombre sujeto y no objeto, del ser humano que por el hecho de nacer es portador de derechos inalienables e inviolables, se sintetiza en el concepto de dignidad humana, como valor consustancial de la persona [sin embargo] no cabe identificar sin más derechos humanos y derechos fundamentales, porque el iusracionalismo y el positivismo, aun pudiendo coincidir en una idea común (el individuo y su dignidad), son modelos que se construyen de manera muy diferente.

<sup>11</sup> *Ibidem* LVI

<sup>12</sup> Alexy, Robert. *Teoría de los derechos...* p. 125 y ss.

<sup>13</sup> «El estudio de los derechos fundamentales tiene como referencia ineludible los derechos humanos, aunque conviene dejar claro que unos y otros no son exactamente lo mismo. Desde siempre el ser humano ha buscado la manera de resistirse al poder de dominación y a lo largo de la historia ha ido creando fórmulas filosófico-jurídicas para frenar ese poder, [s]in embargo, la idea de derechos humanos tal cual la conocemos hoy es relativamente reciente y se ubica en el pensamiento liberal revolucionario de finales del siglo XVIII», Villaverde, Ignacio; Requejo, Paloma; Aláez, Benito; Fernández, Ignacio; Bastida, Fco. José; Presno, Miguel A. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid, Tecnos, 2004, p. 17. Pueden verse también: Ansuategui Roig, Francisco J. «La Historia de los Derechos Humanos» en Soriano, Ramón L. (dir.). *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*. Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana, La Rábida, 2000, págs. 71-78

Puede decirse en una primera aproximación y en términos harto generales que el modelo positivista transforma los derechos humanos en derechos fundamentales. Los incorpora como un elemento esencial del sistema jurídico, que los reconoce y garantiza con la fuerza irresistible del único derecho válido, el derecho positivo, es decir, los respalda con el uso lícito de la fuerza física que ostenta en monopolio el Estado»<sup>14</sup>.

La positivización del Derecho se dibuja como una solución que deja atrás al historicismo y su idea del cambio sin quiebra, los ordenamientos jurídicos pre-estatales, el fundamento de los derechos en normas históricas cuya validez residía en la antigüedad y se nutría de la alusión a las Leyes Fundamentales y a la Constitución Histórica, y da paso a otros modelos. El modelo iusracionalista (iusnaturalista) donde el Derecho Natural (la decisión) confiere la validez a las normas, el fundamento ya no es pues la Historia, se pasa del *estado de naturaleza* al *pacto social* donde el Estado es garante de los derechos gracias a la ley que dispone cuando se sobrepasan los límites de los derechos y donde el juez determina la infracción y la sanción... en una especie de continuo en el que el reclamo de los derechos de participación y las exigencias de la titularidad de estos derechos presentan claras deficiencias del modelo mismo (Villaverde et al., 2004: 21-24).

De esta manera irrumpen el positivismo y las Constituciones. Los derechos traen causa en la decisión adoptada por el órgano estatal competente. No hay derechos previos ni *supraderecho*, sólo Derecho positivo producido por órganos estatales que crean y no *declaran* los derechos; donde el nexo entre derecho y garantía es fundamental gracias al poder público, el cual crea las garantías institucionales, donde se determinan la titularidad y el contenido de los derechos, y qué fuentes concretas crean y regulan la libertad, respeto al contenido de los derechos que sólo se modifican a través del poder constituyente-constituido, donde la Constitución es la norma jurídica suprema (Villaverde et al., 2004: 24-28).

El derecho positivo en ningún momento dibuja un paisaje de concreción finita, delimitada y mínima, sino que presenta un espacio abierto para la interpretación de la Constitución:

«Se trata más bien de normas que tienen una estructura abierta, de programación finalista, que las convierte en marco jurídico susceptible de diversas concreciones [...]. El campo de actuación de la interpretación

---

<sup>14</sup> Y continúa: «Reclamar un derecho fundamental no consistirá en apelar sin más al respeto a un derecho natural de la persona. La apelación no tendrá virtualidad ante los poderes públicos si ese derecho no está previamente positivado, o sea, incorporado y garantizado como derecho positivo, único alegable ante los tribunales». Villaverde, Ignacio; Requejo, Paloma; Aláez, Benito; Fernández, Ignacio; Bastida, Fco. José; Presno, Miguel A. *Teoría general de los derechos fundamentales...* p.18

constitucional no son los resquicios, sino el propio marco constitucional. Además, la apertura constitucional entraña una apertura cognitiva del sistema jurídico hacia la realidad que es objeto de su formación, lo cual es particularmente relevante en materia de derechos fundamentales. Hay una constante relación de conocimiento del sistema jurídico con el medio social, porque es esencial para su eficacia saber concretar cuáles son las expectativas sociales que quedan garantizadas en los enunciados iusfundamentales. El contexto social forma parte de la teoría de la Constitución (y de los derechos fundamentales) que se encierra en el texto constitucional. Labor del intérprete es aprehender esa teoría para así poder hacer una interpretación constitucionalmente adecuada no sólo de los enunciados iusfundamentales, sino también de la realidad (contexto) que abstractamente está regulada en ellos» (Villaverde et al., 2004: 57).

En un espacio como el descrito, la concreción de las normas constitucionales integrarán la *creación* y la *aplicación* del derecho. Parlamento y Tribunal Constitucional deberán legitimar las lógicas de sus actuaciones en un encuentro entre la legitimidad política de las urnas y la legitimidad jurídica garante frente a los arbitrios y las extralimitaciones.

Estos espacios de competencia y legitimidad tienen interés en tanto que se relacionan con el desarrollo de la idea de dignidad humana. Coincido con los postulados de Barranco Avilés cuando afirma que la reflexión en torno a la figura los derechos fundamentales lleva a distinguir tres vertientes –la ética, la política y la jurídica– y reitera que «la función política es factible por el enlace ético de los derechos. Los derechos fundamentales sirven de legitimidad al poder sólo si aparecen como elementos de protección del individuo o como cauces de la integración de éste» (Barranco, 2000:113)<sup>15</sup>. Pero hay diversidad entre las teorías del modelo republicano y del modelo liberal sobre cómo el individuo se integra en sociedad, sobre cómo la persona se inserta en el Estado. Nuestra cultura jurídica es fundamentalmente de tradición liberal, en la cual la capacidad de elección reside en el individuo y no en el grupo, y se entiende la libertad de elección como paso previo a la idea superior de autonomía.

La realidad, donde las exigencias éticas de dignidad del individuo cuya satisfacción es condición de legitimidad para el poder político, está repleta de significados para la idea de *individualismo*. Barranco presenta entre otros individualismos, el abstracto, el político, el económico, el metodológico, el ontológico, o el normativo, y afirma que «[p]uesto que la crítica al individualismo

---

<sup>15</sup> Barranco Avilés, M. del Carmen. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Madrid, Dykinson, 2000, p. 113. Véase también: Sarmiento, Daniel. «Who's Afraid of the Charter; The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe», *Common Market Law Review*. 2013, 50, págs. 1267-1304

liberal se traduce en crítica a la idea de los derechos –que ciertamente se vincula a esta tradición no sólo histórica, también conceptualmente– es preciso distinguir las distintas funciones que puede desempeñar la categoría en el lenguaje político» (Barranco, 2000:117)<sup>16</sup>. En paralelo, Barranco hace una llamada de atención a las condiciones reales de existencia del individuo, del ser humano titular de derechos, que se enlazaría con la idea de *fundamento* y sus esquemas de aproximación a los derechos fundamentales en su función subjetiva (Barranco, 2000: 312).

Desde la división entre las teorías de los derechos morales y las teorías de los valores, Barranco pone de manifiesto que lo determinante es el fundamento en la medida en que condiciona la forma en la que se interpreta el alcance subjetivo de los derechos positivos (Barranco, 2000: 312).

La vinculación entre sujeto y derecho protegido varía según nos instalemos en las teorías de los derechos morales o en las de los valores pues, como afirma la autora, los defensores de estas últimas se orientan en la línea de la crítica al individualismo abstracto que se encontraba en el origen del reconocimiento histórico de los derechos (Barranco, 2000: 314).

Otra crítica orientada a la importancia del enraizamiento de los derechos, y que sirve para proponer una pausa a esta reflexión, es la ofrecida por Anna Pintore en relación a los *derechos insaciables* que, tal y como entiende, encarnan las teorías de Ferrajoli, especialmente desde *Derecho y razón* (Pintore, 2001: 243)<sup>17</sup>.

Pintore dibuja un panorama en el que los derechos han quedado abandonados a sí mismos o a la *frágil* Historia del Constitucionalismo, y se pregunta *cómo* fundamentar los derechos, *qué* derechos fundamentar y *cómo* insertar en la Historia, en la realidad, los derechos ya fundamentados (Pintore, 2001: 244).

Se reconoce la necesidad de las *Auctoritas* puesto que no hay teorías (auto)suficientes, y sigue a Bobbio –protección de los derechos, más allá de la justificación– desde el lado más tratable de la administración. Pintore piensa que Ferrajoli sacrifica a la democracia misma al minusvalorar el problema formal de la gestión del contenido sustancial de los derechos y al sesgar el vínculo entre derecho y titular del mismo:

«Definir como «democracia sustancial» al estado de derecho, equivale, de hecho, a otorgar una solución *semántica* a un problema *normativo*. Equivale a resolver *in limine* y de forma oculta con una operación de limpieza lingüística, precisamente, el problema crucial de la justificación filo-

<sup>16</sup> Barranco Avilés, M. del Carmen. *La teoría jurídica ...* p. 117

<sup>17</sup> Pintore, Anna. «Derechos insaciables», en Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001, págs: 243-265; Ferrajoli, Luigi. *Teoría del garantismo penal*. Prólogo de N. Bobbio, Trotta 10ª ed., Madrid, 2011, 1024 p.

sófica de las democracias constitucionales: el problema, justamente, de cómo conciliar el estado de derecho (contenidos) con la democracia (forma), de cómo resolver en un equilibrio aceptable la tensión entre derechos fundamentales y el principio del autogobierno. [...] Añadiré, finalmente, que de la definición del estado de derecho como democracia (sustancial) aflora una visión teórica de la democracia constitucional, en el fondo, irenista»<sup>18</sup>.

Desde estas afirmaciones se dará continuidad a la tarea ardua, pero no imposible de demostrar la posibilidad de una existencia armónica entre democracia y derechos. La compleja conciliación planteada por Pintore entre contenidos y forma, entre estado de derecho y democracia, interpela al estudio interdisciplinar de los derechos fundamentales y del principio del autogobierno, a la vez que plantea futuros interrogantes en relación a la democracia constitucional actual.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 607 p.
- «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», en *Ratio Juris*. Vol. 16 N. 2 Junio 2003, págs. 131–40
- Law and Correctness, en *Legal Theory at the End of the Millennium*. Ed. M. D. A. Freeman, Oxford: Oxford University Press. 1998, págs. 205–221
- ANSUATEGUI ROIG, F.J. «La Historia de los Derechos Humanos» en SORIANO, Ramón L. (dir.). *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*. Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana, La Rábida, 2000, págs. 71-78
- BARRANCO AVILÉS, M. del C. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Madrid, Dykinson, 2000, 444 p.
- COBOS, P.; JARA, M.; FIOL, B. (Dir.) «Plasmación jurídica de la dignidad de la persona», en VV. AA. *Progreso humano, derechos humanos: XXXI Congreso Universitario Internacional UNIV'98*, Sevilla, Colegio Mayor Almonte, 1998, 451 p.
- DÍEZ-PICAZO, L.M. *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, S.L. Civitas Ediciones 2003, 510 p.
- FERNÁNDEZ, F. «La Teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13. Núm. 39. Septiembre-Diciembre 1993 pp. 195-247
- FERRAJOLI, L. *Teoría del garantismo penal*. Prólogo de N. Bobbio, Trotta 10ª ed., Madrid, 2011, 1024 p.
- *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001, 392 p.
- FERRATER MORA, José. «Derecho», en *Diccionario de filosofía*. Tomo I. (A-D), Barcelona, Ariel Filosofía, 2009. pp: 817-819

<sup>18</sup> Pintore, Anna. «Derechos insaciables... » p. 250

- «Fundamento», en *Diccionario de filosofía*. Tomo II. (E-J), Barcelona, Ariel Filosofía, 2009. pp: 1413-1414
- FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid, Trotta 2014. 167 p.
- GARCIA AMADO, J. A. Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho* (2), 1985, págs. 297316.
- GRECO, M. «The Politics of Indeterminacy and the Right to Health», en *Theory, Culture and Society*, 2006, 21. 6, págs: 1-22
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. «La interpretación jurídica como interpretación práctica», en *Persona y derechos: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N. 52, 20015, págs: 413-444
- PINTORE, Anna. «Derechos insaciables», en FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001, pp: 243-265
- *El Derecho sin verdad*. Madrid. Dykinson 2006, 234 p.
- SANTAYANA, George. *La vida de la razón o Fases del progreso humano*. Adaptación, introducción, notas y anexos de José Beltrán Llavador; trad. de Aida A. De Kogan, Madrid, Tecnos, 2005, 314 p.
- SCHLAG, Pierre. «The dedifferentiation problem», en *Continental Philosophy Review*, 2009 42 (1). Págs.: 35-62.
- SARMIENTO, Daniel. «Who's Afraid of the Charter: The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe», *Common Market Law Review*. 2013, 50, págs. 1267-1304
- VILLAVERDE, Ignacio; REQUEJO, Paloma; ALÁEZ, Benito; FERNÁNDEZ, Ignacio; BASTIDA, Fco. José; PRESNO, Miguel A. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid, Tecnos, 2004, 235 p.
- «Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales», en *Revista española de derecho constitucional*. Año N. 36, Núm. 106, 2016, págs: 149-201.

\* \* \*

*Este trabajo fue presentado en forma de comunicación en el Congreso sobre «Justicia, Administración Pública y Derechos Fundamentales» celebrado los días 16 y 17 de noviembre de 2017, en la Facultad de Derecho y CC. EE. y Empresariales de la Universidad de Córdoba.*

*La comunicación se presentó en el Bloque I. Cuestiones actuales de Teoría General de los Derechos Fundamentales.*

*El congreso se enmarcó en el Proyecto de Investigación DER2015-67695-C2-2-P (MINECO/FEDER).*



# **Administración pública y derechos fundamentales**



# EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL COMO LÍMITE ¿(IN)FRANQUEABLE? PARA LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA\*

*The fundamental right to the protection of personal data as a (impassable) boundary for administrative transparency*

Leonor Rams Ramos  
Universidad Rey Juan Carlos (España)  
leonor.rams@urjc.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp119-152](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp119-152)

Recibido: 30.10.2018

Aceptado: 21.11.2018

## **Resumen**

El presente trabajo intenta analizar y proponer soluciones a la difícil conciliación que se plantea entre la protección del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y la realización del principio de transparencia, en particular a través del ejercicio del derecho de acceso a la información.

En este sentido, se analizan las reglas y criterios de ponderación introducidos por el artículo 15 de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y su compatibilidad con la normativa de protección de datos de carácter personal tras la entrada en vigor del Reglamento Europeo de Protección de Datos

---

\* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Rams Ramos, Leonor. 2018. «El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal como límite ¿(in)franqueable? para la transparencia administrativa». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 119-152. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp119-152](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp119-152).

y particularmente a la luz del proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos que se encuentra actualmente en tramitación en las Cortes Generales.

### ***Palabras clave***

Protección de datos de carácter personal; transparencia; derechos fundamentales.

### ***Abstract***

The main scope of this paper is to analyse and present possible solutions to the problem of reconciling the right to the protection of personal data with the principle of transparency and the right of access to official documents.

To this effect, the rules and criteria to reconcile both rights regulated by the Law 19/2013, regarding transparency, access to public information and good government are reviewed after the entry into force of the new Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data, and particularly under the light of the proposal for a new Data protection Law that is currently into discussion for its approval in the Spanish Parliament.

### ***Keywords***

Data protection; transparency; fundamental rights.

---

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA NORMATIVA APLICABLE PARA LA CONCILIACIÓN ENTRE LA TRANSPARENCIA Y LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL: LA APLICABILIDAD DE LA LTBG. III. LOS CRITERIOS DE CONCILIACIÓN PREVISTOS POR EL ARTÍCULO 15 LTBG Y LAS NOVEDADES QUE PLANTEA EL PLOPD. 1. *El acceso a información pública que contienen datos sensibles o especialmente protegidos*. 2. *El acceso a la información que contiene datos meramente identificativos*. 3. *La protección de los datos de carácter personal no reflejados en las categorías anteriores*. IV. BREVE CONCLUSIÓN: EL NECESARIO CAMBIO EN LOS CRITERIOS DE PONDERACIÓN ENTRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL TRAS LA APROBACIÓN DEL RGPD. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

La inminente aprobación de una nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, que tiene por objeto la adaptación de la normativa de protección de datos al nuevo Reglamento UE 2016/678 del Parlamento 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, debe llevarnos a un replanteamiento entre las relaciones –en muchos casos de confrontación– entre las exigencias de transparencia que las leyes vigentes establecen para la actuación de las Administraciones Públicas y la garantía del derecho fundamental a la protección de datos. Y es que no hay duda de que el exponencial crecimiento de la actuación administrativa y de su incidencia en la esfera jurídica de los ciudadanos hace que sea cada vez más necesario conciliar la protección de dos bienes jurídicos que en muchos casos se nos presentan como antagónicos<sup>1</sup>.

No cabe duda de que el establecimiento de mecanismos que garanticen la transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas deviene cada vez más importante en aras de poder controlar dicha actuación y evitar la proliferación de casos de corrupción y, lo que también es muy grave, la desafección de la ciudadanía frente a la actuación de los poderes públicos. Pero esta

---

<sup>1</sup> Como sostiene Canals Ametller «en este ámbito, la técnica de la ponderación es de utilización preceptiva no solo porque el legislador remita a ella de manera expresa, sino porque parece no existir otro método jurídico más adecuado para conseguir que los distintos actores implicados logren la difícil tarea de equilibrar ambos derechos». Dolors Canals Ametller, «El acceso público a datos en un contexto de transparencia y buena regulación», en Canals Ametller (ed.), *Datos. Protección, Transparencia y Buena Regulación*, Ed. Documenta, 2016, pág. 13.

exigencia de transparencia, que se traduce en la necesidad de poner a disposición de los ciudadanos la información pública, es susceptible de lesionar el derecho fundamental a la protección de datos, pues la mayor parte de la información que obra en poder de las instituciones públicas –bien porque la reciben de los ciudadanos o porque sean autoras de la misma<sup>2</sup>– está plagada de datos de carácter personal tanto de las personas que se insertan en éstas, como de los destinatarios de su acción.

En este contexto nos encontramos con la tramitación de un nuevo Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos (en adelante, PLOPD), aún sin aprobar, pero que probablemente verá la luz en un tiempo no muy lejano<sup>3</sup>, por tratarse de una materia que suscita, tanto entre los legisladores como en la mayoría de operadores jurídicos, un importante acuerdo en cuanto a su protección. Y no es de extrañar –sino muy al contrario, de agradecer– que exista una amplia conciencia social sobre la necesidad de proteger un bien jurídico que la revolución tecnológica imparable que vivimos puede hacer peligrar; pero, como es bien evidente, no puede tratarse de un derecho de protección absoluta que impida la realización o satisfacción de otros derechos que reconoce el ordenamiento jurídico<sup>4</sup>. Y en este sentido, hay que destacar también la importancia que ha ido cobrando en los últimos tiempos la idea de transparencia, no sólo como principio jurídico que debe impregnar toda la actuación administrativa, sino como una nueva manera de entender la acción de los poderes públicos, que queda más legitimada en la medida en que ésta

---

<sup>2</sup> Recordemos que la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno (en adelante, LTBG) define en su artículo 13 la información pública como:

«los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido *elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones*» (la cursiva es propia).

<sup>3</sup> A la entrega de este artículo el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal ha sido ya aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados y remitido al Senado con fecha de 23 de octubre de 2018 para su tramitación (BO de las Cortes Generales. Senado. Núm. 289, págs.. 5 y ss.)

<sup>4</sup> En este sentido, como afirma R. Martínez, una aproximación literal al derecho fundamental a la protección de datos personales «no puede erigirse en condición de prevalencia del derecho si no se quiere vaciar por completo de contenido el deber de transparencia. Si en caso de conflicto no se produce una interpretación de naturaleza cualitativa, el uso instrumental de la privacidad al servicio de la opacidad estará garantizado. [...] si se apuesta por una consideración del derecho fundamental a la protección de datos personales como barrera insalvable, la garantía de este derecho fundamental constituirá sin duda la excusa perfecta para la denegación sistemática de acceso a la información». Ricard Martínez, «De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia» en Valero Torrijos y Fernández Salmerón (Dirs.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público*, Aranzadi (2014), págs. 244 y 245.

puede ser conocida por los ciudadanos, hasta el punto de que se habla de la transparencia como uno de los mayores antidotos contra la corrupción, pues solo una sociedad informada de lo que hacen sus representantes y los poderes públicos puede ser crítica respecto su gestión y exigir las pertinentes responsabilidades<sup>5</sup>.

El conflicto entre ambos derechos está, pues, servido: en virtud del principio de transparencia, las leyes, en general, y la LTBG, en particular, regulan los instrumentos jurídicos que hacen posible que la información pública pueda ser conocida por los ciudadanos, –tanto a través de la puesta a disposición de esta información en los portales de transparencia, como a través del ejercicio de éstos de su derecho subjetivo de acceso a la información pública–; pero este derecho se ve limitado en muchos casos por la ingente cantidad de datos personales que, lógicamente, aparecen en esa información sobre la gestión de lo público, y que gozan de una especial –y justificada– protección.

No queda más remedio que buscar instrumentos jurídicos de conciliación entre ambos derechos que permitan una articulación jurídica tendente a una mayor garantía de los mismos y que, durante mucho tiempo, nuestro ordenamiento jurídico ha obviado<sup>6</sup>. En la actualidad, este escollo ha sido definitivamente superado, y tras la aprobación de la LTBG no hay duda en que la información pública debe ser accesible salvo que concurra alguna limitación, bien esté ésta prevista para la protección de otros bienes jurídicos que se consideren preeminentes en algunos casos –como son la seguridad pública, el

<sup>5</sup> Así se afirma, aunque con otras palabras, por el preámbulo de la LTBG.

<sup>6</sup> Baste recordar aquí el hecho de que el derecho de acceso a la información –calificado muy tempranamente como derecho de configuración legal–, no fue regulado con carácter general hasta el año 1992, cuando se reconoce su ejercicio –limitadísimo por cierto– por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP), y en el que se recogía una referencia a los «datos nominativos» que exigían para su acceso de acreditación por el solicitante de «interés legítimo y directo» (artículo 37 LRJAP), pero no a los datos de carácter personal, que ese mismo año habían sido objeto de regulación por la LORTAD. Y que en el año 1999, cuando se aprueba la LOPD, se lleva a cabo una modificación en profundidad de la LRJAP, por la Ley 4/1999, sin que se hiciera tampoco conexión alguna entre ambas normas. Aunque se incorpora por primera vez en este año al artículo 3 LRJAP el reconocimiento del principio de transparencia como principio de actuación de las Administraciones Públicas, el artículo 37 no se modifica, generando un importante problema de interpretación conjunta de ambas normas que perduró en nuestro ordenamiento jurídico hasta la aprobación en 2013 de la LTBG.

Sobre la evolución del derecho de acceso, que excede con mucho el objeto de este trabajo, me permito remitir al lector a mi trabajo Leonor Rams Ramos, «La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160 (2013).

medio ambiente, la investigación de los delitos, etc.<sup>7</sup>— bien se trate de la protección de la intimidad de las personas<sup>8</sup> o de sus datos de carácter personal.

Para ello, la LTBG ha previsto unos mecanismos de ponderación entre ambos derechos que, sin embargo, además de resultar en ocasiones muy complejos, no están del todo equilibrados. Y ello por la sencilla razón de que mientras que el derecho a la protección de datos de carácter personal se ha consagrado como derecho fundamental<sup>9</sup>, con todo lo que ello implica, el derecho de acceso a la información sigue siendo considerado como derecho subjetivo vinculado al artículo 105 b) CE<sup>10</sup>, cuyos cauces de satisfacción, además, quedan en ocasiones muy mermados.

El propósito de este trabajo es, partiendo de la indudable tensión existente entre ambos derechos<sup>11</sup>, analizar los instrumentos jurídicos que nuestro orde-

<sup>7</sup> Y que en la actualidad se recogen en el artículo 14 LTBG con carácter general y en otras normas sectoriales, con carácter particular, que siguen siendo de aplicación en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera, apartado segundo LTBG.

<sup>8</sup> Así lo exige el artículo 105 b) CE.

<sup>9</sup> La naturaleza jurídica de derecho fundamental del derecho a la protección de los datos de carácter personal no sólo es una realidad incontrovertible en nuestro ordenamiento jurídico sino que además ha sido objeto de afirmación jurisprudencial. Resulta a tal efecto imprescindible la referencia a las importantes y muy conocidas Sentencias del Tribunal Constitucional 290/2000 y 292/2000, que propiciaron la elaboración dogmática de este derecho como autónomo, a la vez que instrumental para la protección del derecho a la intimidad, en referencia al artículo 18.4 CE. Sobre esta cuestión existe una extensísima bibliografía jurídica, entre la que cabe destacar, especialmente, la monografía de Emilio Guichot, *Datos personales y Administración Pública*, Thomson Civitas (2005) o, desde una perspectiva más actual, Julián Valero Torrijos, *La protección de datos personales en internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*, Thomson-Reuters Aranzadi (2013).

<sup>10</sup> Sobre la naturaleza jurídica de derecho fundamental del derecho de acceso, que gran parte de la doctrina administrativista y constitucional española sostiene —y que yo también suscribo—, *vid.* de nuevo Rams Ramos, L. «La transformación ...».

<sup>11</sup> Son muchos los trabajos jurídicos que han abordado esta tensión. Resultan de especial interés a este respecto, entre otros muchos, José Luis Piñar Mañas (dir.) *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, Reus (2014), Emilio Guichot, «Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales», *Revista de Administración Pública*, núm. 173 (2007), o Antonio Troncoso Reigada (dir.), *Transparencia Administrativa y Protección de Datos Personales*, Thomson-Civitas (2008). Y, en particular, sobre los mecanismos jurídicos previstos por el artículo 15 LTBG, deben ser de especial mención, Severiano Fernández Ramos, «Acceso a la información pública versus protección de datos personales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 184 (2017) o José Luis Rodríguez Álvarez, «Transparencia y protección de datos personales: criterios legales de conciliación», en Canals Ametller (ed.), *Datos. Protección, Transparencia y Buena Regulación*, Ed. Documenta (2016).

namiento jurídico ha previsto para su posible conciliación, fundamentalmente a través del artículo 15 LTBG, pero examinados a la luz de la nueva normativa de protección de datos de carácter personal, a fin de determinar si dichos mecanismos previstos por esta norma están resultando útiles y son verdaderamente respetuosos con ambos derechos o si, por el contrario, nos abocan a una situación de prevalencia de la protección de datos sobre el derecho de acceso, lo que en definitiva reduciría el ámbito de aplicación del principio de transparencia.

## II. LA NORMATIVA APLICABLE PARA LA CONCILIACIÓN ENTRE LA TRANSPARENCIA Y LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL: LA APLICABILIDAD DE LA LTBG

Superadas las divergencias normativas existentes en la materia, con una legislación contrapuesta, pero que no preveía soluciones aplicables a la tensión que suscitan ambos derechos, la LTBG, además de suponer un avance en muchas cuestiones –aunque adolezca, sin duda, de muchas deficiencias– vino a establecer, a través de su artículo 15, lo que parece ser un mecanismo único para la ponderación de los intereses en conflicto, cuando el acceso a la información pública se puede ver limitado por la existencia de datos de carácter personal en la misma. Y es que el legislador parece haber llegado a la conclusión –reforzada en la actualidad por el Proyecto de LOPD, como veremos– de que para verificar si el acceso debe limitarse por aplicación de la protección de datos de carácter personal, la norma que debe aplicarse para la Ley de transparencia y no, directamente, la normativa de protección de datos.

Esto es, la comunicación de datos de carácter personal que se encuentran en la información pública, de resultar accesible, debe derivarse de la aplicación del procedimiento de acceso a la información previsto por la LTBG y no de la aplicación de la LOPD, en particular de su artículo 11, que prevé la llamada «cesión de datos»<sup>12</sup>. Pero incluso si consideráramos, como hace parte de la doctrina, que el acceso a información pública, cuando en la misma figuran datos de carácter personal, es una cesión, entonces podría entenderse que la ley que autoriza la cesión es la LTBG, cuando ésta permita el acceso a la

---

<sup>12</sup> Recordemos que este artículo 11 LOPD –todavía vigente– establece, en relación con la cesión o comunicación de datos que:

“1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

a) Cuando la cesión está autorizada en una ley.[...]

información frente a la protección de datos de carácter personal que la misma contenga<sup>13</sup>.

La LTBG ha aportado la cobertura legal necesaria para salvar esta limitación y es precisamente su artículo 15 LTBG –al que se remite también el artículo 5 LTBG, en relación con la publicidad activa que deben hacer pública en sus portales de transparencia los sujetos obligados por la Ley– el que establece una serie de reglas de aplicación para determinar la accesibilidad de la información cuando de la tramitación de la misma se derive la existencia de datos de carácter personal. Pero dichas reglas, a las que nos referiremos a continuación, deben ponerse en conexión con varias de las cuestiones previas.

En primer lugar, tenemos que considerar que partimos de una relación entre dos derechos no sólo de diversa naturaleza jurídica, con la dificultad que implica la ponderación entre un derecho fundamental y otro que no lo es<sup>14</sup> –aunque en ningún caso, ninguno de ellos pueda tener carácter absoluto y justificar la privación del otro–, a lo que se suma, en consecuencia, a una diversa naturaleza de las normas jurídicas que los regulan y amparan. Y es que mientras que las finalidades que justifican la cesión de datos de carácter personal se contienen en una ley orgánica, la LTBG no deja de ser una ley ordinaria, cuyo contenido no podrá en ningún caso invadir o regular materia reservada a ley orgánica. Fernández Ramos recuerda sobre esta cuestión cómo el Consejo de Estado se pronunció al efecto en su dictamen sobre el anteproyecto de LTBG –aunque en relación con una regulación muy diferente que la que finalmente se aprobó– indicando que una «ley ordinaria no puede condicionar ni alterar el régimen de aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos ni mucho menos alterar su ámbito de aplicación o alterarla» aunque sí puede establecer condiciones específicas que legitimen la

<sup>13</sup> Así lo ha interpretado en general la doctrina. Afirma Piñar Mañas al respecto que «la Ley 19/2013 supone, ante todo y en principio, un título habilitante para poder llevar a cabo, sin consentimiento de los afectados, la cesión de sus datos personales a terceros (los solicitantes del acceso), lo que nos pone en la pista del artículo 11 de la LOPD, que regula la cesión de datos y dispone que ésta no será posible sin consentimiento de los afectados salvo que una ley lo autorice, y esta es precisamente, en nuestro caso, la Ley de Transparencia». José Luis Piñar Mañas, «Transparencia y protección de datos. Una referencia a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno», en Piñar Mañas (Dir.), *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, Reus (2014), pág. 59.

<sup>14</sup> Pese a que sobre esta cuestión, a la que ya se ha hecho referencia, se sostiene la naturaleza jurídica de derecho fundamental del derecho de acceso a la información, la realidad jurídica con la que nos encontramos es que dicho reconocimiento no se ha producido jurídicamente, por lo que sólo se puede tratar, a efectos de la ponderación entre los derechos, como un derecho subjetivo, vinculado al artículo 105 b) CE y regulado por una ley ordinaria.

cesión de datos en casos concretos sin que medie el consentimiento, precisamente por aplicación del artículo 11 LOPD. Para el autor, pese a la afirmación del Consejo de Estado, la LTBG está llevando a cabo una invasión de materia reservada a Ley Orgánica, puesto que una ley ordinaria no es apta para delimitar el ámbito de aplicación de una ley orgánica<sup>15</sup>.

Además, debe tenerse en cuenta que la finalidad a la que responde la comunicación de datos de carácter personal por acceso a la información pública que los contiene, es muy distinta de las distintas finalidades que, en su caso, permiten a las Administraciones Públicas obtener y recopilar datos de carácter personal –bien mediando consentimiento o porque una habilitación legal para ello–, por lo cual su divulgación podría afectar al llamado principio de finalidad en el tratamiento de los datos, cuestión de suma importancia cuando se trata de la garantía de la protección de los datos de carácter personal<sup>16</sup>.

Y si bien, como veremos, la primera cuestión parece quedar solventada por la redacción del nuevo PLOPD, la segunda no lo queda tanto, sobre todo por las finalidades distintas que persiguen las dos normas en liza, y la perspectiva de análisis que cada una de ellas contempla.

No parece, sin embargo, que la inclusión de las reglas de ponderación entre el acceso a la información y la protección de datos de carácter personal en la LTBG haya provocado mayores problemas en este sentido y, en la práctica, no hay duda de que tanto los sujetos pasivos obligados por la LTBG, como el Consejo de Transparencia y los tribunales de justicia<sup>17</sup> que se han pronunciado en relación con el mismo, acuden directamente a esta Ley sin hacer referencia a la cesión de datos prevista por el artículo 11 LOPD<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Fernández Ramos, «Acceso a la información pública...», nota 14.

<sup>16</sup> Y es que, además, hay que recordar que la propia tutela jurídica de los datos tiene en sí carácter finalista, como así lo recuerda Canals Ametller, que lo resume de la siguiente manera: «el objeto de protección no son los datos en sí mismos, sino las libertades públicas, los derechos fundamentales de sus titulares ante los eventuales perjuicios que su tratamiento o publicidad les pudiera ocasionar». Canals Ametller, «El acceso público a datos...», pág. 17.

<sup>17</sup> Vid. por ejemplo, la Sentencia 138/2016, de 17 de octubre, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 10 que se remite al artículo 15 LTBG descartando la aplicabilidad directa del artículo 11 LOPD con toda naturalidad en su FJ 8.

<sup>18</sup> Así lo había entendido por lo general la doctrina –y así se desprende ahora de lo previsto por el Proyecto de LOPD y por el REPD, como veremos a continuación–, aunque acudiendo a distintos argumentos. Mientras que para Piñar Mañas la aplicación de la LTBG viene de la previsión concreta del artículo 11.2 LOPD, Guichot lo justifica de la siguiente manera: «El principio, simple, que debe entenderse rige es el de *lex specialis*, esto es, de aplicabilidad a las solicitudes de información de este género de la normativa sobre acceso a la información y de aplicación de la LOPD y de su normativa de desarrollo sólo cuando el interesado pretende ejercer el derecho de acceso de dicha Ley, con sus di-

En todo caso, como ya adelantábamos, el PLOPD, actualmente en tramitación parlamentaria, también parece que va a venir a aportar algo más de seguridad jurídica a la cuestión, pues diferencia los supuestos de cesión de datos entre particulares o entre Administraciones Públicas de los casos en los que dichos datos se comunican en ejercicio de la transparencia activa o del derecho de acceso a la información, a través de la inclusión de su disposición adicional 2.<sup>a</sup> que dispone bajo la rúbrica de «Protección de datos y transparencia y acceso a la información pública» lo siguiente:

«La publicidad activa y el acceso a la información pública regulados por el Título I de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, así como las obligaciones de publicidad activa establecidas por la legislación autonómica, se someterán, cuando la información contenga datos personales, a lo dispuesto en los artículos 5.3 y 15 de la Ley 19/2013, en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica.».

Esto es, parece ser voluntad del legislador –orgánico ya en este caso– clarificar que la norma aplicable, en supuestos de transparencia activa y acceso a la información, no es la referente a las reglas de cesión de los datos a terceros, entendidas con carácter general, que puedan encontrarse en la Ley orgánica, si no que la misma sólo se aplicará, de manera supletoria, tras la aplicación directa de lo previsto por el artículo 15 LTBG y, en su caso, del REPD.

Pues bien, en este sentido, y sin perjuicio de que a continuación se analizarán los concretos requisitos de acceso a la información en la que figuran datos de carácter personal recogidos por el artículo 15 LTBG, no debemos olvidar que el REPD ha venido a esclarecer el marco jurídico de la relación entre ambos derechos tanto en el Considerando 154 del mismo<sup>19</sup>, como sobre todo al establecer en su artículo 86, que:

ferentes presupuestos y alcances». Emilio Guichot «Límites a la transparencia y el acceso a la información» en E. Guichot (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Tecnos (2014) pág. 130.

Sin embargo, para Fernández Ramos y Pérez Monguió, es un criterio insuficiente para justificar lo que consideran una «una invasión por parte de la LTBG, como ley ordinaria, de una materia reservada a ley orgánica» y ello porque «el artículo 11 de la LOPD está pensado para supuestos singulares [...]. En cambio, el artículo 15 de la LTBG tiene por objeto la ordenación del acceso a todos los datos personales en poder del sector público y entidades del sector privado vinculadas al mismo, esto es a más de la mitad (en términos cualitativos) del ámbito de aplicación de la LOPD». Severiano Fernández Ramos y José María Pérez Monguió, *El Derecho al Acceso a la Información Pública en España*, Thomson-Reuters Aranzadi (2017), pág. 197.

<sup>19</sup> Establece, entre otras cuestiones, el Considerando 154 que:

«El presente Reglamento permite que, al aplicarlo, se tenga en cuenta el principio de acceso del público a los documentos oficiales. El acceso del público a documentos oficiales puede considerarse de interés público. Los datos personales de documentos que se encuentren

«Los datos personales de documentos oficiales en posesión de alguna autoridad pública o u organismo público o una entidad privada para la realización de una misión de interés público podrán ser comunicados por dicha autoridad, organismo o entidad de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a fin de conciliar el acceso del público a documentos oficiales con el derecho a la protección de datos personales en virtud del presente Reglamento».

Esto es, ya no resulta relevante que la finalidad que justifica la comunicación de los datos a través del acceso a la información pública sea distinta –y venga justificada por otra norma–, puesto que la propia norma protectora de los datos de carácter personal establece como lícita –y de interés público– su comunicación en aras de la realización de esa finalidad de transparencia, aunque no sea, claro está, la misma que permitió el tratamiento de los datos en primer lugar<sup>20</sup>.

Sentado el presupuesto de que la norma aplicable para la protección de datos de carácter personal que se encuentran en información pública solicitada al amparo del ejercicio del derecho de acceso a la información –o publicada conforme a las exigencias de transparencia activa– es la LTBG, veamos los concretos parámetros de conciliación que dicha norma ofrece y su interpretación por el CTBG y la jurisprudencia, a la luz de su aplicación en los últimos años por las entidades obligadas a dar acceso según lo previsto por el artículo 2 LTBG<sup>21</sup>.

### III. LOS CRITERIOS DE CONCILIACIÓN PREVISTOS POR EL ARTÍCULO 15 LTBG Y LAS NOVEDADES QUE PLANTEA EL PLOPD

El artículo 15 LTBG, que recoge los criterios para la ponderación entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos de carácter personal, fue uno de los que sufrieron una mayor modificación respecto del anteproyecto de Ley, cuya redacción suscitaba importantes

---

en poder de una autoridad pública o un organismo público deben poder ser comunicados públicamente por dicha autoridad u organismo si así lo establece el Derecho de la Unión o los Estados miembros aplicable a dicha autoridad u organismo. Ambos Derechos deben conciliar el acceso del público a documentos oficiales y la reutilización de la información del sector público con el derecho a la protección de los datos personales y, por tanto, pueden establecer la necesaria conciliación con el derecho a la protección de los datos personales de conformidad con el presente Reglamento. [...]»

<sup>20</sup> Otra cosa distinta será que se requiera la existencia de un interés legítimo, en el sentido de lo que sostuvo el TJUE en la trascendental Sentencia *Bavarian Lager c. Comisión*.

<sup>21</sup> Por la extensión lógica de este trabajo, no se puede profundizar en la aplicación que de dicha conciliación se está haciendo por las Comunidades Autónomas que ya han aprobado su propia Ley de Transparencia y que cuentan con organismos propios para la resolución de las reclamaciones que se plantean, sin perjuicio de poder hacer referencia a cuestiones puntuales a lo largo del análisis llevado a cabo.

problemas que, señalados tanto por la doctrina, como por el Consejo de Estado en su Dictamen y el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)<sup>22</sup>, llevaron a un cambio que se tradujo en la actual redacción del artículo<sup>23</sup>. En éste se establecen, a la hora de determinar la accesibilidad de las informaciones y documentos en los que aparecen datos de carácter personal, varios supuestos diferenciados, en función de la cualificación de dichos datos como especialmente sensibles, como meramente identificativos o, entre ambos tipos de datos, aquellos que son deben ser objeto de una ponderación individualizada a fin de determinar qué derecho subjetivo debe primar y cuál debe ceder cuando ambos entran en conflicto. Ponderación que resulta en extremo complicada, precisamente por la señalada naturaleza de derecho fundamental de uno frente al otro, que hace harto difícil que los mismos se puedan encontrar en pie de igualdad.

Dichos criterios no sólo son aplicables para las solicitudes de acceso a la información pública, sino que son también de necesaria consideración para cumplir con las obligaciones de transparencia activa impuestas por la propia Ley, cuando existan datos de carácter personal en la información o documentos que debe hacerse pública en los Portales de Transparencia conforme a lo dispuesto en el artículo 5 LTBG y debemos analizarlos de manera separada, puesto que mecanismo de conciliación que se prevé difiere extraordinariamente según el tipo de datos personales de que se trate, como acabamos de

---

<sup>22</sup> Al respecto, las acotaciones efectuadas por la AEPD en su informe fueron definitivas en cuanto a la redacción final de dicho artículo, teniendo como objetivo, en primer lugar, la eliminación del primer apartado del artículo 11 del Anteproyecto de Ley, que diferenciaba dos regímenes jurídicos de acceso en función de que el solicitante fuera un tercero o el titular de los datos –remitiéndole, en este último caso al derecho de acceso de la LOPD–, y que la AEPD entendía generaba graves disfunciones por dos motivos: de un lado, por la ya mencionada posible vulneración del sistema de fuentes –también señalada por el Dictamen del Consejo de Estado– por cuando una ley ordinaria no puede invadir materia reservada a ley orgánica y, de otro, porque consideraba que el derecho de acceso que se regula en el artículo 15 LOPD, como parte de los conocidos como «derechos ARCO» no permite el acceso a la información sino únicamente a los datos de carácter personal que allí figuren, lo que podía dejar al solicitante titular de los datos en peor situación que si se tratara de un tercero. Las enmiendas acogieron enteramente el criterio de la AEPD, hasta el punto que la redacción del artículo 15 LTBG proviene directamente de la propuesta de texto alternativo que hiciera la AEPD.

<sup>23</sup> Hay que señalar que el Informe de la AEPD generó, en su momento, bastante polémica. Mientras que Rodríguez Álvarez o Piñar Mañas alaban su contenido y la repercusión que tuvo en la redacción del artículo 15 LTBG, para Guichot «se trató [...] de un informe y una propuesta con graves defectos de entendimiento de la lógica del derecho de acceso a la información, que fue asumido de forma crítica por el Gobierno y que introdujo graves distorsiones en la regulación». Guichot «Límites a la transparencia ...», págs. 124 y 125.

señalar, teniendo en cuenta, en todo caso, que no será necesaria esta conciliación cuando la información pueda trasladarse al solicitante de acceso previa anonimización de los datos de carácter personal, según prevé el artículo 15.4 LTBG, en consonancia con lo establecido por el artículo 11.6 LOPD.

### 1. *El acceso a información pública que contienen datos sensibles o especialmente protegidos*

El artículo 15 LTBG se ocupa en primer lugar de regular de manera especialmente limitada la accesibilidad a aquellos datos que la LOPD denomina como especialmente protegidos. Esta especial protección se debe a que no se trata aquí de meros datos cuyo potencial tratamiento permitiría forjarse una imagen de la persona que invade su privacidad, sino que la misma queda inmediatamente afectada por el mero hecho de su conocimiento. Estos datos, a los que hace específicamente referencia el artículo 7 LOPD, se recogen en el apartado 1 del artículo 15 LTBG, de manera que sólo excepcionalmente, mediante consentimiento escrito o en casos muy delimitados, como veremos, podrá darse acceso a la información.

Frente a la apreciación de la existencia de datos especialmente protegidos no resulta necesario llevar a cabo ninguna ponderación, sino que el juicio de compatibilidad con el acceso que debe hacer el sujeto pasivo del derecho de acceso se limita a comprobar la existencia de los mismos y, en ese caso, ver si se dan los requisitos que permiten el acceso o, por el contrario, proceder a denegar el mismo. No obstante, los requisitos de accesibilidad –o de denegación– no son iguales para todos los datos especialmente protegidos sino que la LTBG se remite a las distintas categorías que, hasta el momento, recoge el artículo 7 LOPD<sup>24</sup>.

De esta manera, en la actualidad, el apartado primero del artículo 15 LTBG no especifica qué datos considera especialmente protegidos, sino que simplemente se remite, en su párrafo primero, a los datos especialmente protegidos a los que se refiere el artículo 7.2 LOPD –esto es, datos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias–, para cuyo tratamiento la LOPD exige consentimiento expreso y por escrito del afectado, y cuyo

---

<sup>24</sup> Esto es, si bien el régimen jurídico aplicable a este caso es el previsto en el artículo 15 LTBG, estamos ante un mecanismo muy similar al de la cesión de datos de carácter personal que previera el artículo 11 LOPD para los datos que ampara como especialmente protegidos el artículo 7 de dicha Ley Orgánica. Y es que, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la redacción del actual artículo 15 LOPD procede directamente de la propuesta alternativa que hiciera al AEPD en su informe sobre el proyecto de LTBG y que en sus apartados primero y segundo, se remite específicamente –y respectivamente– a los apartados 2 y 3 del artículo 7 LOPD.

acceso únicamente se podrá autorizar –según afirma el artículo 15.1 LTBG– «en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso»<sup>25</sup>.

El mismo apartado, en su párrafo segundo, se remite también, directamente y sin especificarlos, a los datos especialmente protegidos regulados en el artículo 7.3 LOPD –origen racial, salud y vida sexual–, para cuyo tratamiento y cesión la norma de protección de datos exige el consentimiento expreso, aunque no escrito, o que una ley prevea esta posibilidad por razones de interés general<sup>26</sup>.

El párrafo segundo del artículo 15.1 LTBG también somete a los mismos criterios que acabamos de mencionar a los «datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven la amonestación pública al infractor»<sup>27</sup>.

La vinculación directa que se establece por el artículo 15.1 LTBG a la normativa actual de regulación del derecho a la protección de datos de carácter personal –por referencia específica a sus artículos y no al contenido– hace necesaria la modificación de este precepto una vez se apruebe la nueva LOPD. Y ello no sólo porque, evidentemente, se debe actualizar la referencia a las categorías de datos personales que deben quedar integradas en cada uno de los supuestos, sino también porque el REPD ha venido a ampliar el ámbito objetivo de estas categorías de bienes, denominadas en la actualidad como «categorías especiales de datos», reguladas por el artículo 9 REPD que se refieren a lo que la misma norma ha venido a considerar como «datos sensibles»<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Recuerdo al respecto Rodríguez Álvarez cómo esta salvedad al requerimiento del consentimiento –cuando los datos hubieren sido hechos manifiestamente públicos por su titular antes de la publicación de la información o solicitud del acceso– trae causa directamente del artículo 8.c) de la Directiva 95/46/CE, que aunque no fue explícitamente recogida en la LOPD viene siendo objeto de aplicación por la AEPD. Rodríguez Álvarez, «Transparencia y protección de datos personales:...», pág. 69.

<sup>26</sup> Esto es, el artículo 15.1 LTBG, en su párrafo segundo, recoge de nuevo el criterio de cesión establecido en la LOPD para las cesiones de este tipo de datos, esto es, para poder acceder a información en la que consten datos especialmente protegidos de los recogidos en el artículo 7.3 LOPD es necesario que medie consentimiento expreso o que el acceso esté amparado por una norma con rango de ley.

<sup>27</sup> Sin embargo, se trata aquí de una diferencia en relación con la regulación de la cesión que establece la LOPD, que los regula de manera diferenciada, limitando su posible tratamiento a la inclusión en ficheros de las Administraciones Públicas y sólo para los supuestos previstos en las normas reguladoras de las mismas, pero sin necesidad de recabar el consentimiento de los titulares de los datos –ni exigir, por otro lado, que las normas tengan rango de ley–.

<sup>28</sup> Es especialmente relevante a este respecto lo dispuesto por el Considerando 10 del REPD que justifica esta nueva categorización de los datos, para otorgarles un nivel de

Pues bien, aunque sorprendentemente el inicial proyecto de LOPD no preveía la modificación del artículo 15.1 LOPD para su adaptación a la futura norma, el PLOPD que ha sido aprobado por el pleno del Congreso el 18 de octubre de 2018 y remitido al Senado el 23 de octubre de 2018<sup>29</sup>, sí que recoge la modificación de este apartado para hacerlo acorde con la nueva norma y con la incorporación de otros datos especialmente protegidos o sensibles que se reconocen por el artículo 9 REPD tales como los datos biométricos y los datos genéticos, hasta ahora no integrados en la LOPD.

La modificación que se propone<sup>30</sup> ha quedado reflejada en la Disposición final undécima PLOPD, que bajo el título «Modificación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», recoge en su apartado Dos que:

«El apartado 1 del artículo 15 queda redactado como sigue:

1. Si la información solicitada contuviera *datos personales que revelen la ideología, afiliación sindical, religión o creencias*, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.

Si la información incluyese *datos personales que hagan referencia al origen racial, a la salud o a la vida sexual, incluyese datos genéticos o biométricos o contuviera datos relativos a la comisión de infracciones*

---

protección común en todos los países de la Unión Europea, sin perjuicio de la posible determinación por los Estados miembros de las condiciones para garantizar la licitud de su tratamiento, concepto este último, no olvidemos, que engloba también la posible comunicación de los mismos.

Especifica el Considerando 10 lo siguiente:

«Para garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas y eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales dentro de la Unión, el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas por lo que se refiere al tratamiento de dichos datos debe ser equivalente en todos los Estados miembros. Debe garantizarse en toda la Unión que la aplicación de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos de carácter personal sea coherente y homogénea. [...] El presente Reglamento reconoce también un margen de maniobra para que los Estados miembros especifiquen sus normas, inclusive para el tratamiento de categorías especiales de datos personales («datos sensibles»). En este sentido, el presente Reglamento no excluye el Derecho de los Estados miembros que determina las circunstancias relativas a situaciones específicas de tratamiento, incluida la indicación pormenorizada de las condiciones en las que el tratamiento de datos personales es lícito».

<sup>29</sup> Publicado en el Boletín Oficial de Las Cortes Generales, Senado, núm. 289, de 23 de octubre de 2018.

<sup>30</sup> Fruto de la Enmienda de adición número 332, planteada por el Grupo Parlamentario Socialista. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 13-2, de 18 de abril de 2018.

*penales o administrativas que no conllevasen la amonestación pública al infractor, el acceso solo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de ley.»*

Como se percibe a simple vista, el legislador ha optado por no innovar, y simplemente introduce una modificación que se limita a enumerar los supuestos de datos sensibles que se incorporan a cada uno de los casos, con específica referencia, eso sí, a los datos genéticos y biométricos, de conformidad con el REPD, por lo que no se puede decir que estemos ante una modificación del régimen jurídico aplicable a la posible accesibilidad a estos datos, que siguen estando sometidos a los mismos requisitos de consentimiento expreso, salvo que se hayan hecho manifiestamente públicos –en el caso de los datos reflejados en el párrafo primero– o que su comunicación estuviera amparada por una ley –en el caso de los mencionados en el párrafo segundo–.

Si bien la casuística en estos casos está bastante clara, y en general la doctrina no incide mucho en ello porque la técnica para su accesibilidad es exactamente la misma que se prevé para su comunicación en la LOPD, sí que hay cuestiones que han suscitado dudas en la aplicación de este apartado, tales como la concreción de lo que se deba considerar como «manifestación pública» de los datos<sup>31</sup>, o la inclusión en estas categorías especialmente protegidas por la LTBG de los datos relativos a infracciones penales o administrativas, que no gozaban de tanta protección en la LOPD<sup>32</sup>.

Sin embargo, deben ser objeto de especial análisis los requisitos que debe reunir el consentimiento expreso del titular de los datos para que estos sean accesibles. Mientras que éste viene definido en el artículo 3 h) LOPD como «toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen», la LTBG nada dice al respecto, más allá de señalar que en el caso de los datos contenidos en el párrafo primero debe ser «consentimiento expreso y por escrito del afectado» y en el caso de los datos contenidos en el párrafo segundo «consentimiento expreso del afectado». Se hecha en falta a este respecto la conexión entre este artículo 15.1 LTBG y el artículo 19 de la misma norma, en cuanto a que el afectado, titular de esos datos de carácter personal, es precisamente ese tercero cuyos intereses legítimos

<sup>31</sup> Vid. Fernández Ramos y Pérez Monguió, *El Derecho de acceso...* pág. 204 y Martínez «De la opacidad...», pág. 267.

<sup>32</sup> Son interesantes al respecto los análisis llevados a cabo por Guichot, «Límites a la transparencia...» págs. 132 y ss y por Fernández Ramos y Pérez Monguió, *El Derecho de acceso...*, págs. 205 y ss.

podrían verse en juego que prevé el art. 19.3 LTBG<sup>33</sup>, al que se le debe remitir la solicitud para que haga las oportunas alegaciones que estime pertinentes, y cuya negativa al acceso, precisamente en estos casos, pudiera dar lugar a la denegación del derecho de acceso<sup>34</sup>, pero al que se debería solicitar en todo caso ese consentimiento para que el solicitante de información acceda a la misma, puesto que, si consultado el titular de los datos especialmente protegidos éste autorizara su comunicación, el acceso podría darse sin problema ninguno.

Por lo anteriormente expuesto, es sorprendente que los sujetos obligados por la LTBG –en particular, los del sector público estatal– parecen «olvidar» preguntar a los titulares de los datos de carácter personal y tienen a denegar el acceso, sin necesidad de suspender el procedimiento para dar traslado del mismo a ese tercero, para que dé su consentimiento o por el contrario se oponga; y lo mismo parece ocurrir cuando se plantea una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), que sí da traslado de la reclamación a los órganos administrativos afectados, pero parece olvidarse en la mayoría de los casos, de los titulares de datos de carácter personal<sup>35</sup>.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de febrero de 2018 ha reconocido expresamente la vinculación que existe entre la manifestación de este consentimiento expreso por parte de los afectados con la necesidad establecida por el artículo 19.3 LTBG de dar traslado de la solicitud a los terceros cuyos

<sup>33</sup> El artículo 19.3 LTBG, cuando regula la tramitación de los procedimientos de solicitud de acceso exige que:

«Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. El solicitante deberá ser informado de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación».

<sup>34</sup> Únicamente, claro está, para estos supuestos en los que no hay ponderación y se exige el consentimiento expreso del afectado. El CTBG ha dejado bien claro en sus resoluciones que, si bien los terceros pueden participar en el procedimiento y hacer las alegaciones pertinentes, la LTBG no consagra la llamada «regla de autor» –en el sentido de poder vetar la posibilidad de acceso a la información sin más argumento que la oposición o la falta de consentimiento a ese traslado–, puesto que fuera de los casos que aquí se tratan, deberá hacerse siempre la oportuna ponderación entre los distintos intereses en juego. Para profundizar sobre esta cuestión me permito la remisión a mi trabajo Leonor Rams Ramos, «Los derechos e intereses de terceros en las reclamaciones ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno», en *Las vías administrativas de recurso a debate*, INAP, 2016

<sup>35</sup> Por el contrario, y como recuerdan Fernández Ramos y Pérez Monguió, la práctica en los archivos suele ser la contraria, esto es, la de dar acceso a la información pese a no contar con el consentimiento expreso de los afectados, siempre que se firme un acuerdo de confidencialidad por parte de los solicitantes de la información. Fernández Ramos y Pérez Monguió, *Transparencia...*, pág. 204.

derechos o intereses legítimos pudieran verse afectados para que puedan realizar las oportunas alegaciones y afirma al respecto que «en el presente caso, y sin entrar a valorar si la información concedida puede afectar de forma directa a datos de especial protección personal en base a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, sí debe destacarse que, la información concedida afecta a los derechos e intereses de una serie de personas, funcionarios, que pueden verse afectados y no se les ha concedido la oportunidad de alegar lo que considerasen conveniente, *o incluso su consentimiento expreso*»<sup>36</sup>.

## 2. *El acceso a la información que contiene datos meramente identificativos*

Correspondiendo a la naturaleza menos «sensible» o, mejor dicho, menos susceptible de provocar invasiones en la privacidad de las personas, el artículo 15.2 LTBG ha previsto un régimen de accesibilidad mucho más favorable al solicitante cuando existiendo datos de carácter personal en la información solicitada, estos son «meramente identificativos» y «relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano».

La documentación pública está plagada de datos personales referentes a las autoridades y empleados públicos, por lo que una negativa genérica de acceso a estos datos, que llevaría a la exclusión de acceso de la práctica totalidad de la información en manos de las Administraciones públicas, abocaría a una opacidad que se compadece mal con el principio de transparencia<sup>37</sup>.

Como recuerda Rodríguez Álvarez, esta alusión a datos meramente identificativos «ha de ser entendida en sentido estricto, referida sólo a los datos

<sup>36</sup> F.J 7º de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de febrero de 2018. En este caso concreto, la Audiencia Nacional estima en parte el recurso planteado y establece la obligación de retrotraer las actuaciones, para poder conceder el trámite de audiencia a las personas afectadas para que pudieran hacer sus respectivas alegaciones.

<sup>37</sup> Es especialmente significativo de esta cuestión, el asunto relativo a la solicitud de acceso formulada ante el Ministerio de Justicia solicitando la información relativa al listado de pasajeros que acompañaban a las autoridades transportadas por la flota del Grupo 45 de la Fuerza Aérea Española. El Ministerio de Defensa resolvió la solicitud denegándola, por entender que de conformidad con el artículo 15.2 LTBG prevalecía la protección de datos de carácter personal sobre el interés público en la divulgación. Presentado recurso contra la misma, el CTBG estimó parcialmente la reclamación, entendiendo, entre otras cuestiones, que el Ministerio debía proporcionar información sobre la identidad de los pasajeros acompañantes. La Sentencia 19/2017, del Juzgado Central Contencioso-Administrativo nº 10, de 7 de febrero de 2017 confirmó la resolución del CTBG y aunque fue parcialmente anulada por la Sentencia nº 54/2017 de la Sala de lo contencioso-administrativo sección 7ª de la Audiencia Nacional, el motivo de la anulación no es el concepto de dato meramente identificativo, sino el momento temporal a partir del cual se debe dar la información –cuestión sobre la que se ha planteado recurso de casación, pendiente de resolución por el Tribunal Supremo–.

básicos de identificación (tales como el nombre y los apellidos, el puesto desempeñado, el teléfono y la dirección de correo profesionales) y siempre que su presencia se dé aislada, nunca en concurrencia con informaciones personales de otra naturaleza. Sin perjuicio de ello, hay que indicar que el ámbito de aplicación del apartado segundo del artículo 15 que comentamos no coincide con el del artículo 5.1 de la propia Ley de transparencia, por lo que puede permitir la publicación o el conocimiento de más informaciones de las que deben ser objeto de publicidad activa»<sup>38</sup>.

Esta interpretación del artículo 15.2 LTBG es sin duda la que ha venido sosteniendo la AEPD –de quien procede, no olvidemos, la redacción el precepto–, y que sostiene por lo general la doctrina, remitiéndose al Reglamento de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que en su artículo 2.2, determina el ámbito de aplicación del mismo afirmando que:

«Este reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales»<sup>39</sup>.

Aun así, y debido a la naturaleza fundamental del derecho a la protección de datos, el acceso no es directo en estos casos, sino que también es necesario llevar a cabo un juicio de ponderación para determinar la accesibilidad a la información, en el cuál, si bien en principio –y «con carácter general», dice la norma– se concederá el acceso cuando estemos ante este tipo de datos, puede que no acabe siendo así puesto que la LTBG determina la posible denegación cuando «en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida».

Hay que hacer por tanto una serie de consideraciones al respecto. En primer lugar, que no se trata de todos los datos meramente identificativos, sino

<sup>38</sup> Rodríguez Álvarez, «Transparencia y protección de datos personales...», pág. 71.

<sup>39</sup> Ahora bien, como recuerda parte de la doctrina, esta «acotación» del artículo 2 del Reglamento de la LOPD es una invasión de la reserva de Ley. Entre otros Guichot, «Límites...», pág. 134.

<sup>40</sup> Dado que quien está llamado a aplicar el artículo 15.2. LTBG son los órganos competentes para resolver la solicitud de acceso y que la función de la AEPD es meramente interpretativa –sin perjuicio de poder emitir informes conjuntos con el CTBG, según establece la Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> LTBG–, la realidad de los hechos es que no tendría por qué acogerse el criterio interpretativo del artículo 2 del Reglamento LOPD para acotar cuáles son los datos que se consideran como meramente identificativos.

que el artículo 15.2 LTBG se refiere específicamente a los referentes a «la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano»<sup>40</sup>.

En segundo lugar, que incluso en el supuesto de que se trate de datos de carácter meramente identificativo –en cuyo caso el acceso en principio debe ser la regla general– se prevé la posibilidad de que la protección de los mismos prevalezca sobre el interés público en el acceso a la información, si bien se entiende que, como en el resto de los supuestos, el órgano encargado de llevar a cabo dicha ponderación deberá justificar la posible lesión de este derecho –más allá, habrá que entender, de lo meramente identificativo, pues en otro caso no tendría sentido– o de otro derecho constitucional para poder denegar el acceso.

La doctrina no ha visto reparos en esta previsión de posible ponderación, por cuanto parece pensada para aquellos casos en los que los titulares de los datos meramente identificativos se encuentren protegidos –por razones de seguridad pública, por protección a las víctimas de violencia de género, de terrorismo, etc.–. Quizá hubiera tenido más lógica para estos casos limitar la referencia a la protección de datos de carácter personal a la información que contiene datos meramente identificativos, y no ampliarla a otros derechos constitucionalmente protegidos que debieran ser protegidos, pero no por tratarse de datos meramente identificativos, sino porque su revelación pudiera afectar a otros bienes jurídicos –públicos o privados– también protegidos por el artículo 14.1 LTBG, por lo que deberían someterse al juicio de ponderación establecido por el artículo 14.2 LTBG<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Haciendo referencia precisamente a la función pública del órgano, Fernández Ramos y Pérez Monguió entienden que debe incluirse aquí el acceso a los datos meramente identificativos de los terceros destinatarios de la actividad administrativa, siempre que esta se encuentre jurídicamente formalizada, por lo que afirman que «actos como autorizaciones, licencias, concesiones, contratos, ayudas, subvenciones, entre otros, deberían ser accesibles, salvo que contengan datos personales más allá del dato de identificación de una persona [...]. En cambio, el resto de las actuaciones que integran el procedimiento estarían sujetas a las reglas generales de ponderación». Fernández Ramos y Pérez Monguió, *Transparencia...*, págs. 216 y 217.

Sin embargo, como los mismos autores reconocen, no es el criterio de interpretación del artículo aplicado por el CTBG, para quien estos datos no tendrían que ver con la organización o actividad pública sino con los terceros destinatarios de los mismos, por lo que se les suele aplicar la ponderación prevista por el artículo 15.3 c) LTBG, que veremos a continuación.

<sup>41</sup> No olvidemos que el Criterio Interpretativo CI/002/2015, de 24 de junio de 2015, del CTBG y la AEPD ya previó esta posibilidad al determinar que primero debe hacerse el juicio de ponderación con la protección de datos de carácter personal, pero que ésta no excluye de una posterior segunda ponderación del artículo 14.2 LTBG si además de la presencia de dichos datos se pone en cuestión alguno de los bienes jurídicos protegidos por los límites previstos por el artículo 14.1 LTBG.

### 3. La protección de los datos de carácter personal no reflejados en las categorías anteriores

El tercer apartado del artículo 15 LTBG determina la necesidad de llevar a cabo una ponderación entre los intereses en juego, cuando la información solicitada contiene datos de carácter personal, pero no son ni especialmente protegidos ni meramente identificativos<sup>42</sup>.

Pues bien, este artículo 15.3 LTBG dispone la obligación del órgano con competencia para tramitar la solicitud de acceso de llevar a cabo una ponderación «suficientemente razonada» en la que se valore, de un lado, el interés público en la divulgación de la información y, de otro, «los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal». Para ello, establece una serie de criterios que, si bien no son obligatorios en todos los casos, el órgano competente los «tomará particularmente en consideración».

Antes de entrar en el particular análisis de dichos criterios para la ponderación, es necesario detenerse, aunque someramente, en los elementos que deben tenerse en cuenta a la hora de realizar la ponderación, puesto que los mismos difieren de los dispuestos para los límites definidos por el artículo 14.1 LTBG.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el legislador no ha previsto aquí específicamente la aplicación del llamado «doble test» –del que se deja constancia expresa en el Preámbulo de la LTBG para los límites del artículo 14 LTBG<sup>43</sup>– que, proveniente del Derecho Comunitario, exige además de este doble juicio de ponderación, su aplicación de manera proporcionada y restringida por su objeto y finalidad. Pero en todo caso, aunque cuando en presencia de datos de carácter personal su ponderación no requiera la realiza-

<sup>42</sup> Lo que se deduce del primer inciso de este artículo 15.3 LTBG, que comienza estableciendo que «cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada...» y que, por coherencia normativa, exige descartar también previamente la aplicabilidad del apartado 2 del artículo, según ha sido además interpretado por la AEPD y el CTBG, en su CI/002/2015, de 24 de junio de 2015.

<sup>43</sup> Establece específicamente el Preámbulo de la LTBG que «en todo caso, los límites previstos se aplicarán atendiendo a un *test del daño* (del interés que se salvaguarda con el límite) y [a un *test*] *del interés público* en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad».

Esto ha tenido su reflejo en el artículo 14.2 LTBG que dispone que «la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso».

ción de este «doble test», sin duda sí exige que se tenga en cuenta todos los elementos tanto fácticos como jurídicos, para aplicar un juicio de valoración equilibrado, limitado y sobre todo «proporcionado».

La determinación de la necesaria proporcionalidad para permitir el acceso se infiere claramente del primero de los Criterios Interpretativos que emitieron de manera conjunta la AEPD y el CTBG. Efectivamente, el CI 001/2015, de 24 de junio, relativo a la información referida a las retribuciones asignadas a uno o varios puestos de trabajo determinados y a su incidencia o no en la protección de datos personales, establece que se lleve a cabo la ponderación de intereses y derechos prevista en el artículo 15.3 LTBG, y lo hace justamente en términos de proporcionalidad, afirmando que la conciliación de intereses que hay que llevar a cabo:

«[E]xige valorar el alcance del interés público en la divulgación de la información al que se refiere el precepto como favorecedor del acceso a la información pública. De este modo, con carácter general, habrá que entender que, en cuanto el acceso a la información contribuya a un mejor conocimiento de los criterios de organización y funcionamiento de las instituciones o a la asignación de recurso, cabrá considerar la existencia de un interés público prevalente sobre los derechos a la protección de datos y a la intimidad en los términos y con las excepciones establecidas por la LTBG. Por el contrario, cuando la información no contribuya a un mayor conocimiento de la organización y funcionamiento de las instituciones o de la asignación de recursos públicos, prevalecerá el respecto a los derechos a la protección de datos o la intimidad».

El CI 001/2015 analiza después en qué casos se cumple con lo aquí descrito para determinar un criterio de acceso a la información sobre retribuciones de personal de alto nivel de responsabilidad frente a aquellos funcionarios que no gozan de una especial responsabilidad o autonomía, determinando la accesibilidad a las retribuciones de los primeros pero no de estos últimos, esto es, el acceso no lo determina la naturaleza de los datos, sino que se permite de manera proporcionada en función de la relevancia de la información, en el sentido de que la misma sería «decreciente en función del nivel jerárquico del empleado o funcionario público»<sup>44</sup> criterio que ha sido aplicado, además, por la jurisprudencia<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Resolución del CTBG de 16 de septiembre de 2016.

<sup>45</sup> Vid. por ejemplo la Sentencia 138/2016, de 17 de octubre, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 10, que acoge plenamente este CI 1/2015, para desestimar el recurso formulado contra una resolución del CTBG por la que se estimaba una reclamación ante el mismo y obligaba a la empresa pública INECO S.A. a proporcionar al solicitante la información sobre retribuciones no sólo de su presidente, sino también de otros directivos, o la Sentencia 47/2016, de 17 de julio, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 10.

En segundo lugar, en relación con los elementos de la ponderación –interés público, de una parte, y protección de datos de carácter personal, de otra–, los términos literales en los que está formulado el artículo 15.3 LTBG parecerían llevar a una aplicación de la ponderación que sólo llama a tener en cuenta los intereses públicos que justifican el acceso y no los privados que pueda esgrimir el solicitante. Sin embargo, como veremos, los criterios particulares que «pueden» aplicarse en la ponderación parecen desmentir esto.

Y ello porque, de un lado, debe tenerse en cuenta, como acabamos de ver, «el interés público en la divulgación de la información», esto es, no parece que debiera tenerse en cuenta –si bien, como veremos a continuación, no es así en casi ninguno de los casos– otro criterio que el que justifica el propio principio de transparencia y legitima el derecho subjetivo de acceso a la información pública, esto es, el principio democrático cuya realización exige que se pueda conocer la información que obra en manos de las instituciones públicas. El texto de la LTBG no define este interés en su configuración de la transparencia, más allá de afirmar, en su artículo 1 que «esta Ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento», y de reconocer en su artículo 12 que «todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley».

Esto es, no se define cuál sea ese interés público que justifica las obligaciones de transparencia o publicidad activa de los sujetos obligados por la Ley y el derecho subjetivo de acceso a la información, del que únicamente establece que trae causa del artículo 105 b) CE. El Preámbulo, sin embargo, sí resulta más definitorio de este interés público al que podríamos entender se refiere en su primer párrafo cuando afirma lo siguiente:

«La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una so-

cioso-Administrativo nº 4, que también aplica sin ambages este Criterio Interpretativo 1/2015, y su criterio de proporcionalidad en el sentido de que a mayor responsabilidad, mayor necesidad de transparencia respecto de las retribuciones recibidas (en particular, en su FJ 5).

ciudad que es crítica, exigente y que demanda la participación de los poderes públicos.

[...] Permitiendo una mayor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico».

Esto es, parece que el criterio que tendría que tenerse en cuenta en la ponderación cuando haya datos de carácter personal debiera ser ese interés público en conocer la actuación administrativa para permitir el general escrutinio de la misma por parte de los ciudadanos, y así parece reforzarse por el artículo 17 LTBG, cuando tras regular los requisitos que deben figurar en las solicitudes de acceso, establece específicamente en su apartado 3 que el solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información y que la ausencia de motivación no puede ser por sí sola causa de rechazo de la solicitud.

Sin embargo, esta configuración del derecho de acceso pierde rápidamente su fuerza por la posible inclusión que ha hecho el legislador de la ponderación inclusiva de los intereses de carácter particular que pueden esgrimir los solicitantes<sup>46</sup>.

Ello se deriva, en primer lugar, del propio artículo 17.3 LTBG en el que se añade, recordemos, que el solicitante «podrá exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución» y aunque nada dice sobre el carácter de dicha argumentación jurídica –que se podría entender es la justificación del interés público en conocer la información–, ésta puede referirse no sólo a esos argumentos en la base de la configuración del principio de transparencia, sino que también puede tratarse de interés de carácter jurídico privado que puede esgrimir el solicitante y que el órgano competente para llevar a cabo la ponderación debe tener en todo caso en cuenta.

Este argumento se refuerza, en segundo lugar, porque aunque el inciso primero de artículo 15.3 LTBG no parece tener en cuenta los intereses particulares para esta concreta ponderación, inmediatamente se contradice en sus términos, cuando establece como veremos, entre los criterios para la realización de la citada ponderación, que «dicho órgano tomará *particularmente* en consideración» el siguiente: «b) La *justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho* o el hecho de que tengan la condición de investigadores y *motiven* el acceso en fines históricos, científicos o

---

<sup>46</sup> En particular, en nuestra doctrina, son muchas las voces que han criticado esta inclusión de intereses de carácter privado en la ponderación, entre los que me incluyo. *Vid.* al respecto Leonor Rams Ramos, «El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 41 (2016).

estadísticos». Esto es, en definitiva, el mandato del legislador es que se valoren los derechos que puedan aducir los solicitantes en su motivación<sup>47</sup>, convirtiéndose de esta manera, como señala Fernández Salmerón, en una carga para el solicitante<sup>48</sup>.

En consecuencia, esto significa que la ponderación que debe llevarse a cabo para decidir sobre la accesibilidad de la información o la protección de los datos de carácter personal no se hace sólo desde la perspectiva jurídica del interés público que justifica el acceso, sino que tiene en cuenta posibles derechos subjetivos de los solicitantes, sobre los que pesa la carga de motivar su solicitud—pese a que la misma no es obligatoria<sup>49</sup>. Y ello a pesar de que, como ya hemos tendido ocasión de señalar, el Criterio Interpretativo 002/2015, publicado por la AEPD y el CTBG, referido precisamente a la «aplicación de los límites al derecho de acceso a la información», tras recordar que la aplicación de los mismos no opera «ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación a los contenidos» se olvida, sin embargo, de hacer referencia a la posible valoración de los motivos de interés privado centrándose simplemente en la necesidad analizar—referido, no olvidemos, a los límites establecidos por el artículo 14.1 LTBG—si la estimación de la petición de información supone un perjuicio concreto, definido y evaluable (test del daño) y de ponderar los intereses

<sup>47</sup> En este sentido, Fernández Ramos y Pérez Monguió afirman que «en el caso de acceso a datos personales no especialmente protegidos en ejercicio de un derecho o por razones de investigación, es evidente que el solicitante deberá motivar estas circunstancias en la solicitud para que sean adecuadamente ponderadas». Fernández Ramos y Pérez Monguió, *Transparencia...*, pág. 216.

<sup>48</sup> Manuel Fernández Salmerón, «Procedimiento administrativo e información del sector público» en Valero Torrijos y Fernández Salmerón (Dir.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público*, Aranzadi (2014), pág. 302.

<sup>49</sup> Un ejemplo especialmente significativo de esto puede encontrarse en la Sentencia 162/2016, de 2 de diciembre, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, confirmada además por Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de abril de 2017, en la que se valora la accesibilidad a información relativa a los historiales profesionales de los funcionarios a los que se había concedido ingreso en la Orden del Mérito Policial en el año 2015 y cuyo acceso había sido denegado por el Ministerio del Interior y por el CTBG por entender afectados los datos de los policías que podrían ser identificados. Pues bien, el tribunal estima el recurso y concede el acceso, atendiendo únicamente al siguiente criterio ponderativo: «La información a la que pretende acceder el demandante es necesaria para comprobar si se han cumplido las previsiones normativas para la concesión de la recompensa y, en consecuencia, para discernir si la Administración se ha movido dentro del ámbito de la discrecionalidad que a estos efectos se le reconoce sin incurrir en arbitrariedad y, finalmente, *quien la solicita tiene reconocida su intervención en el proceso y representa y defiende los intereses profesionales de los integrantes del Cuerpo Nacional de Policía, por lo que la ponderación a que se refiere el artículo 15.3 de la Ley 19/2013m se resuelve en clara procedencia de que se conceda el acceso solicitado*» (FJ.4 de la Sentencia).

en juego «atendiendo a la circunstancia del caso concreto y siempre que no exista un interés que justifique la publicidad o el acceso» (test del interés público)<sup>50</sup>.

Esta carga es además especialmente gravosa si tenemos en cuenta una circunstancia adicional del procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información y es que el artículo 19.3 LTBG ha previsto la posible suspensión del procedimiento para que los terceros afectados –y los titulares de los datos personales, como aquí se ha justificado, sin duda lo son– puedan hacer las alegaciones que estimen oportunas<sup>51</sup> e, incluso, indicar su oposición al acceso<sup>52</sup>, sin que por el contrario se reconozca al solicitante la posibilidad de hacer valer sus legítimos derechos o su motivación frente a la existencia de datos personales en la información que pretende acceder a través de un trámite de audiencia, por lo que, como hemos señalado, pesa sobre el solicitante la carga de motivar su solicitud –tanto en razones de interés público como privado–, puesto que de no hacerlo, el derecho de acceso le podrá ser denegado y sólo podrá esgrimir los particulares intereses legítimos que sostenga en vía de recurso<sup>53</sup>.

Resulta, por tanto, imprescindible, analizar aunque sea de manera somera, la ponderación que se determina en el artículo 15.3 LTBG teniendo

---

<sup>50</sup> Criterio Interpretativo CI/002/2015, de 24 de junio de 2015, del CTBG y la AEPD. En este sentido, el CTBG ya ha resuelto en varias ocasiones Reclamaciones en las que aplica este doble test, sin que haya referencia alguna a intereses privados. *Vid.*, entre otras, las Resoluciones del CTBG R/0105/2015, de 9 de julio, R/0107/2015, de 10 de julio, R/0168/2015, de 29 de julio o R/0147/2015, de 15 de septiembre.

<sup>51</sup> Otra cosa es, como hemos visto, que tanto los órganos administrativos como el CTBG «olviden» sistemáticamente dar traslado a los terceros para que formulen sus alegaciones, que bien podrían ser de oposición como veremos a continuación, pero que también podrían contener la prestación de su consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal que les afectan.

<sup>52</sup> Esta circunstancia no se desprende de la interpretación literal del artículo 19.3 LTBG, que sólo habla de las «alegaciones que estimen oportunas», sino de otros artículos de la Ley, en particular del artículo 20.2 LTBG que motivación de la estimación del acceso «cuando haya habido oposición de un tercero», en cuyo caso se establece un acceso demorado, según lo establecido en el artículo 22.2 que enuncia que «si ha existido oposición de tercero, el acceso sólo tendrá lugar cuando, habiéndose concedido dicho acceso, haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo sin que se haya formalizado o haya sido resuelto confirmado el derecho a recibir la información».

<sup>53</sup> Sobre esta cuestión sobre la que ya he tenido ocasión de pronunciarme –*vid.* al respecto Rams Ramos, L «El procedimiento de ejercicio del derecho...»– baste recordar que el CTBG y los Tribunales de Justicia han considerado el procedimiento de ejercicio del derecho de acceso regulado en los artículos 17 y siguiente LTBG como un procedimiento especial que, estando regulado por Ley, no da cabida a «tramites adicionales», como sería la inclusión de un específico trámite de audiencia para que el solicitante pudiera motivar su solicitud de concurrir algún límite –entre ellos la existencia de datos de carácter personal– o alegación u oposición de tercero.

especialmente en cuenta los particulares criterios que el legislador ha establecido que deben valorarse puesto que, aunque no resulten los únicos que puedan tenerse en cuenta –dado que el órgano encargado de decidir sobre el acceso podrá valorar otros factores– la LTBG establece, en todo caso, que deben ser «tomados *particularmente* en consideración»<sup>54</sup> y que, en general, han sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina<sup>55</sup>, son especialmente relevantes para entender la configuración que la LTBG hace del mecanismo de conciliación entre los distintos derechos en juego.

a) El transcurso de los plazos establecidos por el artículo 57 de la Ley del Patrimonio Histórico Español.

El primero de los criterios enunciados por la Ley en su artículo 15.3.a) es «el menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español»<sup>56</sup>.

La expresa acogida de los criterios del artículo 57 LPHE plantea muchos problemas interpretativos, en los que por la extensión de este artículo no es posible entrar en profundidad, tales como que el ámbito de aplicación del artículo es más bien el de los datos especialmente protegidos –y no los que tienen que valorarse en esta ponderación– y que además se trata de elementos de juicio especialmente ambiguos, como reiteradamente ha hecho ver la doctrina<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Esto es, como recuerda Fernández Ramos «no se trata de una relación exhaustiva («particularmente») de modo que será posible emplear otros criterios, siempre que sean pertinentes a esta finalidad». Fernández Ramos, «Acceso a la información pública...».

<sup>55</sup> Quizás quien lo haya expresado con mayor grado de crítica –y con argumentos que, en general, me parecen muy acertados, es Guichot, en «Límites...», págs. 136 y ss.

<sup>56</sup> Recordemos que este artículo establece en su apartado c) lo siguiente:

«Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos».

<sup>57</sup> Valga, por todos, la crítica que al respecto llevan a cabo Fernández Ramos y Pérez Monguió, para quienes «la acogida de este criterio es un despropósito por varios motivos. En primer lugar, por cuanto puede comprobarse esos plazos se predicen en la LPHE de datos que por su naturaleza pueden clasificarse de íntimos o especialmente protegidos y a los que, por ello, no puede accederse sin el consentimiento del interesado, y no para el resto de datos personales [...]. En segundo lugar, por cuanto se trata de uno de los preceptos que más problemas ha causado en nuestro ordenamiento jurídico desde su aprobación, por su ambigüedad o, dicho de forma directa, su incoherencia. En efecto, los archiveros, los investigadores, los estudiosos de la memoria histórica, llevan décadas devanándose los

Para solventar estos problemas debe interpretarse sin lugar de dudas que el ámbito de aplicación de este artículo no debe ser el de la LPHE, sino que meramente hay que atender a los plazos que en dicho artículo se recogen<sup>58</sup> y, en todo caso, como criterio favorable al acceso: esto es, no se trata de que los documentos no puedan ser accesibles hasta que hayan transcurrido los señalados 25 o 50 años, sino que, si los mismos han transcurrido, ello es indicativo de que debe fallarse a favor de dar acceso a la solicitud pese a que en la información figuren datos de carácter personal, pues de otra manera, se produciría un efecto de opacidad extraordinario, limitando excesivamente y de manera casi automática el acceso a la información, cuando el interés público más trascendente a la hora de conceder el acceso es precisamente la posibilidad de fiscalización de la acción pública. Por tanto, si la información se viera limitada por no haber fallecido los afectados por la misma hasta 50 años desde la producción del documento, o hasta de transcurran 25 desde el fallecimiento, esta principal finalidad del principio de transparencia quedaría desactivada en la práctica totalidad de las solicitudes de acceso a la información.

Ahora bien, si está claro que el criterio temporal es siempre un elemento a tener en cuenta –y que, sin embargo, el legislador no ha regulado específicamente<sup>59</sup>–, los plazos «orientativos» a los que se aluden siguen provocando

---

sesos para tratar de interpretar cómo debe ser aplicado. ¿A quién corresponde acreditar la fecha del fallecimiento de la persona? ¿A quien pretende el acceso –al que la normativa del Registro Civil se lo impide–, al responsable del archivo, que tampoco tiene competencias para ello ni obligación de solicitarla? Ante esta dificultad ¿debe acudirse directamente a la regla de los cincuenta años desde la fecha de elaboración de los documentos, llegando al resultado de que terceros puedan acceder a datos íntimos de personas vivas?» Fernández Ramos y Pérez Monguió, *Transparencia...*, pág. 137.

<sup>58</sup> De la misma opinión es Guichot en «Límites...», pág. 137.

<sup>59</sup> Es especialmente significativo de esto el que ni siquiera esté claro si el plazo de tiempo a aplicar deba ser la fecha de entrada en vigor de la LTBG, como ha sostenido recientemente y de manera muy equivocada, a mi parecer, la Audiencia Nacional, cuando en su Sentencia nº 54/2017 de la Sala de lo contencioso-administrativo sección 7ª, estima el recurso planteado, anulando en parte la Sentencia 19/2017 de 7 de febrero, del Juzgado Central número 10 de lo Contencioso-Administrativo. Independientemente de que en el caso se valoraba el aspecto de que se tratara de datos meramente identificativos o no, lo importante a tener en cuenta ahora, es que la Audiencia Nacional considera que sólo debe darse acceso a la información generada a partir de la entrada en vigor de la LTBG, no afectando a los datos producidos con anterioridad, lo que vaciaría totalmente de sentido no solo este apartado de la Ley, sino significativamente el ámbito de aplicación de la misma.

Habrà que esperar a que el Tribunal Supremo se pronuncie al respecto –esperemos, en el sentido de dar acceso a la información independientemente de la fecha de producción de la información–, en resolución del recurso de casación que se ha planteado contra esta sentencia y que ha sido admitido a través de Auto del Tribunal Supremo de 15 de mayo 2018, que ha considerado que la cuestión es de interés casacional.

distorsiones<sup>60</sup> que, a mi juicio, se podrían haber podido evitar introduciendo un criterio ponderativo que no se remitiera directamente a la LPHE sino que se refiriera de manera genérica al transcurso del tiempo.

El criterio aplicable para la ponderación, entonces, debería ser el de confrontar los derechos de los afectados –como elemento para denegar el acceso– con el transcurso del plazo de 25 desde su fallecimiento o 50 años desde la producción del documento si se desconoce la fecha del deceso, en el sentido de que este mayor transcurso de los plazos es un elemento «a favor» del acceso. En cualquier caso, no parece el criterio más acorde a la LTBG y a la ponderación del derecho de acceso con el derecho a la protección de datos, tanto por la naturaleza jurídica de este derecho fundamental, como por el fundamento en el principio democrático de aquel.

- b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.

Respecto del segundo de los criterios que el órgano competente puede tener en cuenta para la ponderación –favorable al acceso– relativo a «la justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos», como ya hemos aclarado anteriormente, supone la entrada en la ponderación de elementos de carácter subjetivo que, si bien pueden estar justificados, implican una carga adicional del solicitante que, no teniendo otro momento para hacerlos valer, tendrá que alegarlos en su solicitud original o, en el caso de que el acceso le haya sido denegado por no hacerlos valer, no tendrá más remedio que plantearlos en la reclamación potestativa que puede plantear ante el CTBG o en la demanda contencioso-administrativa que puede plantear, según disponen los artículos 23 y 20.5 LTBG, respectivamente.

Como este tema ya se ha tratado en el apartado anterior, solo se va a hacer una pequeña reflexión al respecto, en el sentido de que la justificación de la introducción de estos elementos valorativos trae causa directamente de la configuración legal del derecho a la protección de datos de carácter personal

---

<sup>60</sup> De un lado, la vinculación a una norma como es la LPHE que recoge una normativa sectorial de acceso a la información –en vigor y aplicable, conforme a la Disposición Adicional Primera, apartado 2 LTBG– absolutamente obsoleta y que debiera de haberse derogado con la propia LTBG; y de otro, la vinculación a unos plazos que si bien son razonables para la protección de la intimidad personal y familiar, no lo parecen tanto para la protección de los datos de carácter personal –además, no especialmente sensibles– si tenemos en cuenta que la protección de dichos datos, en teoría, se refiere a las personas vivas, por una parte, y no es ejercitable por sus herederos –de otra–.

y la necesaria flexibilización de los criterios de comunicación que se establecieron en el artículo 11 LOPD por efecto directo del ya derogado artículo 7.f) de la Directiva 95/46/CE –declarado por Sentencia de 25 de octubre de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea–, que permitía la comunicación de datos de carácter personal, pese a no mediar consentimiento, cuando el tratamiento de los datos personales fuera necesario para el ejercicio o la defensa de derechos<sup>61</sup>.

- c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en el caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.

El tercero de los criterios de ponderación establecidos por el artículo 15.3.c) se refiere al «menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativos de aquellos» y aunque parece una reiteración de lo ya dispuesto por el artículo 15.2 LTBG en realidad viene a complementarlo, pues recordemos que el criterio de accesibilidad que recoge este apartado se refiere solo a estos datos cuanto estuvieran «relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano».

Esto es, este criterio de ponderación se refiere a la prevalencia del acceso cuando aparecen otros datos de carácter meramente identificativo que no se recogen en el artículo 15.2 LTBG y que por tanto tienen que ser objeto de ponderación. Por lo general se tratará de datos referentes a terceras personas ajenas a la organización administrativa, pero que aparecen en la información solicitada, y cuya ponderación, si bien no siempre tiene que ser favorable al solicitante, se deberá hacer, en virtud del principio de proporcionalidad, con orientación hacia la estimación de la solicitud de acceso.

- d) 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.

Por último, el artículo 15.3.d) LTBG recoge un criterio de ponderación en sentido contrario, esto es, de prevalencia de la protección de datos –siempre relativa, claro está– por «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».

---

<sup>61</sup> En todo caso, como ya hemos señalado anteriormente, está siendo una práctica común, tanto por parte del CTBG como por los Tribunales de justicia, la valoración de la motivación concreta de los solicitantes de sus intereses legítimos privados o los que ostentan por su condición de investigador, como en la señalada Sentencia 162/2016, de 2 de diciembre, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo.

En este caso, tampoco la negativa al acceso opera automáticamente, pero se le da una adicional protección a los datos de menores, o a los que reflejen la intimidad o seguridad de las personas –de conformidad, por otro lado, con lo establecido por el artículo 105 b) CE–. Hay que recordar a este respecto que el artículo 14.1 LTBG no recoge entre sus límites la protección de la intimidad de las personas, ni de los menores, por lo que toma su pleno sentido respecto de la protección de la privacidad de la que trae causa el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal y es, probablemente, uno de los criterios más lógicos de ponderación, y que mejor refleja el diverso peso que en definitiva encontramos en una ponderación en la que deben valorarse, de un lado, un derecho fundamental y, de otro, un derecho categorizado por la ley como derecho subjetivo.

#### IV. BREVE CONCLUSIÓN: EL NECESARIO CAMBIO EN LOS CRITERIOS DE PONDERACIÓN ENTRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL TRAS LA APROBACIÓN DEL RGPD

Los criterios anteriormente comentados no pueden ser aplicados, como ya hemos señalado, de manera aislada, sino que deben ser orientativos para que los órganos competentes puedan conciliar los distintos derechos afectados a fin de determinar el acceso a la información o la denegación del mismo. La ponderación además, no puede ser automática, pues en muchos casos pueden aparecer elementos combinados de los distintos criterios –piénsese, por ejemplo, que la información solicitada puede contener datos que afecten a la intimidad de las personas o a menores, pero que se justifiquen en una investigación con fines científicos o estadísticos, o en el ejercicio de un derecho o que, afectando a la intimidad, hayan transcurrido 25 años desde el fallecimiento del afectado–.

En todo caso, bien se opte por la estimación de la información y la comunicación de la misma, bien por su denegación, el órgano encargado de la misma debe motivar las razones que justifican su decisión, a efectos de su posible impugnación bien por los terceros afectados –cuando se haya otorgado el acceso– bien por los solicitantes, cuando el mismo se haya denegado, conforme establece el artículo 20.2 LTBG.

Pues bien, el análisis de los criterios de ponderación que la normativa vigente establece a la hora de conciliar el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de los datos de carácter personal demuestra que la indudable dificultad jurídica que plantea necesidad de conciliar dos derechos que por su ámbito de protección están llamados a entrar en conflicto, se torna si cabe más compleja cuando el reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico de su protección no es la misma, esto es, cuando, como

ocurre en nuestro sistema normativo, uno tiene la categoría de derecho fundamental y el otro no.

Ello lleva no sólo a la necesidad de articular un complicado sistema de equilibrio regulatorio —en el que no se invada la reserva de ley orgánica que la Constitución Española establece— sino también a establecer reglas jurídicas por las que la protección del derecho fundamental no lleve a la necesaria denegación sistemática del derecho de acceso a la información que, aunque no goce de dicha especial protección del ordenamiento jurídico, se ha convertido en un elemento esencial de realización del principio democrático y que, como tal, trasciende la mera satisfacción del derecho subjetivo, para convertirse en piedra angular de un sistema que exige la realización del principio de transparencia como garantía de su funcionamiento democrático<sup>62</sup>.

El artículo 15 LTBG intentó ser una respuesta a este problema que, si bien no es desdeñable y debe alabarse —por ser la primera respuesta normativa de carácter general que se planteaba ante un problema que venía dándose desde varias décadas, sin encontrar la debida respuesta—, adolece de graves defectos que, tras la aprobación y entrada en vigor del REPD se han venido a acentuar.

La aprobación de una nueva LOPD, obligada por la necesidad de acomodar nuestra normativa de protección de datos de carácter personal al REPD parecía la oportunidad perfecta para una mejor regulación de la conciliación entre ambos derechos que, por otro lado, es obligada porque así lo impone directamente, como hemos visto, el artículo 86 REPD, y si bien es cierto que el PLOPD, en la redacción aprobada por el Congreso y remitida al Senado para su aprobación definitiva, acomete la tarea de establecer el marco de aplicación jurídica de esta ponderación —que se remite, como también hemos tenido oportunidad de ver, en virtud de su Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> a la regulación del artículo 15 LTBG y, en su defecto, a lo establecido por el REPD y por la propia LOPD—, y prevé la modificación de este artículo 15 LTBG para su adecuación a la nueva normativa de protección de datos, ha dado una respuesta normativa que desafortunadamente se ha limitado a una mera «acomodación» del artículo 15.1 LTBG a la nueva categoría de datos

---

<sup>62</sup> Como acertadamente resume Rodríguez Álvarez «la transparencia de los poderes públicos es una exigencia que deriva directamente del principio democrático, que demanda una completa rendición de cuentas de los gobernantes ante la ciudadanía en relación con todas sus actuaciones con relevancia pública. A su vez, la información contenida en los documentos administrativos y, en general, toda la información de los organismos públicos constituye una fuente de conocimiento de primera magnitud para la participación eficaz de los ciudadanos en los procesos democráticos [...]. De ahí que el parámetro que en cada Estado determine el nivel de acceso a la información pública sea un indicador muy relevante del grado de democracia efectiva, de la cota de democracia real de la respectiva sociedad». Rodríguez Álvarez, «Transparencia y protección de datos personales...», págs. 53 y 54.

sensibles que recoge el REPD y a la eliminación de las referencias directas que este artículo hacía a la LOPD.

Parece por lo tanto que de nuevo el legislador pierde una fantástica oportunidad para adecuar los criterios de conciliación a las realidades jurídicas que se plantean, solventando además los problemas interpretativos que en los cuatro años que lleva en vigor la norma ya se han planteado. Y es que, además, debería haber tenido en cuenta que desde la perspectiva de la protección de datos, el REPD también ha cambiado las condiciones para el tratamiento de determinados datos, pues si bien su artículo 86 establece la capacidad del derecho nacional de los Estados miembros para determinar la normativa de acceso cuando se trate de comunicar datos personales presentes en documentación pública, la construcción dogmática de este apartado del artículo 15 LTBG sigue siendo tributaria de una visión muy expansiva de las normas de protección de datos de carácter personal, olvidando que el REPD, si bien ha reforzado los posibles controles de los afectados sobre sus propios datos, también reconoce específicamente el interés público que legitima el derecho de acceso a la información, y ello debería conducir a un mayor equilibrio en la conciliación de ambos derechos, que nos permita situarnos en un escenario de mayor transparencia<sup>63</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA.

- CANALS AMETLLER, «El acceso público a datos en un contexto de transparencia y buena regulación», en Canals Ametller (ed.), *Datos. Protección, Transparencia y Buena Regulación*, Ed. Documenta, 2016.
- FERNÁNDEZ RAMOS, «Acceso a la información pública versus protección de datos personales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 184, 2017.
- y PÉREZ MONGUIÓ, *El Derecho al Acceso a la Información Pública en España*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2017.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, «Procedimiento administrativo e información del sector público» en Valero Torrijos y Fernández Salmerón (Dirs.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público*, Aranzadi, 2014.

---

<sup>63</sup> No obstante, no podemos pecar de ingenuos, pues hay que reconocer al respecto que ni siquiera las instituciones comunitarias acaban de adaptarse a esa nueva visión de equilibrio que se desprende del REPD. Prueba de ello es la reciente —y muy desafortunada, a mi juicio— Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 25 de septiembre de 2018 (asuntos T-639/15 a T.666/15 y T94/16), por la que se acaba desestimando la reclamación contra las Decisiones del Parlamento Europeo que denegaban el acceso a la información sobre gastos de los Parlamentarios Europeos que, si bien hace referencia al artículo 86 REDP, desestima la solicitud de acceso en una nueva interpretación extensiva de los requisitos para acceder a las informaciones que contengan datos de carácter personal.

- GUICHOT, «Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales», *Revista de Administración Pública*, núm. 173, 2007.
- , *Datos personales y Administración Pública*, Thomson Cívitas, 2005.
- , «Límites a la transparencia y el acceso a la información» en E. Guichot (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Tecnos, 2014.
- MARTÍNEZ, R., «De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia» en Valero Torrijos y Fernández Salmerón (Dir.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público*, Aranzadi, 2014.
- PIÑAR MAÑAS (dir.) *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, Reus, 2014.
- , «Transparencia y protección de datos. Una referencia a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno», en Piñar Mañas (Dir.), *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, Reus, 2014.
- RAMS RAMOS, «La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160, 2013.
- , «El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 41, 2016.
- , «Los derechos e intereses de terceros en las reclamaciones ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno», en *Las vías administrativas de recurso a debate*, INAP, 2016.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, «Transparencia y protección de datos personales: criterios legales de conciliación», en Canals Ametller (ed.), *Datos. Protección, Transparencia y Buena Regulación*, Ed. Documenta, 2016.
- TRONCOSO REIGADA (dir.), *Transparencia Administrativa y Protección de Datos Personales*, Thomson-Cívitas, 2008.
- VALERO TORRIJOS, *La protección de datos personales en internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2013.

EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN  
EN LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL  
DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LOS  
PROFESIONALES SANITARIOS EN EL CONTEXTO  
DE «NUEVOS DERECHOS»: LOS CASOS DEL ABORTO  
Y LA EUTANASIA\*

*The role of public administration on the establishment  
of the content of health care professionals right to  
conscientious objection in the context of «new rights»:  
the cases of abortion and euthanasia*

Marta Albert Márquez  
Universidad Rey Juan Carlos (España)  
marta.albert@urjc.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp153-189](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp153-189)

Recibido: 30.10.2018

Aceptado: 21.11.2018

**Resumen**

El artículo tiene por objeto el análisis del papel de la Administración en la determinación del contenido y de la titularidad del derecho a la objeción de conciencia. En

---

\* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Albert Márquez, Marta. 2018. «El papel de la administración en la determinación del contenido del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en el contexto de “nuevos derechos”: los casos del aborto y la eutanasia». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 153-189. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp153-189](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp153-189).

particular, se centra en el caso de la objeción de los profesionales sanitarios en el contexto de «nuevos derechos» como el aborto y la eutanasia. En primer lugar se analiza la regulación de la objeción en el caso del aborto, y la determinación mediante acto administrativo de quiénes pueden objetar y de cómo deberán hacer constar su condición de objetores. A continuación, la experiencia del caso de la objeción al aborto se emplea para analizar y valorar la regulación de la objeción de los sanitarios en la reciente Proposición de Ley de Eutanasia.

### ***Palabras clave***

Administración pública; Objeción de Conciencia; Aborto; Eutanasia.

### ***Abstract***

The paper analyses the role of public administration on the establishment of the content and entitlement of the right to conscientious objection. It focuses on conscientious objection of health care professionals in the context of «new rights» as abortion or euthanasia, and the establishment, through administrative acts, of who is able to become objector and how he or she should indicate his or her condition. Hereunder, the experience on objection to abortion is used to analyse and value the legal regulation of health care professionals conscientious objection in the euthanasia recent legislative proposal.

### ***Keywords***

Public Administration; Conscientious Objection; Abortion; Euthanasia.

---

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA CULTURA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA. III. LA RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECIÓN Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: ¿ES LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA UN DERECHO FUNDAMENTAL? IV. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LOS MÉDICOS DE ATENCIÓN PRIMARIA. ESPECIAL REFERENCIA AL DEBER DE INFORMAR A LA MUJER CON IDEACIÓN DE ABORTO EX ARTÍCULO 19 DE LA LEY 2/2010, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA E INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO. V. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA DE LA EUTANASIA. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

El pluralismo ideológico, religioso, moral y cultural de nuestras sociedades es cada vez más intenso. Esta creciente diversidad es uno de los factores que más incisivamente ha determinado un inusitado protagonismo de la institución jurídica de la objeción de conciencia en los últimos años, calificado como un auténtico «big ban jurídico»<sup>1</sup>.

Para explicar esta «explosión» de la objeción de conciencia se citan a menudo otras variables, como el progreso de la ciencia, que abre posibilidades desconocidas hasta ahora y que traen consigo problemas de carácter ético (piénsese, por ejemplo, en la investigación con células madre de origen embrionario, o en la dispensación de la píldora postcoital, o en los problemas que genera la atención sanitaria al final de la vida). Y siendo todo esto cierto, no lo es menos que si nuestras sociedades tuvieran una respuesta de consenso a estos nuevos desafíos, la objeción no hubiera explotado como lo ha hecho en las últimas décadas.

Este clima de pluralidad ha contribuido a una más nítida percepción de las dificultades que entraña la denominada «neutralidad ética del Estado»<sup>2</sup>. Cuando en una sociedad hay diversas cosmovisiones, y cada una de ellas implica una distinta respuesta a un determinado problema jurídico, es mucho más fácil que nos apercebamos de que, como aseveraba con especial

---

<sup>1</sup> Rafael Navarro Valls, Javier Martínez Torró, *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, (Madrid, MacGraw Gil, 1997), 243.

<sup>2</sup> El profesor Andrés Ollero la califica como sencillamente «imposible»: «parece obvio que al discutirse si los poderes públicos deben sancionar penalmente una conducta o dejar que cada cual haga de su capa un sayo, optar por lo segundo no demuestra neutralidad alguna; supone suscribir sin más la segunda alternativa», Andrés Ollero, *El Derecho en Teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos*, (Madrid Thomson Aranzadi, 2007), 195-196.

claridad Recasens Siches «normar es elegir»<sup>3</sup>. Elegir entre determinadas posibilidades de comportamiento ante una misma situación o problema, y seleccionar solo una como prohibida, otro como permitida, o acaso como debida.

El hecho de que el Estado opte, de forma más o menos explícita por una de esas posibilidades (tributarias de diversas concepciones del mundo con alguna vigencia en nuestras sociedades) provoca de forma casi ineludible el surgimiento de deberes jurídicos, y, sobre todo, genera el nacimiento de esos deberes en personas que pueden sentir un profundo rechazo moral a la realización de las conductas a las que resultan obligados por el ordenamiento jurídico.

El objeto de este trabajo consiste en analizar la forma en la que la Administración contribuye y ha contribuido a la determinación del contenido del derecho a la objeción, en particular, a concretar quién puede ser considerado objeto y cuáles son los límites a los que puede someterse el derecho a la objeción.

Ocurre que también el protagonismo de la Administración en el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia se ha incrementado notablemente en nuestros días, en parte por la propia ampliación del ámbito competencial de la Administración (en relación, por ejemplo, a los actos de jurisdicción ordinaria<sup>4</sup>) y también (y este es el fenómeno que nos ocupará en las páginas siguientes) por la progresiva aparición de «nuevos derechos», que implican la consiguiente asunción de nuevos deberes estatales, que se traducen en el nacimiento de deberes jurídicos que recaen directamente sobre los funcionarios públicos, como proyecciones de un deber general del Estado de garantizar el eficaz ejercicio de estos «nuevos derechos».

La necesidad de acotar el objeto de este trabajo, que por obvias razones no puede abarcar en su totalidad el papel desempeñado por la Administración pública en la tutela del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, nos lleva a ocuparnos únicamente del rol de la Administración en la determinación

---

<sup>3</sup> Luis Recasens Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, (México Porrúa, 1970) 79.

<sup>4</sup> Desde la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE de 2 de octubre de 2015), en cuya Exposición de Motivos se ponía de manifiesto que la Administración pública se ha modernizado y, por tanto, «hoy han perdido vigencia algunas de las razones que justificaron históricamente la atribución de la jurisdicción voluntaria, en régimen de exclusividad, a los Jueces». Como se ha señalado, este nuevo escenario ha dado lugar a nuevos problemas relacionados con la objeción, por ejemplo, en el caso de los notarios, vid., Rafael Palomino, *Objeción de conciencia de los notarios españoles con motivo de la nueva ley de jurisdicción voluntaria*, Revista Jurídica Digital UANDES 1 (2017), 67-84.

del derecho a la objeción de conciencia en el contexto del surgimiento de «nuevos derechos» con un claro contenido prestacional.

De entre esos «nuevos derechos» nos centraremos a continuación en dos: el derecho al acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo y el derecho a solicitar la prestación de ayuda a morir. El primero obtuvo vigencia con la ley 2/2010, de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo. La aprobación del segundo está actualmente en tramitación parlamentaria, siendo la pieza esencial de la Proposición presentada por el grupo parlamentario socialista a la mesa del Congreso de los Diputados con fecha de 3 de mayo de 2018, de Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia.

El objetivo de vincular el análisis de estos dos nuevos derechos y de la posibilidad de ejercer, por parte de los funcionarios públicos, la objeción de conciencia a los correlativos deberes que de ellos dimanar se justifica por razón de la similitud (práctica identidad) en la forma en la que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia es regulado en ambos casos. La regulación propuesta para la objeción de los profesionales sanitarios en la Proposición de Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia es un trasunto casi literal en algunos párrafos de sus artículos de lo establecido en la Ley de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Tanto el aborto como la eutanasia plantean obvios problemas desde el punto de vista moral que condicionan su tratamiento jurídico y, sobre todo, por lo que aquí importa, que, en un contexto de sensibilidades morales no ya diversas, sino antagónicas, exigen un planteamiento adecuado de la objeción de conciencia del personal sanitario cuando se convierten en actos debidos jurídicamente, haciendo recaer sobre el médico un deber de participar en la interrupción voluntaria de un embarazo o de ayudar a morir a un paciente, eufemismos ambos bajo los que evitamos aludir a la muerte de un ser vivo perteneciente a la especie humana (antes de su nacimiento o después de él, en este último caso en las condiciones patológicas que describiré más adelante).

En la implementación del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, la administración pública ha desempeñado un importante y, en ocasiones, polémico papel. Este protagonismo administrativo se centró en dos ejes principales: la determinación de quiénes eran exactamente los profesionales sanitarios «directamente implicados» en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo (únicos a los que la ley reconocía la posibilidad de objetar) y la articulación jurídica de la obligación que sobre estos profesionales recaía de manifestar su condición de objetores «por anticipado y por escrito», lo que dio lugar posteriormente a la polémica creación de los Registros públicos de objetores.

Ambas cuestiones se repiten en el planteamiento de la Proposición de Ley Orgánica de Eutanasia, que reconoce el derecho a la objeción al deber de

prestar «ayuda a morir» a los profesionales «directamente implicados» y que crea un «registro de objetores», esta vez ya de forma explícita en el texto de la Proposición.

Lo que me propongo en las siguientes páginas es analizar el papel que desempeñó la Administración pública en la tutela del derecho a la objeción en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, con el ánimo de extraer conclusiones que puedan iluminar la actual discusión sobre las posibilidades de objeción de los funcionarios públicos al deber de prestar «ayuda» a morir en los términos establecidos por la Proposición actualmente en tramitación parlamentaria.

Me permito subrayar de antemano que, en mi opinión, el legislador debe ser especialmente cuidadoso cuando regule el derecho a la objeción al deber de prestar ayuda a morir. No es que en otros contextos la objeción sea irrelevante jurídicamente, pero en este caso el asunto plantea una complejidad especial, debido a un hecho que no puede pasar desapercibido. La ayuda a morir que la Proposición convertirá, de aprobarse, en un derecho, constituye en la actualidad, *mutatis mutandis*, un delito regulado en el artículo 143 del Código Penal<sup>5</sup> y un acto explícitamente prohibido por el Código Deontológico de la Organización Médica Colegial, que en su artículo 36.3 establece que «*el médico nunca provocará intencionadamente la muerte de ningún paciente, ni siquiera en caso de petición expresa de éste*».

No podemos ocuparnos aquí de la significación que posee el tránsito de delito a derecho en la reglamentación jurídica de una acción, o el obligar a unos profesionales a hacer lo que su deontología les prohíbe, pero, al menos, debe subrayarse el hecho de que, si finalmente este derecho a morir se introduce, es de prever que surjan con especial intensidad problemas relacionados con la objeción de conciencia al cumplimiento forzoso de lo que hasta ahora merece la reprobación penal por tratarse de una acción constitutiva de delito y la reprobación deontológica por tratarse de un acto contrario a la más elemental ética médica<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> En los siguientes términos: «El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.» En el caso del aborto, medió al menos la despenalización de 1985, que supuso algo así como un paso intermedio entre el delito en sentido estricto y el derecho subjetivo. En contra vid., Ignacio Sánchez Cámara, «De delito a derecho. El declive de la protección jurídica de la vida», *Cuadernos de Bioética*, 1(2012): 25-36.

<sup>6</sup> Para algunos autores como Jose Miguel Serrano, el problema de la objeción de conciencia a la eutanasia representa realmente el problema de la identidad de la medicina misma. Vid., Jose Miguel Serrano Ruiz-Calderón, «Objeción de Conciencia y Eutanasia», en *Anua-*

## II. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA CULTURA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA

Antes de comenzar el análisis del tema que más concretamente nos ocupa, me parece fundamental introducir el problema de la objeción en el contexto general de la cultura jurídica contemporánea, pues este contexto es el medio natural, la circunstancia en la que surge para nosotros la objeción de conciencia como un problema. La forma en la que la Administración responde a él es tributaria de la cultura jurídica en la que vive inmersa, y no podría comprenderse a través de un análisis que la explicara como si de un compartimento estanco se tratase.

Afrontemos, pues, dos interrogantes previos: ¿En qué consiste el derecho a la objeción de conciencia? y ¿qué sensibilidad hacia él predomina como actitud en las sociedades multiculturales?

De entre las múltiples definiciones doctrinales de esta pretensión jurídica, me parece particularmente pedagógica la del filósofo del derecho italiano Francesco Viola, que define la objeción de conciencia como «la pretensión de quien, en nombre de la propia conciencia, se niega a obedecer un precepto jurídico, a cuya observancia está obligado como destinatario de las normas de un determinado ordenamiento jurídico»<sup>7</sup>.

En ella encontramos los tres elementos imprescindibles para que quepa hablar de objeción de conciencia, comúnmente admitidos por la doctrina que ha estudiado el fenómeno de la objeción<sup>8</sup>: primero, la conciencia de un ciudadano, que puede estar fundada en motivos religiosos, morales o

---

*rio de Derechos Humanos*, 9 (2008): 524. Estos son los últimos datos sobre posibles objetos a la eutanasia aparecidos en prensa: «En la última encuesta que hicimos a los representantes de los colegios en 2010, el resultado fue que más del 70 por ciento de los médicos estaban en contra de la despenalización [de la eutanasia] y solo un 10 por ciento estaba dispuesto a darle esta asistencia al paciente y acompañarle hasta el final». Vid., <https://www.diariomedico.com/normativa/el-medico-se-enfrenta-a-la-eutanasia-sin-paliativos.html>

<sup>7</sup> Francesco Viola, «L'obiezione di coscienza come diritto», *Persona y Derecho*, n.º 61 (2009): 53-71.

<sup>8</sup> Vid., Angela Aparisi, José López Guzman, «El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto. De la fundamentación filosófico-jurídica a su reconocimiento legal» en *Revista Biomedicina*, noviembre (2009): 51; Guillermo Escobar Roca, *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993) 39 y ss; Rafael Navarro Valls y Javier Martínez-Torrón, *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, (Madrid, McGraw-Hill, 1997) 14-15; Luis Prieto Sanchís, «La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho», *Sistema, Revista de Ciencia Sociales*, 59 (1984): 49; Javier Martínez Torrón, «Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 79 (1992): 200 y ss; Fátima Flores Mendoza, *La objeción de conciencia en el derecho penal*, (Granada, Comares, 2001).

vinculados a una determinada cosmovisión<sup>9</sup>; segundo, una obligación, que recae directamente sobre el destinatario de esa norma, haciendo nacer en él un deber jurídico eficaz contrario a los dictados de la conciencia individual, y, por último, una oposición o conflicto grave entre el deber moral y el deber jurídico.

La presencia de estos tres elementos es condición necesaria pero no suficiente para el reconocimiento del derecho a la objeción. Constituyen, por así decir, su presupuesto<sup>10</sup>. Su efectivo reconocimiento depende, además, de otras variables, que tienen que ver con la proporcionalidad de la limitación de derechos ajenos, o con la sostenibilidad del servicio público prestado, cuando sea el caso.

Todo parece indicar que cuanto mayor sea el grado de relativismo presente en la moral social, mejor acogida encontrará en ella la pretensión de practicar la objeción de conciencia. Sin embargo, ocurre habitualmente el fenómeno contrario, y sociedades tolerantes y progresistas como las del occidente contemporáneo, las sociedades de la «postverdad», plantean cada vez mayores impedimentos para el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia.

Esta paradoja exige un análisis un poco más minucioso del relativismo ético en tanto moral social dominante. El relativismo en ética implica, como es sabido, la afirmación de la tesis de que nada es bueno o malo *per se*. Parfraseando a Ortega y Gasset, cabría definir el relativismo ético como la creencia en que somos nosotros quienes damos el valor a la cosa a través de actos de preferencia y postergación, siendo las cosas, de suyo, indiferentes moralmente<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> De hecho, la doctrina hace referencia a un proceso de secularización de la objeción de conciencia, que cada vez con mayor frecuencia encontramos fundada en una motivación no religiosa, *vid.*, Francisco Oliva Blázquez, *La objeción de conciencia ¿un derecho constitucional?* *Conference Paper*, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/276338319\\_LA\\_OBJECCION\\_DE\\_CONCIENCIA\\_UN\\_DERECHO\\_CONSTITUCIONAL](https://www.researchgate.net/publication/276338319_LA_OBJECCION_DE_CONCIENCIA_UN_DERECHO_CONSTITUCIONAL) 1. Como veremos, en el caso concreto que nos ocupa, la motivación esgrimida por la práctica totalidad de los objetores es de carácter estrictamente deontológico.

<sup>10</sup> No ha lugar, por tanto, la determinación de si ha de reconocerse o no el derecho a la objeción cuando falta alguno de estos requisitos, como ocurre, por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico actualmente en el caso de la eutanasia. Constituyendo esta un delito, no puede afirmarse la existencia de ningún deber que se imponga de modo directo sobre el profesional sanitario en orden a la efectiva satisfacción de la prestación. Por tanto, aunque en el debate público pueda mencionarse la posibilidad de objeción para los profesionales sanitarios en este contexto del final de la vida, se trata de un empleo impropio o, al menos, poco preciso del término.

<sup>11</sup> Ya que, según Ortega, «no es, pues, ni nuestro deseo, ni nuestro agrado, ni nuestro amor; no es acto alguno del sujeto quien *da* el valor a la cosa», *Vid.*, José Ortega y Gasset,

Esta convicción augura, a priori, como señalábamos, un futuro halagüeño para la objeción de conciencia: si nada es bueno o malo en sí, y cada cual convierte una acción en justa o injusta en la medida en que la juzga de esta forma, el Estado carecería de razones «fuertes» que avalaran las normas jurídicas cuyo cumplimiento podría repeler algunas conciencias, y, por tanto, carecería de razones de peso para no reconocer el derecho a la objeción de conciencia.

Sin embargo, la situación dista mucho de parecerse a esta descripción. A mi juicio, la interpretación crecientemente restrictiva sobre cuándo y cómo podemos objetar en conciencia se explica, en parte, porque el relativismo ético no es, en realidad, la moral social dominante<sup>12</sup>, ni la neutralidad estatal la filosofía inspiradora de toda medida legislativa. Como ya advirtiera Ortega, el relativismo en ética es una doctrina suicida<sup>13</sup>. Si fuera cierta, la propia tesis de que nada es, en sí mismo, bueno o malo, falso o cierto, sería imposible de aceptar con carácter universal. A lo sumo quedaría al arbitrio de cada cual declarar válida o no esta tesis, razón por la cual sería estrictamente imposible defender el relativismo ético como una explicación cierta o correcta del fenómeno moral.

En realidad, como ha puesto de manifiesto Ollero, la apelación al relativismo sirve para camuflar una posición moral no siempre explícita pero sí dominante en las sociedades contemporáneas: el utilitarismo<sup>14</sup>. La tesis del relativismo ético vendría a funcionar como una «coartada» cuya máxima virtualidad sería la de evitar poner sobre la mesa el criterio utilitarista, siempre poco solidario e incluso políticamente incorrecto. Su mayor riesgo sería, en cambio, ocultar la absolutivización del valor de lo útil, presente de hecho en la moral social<sup>15</sup>.

Frankl hacía referencia al valor epistemológico de la categoría de lo absoluto: este no es otro que el de «mantener lo relativo como relativo»<sup>16</sup>. Por esta

---

*Introducción a una Estimativa. ¿Qué son los valores?*, Introducción de Ignacio Sánchez Cámara, (Madrid, Encuentro, 2004), 27.

<sup>12</sup> A pesar de que así lo puso de manifiesto con notable éxito en su día Josep Ratzger, refiriéndose a la «dictadura del relativismo ético» en el texto de su homilía en la Misa pro Eligendo Pontífice, 2005, [http://www.vatican.va/gpII/documents/homily-pro-eligendo-pontifice\\_20050418\\_sp.html](http://www.vatican.va/gpII/documents/homily-pro-eligendo-pontifice_20050418_sp.html)

<sup>13</sup> José Ortega y Gasset, «El tema de nuestro tiempo», en *Obras Completas*, tomo III, 1ª ed., (Madrid, Aguilar, 1983), 158.

<sup>14</sup> Andrés Ollero, «Relativismo y dopaje ético», en *La política al servicio del bien común*, XI Congreso Católicos y vida pública, (Madrid, CEU ediciones, 2010) 196.

<sup>15</sup> Marta Albert, «¿“Dictadura” de las nuevas libertades? Relativismo ético y absolutivización de lo útil en la Europa contemporánea», *Persona y Derecho*, 65 (2012): 9-20.

<sup>16</sup> Victor Frankl, «Zeit und Verantwortung» en *Der Wille zum Sinn*, (Bern-Stuttgart-Wein, Hans Huber, 1972- 1997, 5 Auflg. 2005), 33-66.

razón, su ausencia en nuestra cultura determina una cierta animadversión a la actitud del objetor, sobre todo cuando desafía los valores morales del presunto relativista: éste es el «absolutista de lo relativo»<sup>17</sup> y, como consecuente absolutista, no es amigo de excepciones al cumplimiento de los deberes derivados de una ley que refleja sus posicionamientos respecto a cuestiones moralmente sensibles, como las que nos ocupan en este ensayo.

Acaso sea esta lectura de la fisonomía moral de nuestras sociedades la que explica la aguda observación de Martínez Torrón cuando señala que la moral social contemporánea resulta «tremendamente permisiva respecto a algunos patrones éticos y significativamente rígida respecto a otros, sin aportar una clara justificación racional para esa diferente actitud»<sup>18</sup>.

De hecho, tanto en el aborto como en la eutanasia, donde entra claramente en juego la conciencia del profesional sanitario y, con ella, su libertad de pensamiento, el ordenamiento abre para él la estrecha puerta de un derecho a la objeción de naturaleza borrosa, mientras que quien se entiende que, sin género de duda, ejerce su derecho a la libertad ideológica (artículo 16) y a la intimidad (artículo 18 de la Constitución) es la mujer que desea abortar o el paciente que desea morir.

### III. LA RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECCIÓN Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: ¿ES LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA UN DERECHO FUNDAMENTAL?

La colaboración de la Administración pública en la delimitación de los perfiles del derecho a la objeción de conciencia no se limita a su actuación respecto al ejercicio del derecho por parte de los funcionarios públicos. En el ámbito educativo, la administración ha jugado un papel fundamental, por ejemplo, respecto al ejercicio del derecho a la objeción por parte de los padres objetores (así, en el caso de Educación para la Ciudadanía).

Pero, en los casos que nos ocupan, la posición adoptada por la Administración lo es sobre la posibilidad de objetar de sus funcionarios. Ocurre que la vinculación del funcionario público con la ley es especialmente intensa, pues, como es bien sabido, el funcionario ha asumido libremente una especial relación de sujeción al ordenamiento jurídico que determina la existencia de un deber especialmente robusto de obediencia a la ley.

<sup>17</sup> Max Scheler, «Vom Wesen der Philosophie und der moralischen Bedingung des philosophischen Erkennens», *Gesammelte Werke*, (München-Bonn-Bern, Francke-Verlag-Bouvier-Verlag, Bd. V, 2000), 96.

<sup>18</sup> Javier Martínez Torrón, «Las objeciones de conciencia de los católicos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 9 (2005): 1-2.

No obstante, esta especial relación de sujeción no ha sido óbice para que la jurisprudencia trate de equiparar en la mayor medida posible al funcionario al ciudadano en lo que al ejercicio y disfrute de derechos fundamentales se refiere.

Ya en el año 1983 el Tribunal Constitucional describía como una actitud perteneciente al pasado la de exigir «a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia (cuando no se regulaban prohibiciones expresas) al uso de determinadas libertades y derechos»<sup>19</sup>. Años más tarde se afirma expresamente que «las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales»<sup>20</sup>.

Sería, por tanto, totalmente injustificado convertir la relación especial de sujeción en un motivo para negar a priori toda posibilidad de ejercicio del derecho a la objeción de conciencia al funcionario público. Esto no impide que en el estatuto jurídico de este último no se den ciertos elementos que no existen para el ciudadano normal: la asunción voluntaria de sus funciones, la defensa del interés público en la continuidad del servicio de que se trate, o la incidencia de una hipotética objeción del funcionario en el efectivo disfrute de los derechos y libertades de los ciudadanos<sup>21</sup>.

El respeto a todas ellas exige que el incumplimiento de la ley a que el objetor aspira sea realizado en nombre de un derecho fundamental. Esto nos conduce directamente a la polémica sobre si la objeción de conciencia debe considerarse o no un derecho de esta categoría. El problema afecta radicalmente a la validez de las solicitudes de objeción de conciencia por parte de profesionales sanitarios no «directamente implicados» en la práctica del aborto, puesto que el estatuto de derecho fundamental significa exclusión de la interposición legislatoris como condición necesaria para su ejercicio. Afecta también a la cuestión del Registro de objetores, puesto que la condición de fundamental referida al derecho a la objeción de conciencia implicaría también la necesidad de evitar todas las medidas que pudieran considerarse disuasorias de su ejercicio, como parece serlo la necesidad de inscribirse para ello en un registro público.

El problema excede, pues, la mera dimensión teórica de la discusión sobre la naturaleza jurídica de un derecho, para resultar determinante en relación a las posibilidades de su ejercicio. Lamentablemente, nuestro Tribunal Constitucional no ha establecido una doctrina unitaria sobre la naturaleza del

<sup>19</sup> STC 81/1983, de 10 de octubre.

<sup>20</sup> STC 234/1991, de 10 de diciembre.

<sup>21</sup> Cfr. Mariano López Benítez, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, (Madrid, Civitas-Universidad de Córdoba, 1994).

derecho a la objeción. Su jurisprudencia resulta en ocasiones contradictoria y, en otros casos, sencillamente elude el planteamiento del problema, perdiendo oportunidades preciosas para haber dejado resuelto un tema del que dependen tantas pretensiones jurídicas reales como el de la naturaleza del derecho a la objeción.

Obviamente los problemas comienzan porque en nuestro texto fundamental no hay una referencia explícita al derecho a la objeción de conciencia como un derecho fundamental. Se lo menciona expresamente en el artículo 30.2, relativo al cumplimiento del servicio militar obligatorio<sup>22</sup>, y de nuevo cuando se regula el procedimiento de amparo, en el que está incluido, pero realmente la cuestión que debemos plantearnos es si puede entenderse comprendido dentro del contenido de la libertad ideológica que, como derecho fundamental, reconoce el artículo 16 de nuestra Constitución.

Lo cierto es que la libertad ideológica se incorpora al texto constitucional en unos términos lo suficientemente amplios como para entender comprendido dentro de ella el derecho a la objeción, a saber: «se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

Pero los dictámenes del Tribunal Constitucional en torno a este derecho no nos ofrecen, como ya se ha señalado, una posición unitaria. El propio Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que se trata de una jurisprudencia que instaura unos precedentes que «distan de ser nítidos y lineales»<sup>23</sup>.

Es casi un lugar común distinguir dos etapas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia: una primera, más receptiva a la consideración de la objeción como un derecho fundamental y otra, posterior, y más restrictiva en cuanto al reconocimiento del derecho y de su estatus como fundamental<sup>24</sup>. En realidad, los pronunciamientos a favor y en contra de la objeción como derecho fundamental se van sucediendo alternativamente en el tiempo.

La posición más firme respecto a la protección de la objeción como derecho fundamental la encontramos en la sentencia que resolvió el recurso de inconstitucionalidad de la primera despenalización de la interrupción

---

<sup>22</sup> Precepto vaciado de contenido tras la supresión del servicio militar obligatorio en el año 2001 y que, por otra parte, no forma parte del elenco de derechos fundamentales reconocido constitucionalmente.

<sup>23</sup> STS, sala 3ª, 11 de febrero de 2009.

<sup>24</sup> *Vid.*, Laura Gómez Abeja, «Registro obligatorio para objetores de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo. Reflexiones constitucionales», *Aranzadi Doctrinal*, num. 4, Estudios (2016).

voluntaria del embarazo. En ella el Tribunal afirmó que «por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16 y, como ha indicado este Tribunal en otras ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales»<sup>25</sup>.

Solo dos años más tarde, en la sentencia 161/1987, de 27 de octubre, relativa a la objeción de conciencia al servicio militar y a la realización de la prestación social sustitutoria, la objeción pasa a ser considerada como un derecho autónomo, que, aunque relacionado con las libertades ideológica y de religión, no comparte con ellas su consideración de derecho fundamental. La tesis es que no cabe un reconocimiento generalizado de la objeción de conciencia, y que, por tanto, debido a su carácter excepcional, no puede tratarse de un derecho fundamental. Me parece que es en esta tesis donde radica el equívoco respecto a la naturaleza de la objeción de conciencia, ya que no se trata obviamente de un derecho general a la desobediencia (¿cómo podría tratarse de algo así?) sino de un derecho fundamental a la excepción de la obediencia a la ley.

La objeción es, por definición, una situación excepcional. No tendría sentido su reconocimiento con carácter general, aunque este pueda realizarse para concretos deberes jurídicos, como se hizo constitucionalmente en el caso del servicio militar, y como posteriormente ha hecho el legislador en los casos del aborto y la eutanasia.

Pero nada de esto atañe a su consideración como derecho fundamental, en los casos en que sea conforme a derecho el reconocimiento de la necesidad de una excepción al cumplimiento del deber.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía supo poner de manifiesto este carácter necesariamente excepcional del reconocimiento del derecho a la objeción en su sentencia sobre la negativa a cumplir con el deber de dispensación de la píldora postcoital. En el fundamento jurídico 8º de esta sentencia se afirma que la objeción representa «una excepción personal derivada de un juicio de carácter ético o moral, que no legitima para la impugnación de una norma de carácter general, ya que el objetor de conciencia no puede hacer prevalecer o imponer a otros sus condiciones religiosas o morales para justificar la nulidad de una norma general, aún cuando dicha objeción de conciencia puede ser enarbolada cuando, en virtud de la no aplicación de dicha norma, puedan derivarse prejuicios o sanciones por su incumplimiento»<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento jurídico 14.

<sup>26</sup> STSJ Andalucía, 8 de enero de 2007.

La objeción no es un derecho excepcional, es el derecho a una excepción<sup>27</sup> y, en todo caso, la discusión sobre este asunto debe distinguirse adecuadamente de la discusión sobre si es un derecho fundamental o no, pues, a mi juicio, ambos asuntos se confunden sin razón alguna que lo justifique.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha hecho realmente poco por aclarar este aparente conflicto, dejando pasar dos oportunidades para haberse pronunciado sobre el problema de la naturaleza del derecho a la objeción: la sentencia sobre el Registro de objetores a la interrupción voluntaria del embarazo en la Región Foral de Navarra y la sentencia sobre la objeción de conciencia del farmacéutico a la dispensación de la píldora postcoital y al preservativo.

Por lo que respecta a la sentencia sobre el Registro de objetores<sup>28</sup>, el Tribunal afirma que el asunto que debe resolverse es el de los límites del derecho, pero no el de su naturaleza. Parece ignorar que, como ha recordado, entre otros, Navarro Valls<sup>29</sup>, y como se explica en el voto particular del ponente de la sentencia, Andrés Ollero, la legitimidad de los límites que se impongan al ejercicio del derecho depende, precisamente, de la naturaleza del derecho en cuestión. El Tribunal se limita a afirmar que la existencia del Registro no implica una violación del artículo 16 en la medida en que la propia condición de objetor exige de suyo que el interesado declare sobre sus creencias, y que hacerlo «por anticipado y por escrito» constituye una forma razonable de exigir la identificación del objetor. También da por hecho que este mandato legislativo implica la creación de un fichero de datos personales, a los efectos de la ley orgánica 15/1999, de Protección de datos de carácter personal.

En la sentencia sobre la objeción de conciencia a la dispensación y venta de la píldora postcoital y del preservativo, el Tribunal, que examinó el asunto en Pleno admitiendo la conveniencia de «perfilar y aclarar algunos aspectos de la doctrina constitucional en relación con la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia» (FJ 3 in fine), finalmente se limita a comparar el caso del farmacéutico objetor con el profesional sanitario objetor al aborto, para deducir a partir de esa comparación si es lícito o no aplicar al presente caso la jurisprudencia expresada en la sentencia 53/1985. Como señaló

<sup>27</sup> Marta Albert, *Libertad de conciencia. El derecho a la búsqueda personal de la verdad*, (Madrid, Palabra, 2015) 98.

<sup>28</sup> STC 151/2014, de 23 de septiembre, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la ley foral 16/2010, de 8 de noviembre, que creaba a nivel autonómico un registro de objetores de conciencia al aborto.

<sup>29</sup> Rafael Navarro Valls, «Una ocasión perdida. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de septiembre de 2014, sobre registro de objetores de conciencia al aborto», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 36 (2014).

Andrés Ollero en su voto concurrente a la sentencia, la intención de «perflar y aclarar» algunos aspectos relacionados con la naturaleza de la objeción se vió «frustrada»<sup>30</sup> finalmente.

Entre tanto, el Tribunal Supremo ha adoptado sin ambages la doctrina del no reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia como un derecho fundamental y de la necesidad para su ejercicio de la *interpositio legislatoris*.

Lo ha hecho en la jurisprudencia relativa a la obligación de cursar la asignatura «Educación para la Ciudadanía». A juicio del Supremo, la comprensión de la objeción de conciencia como una conducta protegida como parte integrante del artículo 16 de la Constitución implicaría «el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida conforme a las propias creencias». Pienso que tal atribución de sentido no se corresponde con la realidad. Como ya se ha señalado, que la objeción sea per se una situación excepcional no implica que, cuando realmente se den las circunstancias para su ejercicio, no pueda tratarse de un derecho fundamental. El Tribunal Supremo razona, en cambio, conforme al siguiente silogismo: existe un derecho general de obediencia al derecho, la objeción implica una autorización para desobedecer, luego la objeción no puede configurarse como un derecho general y, por tanto, no es un derecho fundamental.

Pero resulta bastante evidente que, siguiendo este razonamiento, no podría reconocerse un ejercicio «generalizado» de prácticamente ninguno de los derechos fundamentales. El derecho a la libertad de expresión no significa la posibilidad de expresar en toda las circunstancias de la vida lo que a cada cual parezca oportuno, ni el derecho a la libertad de cátedra se reconoce con carácter general, sino solo a los docentes. No han dejado por ello de ser derechos fundamentales.

Como ha señalado González Varas, no tiene razón de ser la negativa a admitir que un derecho exista «cuando lo que quizá quiera decirse es que en un caso concreto no puede prosperar la objeción porque supone una extralimitación en el ejercicio del –existente– derecho fundamental a la libertad religiosa»<sup>31</sup>.

A pesar de la endeblez de algunos de los argumentos empleados por el Tribunal Supremo, ha sido esta doctrina la que parece haber estructurado en los años posteriores la tendencia de nuestros tribunales<sup>32</sup>, siendo aplicada

<sup>30</sup> Voto concurrente del magistrado Andrés Ollero, párrafo 1.

<sup>31</sup> Santiago González-Varas Ibañez, «Objeción de Conciencia al tratamiento psicológico de homosexuales» en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (2013).

<sup>32</sup> Así lo ha puesto de manifiesto, entre otros, Íñigo Martínez Azpiazu, quien afirma que «pese a iniciales resoluciones en principio contradictorias y a lo sorprendente que pueda resultar, la tendencia de nuestros tribunales es a no reconocer, como amparado por

más tarde tanto en el caso de la objeción por parte de los jueces a la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo como en el caso de la objeción de conciencia de los médicos de atención primaria al deber de informar a la mujer con ideación de aborto conforme a lo establecido en la ley 2/2010.

#### IV. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA DE LOS MÉDICOS DE ATENCIÓN PRIMARIA. ESPECIAL REFERENCIA AL DEBER DE INFORMAR A LA MUJER CON IDEACIÓN DE ABORTO EX ARTÍCULO 19 DE LA LEY 2/2010, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA E INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

La ley 2/2010, de Salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo regula, en su artículo 19.2, la posibilidad de ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, estableciendo para ello dos requisitos, relativos ambos a la presentación de la solicitud. Esta deberá realizarse «por anticipado y por escrito», y sólo podrán hacerlo aquellos profesionales «directamente implicados» en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>33</sup>.

Estos requisitos centraron la polémica en dos focos principales. Primero, qué sentido debemos atribuir al requisito de objetar «por anticipado y por escrito» y si esto implica necesariamente la necesidad de instaurar un

---

la Constitución, un derecho a la objeción de conciencia con carácter general, y ello sin perjuicio de los reconocimientos a la objeción de conciencia que puedan venir efectuándose por el legislador ordinario en su labor legislativa», en Iñigo Martínez Azpiazu, «Evolución del derecho a la objeción de conciencia en el derecho español. Carga de Prueba. Especial incidencia en los principales intervinientes procesales» *Noticias jurídicas*, marzo 2012, vid. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4751-evolucion-del-derecho-de-objecion-de-conciencia-en-el-derecho-espanol-carga-de-la-prueba-especial-incidencia-en-los-principales-intervinientes-procesales/>

<sup>33</sup> El artículo 19.2 afirma textualmente que: «Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo». Merece la pena señalar que el artículo 19 del texto legal se encuentra dentro del epígrafe «Garantías de acceso a la prestación sanitaria de la IVE», lo que en sí mismo resulta bastante significativo.

Registro de Objetores. Segundo, qué profesionales, de todos los que de una manera u otra intervienen en el proceso que conduce a la práctica de un aborto, se considera que están «directamente implicados» en él.

Comenzaremos por analizar este último problema. Para hacerlo, conviene aclarar los términos del deber de información que recae sobre estos profesionales antes de juzgar si debería reconocerse su derecho a la objeción, ya que por «deber de informar» puede entenderse una obligación moralmente neutra, que *a priori* no reuniría los requisitos mínimos para que pudiera darse la objeción, por no tener la virtualidad de provocar un conflicto moral íntimo de la suficiente envergadura como para eludir el cumplimiento de un deber jurídico.

Sin embargo, la cuestión de la información, en términos generales, y especialmente en el contexto sanitario, nunca es algo moralmente neutro, dada la evidente asimetría entre la situación de quien informa y quien es informado<sup>34</sup>. Además, en este caso se da una circunstancia esencial, y es que la información es, según la propia filosofía de la ley, el instrumento de protección del *nasciturus*, en un contexto donde la decisión sobre la interrupción del embarazo es libremente adoptada por la mujer embarazada durante las catorce primeras semanas de gestación.

Como la propia ley pone de manifiesto en su Exposición de Motivos, «la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer, y no contra ella. La mujer adoptará su decisión tras haber sido informada de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que puede acceder si desea continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención. La Ley dispone un plazo de reflexión de al menos tres días y, además de exigir la claridad y objetividad de la información, impone condiciones para que ésta se ofrezca en un ámbito y de un modo exento de presión para la mujer».

Pero, ¿cómo articula el legislador la forma de suministrar tal información? La respuesta la encontramos en el artículo 17 de la ley, que establece lo siguiente:

«1. Todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo recibirán información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la

---

<sup>34</sup> De hecho, tradicionalmente la deontología se entendía como un conjunto de deberes que recaen sobre el profesional para, de alguna manera, equilibrar esa asimetría que es el punto de partida de la relación entre el médico y el paciente. Vid., Francesco D'Agostino, *Bioetica nella prospettiva del diritto positivo*, (Torino, Giappichelli, 1996) 66; Claudio Sartea, *Deontologia. Filosofia del lavoro professionale*, (Torino Giappichelli, 2010) 196.

*interrupción previstas en esta Ley, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.*

2. En los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información:

a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.

b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.

d) Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo».

Posteriormente, esta regulación se vio desarrollada por el capítulo II del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que no realizó ninguna modificación significativa al respecto.

Como se ha señalado anteriormente, es preciso tener en cuenta al menos dos presupuestos fundamentales: primero, que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico protegido (ex STC 53/1985<sup>35</sup>); segundo, que la información a la madre y la conformación de su consentimiento es la vía a través de la cual el legislador se propone cumplir esta finalidad de protección del no nacido.

No en vano, era común durante la discusión previa de la ley la referencia al modelo alemán, que también trata de proteger al *nasciturus* operando sobre la conformación de la voluntad materna.

Pero basta una lectura superficial del artículo 219 del Código Penal alemán para entender que, para lograr este fin, el enfoque sobre la información ha de ser considerablemente diverso del que presenta la ley española:

*«El asesoramiento está al servicio de la protección de la vida intrauterina. Debe orientarse a animar a la mujer a continuar con el embarazo, abrirla nuevas perspectivas de una vida con su hijo, debe ayudarla a tomar una decisión responsable y consciente (...) mediante el consejo y la ayuda,*

<sup>35</sup> Que afirma literalmente que «un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales», STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento jurídico 12º.

*el asesoramiento ha de contribuir a que la mujer supere la situación de conflicto asociado al embarazo y remedie la situación de necesidad»<sup>36</sup>.*

Precisamente por la divergencia en el planteamiento de ambos modelos, el alemán y el que viene representado en la ley de 2010, durante el trámite de informes previos de la misma<sup>37</sup> una de las observaciones recurrentes fue la sugerencia de modificar la forma en la que estaba planteada la información y, en todo caso, el orden en el que se proporcionaba a la mujer embarazada, de modo que ésta recibiera en primer lugar y en forma dialogada la información relativa a las ayudas públicas disponibles en el caso de continuar con el embarazo y, en general, toda la información que, como reza el código penal alemán, pudiera «abrirle nuevas perspectivas de una vida con su hijo», y si teniendo conocimiento de todo ello finalmente opta por la finalización del embarazo, entonces sería el momento de informarle sobre cómo cuándo y dónde puede acceder a la prestación de interrupción del embarazo<sup>38</sup>.

Además, todo este proceso debería conformarse propiamente como un asesoramiento, en el marco de un diálogo que cumpliera con la concepción del consentimiento informado establecida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de Autonomía del Paciente (artículos 4-5 y 8-10). En ella destaca el carácter verbal de la información (que no significa que en algunos casos el consentimiento del paciente no deba constar por escrito), la necesidad de adaptarlo a la capacidad de comprensión del paciente, («se comunicará al

<sup>36</sup> Adoptamos la traducción que emplea el Consejo de Estado en su *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo*, Ref. 1384/2009, 47.

<sup>37</sup> Sobre este trámite vid., Marta Albert, «¿Tenemos derecho a abortar? De la despenalización a la exigibilidad jurídica» en *Revista de Derechos Humanos*, Universidad de Piura, 4 (2013): 94 y ss.

<sup>38</sup> En el *Informe* del Consejo de Estado, *cit.*, 45: «a juicio del Consejo en todo caso ambas informaciones deben invertirse», además de señalar que la información debe ser verbal en todo caso, adaptada a las circunstancias de la mujer y a su grado de formación y comprensión del castellano y o de la lengua en la que se transmite la información. El Informe del Ministerio Fiscal reclama la necesidad de un asesoramiento y no una mera entrega de información, y, además, de un asesoramiento en los siguientes términos: Para que este asesoramiento sea compatible con la doctrina del la STC 53/1985 se debe informar a la mujer embarazada por parte de una entidad independiente y de forma clara y entendible de las posibles ayudas a problemas que empujen al aborto (matrimoniales o de pareja, laborales, legales, etc.), así como de los posibles riesgos y secuelas del aborto (como en cualquier intervención quirúrgica), ayudas a la familia u otras opciones como la entrega en adopción del hijo finalmente alumbrado. Tras esto, en un plazo que debería ser de al menos una semana, con un documento en el que se certifique que ha recibido esta información, la mujer podrá decidir libre y responsablemente qué hacer en cualquier sentido, vid., *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo*, 24., <https://www.fiscal.es>

paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad») la obligación de integrar en la conformación del consentimiento a la familia o allegados del paciente, así como la necesidad de informar con carácter prioritario de las consecuencias de todo orden y de los riesgos derivados de la intervención (artículo 10).

No es de extrañar que el Informe de la Comisión deontológica del Colegio de médicos de Toledo afirmase que: «Proporcionar la información de esta manera es contraria al proceder ético del médico, supondría consagrar normativamente la desinformación como medio de obtener el consentimiento y, por tanto consideramos es un proceder claramente objetable por parte de cualquier profesional sanitario, y más aún si la información que proporciona es contraria a sus convicciones morales»<sup>39</sup>.

Así las cosas, la Administración sanitaria, tanto en Castilla la Mancha como en Andalucía, abordó el problema de la objeción de conciencia de los profesionales obligados a dispensar esta información.

Lo hizo, lógicamente a través de actos administrativos, algunos de ellos, simples «notas» o «circulares internas» donde se estaban sustanciando de manera muy efectiva las posibilidades prácticas de ejercicio de un derecho fundamental (o no, pero de indudable relevancia) como el derecho a la objeción de conciencia. El propio TSJ de Castilla La Mancha lo subrayó en el primero de sus fallos sobre la cuestión de los médicos de atención primaria, afirmando que «lo cierto es que incorporan elementos de indudable relevancia, como son instrucciones y afirmaciones sobre el ámbito de la objeción de conciencia o la naturaleza de la información a ofrecer e identificación de las personas que deben ofrecerla, que poseen contenido sobrado para ser objeto de impugnación»<sup>40</sup>.

Es importante subrayar que, en tanto se estaban sustanciando los procesos judiciales a que dieron lugar estos actos administrativos, la Organización Médica Colegial, en la reforma de su Código Deontológico aprobada en 2011, niega la posibilidad de objeción al deber de información, en su artículo 55<sup>41</sup>. Es cierto que para determinar el contenido de ese deber de información al que el Código Deontológico se refiere nada indica que sea preciso recurrir

<sup>39</sup> *Informe de la Comisión Deontológica del Colegio de Médicos de Toledo acerca de la nueva ley del aborto y objeción de conciencia*, 2.

<sup>40</sup> Auto de 29 de septiembre de 2010, TSJ de Castilla La Mancha.

<sup>41</sup> La citada redacción fue impugnada por parte del Colegio de Médicos de Toledo, que llegó a solicitar la suspensión cautelar de su vigencia, por entender que atentaba gravemente al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia. El TSJ de la Comunidad de Madrid, mediante Auto de 1 de diciembre de 2011, no admitió la interposición de medidas cautelares (Pieza de Medidas Cautelares 1099/2011).

a la ley vigente, pero el contexto en el que se produce la reforma y la oportunidad de introducir la normativa relativa a la información a la mujer con ideación de aborto parecían mostrar un posicionamiento de la OMC frente a esta cuestión.

En el caso de Castilla la Mancha, la Administración Pública, a través de una Nota interior de 2 de julio de 2010 del director gerente del SESCAM, prohibía absolutamente la posibilidad de objetar de su deber de informar por parte de los médicos de atención primaria, afirmando que «el objetivo fundamental del profesional sanitario será la información a la usuaria. En este cometido no existe la posibilidad de objeción de conciencia». Anteriormente se había aprobado la Orden de 21/06/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y Anexo, por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo<sup>42</sup>. El artículo 3.1 de dicha Orden establecía que «a los efectos de esta Orden, se considera que son profesionales directamente implicados en una interrupción voluntaria del embarazo los facultativos especialistas en ginecología y obstetricia, los *facultativos especialistas en anestesiología y reanimación, los diplomados en enfermería y las matronas*».

En Andalucía, la Resolución de 18 de diciembre de 2010 dictada por la Gerencia del Área Sanitaria Norte de Málaga obligaba a informar a los médicos de atención primaria en los términos establecidos en la ley. La Administración mantiene que sólo pueden objetar aquellos profesionales sanitarios que trabajen en centros donde la IVE se practique y que estén «directamente implicados» en tales prácticas, excluyendo de este modo a los médicos de atención primaria encargados de realizar el proceso de información al que antes nos referíamos.

En ambas Comunidades la posición de la Administración fue llevada a los tribunales por los profesionales afectados por ellas.

En Castilla La Mancha, la Nota interior de 2010 fue recurrida ante los tribunales por el propio Colegio de Médicos de Toledo, dando lugar a la sentencia de 20 de febrero de 2012, dictada por la sección 2ª de la sala de lo contencioso administrativo del TSJ de Castilla La Mancha. Previamente, se habían dictado medidas cautelares de suspensión del acto administrativo en cuestión<sup>43</sup>. La Administración sostenía la no pertinencia de la adopción de medidas cautelares, pues estas «supondrían un grave perjuicio del interés público que además afectaría a terceros usuarios del sistema nacional de salud». El Tribunal no comparte tal afirmación, por no encontrarla probada. Tampoco comparte la apreciación de la Administración de asistirle a ella el *fumus bonis iuris*, dado

<sup>42</sup> DOCM 124, de 30 de junio 2010.

<sup>43</sup> Auto del TSJ de 29 de septiembre de 2010.

que su posición vendría respaldada por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo artículo 19 permite la objeción, como sabemos, a los «directamente implicados» en la práctica del aborto. Pero el TSJ entiende que «cabe decir que de ningún modo la Administración tiene a su favor una apariencia de buen derecho o *fomus boni iuris* que, con la intensidad requerida por esta doctrina, permita afirmar sobre su base la improcedencia de las medidas solicitadas».

Importa más aún subrayar la posición del TSJ y el reproche que realiza al papel de la Administración en la determinación del contenido del derecho a la objeción: «no parece que una Orden (que interpreta y limita quiénes están «directamente implicados») sea el lugar adecuado para delimitar el contenido del derecho; como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1998, la norma reglamentaria es a estos efectos *«de imposible utilización, por su naturaleza reglamentaria, para una auténtica regulación o desarrollo de tal derecho (art. 81 CE)»*; indicándose en la sentencia de 16 de enero de 1998 que este tipo de cuestiones es *«difícilmente encuadrable en el ámbito propio de una normativa reglamentaria, sino que, al formar parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, resulta directamente aplicable»*.

Además, la no mención de los profesionales que no estén directamente implicados no ha de significar necesariamente su exclusión como potenciales sujetos del derecho a la objeción. El TSJ repasa la jurisprudencia en materia de objeción de conciencia al aborto, concluyendo que «no es argumento alguno en contra de la existencia del derecho el que la norma legal no haya contemplado expresamente el mismo en un caso determinado (cosa diferente es que lo hubiera negado expresamente, en cuyo supuesto podría incurrir la ley, o no, en un conflicto constitucional)». Por todos estos motivos, admite la suspensión cautelar de los actos administrativos recurridos.

La sentencia posterior es de 20 de febrero de 2012. En el lapso de tiempo transcurrido entre uno y otro pronunciamiento, se había modificado la Orden en cuestión. Cuando el TSJ ha de pronunciarse sobre ella, ya no establece quienes son los profesionales «directamente implicados», por lo que el Tribunal entiende la nueva redacción conforme a derecho y decaído el recurso interpuesto por falta de objeto: «en la nueva redacción del art. 3.1 de la Orden de 30 de junio de 2010 (aprobada en la Orden de 14 de octubre de 2010) ha desaparecido la referencia expresa a lo que haya de entenderse por «profesionales directamente implicados en una interrupción voluntaria del embarazo»<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> La nueva redacción establece que: «Los profesionales sanitarios del Sescam directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo que quieran ejercer el derecho a la objeción de conciencia deberán presentar una declaración de objeción, para lo que utilizarán el modelo que figura como Anexo a la presente Orden.». Desaparece, por

En consecuencia, de acuerdo con la anterior doctrina, el recurso contra la aludida Orden carece ya de objeto».

Y sobre la nueva Orden, afirma el Tribunal, «no podemos sino acoger las alegaciones del Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en tanto en cuanto que, dada la asepsia valorativa de la actual redacción del precepto examinado, nada añade, desde la perspectiva del contenido del derecho a la objeción de conciencia, a lo que establece el art. 19.2.2 de la L.O. 2/2010. Por tanto, la actual redacción del art. 3.1 de la Orden de la Consejería de Salud y Bienestar Social de 21 de junio de 2010, ha de considerarse conforme a Derecho».

En mi opinión, el TSJ de Castilla La Mancha no ha modificado el criterio expresado en el Auto que resolvió las medidas cautelares, en virtud del cual el derecho a la objeción es un derecho fundamental y, por tanto, no requiere la *interpositio legislatoris* para su ejercicio. Simplemente, la nueva redacción de la Orden, que elimina el elenco de profesionales que han de entenderse como «directamente implicados», hace decaer el objeto del recurso en lo atinente a este punto.

En Andalucía, la Sentencia del TSJ de 4173/2011, sala de lo contencioso, admitió la suspensión cautelar de la Resolución, aunque finalmente no se vió reconocido el derecho a la objeción.

Antes del pronunciamiento definitivo del TSJ, en 2013, los juzgados de primera instancia habían dictado resoluciones de sentido contrario, en un caso reconociendo y en otro denegando el derecho a la objeción.

El juzgado nº3, denegaba el derecho a la objeción de conciencia al doctor Manuel Resa, frente a la Instrucción del Servicio Andaluz de Salud para Málaga capital, mediante Auto de 29 de noviembre de 2011. Este Auto fue recurrido y el TSJ Andaluz, mediante sentencia de 28 de diciembre de 2011, admite el recurso de apelación y suspende la ejecutividad de la citada Instrucción del SAS de 18 de diciembre de 2010.

La doctora Silvia Montoro obtuvo, en cambio, pronunciamiento a su favor del Juzgado nº1 de lo contencioso administrativo de Málaga, en sentencia 102/12, de 23 de febrero de 2012, que fue recurrida por la Junta de Andalucía, dando lugar a un pronunciamiento del TSJ que modifica el criterio de la primera instancia, denegando el derecho a la objeción.

En la sentencia de 8 de febrero de 2013, el TSJ afirma explícitamente que «el derecho a la objeción de conciencia en relación a la interrupción del

---

tanto, la determinación de los «directamente implicados», que rezaba así: *«A los efectos de esta Orden, se considera que son profesionales directamente implicados en una interrupción voluntaria del embarazo los facultativos especialistas en ginecología y obstetricia, los facultativos especialistas en anestesiología y reanimación, los diplomados en enfermería y las matronas.»*

embarazo no es un derecho fundamental que quepa incardinarlo en el artículo 16.1 de la Constitución, que, por el contrario, es objeto de regulación legal ordinaria a la que el interesado debe sujetarse en cada caso concreto estando excluida la atención médica anterior y posterior a la intervención propia de la interrupción del embarazo».

Para fundamentar su postura, el TSJ cita literalmente la sentencia del TS en el caso de Educación para la Ciudadanía, recordando que la libertad ideológica «no da derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias», pues esto significaría «socavar los fundamentos mismos del Estado de Derecho». En conclusión, todo aquel que no esté directamente implicado en la práctica del aborto (y va de suyo que los médicos de atención primaria no lo están) carece de la habilitación legal imprescindible para el ejercicio del derecho a la objeción.

Tras esta sentencia del TSJ de Andalucía, en mayo de 2013 se anunció la interposición de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional<sup>45</sup>.

El segundo punto donde resultó decisiva la intervención de la Administración en la determinación del ejercicio del derecho a la objeción fue en la interpretación que se llevó a cabo de la exigencia legal de hacer constar la voluntad de objetar «por anticipado y por escrito».

La Administración sanitaria de Castilla La Mancha ha sido la única en aprobar un acto administrativo en desarrollo de este precepto, lo que se hizo mediante otra Orden, esta vez de 23 de junio de 2010, de la Consejería de Presidencia, que creaba el fichero de profesionales médicos que, en el ámbito de la Comunidad Autónoma, se negaran a realizar la práctica del aborto.

También en la Comunidad Foral de Navarra se crea un Registro de Objetores pero, en este caso, la interpretación del requisito de poner de manifiesto la condición de objetor «por anticipado y por escrito» es realizada a nivel legislativo, mediante aprobación de la Ley foral navarra de 29 de octubre de 2010.

Como cabe observar, también en este caso la mayoría de las administraciones autonómicas se han abstenido de intervenir especificando cómo poner en práctica la objeción de conciencia.

Fueron numerosas las comunidades autónomas<sup>46</sup> en las que los propios Colegios crearon su propio «registro» de objetores, voluntario y confidencial. Con ello perseguían una doble finalidad: en primer lugar, constituirse en un

<sup>45</sup> No nos consta que prosperara. Vid., «La objeción de conciencia de médicos de familia ante el aborto va al TC», *El Mundo*, 13 de mayo de 2013, <http://andoc.es/?p=1367>

<sup>46</sup> El *Informe sobre vulneraciones al derecho de objeción de conciencia de los profesionales de la sanidad pública en España*, de Andoc (presentado en el Consejo de Europa en junio de 2011) cita las siguientes: Aragón, Andalucía, Madrid, Alicante, Badajoz, Castellón, Murcia, Cuenca, Las Palmas, Vizcaya., vid., <https://7676076fde29cb34e26d->

filtro de la validez de la objeción, corriendo a cargo del propio colegio la verificación de que el derecho se ejerce conforme a criterios deontológicos. En segundo, facilitar la protección del médico objetor, en caso de ser denunciado o discriminado por ejercer este derecho<sup>47</sup>.

Otra opción sobre la mesa, que también ha sido empleada en el marco de otras administraciones, es que el objetor comunique su condición por anticipado y por escrito en el Centro donde preste sus servicios, sin que se llegue a constituir un Registro de carácter público para los objetores.

Por razón del objeto de nuestro trabajo resulta de especial interés el contenido de la Orden de 23 de junio de 2010, que crea el Registro de Objetores en la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha<sup>48</sup>. Según su único artículo «Creación de un fichero de datos de carácter personal»:

*«1. Se crea el siguiente fichero «Objetores de Conciencia a la Interrupción Voluntaria del Embarazo» de datos de carácter personal, en los términos y condiciones fijados en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.*

*2. Las características de este fichero se especifican en el anexo de esta Orden».*

El anexo establece diez características del fichero, como su denominación, el organismo responsable, los profesionales que podrán inscribirse (siempre limitando la referencia a los «directamente afectados»), finalidad y usos, etc., estableciendo un nivel de seguridad alto para el fichero, y prohibiendo cualquier cesión de datos del mismo.

La misma sentencia del TSJ que resolvió el asunto de la determinación de los «directamente implicados» mediante acto administrativo se ocupó también de valorar la validez de la creación de este fichero automatizado de datos.

El Colegio de Médicos de Toledo entiende la necesidad de comunicación previa de la condición de objetor, por parte del profesional sanitario a sus superiores, a los efectos de organización del servicio, pero estima que dicha información debería obrar en el Centro donde preste sus servicios el objetor, y no convertirse en un Registro Público cuya información podría proyectarse a otros ámbitos del Servicio de Salud autonómico, por tanto, se manifiesta

759f611b127203e9f2a0021aa1b7da05.ssl.cf2.rackcdn.com/eclj/Memo\_CouncilofEurope\_20110615.pdf, 12.

El Registro de Madrid contaba 56 objetores a los pocos meses de su constitución en julio de 2010. <https://www.europapress.es/madrid/noticia-registro-objetores-conciencia-colegio-medicos-madrid-tiene-inscritos-56-medicos-20100714112727.html>

<sup>47</sup> Informe Andoc, cit., p. 19.

<sup>48</sup> Disponible en: <http://sescam.castillalamancha.es/profesionales/normativa/Autonómica/Prestaciones%20Sanitarias>

«en contra de la creación de un fichero de objetores de conciencia que como tales les pueda encasillar, a los solos efectos de objetores, y que como tal se proyecte en gerencias, servicios o centros en los que no desempeñe actividad el médico objetor».

A juicio del Tribunal, esta propuesta dificultaría la prestación del servicio, no existiendo, por otra parte, legislación que resultare vulnerada por la creación del fichero en cuestión. Asunto distinto sería que la Administración ejerciera un irregular uso de los datos obrantes en el fichero, lo que escapa del objeto del pronunciamiento del TSJ.

Como antes señalamos, la creación del otro registro de objetores actualmente en vigor no trae su origen de un acto administrativo, sino legislativo, pero debemos traerla a colación bien sea brevemente, puesto que la Ley foral navarra que articuló su puesta en marcha fue objeto de recurso de inconstitucionalidad resuelto por el Tribunal mediante sentencia de 25 de septiembre de 2014, que estimó parcialmente el recurso, considerando algún aspecto de la regulación jurídica del registro no conforme a la Constitución, sin que esto suponga la inconstitucionalidad de la creación de un registro de objetores en sí mismo.

La sentencia 151/2014 responde a las dos principales argumentaciones expuestas en el recurso, a saber: que la Comunidad Foral carece de competencia en el desarrollo normativo de la ley 2/2010 y que la regulación que se lleva a cabo limita de manera desproporcionada el derecho a la libertad ideológica. El primer motivo se descarta una vez acreditado que, de acuerdo con nuestro sistema constitucional «la planificación y la organización de los servicios sanitarios en Navarra corresponde a la Administración de la Comunidad Foral».

Más interesante resulta la discusión sobre si la constitución de un Registro constituye una limitación desproporcionada del ejercicio de los derechos a la libertad ideológica y a la intimidad. Como ya tuvimos ocasión de señalar, este fallo del Constitucional supuso una «oportunidad perdida»<sup>49</sup> para haber aclarado la cuestión de la naturaleza de la objeción de conciencia. El Tribunal no aborda, por tanto, esta cuestión, sino exclusivamente la de la legitimidad de los límites que la existencia del Registro implica al ejercicio de la objeción: «no es objeto del presente recurso de inconstitucionalidad llevar a cabo un análisis de la naturaleza jurídica del derecho a la objeción de conciencia regulado en el art. 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010, precepto que tiene

---

<sup>49</sup> Rafael Navarro Valls, «Una ocasión perdida. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de septiembre de 2014, sobre registro de objetores de conciencia al aborto», *cit.*

valor de ley ordinaria, pues ni es la norma impugnada, ni en ningún momento lo reclaman los demandantes»<sup>50</sup>.

Por lo que respecta a la cuestión de fondo, admitiendo que la ley no se refiere en ningún momento a la creación de un Registro, sí se advierte que el cumplimiento de los requisitos que sí establece explícitamente la legislación (por anticipado y por escrito) «ha de quedar acreditado, como es lógico, en algún tipo de documento que debido a los datos de carácter personal que contiene, constituye *per se* un fichero a los efectos previstos en el art. 3 b) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), toda vez que se trata de un conjunto organizado de datos de carácter personal susceptibles de tratamiento»<sup>51</sup>.

Que tal fichero adopte la forma de Registro es una cuestión secundaria, y, en todo caso, no implica un límite al ejercicio de los derechos del objeto, sino una garantía para él, ya que establece, por una parte, una prueba de la declaración del objeto en cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para poder objetar; de otra, una ayuda a la hora de garantizar la confidencialidad de los datos que se hagan constar en tal registro.

Dejando al margen la cuestión del acceso a los datos obrantes en el registro (que resultaba demasiado laxo en la redacción original de la ley) en lo demás el Tribunal Constitucional avala la constitucionalidad de la creación del Registro como modo de articular la obligación de anunciar la condición de objetar «por anticipado y por escrito».

En contra de esta apreciación de constitucionalidad del Registro mismo se manifiesta en su voto particular el magistrado Andrés Ollero Tassara, quien parte en su argumentación de una delimitación previa de la naturaleza del derecho a la objeción, entendiéndolo como fundamental. Desde esta consideración entiende que deben examinarse cuáles son los límites legítimos del derecho pues, como ya se señaló, el perímetro de su protección constitucional depende de su naturaleza jurídica. Si la objeción de conciencia es un auténtico derecho fundamental, entonces habrá de entenderse como inconstitucional cualquier medida que pueda considerarse disuasoria del ejercicio de tal derecho. Según el criterio del magistrado, resulta evidente el temor de los objetores de que su inclusión en dicho registro termine siendo el instrumento para la adopción de medidas discriminatorias contra ellos.

Termina el magistrado su voto particular con una argumentación relativa a la eficacia de la norma en cuestión. Literalmente se afirma que «según reciente información de prensa el número de profesionales inscritos, al cabo de cuatro años, es de uno solo, aunque informaciones procedentes del colegio de médicos estiman que pueden llegar a ser tres; todo ello en una Comunidad

<sup>50</sup> Fundamento jurídico 4°.

<sup>51</sup> Fundamento jurídico 5°.

Autónoma en la que la masiva objeción venía obligando a derivar la práctica de abortos a otras Comunidades cercanas, hasta que la reciente instalación de un centro privado —con el que se ha firmado convenio— lo ha hecho innecesario».

La creación del registro parece haber operado en contra de la propia aplicación de la ley. Los médicos se han negado a inscribirse, negándose también a proporcionar la información en su centro de trabajo, siendo llamativo en exceso el hecho de que ningún jefe de servicio se lo haya requerido formalmente, tratándose de una Comunidad Autónoma con una tasa de objetores al aborto cercana al cien por cien. Tanto la propia inoperancia del Registro navarro como el hecho de que en otras comunidades la ley se esté aplicando sin mayor problema en ausencia de Registro demuestran, a juicio de Ollero, que este es superfluo, constituyendo, además, una medida claramente disuasoria del ejercicio del derecho a la objeción y, lo que puede resultar aún peor, una medida completamente ineficaz.

## V. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN LA PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA DE LA EUTANASIA

Como señalamos al inicio de estas páginas, el análisis del papel de la Administración pública en la determinación del contenido del derecho a la objeción en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo reviste el interés derivado de que la nueva propuesta de regulación de la eutanasia prácticamente reproduce idéntico planteamiento del ejercicio del derecho a la objeción. Veamos cómo queda regulado éste y qué consecuencias cabe extraer de la experiencia previa en torno a la objeción en el caso del aborto.

Básicamente, la ley introduce el derecho subjetivo «a solicitar y recibir ayuda a morir», expresión deliberadamente ambigua que se traduce en el texto legal en el derecho a que se administre directamente o se dispense para ser administrada por el interesado, según los casos, una sustancia letal con la finalidad de acabar con la vida del paciente.

Excluimos el análisis de la constitucionalidad de la conversión de la propia muerte en un derecho, pues este asunto merecería un trabajo aparte. Pero no podemos dejar de recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el tema, cuya particular claridad supone, a mi juicio, un reto a la imaginación del legislador, que deberá encontrar las argumentaciones que demuestren que el derecho a ser ayudado a morir no viola el contenido esencial del derecho a la vida, pues justamente lo contrario ha venido a sostener el Tribunal Constitucional: «siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer de su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del agere ligere, en cuanto que la privación de la propia vida o la aceptación de la propia muerte es un acto

que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho»<sup>52</sup>.

La regulación del derecho a la objeción se encuentra en el artículo 12 de la Proposición, de acuerdo al siguiente tenor literal:

«1. Las y los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la prestación por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en su realización, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito.

2. Las administraciones sanitarias autonómicas crearán un Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de la misma.

3. Este Registro tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la Administración Sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir».

Como cabe advertir, se encuentran habilitados para solicitar la condición de objetores los profesionales «directamente implicados» en la ayuda a morir, que deberán acreditar su condición de objetores mediante su inscripción en un Registro público creado por las administraciones sanitarias autonómicas.

Antes de analizar estos dos requisitos, conviene que aclaremos en qué consiste el deber que estos profesionales podrían objetar si cumplen los requisitos del artículo 12.

Lógicamente, se trata de satisfacer la prestación de ayuda a morir. En qué consista ésta se nos explica en el artículo 6 de la norma, según el cual la prestación consiste en «proporcionar una sustancia que tiene como consecuencia la muerte de una persona». Esta prestación puede llevarse a cabo de dos formas distintas: mediante «la administración directa de una sustancia a una persona que lo haya requerido y que cause su muerte», o mediante «la prescripción o suministro de una sustancia a una persona que lo haya requerido, de manera que esta se la pueda auto administrar para causar su propia muerte».

Esta prestación podrán solicitarla quienes sufran «una enfermedad grave e incurable» o padezcan «una discapacidad grave crónica», cumpliendo

<sup>52</sup> Fundamento jurídico 7º de la STC 120/90. La cursiva es nuestra.

además una serie de requisitos que tienen que ver con la información relativa a la patología padecida, a las alternativas terapéuticas y paliativas y a la manifestación de la voluntad de morir (artículo 5).

La información se suministrará al paciente en el curso de un proceso deliberativo, asegurándose el profesional sanitario de que comprende toda la información que recibe, y también se deberá comprobar que la solicitud de ayuda a morir expresa correctamente el deseo del paciente (artículo 9).

Resulta difícil omitir algunas observaciones críticas sobre la delimitación del deber jurídico que recaerá sobre el médico (o la médica) responsable. La primera de ellas es la propia determinación de esta figura, ¿quién ha de entenderse que es el médico responsable? Se supone que en esto hemos de remitirnos a la Ley de Autonomía del Paciente, pero nada dice acerca de ello el texto de la Proposición. La ley 41/2001, en su artículo 3, define al médico responsable como «el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales».

¿Es el médico –o médica– responsable el único «directamente implicado»? ¿Cómo –y qué instancia– puede determinar el concepto «directamente implicado»? Por ejemplo, ¿Quién estará a cargo de guiar el proceso deliberativo del paciente?, ¿podría objetar este profesional? ¿O debemos entender que «directamente implicados» están únicamente los profesionales que administren la sustancia letal al paciente o los que la dispensen, y solo éstos podrían objetar en conciencia?, ¿la ley está atribuyendo la responsabilidad del suministro del fármaco mortal al «médico responsable», de modo que quien coordine la atención al enfermo es, de alguna manera, quien ha de garantizar que se administre el pentobarbital o que sea dispensado?

Por otra parte, si el profesional sanitario que podría acompañar en su deliberación al paciente<sup>53</sup> se declara objetor al suministro y/o de sustancias letales a los pacientes a su cargo, ¿quedará excluido del proceso de toma de decisión? Y si en ese proceso de toma de decisión ha de informarse expresamente sobre los cuidados paliativos disponibles, ¿quién se ocupará de hacerlo?, y ¿por qué se conciben los cuidados paliativos como un tratamiento

---

<sup>53</sup> No podemos dejar de subrayar la completa ausencia de la familia en la Proposición de Ley de Eutanasia. Resulta en mi opinión una omisión totalmente injustificada y más aún teniendo presente la estructura social española. Por otra parte, es contraria a la ley de autonomía del paciente, que, como hemos señalado, reivindica explícitamente la participación de familiares y allegados en los procesos de información y toma de decisiones, siempre que esto no sea contrario a la voluntad del paciente.

más o una «alternativa», cuándo su disfrute efectivo debería ser el presupuesto previo de cualquier proceso deliberativo?

Se insiste en estos días en que eutanasia y «muerte digna» circulan por carriles distintos, de modo que una cosa serían los procedimientos y garantías para que los pacientes mueran con dignidad y otra distinta sería la vía de la solicitud de la prestación de «ayuda» a morir. Prestaciones diversas, procedimientos diversos.

Pero esta distinción es completamente arbitraria y está fuera de la realidad de los pacientes (y sus familias) al final de la vida. Es en cierto modo perverso encauzar al paciente por la vía de la eutanasia, activando el proceso que se describe en la Proposición sólo porque, de modo irreflexivo, o sin estar recibiendo los cuidados paliativos adecuados (de los que forma parte, no se olvide, la sedación en la agonía), exprese su voluntad de morir. Más aún si cabe la posibilidad de que en ese proceso de deliberación participen únicamente profesionales partidarios de la muerte de sus pacientes como solución a su sufrimiento, habiendo quedado previamente fuera de juego los declarados objetores.

¿Cómo es posible distinguir, con carácter previo al proceso de deliberación, si el paciente desea morir o si desea dejar de sufrir pero no provocar directamente su muerte? Es sencillamente imposible hacerlo, y, sin embargo, la Proposición parte de que esa posibilidad existe y que el proceso que ella regula (deliberación incluida) queda reservado a los que desean morir (o sea, que teóricamente ya han definido su voluntad), mientras que los restantes pacientes quedarían dentro del ámbito de actuación de las leyes de «muerte digna». Esto sencillamente significa que el legislador presupone el resultado del proceso de deliberación. Y si los profesionales sanitarios que no ven en la muerte de sus pacientes un acto médico quedan excluidos del proceso por su condición de objetores, me temo que esa deliberación conducirá en un altísimo porcentaje a la toma de decisión de morir.

Mención aparte merece la figura del «médico colaborador», ¿ha de considerarse como «directamente implicado» en la práctica de la eutanasia? Todo parece apuntar que sí, puesto que su participación es necesaria para la realización de la misma, pero no está involucrado directamente en ella. Una posición demasiado parecida a la del médico de atención primaria en el caso del aborto como para no generar alguna duda respecto a sus posibilidades de ser reconocido como «directamente implicado».

En cualquier caso, de la experiencia previa en el caso de la objeción al aborto podemos colegir que tan necesaria determinación no debería llevarse a cabo mediante acto administrativo, sino en sede legislativa o, en su caso, judicial.

Por lo que respecta a los medios establecidos para hacer constar la condición de objetor, la Proposición de Ley de Eutanasia, a diferencia de la Ley de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo, establece

directamente la obligación de las administraciones autonómicas de crear un Registro de objetores.

Como hemos tenido ocasión de comentar, el Registro de objetores ha sido declarado constitucional, y la Administración competente para crearlo. Ahora bien, esto no significa que sea una opción necesaria, o imprescindible, sólo quiere decir que su creación no conculca la Constitución, como pueden también no hacerlo otros medios de acreditar la condición de objetor.

No está claro que la autodeclaración ante el correspondiente Colegio sea uno de ellos<sup>54</sup>. Pero hay más opciones abiertas. Como señala Serrano Pérez «el propio Colegio de Médicos de Navarra manifestó que la condición de objetor y por tanto la ordenación del sistema sanitario en cuanto a la IVE podría satisfacerse mediante una notificación administrativa personal ante la Dirección del Centro donde el profesional trabaja, con los mismos efectos organizativos que el Registro de objetores»<sup>55</sup>.

Si de las diecisiete administraciones autonómicas, solo dos han articulado un Registro público, y la ley funciona en todo el territorio nacional, no parece que tal Registro constituya una pieza indispensable del sistema. En todo caso, no debería olvidarse, como hace el texto de la Proposición que la finalidad del mismo no es únicamente organizar el servicio garantizando los derechos del paciente, sino también la propia protección del objetor, como puso de manifiesto el TC.

Las afirmaciones de Ollero en su voto particular a la STC sobre el Registro de Navarra no son las únicas que denuncian su ineficacia. Según afirmaba hace solo unos meses Roberto Letxundi, miembro de la Sociedad Europea de Contracepción, en el Registro navarro «se apuntaron tres médicos, fracasó totalmente y no se hizo ni un solo aborto en la sanidad pública»<sup>56</sup>. Incluso, puede operar en contra de la propia efectividad de la ley, como la experiencia navarra parece confirmar. Según los datos más recientes, más del 90% de los abortos realizados en España se llevan a cabo en centros concertados (100% en Navarra, 99,5% en Madrid, 98% en Andalucía). En 2017, 17 provincias no declararon ningún aborto, lo que implica que o bien en esas provincias españolas ninguna mujer abortó, lo que parece

<sup>54</sup> Vid., María Martín Ayala, «Objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo: procedimiento para su ejercicio. Los registros de objetores», *Derecho y Salud*, 20 - 2 (2010).

<sup>55</sup> María Mercedes Serrano Pérez, «Reflexiones jurídicas sobre un registro de médicos objetores a la interrupción del embarazo», en *Juristas de la Salud*, <http://www.ajs.es/blog/reflexiones-juridicas-sobre-un-registro-de-medicos-objetores-a-la-interrupcion-del-embarazo/>

<sup>56</sup> [https://www.consalud.es/pacientes/17-provincias-no-comunicaron-a-sanidad-ni-un-solo-aborto-en-2016\\_46931\\_102.html](https://www.consalud.es/pacientes/17-provincias-no-comunicaron-a-sanidad-ni-un-solo-aborto-en-2016_46931_102.html)

poco probable, o bien tuvieron que desplazarse a otras provincias para practicarse el aborto<sup>57</sup>.

La propuesta de Registro público de objetores, sin alternativa alguna, parece condenada al fracaso en el caso de la eutanasia. En primer lugar porque todo parece apuntar a que en la sanidad pública las «ayudas a morir», que no son más que muertes causadas directamente por la administración de un fármaco, serán escasas, sin que la implementación de los cuidados paliativos suponga una alternativa real, y sin que exista infraestructura privada preparada para recibir a los pacientes que deseen «disfrutar de la prestación». La situación del paciente al final de la vida hace que lo que para el aborto se ha convertido en una situación en cierto modo irregular, pero que se va normalizando porque las mujeres acuden masivamente a centros concertados, para la eutanasia se convertiría en una situación insostenible, dada la obvia diferencia entre la situación de una mujer joven y sana que desea abortar y una persona afectada de una patología grave o en situación terminal.

La Proposición permite elegir, cuando sea posible, que la muerte sea provocada en el hospital o en el propio domicilio, pero la alternativa del desplazamiento a «centros concertados» (que no existen, por lo demás, actualmente) parece que debe ser descartada a priori para la mayoría de los casos, por lo que va a resultar muy complicado armonizar las pretensiones de los objetores con las de los pacientes (y, en este caso, todo en la Proposición apunta a la priorización del interés del paciente).

## VI. CONCLUSIONES

1. A pesar de que hemos centrado nuestro análisis en los casos donde la intervención de la Administración pública ha sido conflictiva, y nos hemos referido a ellos en exclusiva, conviene tener presente que de las diecisiete administraciones autonómicas solo dos han implementado una interpretación o concreción del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo que haya dado lugar a pronunciamientos judiciales y estos últimos no han desautorizado la actuación administrativa en todos los casos. Más bien la han avalado, en términos generales. No cabe, a mi juicio, hablar de una actitud hostil de la Administración pública hacia el objetor, o, al menos, no más hostil de lo que lo es ya de por sí la cultura jurídica contemporánea.

2. Por lo que respecta a la aplicación de la Ley 2/2010 en lo que atañe a la objeción de conciencia, los problemas fundamentales vinculados a la actividad administrativa están relacionados con la identificación de los profesionales que

---

<sup>57</sup> *Ibidem*.

podrán ejercer el derecho a la objeción (los «directamente implicados») y con los mecanismos arbitrados para acreditar su condición de objetores (la comunicación «por anticipado y por escrito» y si de esta previsión puede derivarse o incluso se deriva necesariamente la constitución de un Registro público de objetores).

3. Para ninguno de estos dos problemas puede afirmarse que haya una solución jurídica nítida en nuestro ordenamiento. Ambos serían susceptibles de un tratamiento menos complejo si el Tribunal Constitucional aclarase definitivamente en qué consiste el derecho a la objeción y cuál es su naturaleza jurídica, pero tras las «oportunidades perdidas» en 2014 (Registro de Objetores de Navarra) y 2015 (objeción farmacéutica a la píldora postcoital y al preservativo) no parece que haya demasiadas razones para esperar una doctrina constitucional sólida sobre el problema de la objeción.

4. Por lo que se refiere al papel de la Administración pública, cabe concluir que no es de su competencia la determinación de quiénes han de entenderse «directamente implicados» en la práctica del aborto, pero sí lo es la creación del Registro de objetores, cuando así se estime oportuno.

5. La hipotética aprobación de la Proposición de ley de Eutanasia vuelve a poner ambos problemas no resueltos sobre la mesa, al emplear una versión casi idéntica de la fórmula de la objeción de conciencia al aborto para la objeción de conciencia a la eutanasia.

6. La solución dista bastante, a mi juicio, de ser óptima, fundamentalmente por las siguientes razones:

- a) No está claro aún quiénes pueden objetar, o qué debe entenderse por «directamente implicados» en el proceso del aborto, ni quién puede determinar tal significación. No debería hacerlo, en todo caso, la administración sanitaria competente. La determinación de los profesionales «directamente implicados» en la eutanasia es incluso más compleja, ¿A quiénes habremos de considerar ahora «directamente implicados»? ¿qué hay de la enfermería, sobre quien recae la tarea de administrar, en condiciones normales, un medicamento y que no es mencionada en la Proposición?. ¿sólo cabe la objeción de conciencia para los profesionales encargados de suministrar o dispensar la sustancia letal al paciente que la haya solicitado?, ¿quedarán todos los objetores excluidos de participación en proceso deliberativo?, ¿supondrá esto que en la deliberación sobre la opción de morir el paciente se verá acompañado únicamente por profesionales que entiendan la muerte del paciente como un acto médico?, ¿qué perspectiva se les dará sobre los cuidados paliativos?, ¿no deberían ser estos un *prius* de todo proceso deliberativo, en vez de una opción entre

otras? Todos estos interrogantes deberían ser resueltos en sede legislativa, evitando así los problemas que hemos visto emerger en el caso del aborto. En cualquier caso, debemos colegir que no corresponde tampoco en este caso su respuesta mediante acto administrativo, dada la relevancia constitucional de la cuestión de fondo.

- b) ¿Qué podemos esperar de la creación generalizada de Registros públicos –a cargo, esto sí, de la Administración–? Teniendo en cuenta que para el caso del aborto:
- a. No se han implementado en la inmensa mayoría de las comunidades. De hecho, solo se han constituido en dos.
  - b. En el caso de Navarra, la constitución del Registro no sólo ha resultado completamente ineficaz, como medio de identificación de los objetores, sino que ha redundado en un nulo cumplimiento de la ley.
- c) La regulación de la eutanasia contenida en la Proposición nos autoriza a prever una considerable resistencia por parte de los profesionales sanitarios al cumplimiento (a mi juicio, gravísimo) del deber jurídico que se les impone en nombre del derecho a morir de sus pacientes. La tramitación parlamentaria de la Proposición debería ser el marco de una reflexión conjunta sobre la legitimidad de este deber, y, en cualquier caso, sobre la conveniencia o no de resolver el problema de la objeción empleando soluciones jurídicas que han demostrado unas limitaciones tan graves como las que se han puesto de relieve en este trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT, M., «¿Tenemos derecho a abortar? De la despenalización a la exigibilidad jurídica» en *Revista de Derechos Humanos*, Universidad de Piura, 4 (2013).
- «¿“Dictadura” de las nuevas libertades? Relativismo ético y absolutización de lo útil en la Europa contemporánea», *Persona y Derecho*, 65 (2012).
- *Libertad de conciencia. El derecho a la búsqueda personal de la verdad*, Madrid, Palabra, 2015.
- APARISI, A., LÓPEZ GUZMAN, J., «El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto. De la fundamentación filosófico-jurídica a su reconocimiento legal» en *Revista Biomedicina*, noviembre (2009).
- D'AGOSTINO, F., *Bioetica nella prospettiva del diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 1996.
- ESCOBAR ROCA, G., *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. (1993).

- FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en el derecho penal*, Granada, Comares, 2001.
- FRANKL, V., «Zeit und Verantwortung» en *Der Wille zum Sinn*, Bern-Stuttgart-Wein, Hans Huber, 1972- 1997, 5 Auflg. (2005).
- GÓMEZ ABEJA, L., «Registro obligatorio para objetores de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo. Reflexiones constitucionales», *Aranzadi Doctrinal*, num. 4, Estudios (2016).
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., «Objeción de Conciencia al tratamiento psicológico de homosexuales» en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (2013).
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Civitas-Universidad de Córdoba. (1994).
- MARTÍN AYALA, M., «Objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo: procedimiento para su ejercicio. Los registros de objetores», *Derecho y Salud*, 20 - 2 (2010).
- MARTÍNEZ AZPIAZU, I., «Evolución del derecho a la objeción de conciencia en el derecho español. Carga de Prueba. Especial incidencia en los principales intervinientes procesales» *Noticias jurídicas*, marzo 2012, vid. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4751-evolucion-del-derecho-de-objecion-de-conciencia-en-el-derecho-espanol-carga-de-la-prueba-especial-incidencia-en-los-principales-intervinientes-procesales/>
- MARTÍNEZ TORRÓN, J., «Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 79 (1992).
- «Las objeciones de conciencia de los católicos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 9 (2005).
- NAVARRO VALLS, R., MARTÍNEZ TORRÓN, J., *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, Madrid, MacGraw Gil. (1997).
- NAVARRO VALLS, R., «Una ocasión perdida. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de septiembre de 2014, sobre registro de objetores de conciencia al aborto», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 36 (2014).
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., *La objeción de conciencia ¿un derecho constitucional? Conference Paper*, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/276338319\\_LA\\_OBJECION\\_DE\\_CONCIENCIA\\_UN\\_DERECHO\\_CONSTITUCIONAL](https://www.researchgate.net/publication/276338319_LA_OBJECION_DE_CONCIENCIA_UN_DERECHO_CONSTITUCIONAL)
- OLLERO TASSARA, A., *El Derecho en Teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos*, Madrid, Thomson Aranzadi. (2007).
- «Relativismo y dopaje ético», en *La política al servicio del bien común*, XI Congreso Católicos y vida pública, Madrid, CEU ediciones. (2010).
- ORTEGA Y GASSET, J., *Introducción a una Estimativa. ¿Qué son los valores?*, Introducción de Ignacio Sánchez Cámara, Madrid, Encuentro. (2004).
- «El tema de nuestro tiempo», en *Obras Completas*, tomo III, 1ª ed., Madrid, Aguilar (1983).
- PALOMINO, R., *Objeción de conciencia de los notarios españoles con motivo de la nueva ley de jurisdicción voluntaria*, *Revista Jurídica Digital UANDES* 1 (2017).

- PRIETO SANCHÍS, L., «La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho», *Sistema, Revista de Ciencia Sociales*, 59 (1984).
- SANCHEZ CÁMARA, I., «De delito a derecho. El declive de la protección jurídica de la vida», *Cuadernos de Bioética*, 1(2012).
- SARTEA, C., *Deontologia. Filosofia del lavoro professionale*, Torino Giappichelli. (2010).
- SCHELER, M., «Vom Wesen der Philosophie und der moralischen Bedingung des philosophisches Erkennens», *Gesammelte Werke*, München-Bonn-Bern, Francke-Verlag-Bouvier-Verlag, Bd. V. (2000).
- SERRANO PÉREZ, M.M., «Reflexiones jurídicas sobre un registro de médicos objetores a la interrupción del embarazo», en *Juristas de la Salud*, <http://www.ajs.es/blog/reflexiones-juridicas-sobre-un-registro-de-medicos-objetores-a-la-interrupcion-del-embarazo/>
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M., «Objeción de Conciencia y Eutanasia», en *Anuario de Derechos Humanos*, 9 (2008).
- RECASENS SICHES, L., *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa. (1970).
- VIOLA, F., «L'obiezione di coscienza come diritto», *Persona y Derecho*, nº 61 (2009).



LA EXTENSIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO  
SANCIONADOR DEL DERECHO HUMANO  
A SER INDEMNIZADO POR CONDENAS  
PENALES FIRMES ANULADAS\*

*The extent to sanctioning administrative law of the human  
right to be compensated because of firm conviction reversed*

Manuel Rodríguez Portugués  
Universidad de Córdoba (España)  
dp2ropom@uco.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp191-217](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp191-217)

Recibido: 30.10.2018  
Aceptado: 21.11.2018

**Resumen**

El artículo 3 del Protocolo número 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce un derecho indemnizatorio al afectado por una condena penal firme

---

\* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Rodríguez Portugués, Manuel. 2018. «La extensión al derecho administrativo sancionador del derecho humano a ser indemnizado por condenas penales firmes anuladas». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 191-217. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp191-217](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp191-217).

Proyecto de Investigación DER2015-67695-C2-2-P (MINECO-FEDER). Grupo de Investigación SEJ-196. El presente trabajo tiene su origen en una ponencia presentada en el Congreso «*Justicia, Administración Pública y Derechos Fundamentales*», celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba durante los días 16 y 17 de noviembre de 2017. Agradezco las sugerencias y observaciones que se le realizaron a la misma, especialmente por parte de la Profesora ALARCÓN SOTOMAYOR, el Profesor CUBILLO LÓPEZ y el Profesor LÓPEZ BENÍTEZ. Sus objeciones han servido para enriquecer el texto que ahora se publica, de cuyos errores o desaciertos me hago, por supuesto, exclusivamente responsable.

posteriormente anulada por motivos ajenos al condenado. El presente trabajo explora la posibilidad de que este derecho sea ejercitable también en el ámbito administrativo sancionador, en concreto, en relación con la anulación de sanciones administrativas firmes, así como las consecuencias que ello tendría para el sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

### ***Palabras clave***

Sanciones administrativas; responsabilidad patrimonial de la Administración pública; Convenio Europeo de Derechos Humanos.

### ***Abstract***

Article 3 of Protocol No. 7 of the European Convention on Human Rights recognizes a right to compensation to the person affected by a firm criminal conviction later annulled for reasons unrelated to the convict. The present work explores the possibility that this right is also exercisable in the sanctioning administrative sphere, in particular, in relation to the annulment of firm administrative sanctions, as well as the consequences that this would have for the Spanish system of patrimonial responsibility of the Public Administration.

### ***Keywords***

Administrative sanctions; patrimonial responsibility of the Public Administration; European Convention on Human Rights.

---

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DEL PROTOCOLO NÚM. 7 CEDH EN EL ÁMBITO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO. III. PRESUPUESTO DE HECHO. 1. *Resolución sancionadora firme*. 2. *Anulación posterior por hechos nuevos o nuevas revelaciones que demuestren que ha habido error, y siempre y cuando dicho desconocimiento no se hubiera debido en todo o en parte a la persona afectada*. 2.1. Una importante modulación del régimen de responsabilidad patrimonial por acto administrativo ilegal. 2.2. La revisión y revocación de sanciones administrativas firmes en derecho español. IV. TITULARIDAD Y OBJETO DEL DERECHO. 1. *Personas físicas y también personas morales o jurídicas*. 2. *La indemnización objeto del derecho*. 2.1. De daños patrimoniales y no patrimoniales. 2.2. De daños morales y de la «pérdida de oportunidad». V. PROCEDIMIENTO. 1. *La vía administrativa: revisión de oficio o reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración*. 2. *El derecho del artículo 3 del protocolo 7, ¿derecho fundamental a efectos constitucionales internos?* VI. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Entre los derechos reconocidos en el CEDH hay dos que han tenido particular influencia para las Administraciones Públicas y para una gran parte de los actos que esta dicta cada día, las sanciones administrativas. Se trata de los derechos reconocidos en los artículos 6 y 7 CEDH, los denominados derechos a un juicio equitativo y a la legalidad penal. Como es sabido, pese a que expresamente estos preceptos se refieren sólo a la materia «penal», desde muy pronto el TEDH entendió que esos derechos también se reconocen en el Convenio, con ciertas adaptaciones y modulaciones, frente a la potestad sancionadora de las Administraciones públicas nacionales.

Con el tiempo, además, los Estados firmantes han ido incorporando otros derechos al catálogo de 1950, mediante la adopción de Protocolos adicionales. Uno de ellos ha afectado también particularmente al poder punitivo de los Estados: el Protocolo núm. 7. De entre los derechos reconocidos en este Protocolo, ya han recibido abundante atención doctrinal y jurisprudencial la doble instancia judicial en materia penal, contenida en el artículo 2, y la prohibición «*non bis in ídem*», contemplada en el artículo 4.

Sin embargo, apenas se ha reparado en el derecho reconocido en el artículo 3 y en las repercusiones que dicho derecho puede tener en materia sancionadora administrativa. Se trata del derecho a obtener una indemnización por parte de quien ha sufrido una pena en virtud de una sentencia penal condenatoria firme cuando esta resulte posteriormente anulada o revocada porque un hecho nuevo o nuevas revelaciones demuestren que hubo error judicial:

«Cuando una sentencia penal condenatoria firme resulte posteriormente anulada o se conceda una medida de gracia porque un hecho nuevo o nuevas revelaciones demuestren que ha habido error judicial, la persona que haya sufrido la pena en virtud de esa condena será indemnizada conforme a la ley o al uso vigente en el Estado respectivo, excepto cuando se pruebe que la no revelación en tiempo oportuno del hecho desconocido fuere imputable total o parcialmente a dicha persona».

Hay muy pocos pronunciamientos del TEDH sobre este derecho; y ninguno directamente sobre su aplicabilidad al ámbito sancionador administrativo. Menos aún existen pronunciamientos al respecto de nuestros órganos judiciales nacionales. En general, da la impresión de que los actores jurídicos apenas se han percatado de la existencia de este precepto. Y, sin embargo, su reconocimiento plantea a nuestros efectos —es decir, el de su posible proyección a la Administración pública— múltiples cuestiones de las que pueden derivarse consecuencias determinantes. ¿Es aplicable también, como los derechos de los artículos 6 y 7 del Convenio, al erróneo ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración? Y si lo es, ¿en qué medida? ¿Cuáles son sus requisitos? ¿A qué alcanza la indemnización correspondiente? ¿Quién puede pedirla? ¿Mediante qué procedimientos se puede hacer valer? Y, además, en relación con esta última cuestión: ¿se trata, a los efectos de nuestro ordenamiento constitucional, de un derecho fundamental integrado o reconducible, vía interpretación, a alguno de los reconocidos por nuestra Constitución? ¿O se trata, sin más, de un derecho de «legalidad ordinaria», es decir, de un derecho derivado de las obligaciones internacionales contraídas por España?

## II. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DEL PROTOCOLO NÚM. 7 CEDH EN EL ÁMBITO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO

Lo primero que plantea a tales efectos este derecho es si existe no sólo en relación con las penas en sentido estricto, sino también en relación con las sanciones administrativas. Una lectura literal del precepto llevaría inmediatamente a una respuesta negativa: está bien a las claras que el artículo 3 del Protocolo 7 se refiere sólo a la materia penal, pues no en vano habla únicamente de sentencia «penal» y de error «judicial»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En este sentido, encuentra discutible la extensión del precepto al ámbito de las sanciones administrativas Unai ABERASTURI GORRIÑO, «Comentario al artículo 3 del Protocolo número 7», en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 2ª ed., dir. Iñaki Lasagabaster Herrarte, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 901, afirmando que las sanciones administrativas «difícilmente pueden ser firmes» y tener los efectos de «cosa juzgada», y que, de tenerlos, sería por inactividad impugnatoria del

Pero se trataría, sin duda, de una conclusión apresurada. También los artículos 6 y 7 CEDH hablan exclusivamente de «tribunal», «litigio», «acusación en materia penal», «sentencia», «sala de audiencia», «pena», «delito»..., nociones todas ellas propias del ámbito judicial y del Derecho penal. Y, sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que, casi desde los primeros momentos de rodaje del CEDH, el TEDH haya dejado claro que esos derechos se pueden esgrimir también, con las modulaciones y adaptaciones oportunas, en el ámbito administrativo sancionador<sup>2</sup>. La razón de ello radica en que, para el TEDH, el Convenio maneja una noción de «materia penal» autónoma de los derechos nacionales, y ello por exigencias de la eficacia del propio Convenio. En efecto, si a los legisladores nacionales les bastara con atribuir la represión de los ilícitos a la Administración, en vez de a los tribunales, para escapar del ámbito de aplicación de los artículos 6 y 7 CEDH, los derechos reconocidos en los mismos quedarían convertidos en papel mojado.

La interpretación del TEDH ha sido siempre, por tanto, tajantemente favorable a entender incluidas en los artículos 6 y 7 CEDH también las infracciones y sanciones administrativas. Pero no se trata de una aplicación general y automática. La medida afflictiva en cuestión debe responder a la noción autónoma de «pena» propia del Convenio. Y ello se producirá, en concreto, cuando dicha medida supere positivamente la aplicación de una serie de criterios utilizados usualmente a estos efectos por el TEDH y conocidos como «criterios Engel» por el asunto en el que fueron enunciados por primera vez<sup>3</sup>. Dichos criterios son los siguientes:

- la calificación normativa por el derecho nacional de la infracción enjuiciada, es decir, si es considerada, según la técnica jurídica del Estado demandado, como Derecho penal o Derecho administrativo sancionador;
- la naturaleza misma de la infracción, es decir, qué tipo de orden jurídico (penal, disciplinario, administrativo...) es transgredido por la omisión o la acción sancionada;
- y el grado de severidad de la sanción que puede sufrir el interesado. Por ejemplo, en «una sociedad sujeta a la preeminencia del derecho, son de «materia penal» las privaciones de libertad susceptibles de

---

sancionado, lo que equivaldría a que el causante de los daños sería él mismo. Sin embargo, dichas afirmaciones carecen de fundamento, como se desprende de lo que se expone en el texto a continuación.

<sup>2</sup> Un recorrido por esa jurisprudencia puede verse en Silvia BERTAZZO, «El Derecho Administrativo Sancionador a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 39 (2015).

<sup>3</sup> *Vid.* STEDH de 8 de junio de 1976, *Engel y otros c. Holanda*.

ser impuestas a título represivo, excepto aquellas que por su naturaleza, su duración o sus modalidades de ejecución no son susceptibles de causar un perjuicio importante. Así lo requiere la gravedad de la cuestión, las tradiciones de los Estados contratantes y el valor que el Convenio atribuye al respeto de la libertad física de la persona»<sup>4</sup>.

La infracción merecerá ser calificada de «penal», aunque para el Derecho nacional sea «administrativa», cuando responda a algunos de estos tres criterios, sin que deban necesariamente darse los tres conjuntamente y sin que exista entre ellos ninguna relación de preferencia. De su jurisprudencia parece deducirse que el TEDH maneja en realidad una noción unitaria de «pena» o «sanción», con independencia del poder del Estado que la imponga<sup>5</sup>, y cuyo núcleo definidor reside en la idea de «castigo»<sup>6</sup>.

Estas consideraciones deben completarse, no obstante, con una importante matización en relación con determinadas sanciones disciplinarias. Cuando este tipo de sanciones se aplica a funcionarios que son partícipes del poder público, el TEDH realiza una interpretación restrictiva dejando este tipo de medidas fuera de la noción «materia penal» a los efectos del Convenio. Ejemplo de esta interpretación, inspirada en lo que para nosotros sería un

<sup>4</sup> Apartado 82 de la referida Sentencia *Engel*.

<sup>5</sup> Es más: la ha aplicado, incluso, frente al poder legislativo en un caso en el que la Cámara de Diputados de Malta, ejerciendo funciones materialmente ejecutivas o judiciales, impuso unas sanciones a un ciudadano sin respetar las garantías del Convenio. *Vid.* STEDH de 27 de agosto de 1991, *Demicoli c. Malta*.

<sup>6</sup> STEDH de 4 de noviembre de 2008, *Balsyté-Lideikiene c. Lituania*: «58. En cuanto a la naturaleza de la sanción, el Tribunal atribuye un significado especial al artículo 20 del Código de Delitos Administrativos, que estipula que el objeto de la sanción administrativa es *castigar* a los delinquentes y disuadirlos de delinquir de nuevo. El Tribunal recuerda que un carácter *punitivo* es el rasgo típico y habitual de una sanción penal (ver la anteriormente mencionada Sentencia *Öztürk*, ap. 53). (...) 61. En resumen, el carácter general de la disposición legal infringida por la demandante junto con el *propósito disuasorio y punitivo* de la sanción, así como la severidad de la sanción que podría recaer sobre la demandante, bastan para demostrar que el delito en cuestión era, en términos del artículo 6 del Convenio, de naturaleza penal. Por consiguiente, el Tribunal considera que el artículo 6.3 d) es aplicable en el caso que nos ocupa» (el énfasis es nuestro). STEDH de 29 de septiembre de 2011, *Flisar contra Eslovenia*: «26. Volviendo al presente caso, el Tribunal observa que las disposiciones del MOA se aplican a toda la población y no a un grupo que posee un estatus especial. Además, aunque tratándose de «delitos de reglamentación», el MOA se refiere a las disposiciones del Código Penal a fin de ser utilizadas por analogía (véase el apartado 14). Por último, se le impuso una multa de 625 euros, *lo que se prescribe como un castigo (véase el apartado 17) y no como indemnización por el acto cometido*» (el énfasis es añadido).

tipo de «relaciones de sujeción especial»<sup>7</sup>, es la Decisión del TEDH de 22 de junio de 2000, *Linde Falero c. España*, en relación con la sanción disciplinaria de separación del servicio de un guardia civil<sup>8</sup>.

En cualquier caso, a la luz de los «criterios Engel», el TEDH ha considerado como «penales» las siguientes sanciones que para el Derecho nacional del Estado demandado en cuestión eran administrativas:

- la imposición de diversas sanciones disciplinarias en el ámbito penitenciario<sup>9</sup>;

<sup>7</sup> Las relaciones especiales de sujeción pueden definirse como «las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación» (Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 161 y 162). Esta definición ha sido literalmente seguida por los tribunales: véase el FJ 5º de la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) nº 714/2013, de 9 de octubre: «Debe tener presente el ahora recurrente, que no es un mero administrado sino que se halla respecto de la Administración en la que se inserta (en este caso el Colegio Notarial) en una situación de relación de especial sujeción, que son un tipo de relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se refleja en un especial tratamiento de la libertad, derechos y deberes del administrado de modo adecuado a los fines típicos de cada relación». El Tribunal, sin embargo, aplica incorrectamente la definición doctrinal utilizada porque las relaciones colegiado-colegio no reúnen las características señaladas. De hecho, el propio LÓPEZ BENÍTEZ, en la obra citada, dedica expresamente unas cuantas páginas a negar que tengan tal consideración las relaciones de las corporaciones profesionales con sus miembros (1994: 253-260).

<sup>8</sup> Para ello, la Decisión se remite a la doctrina sentada en la STEDH de 8 de diciembre de 1999, *Pellegrin c. Francia*, en la que se señala: «66. En consecuencia, el Tribunal decide que únicamente se sustraerán del campo de aplicación del artículo 6.1 del Convenio, los litigios de los funcionarios cuyo empleo esté caracterizado por actividades específicas de la Administración Pública en la medida en la que ésta actúa como detentadora del poder público encargado de la protección de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas. Un ejemplo claro de tales actividades lo constituirían las fuerzas armadas y la policía. En la práctica, el Tribunal examinará, en cada caso, si el puesto del demandante implica -teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones y de las responsabilidades que supone- una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones tendentes a proteger los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas. Al hacerlo, el Tribunal tendrá en cuenta, a título indicativo, las categorías de actividades y los puestos de trabajo enumerados por la Comisión Europea en su comunicación del 18 de marzo de 1988 y por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (apartados 37 a 41 «supra»)».

<sup>9</sup> *Vid.* STEDH de 28 de junio de 1984, *Campbell y Fell c. Reino Unido*. La gravedad de la sanción derivaba aquí de que las sanciones disciplinarias impuestas conllevaban

- una multa en materia de tráfico<sup>10</sup>;
- la retirada de puntos del permiso de conducir<sup>11</sup>;
- una amonestación con confiscación de material impreso<sup>12</sup>;
- una multa de 625 euros<sup>13</sup>;
- la revocación del carnet de conducir<sup>14</sup>.

No hay, por tanto, ningún problema en entender que la garantía indemnizatoria contenida en el artículo 3 del Protocolo 7 sea aplicable también en materia sancionadora administrativa<sup>15</sup>. Más bien al contrario: la noción autónoma de «materia penal» elaborada por la jurisprudencia del TEDH, junto a la finalidad de asegurar la eficacia del Convenio, imponen la extensión de dicha aplicación. No en vano los «criterios Engel» han sido utilizados asimismo en relación con los derechos reconocidos por otros artículos de este mismo Protocolo 7, como particularmente respecto a la garantía «*non bis in idem*» contenida en su artículo 4<sup>16</sup>.

Ahora bien, la afirmación de que las sanciones administrativas están incluidas en el ámbito de protección de este derecho, no implica desconocer, sin embargo, que dicha inclusión deba entenderse realizada con ciertas adaptaciones y matizaciones. A dichas adaptaciones y matizaciones de los

pérdidas en la reducción de la pena de prisión, con lo cual equivalía a una pena de privación de libertad.

<sup>10</sup> Vid. STEDH de 25 de agosto de 1987, *Lutz c. Alemania*.

<sup>11</sup> Vid. STEDH de 23 de septiembre de 1998, *Malige c. Francia*. El razonamiento es reseñable: «39. En cuanto al grado de gravedad, el Tribunal señala que la retirada de puntos puede terminar en la pérdida de validez del permiso de conducir. Ahora bien, es indiscutible que el derecho a conducir un vehículo a motor es de gran utilidad para la vida corriente y el ejercicio de una actividad profesional. El Tribunal, al igual que la Comisión, deducen de ello que, aunque la medida de retirada presenta un carácter preventivo, reviste además un carácter punitivo y disuasivo y se parece por tanto a una pena accesoria».

<sup>12</sup> Vid. STEDH de 4 de noviembre de 2008, *Balsyté-Lideikiene c. Lituania*, aunque en este caso la amonestación podía haber sido sustituida por una multa e incluso, según las peculiaridades propias del Derecho nacional en cuestión, por una detención administrativa de 30 días.

<sup>13</sup> Vid. STEDH de 29 de septiembre de 2011, *Flisar contra Eslovenia*.

<sup>14</sup> Vid. STEDH de 24 de enero de 2012, *Toma c. Rumanía*.

<sup>15</sup> En esta línea, vid. Kees FLINTERMAN, «Compensation for miscarriage of justice (Article 3 of Protocol No. 7), en *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn y Leo Zwaak (ed.), 4ª ed., 2006, p. 975; y Christoph GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights. Commentary*, C. H. Beck – Hart – Nomos, Freiburg, 2014, p. 433.

<sup>16</sup> Pueden citarse a este respecto las SSTEDH de 6 de junio de 2002, *Sailer c. Austria*; de 30 de mayo de 2002, *W. F. c. Austria*; y de 10 de febrero de 2009, *Sergey Zolotukhin c. Rusia*. Particularmente importante es la de 31 de mayo de 2011, *Kurdov e Ivanov c. Bulgaria*, que usa expresamente los «criterios Engel» para interpretar el artículo 4 del Protocolo 7.

derechos en materia penal reconocidos por el Convenio en relación con el ámbito sancionador administrativo se ha referido también en ocasiones el TEDH. El fundamento de tales adaptaciones a la esfera sancionadora administrativa, desde la penal, apunta a la propia naturaleza de las Administraciones públicas, no equiparables desde el punto de vista estructural e institucional a los órganos del poder judicial<sup>17</sup>.

Por ello, la aplicación del artículo 3 del Protocolo 7 al ámbito sancionador administrativo debe hacerse también con las adaptaciones y matizaciones requeridas por nuestro ordenamiento jurídico-administrativo sancionador y obliga a examinar cuidadosamente el alcance del derecho reconocido en dicho artículo por lo que a las sanciones administrativas se refiere, tanto desde el punto de vista de los *requisitos* exigibles para su ejercicio como de los *sujetos* que pueden ser titulares del derecho, el *contenido* del mismo y el *procedimiento* apropiado para hacerlo valer (lo que plantea, por ejemplo, la cuestión de los plazos para instarlo y desde cuándo se computa dicho plazo).

### III. PRESUPUESTO DE HECHO

#### 1. *Resolución sancionadora firme*

El primer requisito del que habla el artículo 3 es el de la existencia de una «sentencia penal condenatoria firme». En el ámbito administrativo sancionador, integran este supuesto tanto una resolución sancionadora firme por no haberse recurrido en plazo como una resolución sancionadora que deviene firme por haber recaído en relación con ella una sentencia contencioso-administrativa confirmatoria firme.

Este requisito de la resolución administrativa plantea, no obstante, alguna duda desde el punto de vista del ente autor de la misma: ¿es, a los efectos de este derecho, resolución sancionadora la dictada por entes que no tienen en sentido estricto la condición de Administración pública, como las corporaciones de derecho público? La respuesta ha de ser afirmativa en relación, al menos, con aquellas corporaciones de derecho público –como algunos colegios profesionales– cuya afiliación se impone como obligatoria para la realización de la actividad privada en cuestión. En tales casos, el ejercicio de la potestad disciplinaria es sustancialmente equiparable al ejercicio de un poder punitivo público, razón por la cual el artículo 2.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC), determina la aplicación supletoria de esta Ley al «ejercicio de las funciones públicas» atribuidas a estas entidades. Lo mismo hay que decir del ejercicio de potestades semejantes por parte de

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, en cuanto al alcance de la garantía de la independencia e imparcialidad del tribunal (STEDH de 25 de agosto de 1987, *Lutz c. Alemania*).

entes que no tienen formalmente la consideración de corporaciones de derecho público, pero que sí han sido destinatarias de la atribución de relevantes funciones públicas por parte del ordenamiento, tales como las desde antiguo conocidas en la doctrina española como «asociaciones de configuración legal» (v. gr. federaciones y organizaciones deportivas profesionales)<sup>18</sup>. En todos estos casos, además, las sanciones pueden revestir una notable gravedad (normalmente la inhabilitación por períodos más o menos largos, y que pueden ser irreversibles para la biografía profesional de la persona afectada).

2. *Anulación posterior por hechos nuevos o nuevas revelaciones que demuestren que ha habido error, y siempre y cuando dicho desconocimiento no se hubiera debido en todo o en parte a la persona afectada*

El artículo 3 del Protocolo 7 exige también que la «sentencia penal condenatoria firme» sea posteriormente anulada, pero no por cualquier motivo, sino porque se demuestre que la decisión punitiva fue errónea como consecuencia de un nuevo hecho o de nuevas revelaciones, siempre y cuando ese desconocimiento de las circunstancias relevantes no fuese en ninguna medida imputables al afectado<sup>19</sup>. Por lo demás, el TEDH ha puntualizado que el error judicial debe obedecer realmente a nuevos hechos o revelaciones, no siendo aplicable este precepto —por tanto— a la revisión de condenas que obedezcan simplemente a una nueva valoración de las pruebas ya tenidas en cuenta en su momento<sup>20</sup>.

2.1. Una importante modulación del régimen de responsabilidad patrimonial por acto administrativo ilegal

Trasladado este requisito al ámbito administrativo, el precepto exige, además, para el ejercicio de este derecho, que la sanción administrativa haya

<sup>18</sup> Vid. José ESTEVE PARDO, «Las asociaciones de configuración legal», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 45 (1985).

<sup>19</sup> El caso objeto de la STEDH de 12 de junio de 2012, *Poghosyan y Baghdasaryan c. Armenia*, una de las pocas sentencias que ha aplicado directamente este precepto del Protocolo número 7, es expresivo al respecto. El Sr. Poghosyan fue condenado a varios años de cárcel por los delitos de asesinato y violación. Durante el cumplimiento de su condena, devenida firme, se descubrió al auténtico autor de los delitos. Al mismo tiempo, se probó en un proceso independiente que la confesión del Sr. Poghosyan fue obtenida bajo violencia por parte de los agentes de policía que lo detuvieron e interrogaron. La sentencia condenatoria del Sr. Poghosyan fue revisada y se le puso en libertad. En tales circunstancias, evidentemente, la confesión del Sr. Poghosyan no se consideró por el TEDH como inducción al error judicial imputable al condenado.

<sup>20</sup> Vid. STEDH de 3 de julio de 2008, *Metveyev c. Rusia*, apartados 37-44.

sido anulada por los motivos tasados y extraordinarios referidos. Y lo primero que hay que señalar es que esta exigencia del CEDH añade una importante modulación al régimen español de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

El sistema español de responsabilidad patrimonial administrativa está formulado como garantía de los ciudadanos en el artículo 106.1 CE, según el cual los «particulares (...) 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». La opinión jurídica común, lastrada por la legislación del periodo inmediatamente preconstitucional y por la redacción de las normas legales posteriores y vigentes, ha sostenido que dicho sistema de responsabilidad –a diferencia del de Derecho privado y del que rige en otros países– se caracteriza por ser «objetivo». Y es que, en efecto, el artículo 32.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 20 de julio de 1957, tras señalar lo que hoy casi en su literalidad señala la Constitución en el precepto recién citado, puntualizaba que la lesión indemnizable podía provenir de un funcionamiento tanto «normal» como «anormal de los servicios públicos». Y, en fin, el tenor del vigente artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público (en adelante, LSP), se expresa en términos prácticamente idénticos: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley». Es usual afirmar, por tanto, que en Derecho administrativo español la Administración pública responde siempre que: 1) se produzca un daño; y 2) este daño sea imputable a la Administración, con independencia de si la actuación dañosa de esta se realizó de forma diligente o culpable. En este sistema objetivo –suele sostenerse–, la Administración sólo queda exonerada en caso de fuerza mayor.

El caso es que la realidad, sin embargo, no es tan clara y lineal. Esa caracterización de la responsabilidad administrativa como una responsabilidad de tipo objetivo se ha construido teniendo a la vista fundamentalmente la actividad técnica o material de la Administración. Pero la Administración también puede provocar lesiones en la esfera patrimonial y personal de los administrados con su actividad jurídicamente formalizada, es decir, a través de actos administrativos que sean contrarios al ordenamiento jurídico<sup>21</sup>, y especialmente cuando

---

<sup>21</sup> Sobre los problemas de la responsabilidad patrimonial por actos administrativos ilegales en Derecho español, existen algunas obras doctrinales importantes que se extienden a lo largo del tiempo. *Vid.* Avelino BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad de la Administración*

dichos actos son desfavorables o de gravamen (como lo son, precisamente, las sanciones administrativas).

En efecto, en relación con los actos administrativos, lo que sucede en la práctica es que no basta con que dichos actos resulten contrarios al ordenamiento jurídico o ilegales para que nazca, si hay daño individualizado y evaluable económicamente, un deber de indemnización a favor del perjudicado por parte de la Administración autora de dicho acto, como, sin embargo, sí sucedería en el seno de un sistema de responsabilidad rigurosamente objetivo. En concreto, para declarar responsable a la Administración, la jurisprudencia suele exigir en estos casos que la ilegalidad en que haya incurrido el acto lesivo en cuestión revista una especial intensidad. No basta, por tanto, cualquier ilegalidad para que la Administración autora del acto sea responsable del daño producido, sino que es necesario que esta haya incurrido en una «flagrante desatención normativa»<sup>22</sup>.

Existe, en consecuencia, una ilegalidad de «baja intensidad» o un margen de ilegalidad «admisible» o «tolerable», por decirlo así, dentro del cual la Administración no incurre en responsabilidad patrimonial, aunque el acto ilegal haya causado daños. Y ello no tanto porque se exija el requisito de la culpabilidad, como porque estaríamos en tal caso ante uno de los supuestos a los que se refiere el citado artículo 32.1 *in fine* LSP, en que el administrado tiene el «deber jurídico» de soportar el daño. Con todo, la jurisprudencia no es completamente uniforme, y pronunciamientos hay proclives a considerar cualquier grado de ilegalidad como título suficiente de imputación de responsabilidad administrativa<sup>23</sup>. A su vez, la doctrina también se ha sumado al debate, reproduciendo en paralelo las disparidades jurisprudenciales<sup>24</sup>. Por su parte, el legislador mismo da pábulo a la teoría del «margen de tolerancia» cuando en el citado artículo 32.1 LSP se añade un segundo y ambiguo párrafo en el que se dice: «La anulación en vía administrativa o por el orden

---

*por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1981 (1ª ed.) y 1985 (2ª ed.); Luis MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005; Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales», *Revista de Administración Pública* núm. 183 (2010); y Silvia Díez SASTRE, «Culpa vs. ilegalidad: De nuevo sobre el fundamento de la responsabilidad por acto administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 153 (2012).

<sup>22</sup> Vid. Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, ««Responsabilidad patrimonial de la Administración...», cit., p. 197.

<sup>23</sup> Vid. Silvia Díez SASTRE, «Culpa vs. Ilegalidad...», cit., pp. 7 y 8 (de la versión electrónica facilitada por la base de datos «Westlaw» de Thomson – Reuters, editora de la revista en la que se contiene el citado trabajo).

<sup>24</sup> Vid. Silvia Díez SASTRE, «Culpa vs. Ilegalidad...», cit., pp. 8 y 9.

jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización».

Sea como fuere, y volviendo al tema que nos ocupa, lo cierto es que la incorporación del artículo 3 del Protocolo 7 a nuestro ordenamiento tiene la virtualidad, en el ámbito que aquí nos afecta, de esquivar toda esta espinosa cuestión acerca del grado de ilegalidad de los actos administrativos a efectos indemnizatorios. En efecto, como venimos señalando y a tenor del citado artículo 3, basta con que la sanción impuesta «resulte posteriormente anulada (...) porque un hecho nuevo o nuevas revelaciones demuestren que ha habido error», y siempre que dicho error no fuere imputable al sancionado, para que este tenga derecho a ser indemnizado. La remisión contenida en el precepto a «la ley o al uso vigente en el Estado respectivo», hay que entenderla realizada a otros efectos, como son el cálculo de la indemnización o el procedimiento para la reclamación; y no para el supuesto de hecho mismo que da lugar al derecho, puesto que, en otro caso, el propio reconocimiento de este derecho por el texto internacional carecería de sentido y estaría vacío de contenido. En definitiva, cuando una sanción firme sea declarada ilegal por motivos ajenos al sancionado, el ordenamiento presume que a este se le han provocado unos daños que resultan imputables a la Administración y, por ende, indemnizables por esta. O, dicho de otra forma: se presume que el grado o tipo de invalidez del acto administrativo es lo suficientemente «flagrante» como para hacer incurrir a la Administración autora de aquel en responsabilidad patrimonial cuando: 1) dicho acto sea una sanción; 2) esa sanción hubiera devenido firme; y 3) esa sanción, después de haber devenido firme, hubiera sido anulada por algún vicio de invalidez que no fuera imputable, en todo o en parte, al mismo sancionado. Y ello –insistimos– no tanto porque así se deriva necesariamente de nuestro sistema de responsabilidad patrimonial administrativa como porque así lo exige en este concreto ámbito el artículo 3 del Protocolo 7.

## 2.2. La revisión y revocación de sanciones administrativas firmes en Derecho español

Ahora bien, ¿es posible, en nuestro Derecho, que una sanción administrativa que ya es *firme* sea anulada por los motivos a que se refiere el Protocolo? La respuesta es afirmativa, aunque el Derecho administrativo español permite la anulación de una sanción firme sólo en los siguientes casos: en vía administrativa, a resultas de una revisión de oficio o de un recurso extraordinario de revisión, y en vía judicial, a consecuencia de un recurso contencioso-administrativo de revisión de sentencias firmes. Cada uno de estos procedimientos y recursos son los que permiten, en el ordenamiento jurídico-administrativo sancionador español, revisar una resolución sancionadora que haya devenido firme. Examinemos cada uno de ellos.

En primer lugar, el artículo 106 LPAC permite que el interesado solicite a la Administración, en cualquier momento, la *declaración de nulidad de los actos administrativos* que hayan puesto fin a la vía administrativa o no hayan sido recurridos en plazo, si se estima que han incurrido en alguno de los *supuestos de nulidad* de los actos administrativos, recogidos en el artículo 47 LPAC.

Cualquiera de dichos supuestos de nulidad es susceptible de integrar el presupuesto de hecho determinante del derecho del artículo 3 del Protocolo núm. 7, pero uno de los más apropiados para ello es naturalmente el de la letra d) del artículo 47.1 LPAC: «Los [actos] que sean constitutivos de una infracción penal o se dicten como consecuencia de esta». Sería el caso de una sanción dictada en su momento como consecuencia de un delito (por ejemplo, una prevaricación administrativa), circunstancia que lógicamente sólo quedará acreditada con posterioridad, a resultas del correspondiente proceso penal.

Parcialmente coincidente con este cauce procedimental es el del *recurso administrativo extraordinario de revisión*, regulado en el artículo 125 LPAC, que tiene por objeto también actos administrativos firmes cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

«a) Que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.

b) Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.

c) Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución.

d) Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme».

Pero tratándose la sanción de un acto desfavorable o de gravamen, también puede la Administración, de forma más sencilla y expeditiva, utilizar la *potestad revocatoria* que le confiere el artículo 109 LPAC, la cual puede ser ejercida por motivos de legalidad (no sólo de oportunidad)<sup>25</sup>. Sin embargo, de utilizarse este cauce para la revisión de la sanción firme, ha de quedar claro que la revocación obedece a motivos de legalidad, no de oportunidad, es

<sup>25</sup> La vía del artículo 109.1 LPAC está pensada, sobre todo, para la revocación por motivos de oportunidad, no de legalidad. Pero, como señala Manuel REBOLLO PUIG, sería absurdo que la Administración pudiera revocar por esta vía un acto desfavorable por reputarlo inconveniente o inoportuno, y no cuando lo considerara ilegal. *Vid. Derecho Administrativo*, tomo II, dir. Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, p. 180.

decir, porque la resolución sancionadora se dictó en su momento ilegalmente por la causa a que alude el Protocolo. En otro caso, la revocación de la sanción será en general lo efectiva que permita el ordenamiento jurídico nacional, pero no determinará el nacimiento del derecho a indemnización del artículo 3 del Protocolo 7.

Finalmente, como se ha apuntado, la anulación de la sanción firme también puede derivar de un proceso judicial, concretamente de un *recurso contencioso-administrativo de revisión contra una sentencia firme confirmatoria de una sanción*. Este recurso extraordinario está regulado en el artículo 102 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA), que permite revisar sentencias firmes siempre y cuando se dé alguno de los supuestos a los que se refiere su apartado 1:

«a) Si después de pronunciada [la sentencia] se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

b) Si hubiere recaído en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse aquella, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después.

c) Si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

d) Si se hubiere dictado sentencia en virtud de cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación fraudulenta».

En cualquier caso, el derecho de indemnización no nacerá hasta que, estimado el recurso extraordinario y devueltos los autos al juez o tribunal del que procedan, las partes usen entonces de su derecho y obtengan de este la anulación de la sanción originariamente recurrida (cfr. art. 516 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

#### IV. TITULARIDAD Y OBJETO DEL DERECHO

##### 1. *Personas físicas y también personas morales o jurídicas*

Establece el artículo 3 del Protocolo 7 que el titular del derecho es la «persona que haya sufrido la pena» como consecuencia de la condena anulada. En nuestro caso eso significa que sólo podrán ser titulares de este derecho quienes efectivamente hayan sufrido la sanción administrativa impuesta por la resolución sancionadora anulada a través de alguno de los mecanismos examinados anteriormente.

Además, como en nuestro Derecho sancionador pueden ser sujetos responsables no sólo las personas físicas, sino también las jurídicas, cabe plantearse si pueden ser titulares del derecho de indemnización reconocido en el Protocolo

las personas jurídicas. Es más: ¿y las entidades sin personalidad a las que, a veces, las normas atribuyen cierta subjetividad a efectos sancionadores?

En cuanto a las personas jurídicas, la jurisprudencia del TEDH admite la titularidad de los derechos protegidos por el Convenio por parte de dichas entidades, en la misma línea en que lo hacen las tradiciones jurídicas de los Estados parte en relación con los derechos fundamentales reconocidos por sus Constituciones. Al respecto es claro y contundente el artículo 34 CEDH: «El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, *organización no gubernamental* o *grupo de particulares* que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos...». De ahí que pueda afirmarse que los únicos derechos humanos que no pueden reconocerse a las personas jurídicas son aquellos cuyos elementos de aplicación están ligados a los atributos propios de las personas físicas o naturales<sup>26</sup>. Con estos límites y algún otro (como el de que debe tratarse de personas jurídicas privadas, no *públicas*), el reconocimiento de los derechos protegidos por el Convenio a las personas jurídicas ha sido una constante en la jurisprudencia del TEDH<sup>27</sup>. Por ejemplo, el Tribunal afirmó con fuerza esta doctrina en 1997, en relación con la Iglesia católica en Grecia, a la que las autoridades griegas no reconocían personalidad jurídica para actuar ante los órganos jurisdiccionales, y en 2000, en otro asunto relativo a una asociación religiosa judía por lo que se refiere al ejercicio de la libertad religiosa, y en la que afirmó: «El Tribunal considera, al igual que la Comisión, que un órgano eclesial o religioso puede, como tal, ejercer en nombre de sus fieles los derechos garantizados por el artículo 9 del Convenio («mutatis mutandis», Sentencia Iglesia Católica de la Canée contra Grecia de 16 diciembre 1997, Repertorio de sentencias y resoluciones, 1997-VIII, pg. 2856, ap. 31). En este caso, cualquiera que sea la religión considerada, una comunidad de fieles debe constituirse, en derecho francés, bajo la forma jurídica de asociación de culto, cuyo caso es el de la demandante»<sup>28</sup>. En definitiva, ningún problema hay aquí en admitir a

<sup>26</sup> En esta línea, *vid.* Christoph GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights. Comentary*, cit., p. 3, citando los derechos a la vida, a la libertad y seguridad, a la vida privada y familiar y al matrimonio, así como la prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes y de la pena de muerte.

<sup>27</sup>  *Vid.* Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, «II. El alcance de las obligaciones», en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, coord. Javier García Roca y Pablo Santolaya, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 58.

<sup>28</sup> Apartado 72 de la STEDH de 27 de junio de 2000, *Chaare Shalom Ve Tsedek c. Francia*. Un poco antes, mediante Sentencia de 6 de abril de 2000, *Comingersoll, S. A. c. Portugal*, el TEDH había afirmado también expresamente la titularidad de los derechos

las personas jurídicas como posibles titulares del derecho reconocido en el artículo 3 del Protocolo 7.

Tampoco parecen existir dificultades insalvables en relación con las entidades sin personalidad. Como se ha visto, el citado artículo 34 CEDH habla de «grupo de particulares». Y, a su vez, el artículo 28.1 LSP enuncia entre los posibles responsables de infracciones administrativas, «cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos». Por tanto, en la medida en que el sujeto que haya padecido la sanción anulada (por ejemplo, multa, cierre de establecimiento o de actividad, etc.) sea –a tenor de lo previsto por la ley administrativa correspondiente– una entidad sin personalidad (por ejemplo, una comunidad de bienes)<sup>29</sup>, será dicha entidad como tal la que tendrá derecho a la indemnización a que se refiere el Protocolo 7.

## 2. La indemnización objeto del derecho

El derecho reconocido en el artículo 3 del Protocolo 7 tiene por objeto una indemnización «conforme a la Ley o al uso vigente en el Estado respectivo». Como se ha señalado, esta remisión tan sólo se refiere a la forma de valorar la indemnización y al procedimiento concreto para reclamarla, así como a la modalidad de hacer efectiva esa indemnización (si en dinero o en especie). En cuanto a esto último, la legislación administrativa española prevé que la indemnización en dinero pueda sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, aunque siempre supeditado todo ello a que exista acuerdo con el interesado (art. 34.4 LSP).

En cualquier caso, esta remisión obliga a tener en cuenta las normas que disciplinan en nuestro Derecho la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, recogidas en la LSP y en la LPAC, en su vertiente material y procedimental, respectivamente.

### 2.1. De daños patrimoniales y no patrimoniales

En tal sentido, es indemnizable «toda lesión» que el sancionado haya sufrido «en cualquiera de sus bienes y derechos» (artículo 32.1 LSP),

---

procesales del artículo 6 CEDH por parte de una sociedad mercantil, a la que se reconoció incluso una indemnización por los daños morales derivados de su vulneración.

<sup>29</sup> En cualquier caso, sobre el alcance del citado artículo 28.1 LSP y su articulación con las diferentes leyes sectoriales que prevén la responsabilidad sancionadora de este tipo de entidades, así como los problemas que todo ello puede generar, *vid.* Manuel REBOLLO PUIG, «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», en *Ius et Veritas* núm. 53 (2016), pp. 233-237.

siempre y cuando –eso sí– el daño alegado sea «efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas» (artículo 32.2 LSP). Esta última aclaración no implica, sin embargo, que el daño indemnizable haya de ser exclusivamente de carácter patrimonial; también deben entenderse incluidos los daños no patrimoniales, incluidos los morales, cuando los haya, e incluso la denominada «pérdida de la oportunidad».

En cuanto a los daños patrimoniales, dispone el artículo 34.2 LSP que la «indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado». Sobre los daños patrimoniales indemnizables como consecuencia de una sanción posteriormente anulada es ilustrativo el caso resuelto por la STS de 10 de abril de 2012 (Sala de Contencioso-Administrativo, recurso contencioso-administrativo núm. 451/2010). El recurrente era magistrado presidente de sección en una Audiencia Provincial en el momento en el que fue sancionado por el Consejo General del Poder Judicial, en el año 2006, con suspensión de funciones por tiempo de siete meses como autor de una falta muy grave tipificada en la Ley Orgánica del Poder Judicial, por retraso injustificado en la resolución de asuntos. Cumplida íntegramente la sanción, la Comisión Permanente del Consejo declaró la aptitud para el reingreso en el servicio activo del magistrado sancionado, con la obligación de participar en cuantos concursos se anunciasen para la provisión de plazas de su categoría, solicitando todas las vacantes que se relacionen hasta obtener destino en propiedad. Al mes siguiente se publicó en el BOE anuncio de concurso para la provisión de determinados cargos judiciales, en el que participó el magistrado recurrente, obteniendo destino en un juzgado de primera instancia e instrucción. Dos años más tarde, en un recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente, el Tribunal Supremo anuló la sanción que se le había impuesto en 2006, al apreciar caducidad del procedimiento sancionador tramitado en su momento, y reconoció al recurrente el derecho a reintegrarse en el puesto de presidente de sección de la Audiencia Provincial y a las remuneraciones dejadas de percibir con sus intereses legales. La Administración abonó los salarios dejados de percibir, devolvió al sancionado su lugar en el escalafón y le ofreció la posibilidad de reincorporarse a su primitiva plaza de presidente de sección de la Audiencia Provincial. El sancionado rehusó, sin embargo, a esta última posibilidad. Posteriormente, el recurrente presentó ante el Consejo General del Poder Judicial reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia del traslado de localidad a que se vio abocado una vez incorporado al servicio activo. El Consejo denegó la reclamación, alegando que el sancionado había rehusado regresar a la localidad en la que originalmente estaba prestando servicios. Sin

embargo, el Tribunal Supremo, en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el reclamante, falló a favor de este, señalando que el obligado traslado a una nueva plaza le había ocasionado evidentes perjuicios, con independencia de que, a partir de la fecha en que rehusó regresar al puesto originario, se pudiera entender que cesaba la producción de dichos daños: «(...) se declara el derecho del recurrente a ser indemnizado (...) en virtud de la responsabilidad patrimonial de esta Administración Pública, como consecuencia de la anulación de la sanción disciplinaria impuesta, en la cuantía de los gastos de traslado forzoso una vez obtenida plaza en [el juzgado de primera instancia e instrucción] desde [la localidad de la sede de la Audiencia Provincial] y los referidos al alquiler de la casa en esa localidad gallega con todos los gastos de alojamiento, hotel y de suministros de vivienda consumidos, limitados al período ya mencionado que se comprende entre la toma de posesión y la admisión por parte de la Comisión Permanente de la renuncia por el interesado de la restitución a la plaza en la Audiencia Provincial de (...)» (FJ 8º).

Por otra parte, aunque pueda no ser normal en el caso de la anulación de sanciones, también son indemnizables los daños no patrimoniales de carácter personal, sobre los que dispone también el citado artículo 34.2 LSP que «se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social». Lo habitual –aunque no preceptivo– en este punto es tomar en consideración, como orientativos, los criterios y el baremo contenidos en el 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>30</sup>.

## 2.2. De daños morales y de la «pérdida de oportunidad»

Pero los daños extrapatrimoniales incluyen también aquellos daños no susceptibles de valoración ni de constatación médica salvo que se conviertan en una enfermedad, es decir, los que tradicionalmente se han denominado daños morales (como la angustia, la pena, la zozobra, la vergüenza, etc.)<sup>31</sup>. En relación precisamente con este tipo de daños, la STEDH de 12 de junio de

<sup>30</sup> Vid. María de la Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Responsabilidad de la Administración por daños morales», en *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, tomo I, Tomás Quintana López (dir.) y Ana Belén Casares Marcos (coord.), 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 781 y 782.

<sup>31</sup> Vid. Tomás CANO CAMPOS, «La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la Administración», *Revista de Administración Pública* núm. 191 (2013), p. 120.

2012, *Poghosyan y Baghdasaryan c. Armenia*, ha tenido ocasión de declarar expresamente que el derecho reconocido en el artículo 3 del Protocolo número 7 del Convenio cubre específicamente los daños morales, incluso aunque el Derecho nacional no lo tenga previsto<sup>32</sup>.

En cualquier caso, también estos daños, aun no *valorables*, si son desde hace tiempo en el Derecho español, tanto en el ámbito civil como en el administrativo, *evaluables* económicamente y, como tales, objeto de indemnización. Ante la diversidad de pareceres doctrinales y jurisprudenciales sobre la noción de daño moral, a esta –tal y como la hemos descrito– habría que añadirle alguna nota que la restringiera más rigurosamente, de forma que la lesión psicológica en que el daño moral consiste debe derivar de la lesión no de cualquier bien, sino de los denominados bienes de la personalidad (honor, reputación, imagen, intimidad, etc.)<sup>33</sup>. Tratándose de daños que repercuten no en bienes materiales sino inmateriales de la persona, como el honor o la intimidad, su valoración a efectos de fijar la cantidad indemnizable no puede apoyarse en criterios perfectamente objetivables. La Administración –y en su caso el órgano judicial– deberá hacer, por tanto, una estimación *ad casum* basada en criterios razonables, tales como el tiempo transcurrido entre la

<sup>32</sup> En concreto, frente a las alegaciones de las autoridades armenias relativas a que la reparación del injustamente condenado se había realizado a través de una disculpa gubernativa formal, conforme a la legislación armenia para tales casos, el TEDH consideró insuficiente dicha práctica nacional y condenó a las autoridades estatales armenias a indemnizar con 30.000 euros al demandante: «51. En cuanto al respeto de las garantías del artículo 3 del Protocolo núm. 7, el Tribunal estima que, aunque esta disposición garantiza el pago de una indemnización conforme a la Ley o a la práctica del Estado concernido, esto no significa que no se abone indemnización alguna cuando el derecho o la práctica internas no lo prevean (ver igualmente el apartado 25 de la exposición de motivos del Protocolo núm. 7 al Convenio, apartado 30 supra). Así mismo, el Tribunal estima que la finalidad del artículo 3 del Protocolo no es simplemente cubrir cualquier pérdida financiera causada por una condena sino también ofrecer a una persona condenada tras un error judicial una reparación por el daño moral sufrido, como el sentimiento de miseria o angustia, el disgusto y la degradación de la calidad de vida. Ahora bien, en este caso, el demandante no dispuso de ninguna reparación. (...) 63. El Tribunal no percibe vínculo alguno de causalidad entre la violación constatada y el perjuicio material alegado y rechaza esta demanda. En cambio, considera que procede conceder al demandante 30.000 EUR en concepto de daño moral». También la doctrina afirmaba la inclusión de los daños morales en este derecho del Protocolo número 7: *vid.*, por ejemplo, Isabel PERELLÓ DOMÉNECH, «El derecho a ser indemnizado en supuestos de error judicial», en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, coord. Javier García Roca y Pablo Santolaya, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 444; y –con posterioridad a la sentencia citada– Christoph GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights. Commentary*, cit., p. 433.

<sup>33</sup> *Vid.* María de la Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Responsabilidad de la Administración por daños morales», cit., pp. 772 y 773.

firmeza de la sanción y su anulación, la naturaleza y contenido de la sanción anulada, su publicidad, el impacto negativo sobre la reputación y prestigio del afectado, las circunstancias que condujeron al error padecido por el órgano sancionador, etc<sup>34</sup>. Criterios generales de este tipo son los que ofrece el artículo 9 de la LO 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la propia Imagen, y que son los que –según la jurisprudencia– debe manejar la Administración cuando ocasiona lesiones al honor (han sido frecuentes, por ejemplo, como consecuencia de comunicados de prensa sobre el progreso de operaciones policiales o investigaciones de determinados hechos ilícitos)<sup>35</sup>.

En materia específicamente sancionadora, lo que podríamos denominar «daño reputacional» ha sido tenido en cuenta por algunos pronunciamientos judiciales. Al respecto puede citarse últimamente el caso resuelto por la STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), núm. 612/2017, de 19 mayo. Un radiofísico del Complejo Asistencial de Burgos fue sancionado por la Gerencia de Salud del Área sanitaria correspondiente, imponiéndosele la sanción de traslado forzoso con cambio de localidad. No llegó a verificarse dicho traslado porque se acogió a una excedencia por interés particular, trasladándose a Alicante. Al cabo de un tiempo, el órgano judicial resolvió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el sancionado contra la medida disciplinaria, anulando dicha sanción. El sancionado reclamó con posterioridad y sin éxito una indemnización por los daños de carácter moral. Si bien no con el alcance pretendido, el TSJ dio la razón al reclamante sobre la base del siguiente razonamiento: «En conclusión, teniendo en cuenta lo expuesto sobre el limitado alcance del descrédito profesional y daño psíquico secuencia a la sanción y que, ello no obstante, se atribuyó al actor de modo antijurídico la comisión de hechos por todos calificados de muy graves –percepción de cantidades en concepto de guardias o prolongación de jornadas, y no realizadas, durante los años 2006, 2007 y 2008; incumplimiento de sus obligaciones como Jefe del Servicio en relación con las licencias de supervisores, así como en la vigilancia radiológica de los trabajadores expuestos a instalaciones radioactivas; realizar anotaciones falsas en los libros de operaciones de aceleración lineal, bomba de cobalto y Medicina Nuclear–, con el resultado de una sanción de traslado forzoso

<sup>34</sup> A título ilustrativo y en relación con otro derecho distinto –en materia de legalidad penal–, la STEDH de 21 de octubre de 2013, *del Río Prada c. España*, concedió una indemnización de 30.000 euros en concepto de daño moral por la aplicación retroactiva de la conocida como «doctrina Parot» y por la que la demandante fue puesta en libertad cinco años más tarde de lo que le hubiera correspondido.

<sup>35</sup> *Vid.* María de la Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Responsabilidad de la Administración por daños morales», cit., pp. 785-787.

igualmente antijurídica, procede estimativamente valorar el en todo caso innegable daño moral inherente a dicha antijurídica imputación padecido desde febrero de 2010, de imposición de sanción, hasta febrero de 2012, de anulación por sentencia firme, en la suma de 30.000 €.» (FJ 4º).

Finalmente, también se ha abierto camino en los últimos años la posibilidad de indemnizar la «pérdida de la oportunidad», la privación de la expectativa de obtener una ventaja más o menos incierta, sufrida por el particular e imputable a la Administración<sup>36</sup>. La denominada «teoría de la pérdida de la oportunidad» –esgrimida por la jurisprudencia sobre todo en el ámbito de la responsabilidad sanitaria– podría resultar especialmente adecuada para ser aplicada también en el campo disciplinario, en el que la índole de las sanciones más frecuentes (suspensión de funciones, por ejemplo), puede conllevar en algunos casos la privación de optar a ciertos beneficios o ventajas de carácter profesional.

## V. PROCEDIMIENTO

### 1. *La vía administrativa: revisión de oficio o reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración*

El procedimiento para ejercer este derecho será también el previsto en «la Ley o el uso vigente del Estado respectivo». En nuestro caso caben varias posibilidades. La primera es la *acumulación de la pretensión indemnizatoria a la de anulación de la sanción ilegal en vía administrativa si lo que se ejerce contra la sanción ilegal es una revisión de oficio* por ser nula de pleno derecho. En efecto, el artículo 106.4 LPAC dispone: «Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados...».

La segunda posibilidad, y más general, consiste en la *reclamación de responsabilidad patrimonial* a través del procedimiento administrativo común regulado en la LPAC con las especialidades establecidas por dicha norma en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. En tal caso, el plazo para solicitar la indemnización es de un año desde la notificación de la resolución administrativa o la sentencia «definitiva» [*rectius*: «firme»<sup>37</sup>] que

<sup>36</sup> Sobre esta teoría, *vid.* Luis MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, y del mismo autor «La teoría de la pérdida de oportunidad», *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 16 (2011).

<sup>37</sup> Aunque la Ley no dice «firme», sino «definitiva», lo cual no es lo mismo, hay que entender que el momento *a quo* del citado plazo es el de la adquisición de firmeza por

haya anulado la sanción firme en cuestión (art. 67.1, segundo párrafo, LPAC).

Una vez agotada la vía administrativa por cualquiera de estos dos caminos, se abre la posibilidad de acudir a la vía judicial. Aunque en relación con esta hay que hacer dos observaciones. La primera es que existe aquí también la posibilidad de *acumular la pretensión indemnizatoria al recurso contencioso-administrativo que se haya presentado contra la denegación de revisión en vía administrativa*, y ello aunque en esta no se hubiera formulado pretensión indemnizatoria alguna<sup>38</sup>. La segunda observación es de calado más amplio y se refiere al siguiente interrogante: si se considerara que el artículo 3 del Protocolo número 7 del CEDH reconoce no sólo un derecho convencional sino también, por vía de integración *ex artículo 10.2 CE*, un derecho fundamental a efectos constitucionales internos, la vía judicial disponible sería no sólo la representada por el recurso contencioso-administrativo general, sino que el afectado dispondría también, por un lado y como alternativa, del procedimiento judicial especial y sumario para la tutela de los derechos fundamentales, previsto en el artículo 53.2 CE y desarrollado actualmente para el ámbito contencioso-administrativo en los artículos 114-121 LJCA, y además, por otro lado y una vez agotada la vía judicial, del recurso de amparo, previsto también en el artículo 53.2 CE y desarrollado en los artículos 41-58 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. ¿Pero es realmente así? ¿Es el derecho reconocido en el artículo 3 del Protocolo un derecho fundamental en este sentido? Veámoslo.

## 2. *El derecho del artículo 3 del Protocolo 7, ¿derecho fundamental a efectos constitucionales internos?*

A favor de que el derecho indemnizatorio reconocido en el analizado artículo 3 es, además de un derecho convencional vinculante para España en el ámbito internacional, un derecho fundamental a efectos constitucionales

---

parte del acto o sentencia anulatorios, es decir, la expiración del plazo para interponer contra ellos los recursos ordinarios procedentes. *Vid.*, sobre el particular, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, «El plazo para pedir responsabilidad patrimonial a las Administraciones públicas», en *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, tomo I, Tomás Quintana López (dir.) y Anabelén Casares Marcos (coord.), 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 197-199.

<sup>38</sup> En efecto, dispone el artículo 31 LJCA: «1. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación (...) 2. También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, *entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios*, cuando proceda».

internos, está la denominada cláusula de apertura del artículo 10.2 CE, según la cual las «normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». En este sentido, puede recordarse cómo el TC ha ido concretando algunos de los derechos y garantías procedimentales, penales y sancionadores, reconocidos en el artículo 24.2 CE a la luz del artículo 6 del CEDH<sup>39</sup>. En esta línea, podría interpretarse *ex* artículo 10.2 CE que el derecho reconocido en el artículo 3 del Protocolo 7 del CEDH ha pasado a constituir uno de los derechos fundamentales de defensa reconocidos en el artículo 24.2 CE, relacionado concretamente con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. En efecto, el tipo de error al que alude el referido artículo 3 es el que se produciría como consecuencia de la privación de elementos exculpatorios que, por el motivo que sea, quedaron fuera del alcance del imputado o sancionado en el momento del procedimiento sancionador y en el momento ulterior de los recursos ordinarios correspondientes, y que hubieran resultado eficaces para el éxito de su defensa. En consecuencia, lo que se pretendería con este derecho indemnizatorio es reparar, no tanto un daño patrimonial cuanto un daño de carácter moral, el ocasionado a un derecho de la persona como es el derecho fundamental de defensa.

No parece, sin embargo, que pueda sostenerse una conclusión como esta. En primer lugar, es oportuno recordar que no todos los derechos reconocidos en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España en materia de derechos humanos han sido reconducidos por nuestro TC a alguno de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Así ha sucedido, por ejemplo, y precisamente en materia punitiva, con la retroactividad de las normas sancionadoras favorables, que el TC no entiende incluida en el derecho fundamental a la legalidad penal del artículo 25.1 CE, y ello pese a que dicha retroactividad es reconocida como derecho expresamente en el artículo 15.1 *in fine* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el TEDH la considera implícitamente incluida en el artículo 7.1 CEDH desde la Sentencia *Scoppola c. Italia* de 17 de septiembre de 2009. Pues bien, aunque

<sup>39</sup> Vid. Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 29-37; Francisco DÍAZ FRAILE, *Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. Garantías y límites en la jurisprudencia del TEDH*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, y *Derecho administrativo sancionador. Análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Atelier, Barcelona, 2016; y Ciro MILIONE FUGALI, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

en sentencias ciertamente ya algo antiguas, el TC afirma que la referida retroactividad tiene cierto anclaje constitucional, pero no como derecho fundamental en sentido estricto, sino como principio derivado de la seguridad jurídica *ex* artículo 9.3 CE, y no goza –por tanto– de acceso a la vía de protección del recurso de amparo<sup>40</sup>. En segundo lugar, el TC ha negado expresamente que la garantía indemnizatoria establecida en el artículo 121 CE frente a los errores judiciales<sup>41</sup>, y muy cercana –como es evidente– al derecho del artículo 3 del Protocolo 7, constituya un derecho fundamental<sup>42</sup>. Y, en tercer lugar, el TC ha declarado con carácter más general que la vía del artículo 10.2 CE sirve para *interpretar* derechos ya reconocidos por nuestra Constitución, pero no para *introducir* otros nuevos no previstos en ella<sup>43</sup>. A este propósito no cabe duda de que el del artículo 3 del Protocolo 7 es un derecho de nueva factura, con sustantividad propia. No está previsto como tal en nuestra Constitución. Y aunque relacionado con el derecho de defensa, no busca directamente la tutela de este, sino, más bien, la compensación de los daños experimentados por quien precisamente, y como consecuencia de ello, no pudo gozar de dicha tutela en el ámbito punitivo como condenado o sancionado. Al menos a la luz de la actual jurisprudencia constitucional, no sirve, en definitiva, por su autonomía y sustantividad propia, para «ensanchar» *ex* artículo 10.2 CE el alcance de alguno de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución.

Esta conclusión no obsta, sin embargo, a que el derecho de indemnización reconocido en el artículo 3 del Protocolo 7 sea, en el seno de nuestro ordenamiento, un derecho subjetivo en sentido estricto, protegido por la legalidad ordinaria –so pena de infringir nuestras obligaciones internacionales–, y capaz de sustentar –en último extremo y agotadas las vías internas de recursos– una demanda ante el TEDH, tal y como prevén los artículos 34 y 35 CEDH.

<sup>40</sup> *Vid.* SSTC 15/1981, de 7 de mayo, 62/1982, de 15 de octubre, 131/1986, de 29 de octubre, 22/1990, de 15 de febrero, entre otras, y los AATC 471/1984, de 24 de julio, 876/1986, de 29 de octubre, 226/1990, de 4 de junio, y 339/1992, de 16 de noviembre.

<sup>41</sup> Establece este artículo: «Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley».

<sup>42</sup> *Vid.* STC 40/1988, de 10 de marzo: «Ha de observarse además que aunque la Constitución configura la indemnización por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como un derecho, no lo ha configurado, a diferencia de lo que hace, por ejemplo, la Constitución italiana, como un derecho fundamental, lo que hace imposible, de conformidad con el art. 53 de la Constitución, su alegación y su resolución en esta vía de amparo» (FJ 1º).

<sup>43</sup> *Vid.* Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 156, y la jurisprudencia constitucional ahí citada.

## VI. CONCLUSION.

Pese a las apariencias, el derecho de indemnización reconocido en el artículo 3 del Protocolo número 7 del CEDH no es aplicable sólo a la anulación de condenas penales firmes, sino también de sanciones administrativas firmes. Esto tiene efectos importantes en el plano jurídico-administrativo interno. El primero es que, aunque en el Derecho español está plenamente asentada la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en general, y de la Administración en particular, el reconocimiento convencional de este derecho tiene la virtualidad de despejar en el ámbito sancionador las dudas que existen en nuestro sistema resarcitorio público acerca de cuándo se entiende producida la responsabilidad por acto administrativo ilegal. A tenor de lo dispuesto en el Convenio, al menos en un caso nunca habrá dudas: cuando se anule una sanción administrativa firme por motivos ajenos al sancionado. En tal caso, la ilegalidad del acto administrativo en cuestión –de la sanción– se presume que es lo suficientemente grave como hacer incurrir a la Administración autora del acto en responsabilidad patrimonial. La remisión del precepto convencional a la costumbre y legislación de los Estados parte lo es sólo a efectos del cálculo de la indemnización y del procedimiento de ejercicio. Finalmente, también es importante el hecho de que, aunque no se trata de un derecho fundamental a efectos constitucionales internos, sí que es un derecho subjetivo plenamente ejercitable ante las Administraciones españolas y los tribunales ordinarios, además de contar con la garantía última de su tutela por el TEDH.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURI GORRIÑO, U., «Comentario al artículo 3 del Protocolo número 7», en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 2ª ed., dir. Iñaki Lasagabaster Herrarte, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «El plazo para pedir responsabilidad patrimonial a las Administraciones públicas», en *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, tomo I, Tomás Quintana López (dir.) y Anabelén Casares Marcos (coord.), 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013
- , *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007
- BERTAZZO, S., «El Derecho Administrativo Sancionador a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 39 (2015)
- BLASCO ESTEVE, A., *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1981 (1ª ed.) y 1985 (2ª ed.)
- CANO CAMPOS, T., «La transmisión mortis causa del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la Administración», *Revista de Administración Pública* núm. 191 (2013)

- DÍAZ FRAILE, F., *Derecho administrativo sancionador. Análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Atelier, Barcelona, 2016
- , *Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. Garantías y límites en la jurisprudencia del TEDH*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015,
- DÍEZ SASTRE, S., «Culpa vs. ilegalidad: De nuevo sobre el fundamento de la responsabilidad por acto administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 153 (2012)
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales», *Revista de Administración Pública* núm. 183 (2010)
- ESTEVE PARDO, J., «Las asociaciones de configuración legal», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 45 (1985)
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., «II. El alcance de las obligaciones», en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, coord. Javier García Roca y Pablo Santolaya, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005
- GRABENWARTER, C., *European Convention on Human Rights. Comentary*, C. H. Beck – Hart – Nomos, Freiburg, 2014
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994
- MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005
- , *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007
- , «La teoría de la pérdida de oportunidad», *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 16 (2011)
- MILIONE FUGALI, C., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- PERELLÓ DOMÉNECH, I., «El derecho a ser indemnizado en supuestos de error judicial», en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, coord. Javier García Roca y Pablo Santolaya, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005
- REBOLLO PUIG, M., «La revisión de oficio», en *Derecho Administrativo*, tomo II, dir. Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2018
- , «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», en *Ius et Veritas* núm. 53 (2016)
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. de la P., «Responsabilidad de la Administración por daños morales», en *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, tomo I, Tomás Quintana López (dir.) y Anabelén Casares Marcos (coord.), 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013



LOS DERECHOS DE DEFENSA Y EL DEBER  
DE COLABORACIÓN CON  
LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA\*

*Defense rights and the duty of collaboration  
with the tax administration*

Montserrat Hermosín Álvarez  
Universidad Pablo de Olavide (España)  
mheralv@upo.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp219-248](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp219-248)

Recibido: 30.10.2018

Aceptado: 21.11.2018

**Resumen**

Frecuentemente, se ha advertido acerca de la eventual colisión que podría suscitarse entre el derecho fundamental a no autoinculparse (art. 24.2 CE) y el deber de colaboración con la Administración que impone al contribuyente la exigencia de comunicar y aportar datos relativos a sus obligaciones tributarias (arts. 31 CE y 93.1 Ley General Tributaria).

El posible conflicto se pone de manifiesto si esos datos –obtenidos bajo amenaza de sanción– pudieran ser usados en un procedimiento sancionador o en un ulterior proceso penal. En el presente trabajo trataremos de indagar en sus contenidos y exigencias teniendo en cuenta la Jurisprudencia Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para poder llegar a una posición integradora de ambos

---

\* Cómo citar / Citation ‘Chicago-Deusto’ (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Hermosín Álvarez, Montserrat. 2018. «Los derechos de defensa y el deber de colaboración con la Administración Tributaria». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 219-248. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp219-248](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp219-248).

intereses constitucionalmente protegidos como elemento indispensable para el funcionamiento de un Estado de Derecho.

### ***Palabras clave***

Deber de colaboración; derecho a no autoincriminarse; procedimiento sancionador; Administración tributaria.

### ***Abstract***

The possible collision between the right to non-self-incrimination (art. 24 CE) and the obligation to collaborate with the Tax Administration has frequently been revealed. This duty imposes on the taxpayer the requirement to provide data related to his tax obligations (arts. 31 CE y 93.1 Ley General Tributaria).

The conflict arises whether those data obtained under threat of sanction could be used in a subsequent sanctioning procedure. In this work we will analyze the contents of these constitutional values taking into consideration the Constitutional jurisprudence and the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

### ***Keywords***

Obligation to cooperate; right against self-incrimination; sanction procedure; Tax Administration.

---

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO. II. LOS DERECHOS DE DEFENSA DEL OBLIGADO TRIBUTARIO Y EL DEBER DE CONTRIBUIR. III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. V. CESIÓN DE DATOS OBTENIDOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE LOS TRIBUTOS. VI. CESIÓN O UTILIZACIÓN DE DATOS EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES. 1. *Separación del procedimiento sancionador tributario de «segundo grado»*. 1.1. Incorporación de los datos obtenidos en los procedimientos de aplicación de los tributos al procedimiento sancionador. 1.2. Datos que constituyen una declaración autoincriminatoria. 1.3. Derecho al juez imparcial. 2. *Separación del procedimiento sancionador de «primer grado»*. 2.1. Separación orgánica. 2.2. Régimen probatorio diferenciado. VII. REFLEXIÓN FINAL.

---

## I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

La Administración tiene reconocida por el artículo 25 de la Constitución el ejercicio de la potestad sancionadora. De toda la gama de sanciones existentes la única que se le ha sustraído ha sido la pena privativa de libertad cuya imposición pertenece en exclusiva al orden penal. Ante este vasto *ius puniendi* de la Administración, muchos contribuyentes nos planteamos qué tipo de derechos y garantías se le reconocen al presunto infractor tributario.

Si miramos atrás, en la antigua Ley General Tributaria de 1963 la sanción era un elemento más de la cuota y el procedimiento para su imposición no era otro, que el procedimiento para la aplicación de los tributos. No existía como tal un procedimiento sancionador separado de los procedimientos de gestión e inspección. y mucho menos, dentro del propio procedimiento sancionador tampoco se le atribuían sus fases de instrucción y resolución a órganos diferentes<sup>1</sup>. No en vano, la doctrina comenzó a reclamar la separación de estos procedimientos para evitar la imposición de sanciones automáticas. Con esta unidad de procedimientos «unos mismos hechos inevitablemente conectados y, por tanto, ambivalentes en cuanto a su alcance probatorio (la realización

---

<sup>1</sup> Por ello Casado Ollero, G., destacó durante los años noventa como la inspección tributaria se había convertido en una auténtica policía fiscal durante la tramitación del procedimiento de gestión tributaria, «procedimiento en el que se ejercitan no tanto potestades y funciones liquidatorias sino de policía fiscal, y dirigido a la investigación y fijación no sólo de hechos imposables sino de hechos –y conductas– determinantes de la sanción fiscal» (en AA VV, *Estudios de Derecho Tributario en Memoria de María del Carmen Bollo Aracena*, (Universidad del país Vasco, Bilbao, 1993), págs. 160 a 161).

del hecho imponible y la conducta infractora que consiste, precisamente en su ocultación total o parcial), constituyen la base de un único procedimiento)»<sup>2</sup>.

Sin embargo, apareció en nuestro ordenamiento jurídico una norma que parecía marcar un antes y un después en los procedimientos tributarios. La Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes trató de encontrar un punto de equilibrio en esta situación y estableció por primera vez la separación entre los procedimientos de liquidación y el procedimiento sancionador ya que, su fundamento es radicalmente distinto. El artículo 34 parecía incorporar una gran novedad a los procedimientos tributarios conocida como «garantía de procedimiento»<sup>3</sup>. No obstante, más que una garantía, la separación de procedimientos generó trámites formales pero sin llegar a lograr una distinción real y efectiva, ni una mejor salvaguarda de los derechos de defensa del obligado tributario<sup>4</sup>.

Inspirada en esta última norma la nueva Ley General Tributaria acogió el procedimiento sancionador separado como principio general del resto de procedimientos de aplicación de los tributos (art. 208 LGT) aunque ha revelado una deficitaria regulación en la materia que nos ocupa<sup>5</sup>. Las diversas actuaciones y prerrogativas llevadas a cabo por la Administración durante el desarrollo de los procedimientos de aplicación de los tributos y en el seno de

---

<sup>2</sup> Soler Roch, M<sup>a</sup> T., «Deberes tributarios y derechos humanos», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 30, (1995): pág. 113.

<sup>3</sup> El artículo 34 de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes «exige la existencia de un procedimiento separado para la imposición de sanciones que se llevará a cabo mediante un expediente distinto e independiente del instruido para la comprobación e investigación de la situación tributaria lo que no quiere decir órganos distintos» (Casanova Caballero, C., en AA VV, coord. Mantero Sáenz, A. y Jiménez-Reyna Rodríguez, E., *Ley General Tributaria, Antecedentes y Comentarios*, (Asociación Española de Aseores Fiscales, Madrid, 2005), pág. 881).

<sup>4</sup> Según Banacloche Pérez-Roldán, J., «la realidad práctica ha reducido esta previsión legal a un mayor «papeleo», por supuesto preimpreso». Afirma también el autor que «el procedimiento separado no ha supuesto más que desgajar de las actas las referencias a las Sanciones. A partir de ahí se produce el empleo de una nueva documentación, casi normalizada» (*Los Derechos del Contribuyente*, (La Ley, Madrid, 2000), págs. 221 y ss).

<sup>5</sup> Como advirtió Juan Lozano, A. M<sup>a</sup>, «las mayores dificultades para articular una solución que permita hacer realidad la independencia funcional de ambos tipos de actuaciones siguen radicando en el mecanismo que se arbitre para garantizar simultáneamente la pervivencia de los deberes de colaboración con la administración en el curso de las actuaciones de comprobación e investigación, y la efectiva salvaguarda de la presunción de inocencia con sus garantías de no autoinculpación en el procedimiento sancionador» («Una propuesta para la articulación entre los procedimientos tributarios sancionadores y los desarrollados por los órganos de gestión e inspección en orden a la aplicación de los principios constitucionales», *CEF, Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 173, (1997): pág. 44).

los procedimientos sancionadores se siguen encontrando interrelacionadas, siendo muy difícil determinar en qué momento se cierra un procedimiento y cuando comienza el otro.

Sin lugar a dudas, los derechos de defensa del obligado tributario se encuentran en un contexto normativo indeterminado, acrecentado por las divergencias que derivan de la jurisprudencia constitucional y del TEDH y las discordantes opiniones de la doctrina científica.

En el presente estudio intentaremos llevar a cabo un acercamiento a una de las cuestiones más controvertidas del derecho tributario, el posible equilibrio entre los derechos de defensa y el deber de colaboración con la Administración tributaria, tomando en consideración el tratamiento que le han dispensado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

## II. LOS DERECHOS DE DEFENSA DEL OBLIGADO TRIBUTARIO Y EL DEBER DE CONTRIBUIR

A lo largo de los últimos años estamos asistiendo a un incremento notable de las obligaciones de colaboración y de suministro de información a la Administración tanto a nivel estatal, europeo e internacional<sup>6</sup>. En el curso de estas actuaciones que persiguen una mejor eficacia de nuestros sistemas impositivos, se tienen que tomar también en consideración las garantías de defensa del contribuyente que, como derechos fundamentales no son renunciables ni prescindibles en ningún momento procedimental<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Vid. Rozas Valdés, J.A., «Los sistemas de relaciones cooperativas: una perspectiva de derecho comparado desde el sistema tributario español», *Documentos IEF*, núm. 6, (2016): pág. 7. Quien ha advertido que una manera para «luchar contra la erosión de la capacidad tributaria de los Estados consiste en poner en común los recursos caminando hacia una estandarización internacional de sus sistemas tributarios y de los procedimientos por los que discurre su aplicación efectiva». Respecto a la Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016 se ha señalado que refuerza las garantías procesales dentro del espacio europeo de justicia, pero «lamentamos su enfoque poco ambicioso y, en definitiva, que haya optado por una armonización de las disposiciones nacionales a la baja (...)». Sería conveniente que «la Unión Europea reforzase sin demora el derecho a no autoinculparse y la presunción de inocencia, en general y también en materia tributaria» (Sanz Díaz-Palacios, J.A., «La Directiva (UE) 2016/343 y el Derecho a no autoinculparse en materia tributaria», *Crónica Tributaria*, núm. 162, (2017): pág. 133).

<sup>7</sup> Sin embargo, «la coexistencia de procedimientos –administrativo y penal–, la comunicación de las pruebas obtenidas en el procedimiento de inspección en el que se practica la liquidación, y el incremento de la sanción por excusa, negativa o resistencia a la actuación inspectora, ponen de manifiesto el riesgo que el nuevo sistema supone en relación con el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y en consecuencia sobre el derecho a la tutela judicial efectiva del contribuyente considerado

En el artículo 31.1 de la Constitución se reconoce el deber de contribuir como sustento primordial para el funcionamiento del sistema tributario, a tenor del cual «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». Una de las manifestaciones del deber de contribuir<sup>8</sup> es el artículo 93 de la Ley General Tributaria<sup>9</sup> donde se establece que «Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, así como las entidades mencionadas en el apartado 4 del artículo 35 de esta ley, estarán obligadas a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas»<sup>10</sup>.

Además, la propia LGT en el art. 29.2, letra f, advierte de la imposición de sanción a todos aquellos obligados tributarios<sup>11</sup> que no cumplan con «la obligación de aportar a la Administración tributaria libros, registros, documentos o información que el obligado tributario deba conservar en relación con el cumplimiento de las obligaciones tributarias propias o de terceros así como cualquier dato, informe, antecedente y justificante con trascendencia

---

en este momento como un presunto delincuente fiscal» (Martínez Muñoz, Y., «Los procedimientos tributarios y el delito fiscal en la Ley General Tributaria. Un análisis en el marco de los principios fundamentales del ordenamiento tributario», *Quincena Fiscal*, núm. 6, (2016): BIB 2016/1022, pág. 11).

<sup>8</sup> Como muy bien ha advertido Casado Ollero, G., «La obligación de proporcionar a la Administración Tributaria datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria, constituya una manifestación de los llamados doctrinalmente «deberes de colaboración» – Mitwirkungspflichten –, en la doctrina alemana encuadrables en la categoría más amplia de los deberes de prestación a que implícitamente se refiere el art. 31.3 de la Constitución Española» («La colaboración con la Administración tributaria. Notas para un nuevo modelo de relaciones con el fisco», *HPE*, núm. 68, (1981): pág. 156

<sup>9</sup> Desarrollado por los arts. 30 y ss del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las Actuaciones y los Procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

<sup>10</sup> Tal y como se ha apuntado «al gasto se contribuye no solamente realizando prestaciones dinerarias, sino, además, mediante la ordenación de las conductas ciudadanas conforme a las exigencias del ordenamiento tributario y que no deben ser otras que aquellas que permitan la más eficaz aplicación de los tributos» (Eseverri Martínez, E., «Las posiciones subjetivas derivadas de la aplicación del tributo», *Estudios de Derecho y Hacienda*, (Homenaje a César Albiñana García-Quintana, T. II, Madrid, 1987), pág. 862).

<sup>11</sup> Tampoco se puede «excluir de entrada el deber de colaboración del contribuyente en tanto que del mismo podría derivarse una actuación sancionadora» (STSJ de Cataluña, de 28 de septiembre de 2012, FJ 5º (PROV 2012, 384484)).

tributaria, a requerimiento de la Administración o en declaraciones periódicas. Cuando la información exigida se conserve en soporte informático deberá suministrarse en dicho soporte cuando así fuese requerido».

Pero no podemos perder de vista que la Administración tributaria puede castigar las conductas ilícitas de los administrados, ejerciendo una de las manifestaciones del *ius puniendi* estatal, reconocido por el artículo 25 de la Constitución española y que por lo tanto, la culpabilidad no podrá ser probada por la sola incorporación de los datos obtenidos en los procedimientos de aplicación de los tributos bajo amenaza de sanción y en cumplimiento del deber constitucional de contribuir<sup>12</sup>. Por ello, establece el art. 178 de la LGT que la potestad sancionadora en materia tributaria se ha de ejercer conforme a los principios reguladores en materia administrativa, con las especialidades previstas en esta Ley, destacando en particular determinados principios aplicables en este ámbito, tales como el de legalidad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y no concurrencia. En definitiva, se han de salvaguardar también los derechos fundamentales de defensa del administrado.

En el artículo 24.2 de la Constitución se recoge el derecho a no autoinculparse estableciendo que, «(...) todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

A nivel internacional, también el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (RCL 1977, 893) incluye este derecho, dentro del derecho a un proceso equitativo, reconociendo en el artículo 6 que «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella». El apartado 2 continúa proclamando la presunción de inocencia cuando establece que «Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada». Finalmente, el

---

<sup>12</sup> Como ha manifestado el Tribunal Supremo en varias ocasiones podría considerarse coacción suficiente «cualquier medio que suponga una coacción o compulsión, incluso jurídica, en el sentido de contraposición de consecuencias jurídicas gravosas contra los intereses jurídicos de la persona acusada por el solo hecho de no colaborar con la actuación investigadora de las autoridades» (Sentencias 487/2015, de 20 de julio (RJ 2015, 3940); 129/2014, de 26 de febrero (RJ 2014, 1574) y 245/2012, de 27 de marzo (RJ 2012, 4649) ).

apartado 3 engloba una serie de derechos y garantías procesales para la salvaguarda del derecho de defensa<sup>13</sup>.

Aunque el art. 6 del Convenio europeo de Derechos Humanos no enumere específicamente el derecho a no autoincriminarse<sup>14</sup> el TEDH lo entiende incluido en este precepto en una consolidada jurisprudencia<sup>15</sup>.

Parece que nos hallamos ante bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pero aparentemente contrapuestos. Las garantías de tutela de la protección del contribuyente «en conjunción con el principio de proporcionalidad deben conducir a tener conocimiento de hasta qué punto o en qué medida debe «ceder» o no un derecho fundamental frente a la realización del deber de contribuir, materializado en las actuaciones de obtención de información»<sup>16</sup>. Por ello, resulta imprescindible encontrar un mínimo equilibrio para que el presunto infractor pueda ejercitar sus derechos de defensa, sin la incorporación de elementos de prueba autoincriminatorios aportados coactivamente, o de lo contrario, este *modus operandi* determinará que la sanción que se vaya a imponer sea de cuestionable validez en nuestro ordenamiento constitucional.

### III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Resulta trascendental tomar como punto de partida en nuestro análisis la jurisprudencia del TEDH ya que el mismo ha realizado grandes aportaciones al concepto de declaración autoincriminatoria<sup>17</sup>.

El TEDH ha reconocido como violaciones en procedimientos instruidos por la Administración en los que se ha ejercido una coacción sobre los particulares con la finalidad de que aportasen pruebas en procedimientos

---

<sup>13</sup> Sobre el alcance de este precepto Marino, Giuseppe, «Limitation of administrative penalties by the European Convention of Human Rights and the EU Charter of fundamental rights», *Thematic Report*, EATLP (2015), Milan, Congress on «Surcharges and penalties in Tax Law».

<sup>14</sup> Vid. Frommel, Stefan N., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho del acusado a no declarar: ¿puede ser invocado por los contribuyentes?», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 236, (1995): pág. 455.

<sup>15</sup> Entre otras: Sentencias de 3 mayo de 2001, *J.B. contra Suiza*, (TEDH 2001, 322); de 17 de diciembre de 1996, *Saunders contra el reino Unido* (TEDH 1996, 67); de 14 de febrero de 1994, *Bendenoun contra Francia* (TEDH 1994, 12) y de 25 de febrero de 1993, *Funke contra Francia* (TEDH 1993, 7); que serán objeto de análisis más adelante.

<sup>16</sup> Sánchez López, E. M., «Algunas cuestiones controvertidas en relación con los requerimientos de información de terceros. Un análisis jurisprudencial», *Quincena Fiscal*, núm. 9, (2018): BIB 2018/8646, pág. 24.

<sup>17</sup> Vid. Baker, Philip, «Some recent decisions of the European Court of Human Rights on Tax Matters», *European Taxation*, núm. 55, (2015).

administrativos que, posteriormente, servirían de fundamento incriminatorio en procedimientos penales<sup>18</sup>. Manifestando que el derecho a no autoinculparse «presupone que las autoridades logren probar su caso sin incurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos de presión en contra de la voluntad de la persona acusada»<sup>19</sup>.

Uno de los pronunciamientos más relevantes en esta materia lo constituyó la Sentencia del TEDH de 25 de febrero de 1993, *Funke v. Francia*<sup>20</sup>. En este supuesto el Tribunal anuló la imposición de una sanción por la negativa del recurrente a facilitar información, datos y documentos. Entendió el Tribunal que la única finalidad de este requerimiento era la obtención de pruebas para una posterior acusación penal. De este pronunciamiento se puede extraer que el derecho a no declarar contra sí mismo se encuentra contenido en el concepto más amplio «proceso equitativo» del artículo 6 del Convenio. La Corte de Estrasburgo se pronuncia manifestando que la sanción que los tribunales franceses impusieron al recurrente, debido a que no facilitó a la Administración de aduanas los documentos que se le habían requerido, constituye «materia penal» y es contraria al artículo 6.1 pues vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo<sup>21</sup>. Hemos de tener en cuenta que la Sentencia Funke

<sup>18</sup> Al respecto pueden verse los comentarios de Gimeno Valledor, L., «Procedimiento Sancionador Tributario en la nueva Ley General Tributaria. Novedades más relevantes», *Boletín del ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 8, (2004): pág. 208.

<sup>19</sup> Vid. STEDH de 8 de abril de 2004, caso *Weh c. Austria* (TEDH 2004, 28).

<sup>20</sup> Jean-Gustave Funke (fallecido el 22 de julio de 1997), nacional alemán, residía en Francia y ejercía la profesión de representante de comercio. Tres agentes de aduanas y un oficial de la policía judicial se presentaron en su domicilio con el fin de obtener información relativa a sus bienes en el extranjero. El Sr. Funke admitió la titularidad de varias cuentas bancarias en otros países, pero que no tenía en su domicilio ningún justificante de las mismas. Sin embargo, registraron su vivienda y encontraron documentación al respecto exigiéndole al Sr. Funke que entregara documentos bancarios de sus cuentas en Alemania, Polonia y Suiza. Funke se comprometió a aportarlos, pero finalmente comunicó la imposibilidad de aportar la documentación requerida. Finalmente, se impusieron al Sr. Funke dos multas. El Sr. Funke recurrió alegando la violación de los artículos 6 y 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos. El Tribunal Europeo declaró que se había violado el derecho a un proceso equitativo del artículo 6 y el artículo 8.

<sup>21</sup> El «Tribunal constata que las autoridades aduaneras provocaron la condena del Sr. Funke con el fin de conseguir ciertos documentos cuya existencia presumían, aunque no tenían la certeza de ello. Siendo incapaces o no queriendo obtenerlos por otros medios, intentaron obligar al demandante a que proveyera las pruebas de las infracciones que supuestamente había cometido. Pero las características especiales de las leyes sobre derechos de aduanas (...) no pueden justificar una infracción del derecho de toda persona acusada en materia penal, según el significado propio de esta expresión en el artículo 6, a no declarar y a no contribuir a su propia incriminación. En consecuencia, ha existido una violación del artículo 6.1» (Frommel, S.N., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho del acusado a no declarar: ¿puede ser invocado por los contribuyentes?»),

se refería a la condena provocada por las autoridades aduaneras francesas con la finalidad de obtener determinados documentos, por consiguiente, podríamos interpretar que la doctrina de este pronunciamiento sobre el derecho a no autoinculparse es aplicable, asimismo, a los litigios judiciales sobre infracciones tributarias<sup>22</sup>.

Un año más tarde la Sentencia del TEDH de 24 de febrero de 1994, *Bendenoum v. Francia*, sí relaciona el concepto «acusación en materia penal» del artículo 6.1 a los procedimientos jurisdiccionales relativos a ilícitos tributarios, y abre la posibilidad de invocar en esos procedimientos el derecho a no declarar contra sí mismo<sup>23</sup>. Este supuesto resulta trascendental en nuestro ámbito ya que, en el mismo, el TEDH manifestó que el art. 6 del Convenio es plenamente aplicable a los procedimientos tributarios.

Posteriormente, en la Sentencia de 17 de diciembre de 1996, *Saunders contra Reino Unido*, se anuló la condena impuesta al recurrente ya que la misma se había basado en declaraciones obtenidas en un procedimiento administrativo obtenidas bajo coacción y el derecho a la no autoincriminación resulta exigible en los procedimientos administrativos sancionadores y penales<sup>24</sup>.

---

trad. Fernández Amor, J.A., *Revista de Derecho y de Hacienda Pública*, núm. 236, (1995): pág. 488).

<sup>22</sup> Como retóricamente se ha preguntado Frommel, S.N., «¿acaso son las características de las leyes aduaneras distintas a las de las leyes tributarias?» («El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho del acusado a no declarar: ¿puede ser invocado por los contribuyentes?», *op. cit.*, pág. 510).

<sup>23</sup> El Sr. Bendenoum, ciudadano francés, residía en Suiza. Creó conforme al derecho francés una Sociedad Anónima con sede en Estrasburgo, y la dedicó al comercio de monedas antiguas, objetos de arte y piedras preciosas. Las aduanas francesas llevaron a cabo una investigación que también tuvo trascendencia tributaria y penal. El señor Bendenoum presentó alegaciones frente a los informes requeridos por determinados impuestos. Las alegaciones fueron rechazadas y presentó recurso ante el Tribunal administrativo de Estrasburgo. Bendenoum consideraba que se le había privado de su derecho a un juicio justo, pues no se le había permitido examinar la totalidad del expediente instruido por la Administración de Aduanas y acudió a la Comisión Europea de Derechos Humanos. Este órgano estimó que se había violado el derecho a un proceso equitativo, consagrado en el artículo 6 del Convenio. Sin embargo, no es éste el criterio del Tribunal, en la sentencia que comentamos declara que el artículo 6.1 del Convenio es aplicable al supuesto enjuiciado, pero rechaza la demanda. La Corte señala que el propio Sr. Bendenoum y su consejo habían tenido acceso al expediente completo, al menos durante la instrucción penal de la causa.

<sup>24</sup> El TEDH entendió que «el derecho a no declarar contra sí mismo se fundamenta, en primer lugar, en el respeto a la voluntad del acusado a permanecer en silencio. Tal y como entiende habitualmente en el sistema de las partes contratantes y en estos lugares, no se extiende a la utilización en un procedimiento penal del material que pueda obtenerse del acusado mediante poderes coactivos, pero que tiene una existencia independiente

El Tribunal de Estrasburgo dio un paso más en la STEDH de 3 mayo de 2001, *JB v. Suiza*. La importancia de este pronunciamiento radica en que el Tribunal dictaminó que el derecho a no autoinculparse no es exigible sólo en relación al procedimiento sancionador, sino que también desplegaría sus efectos en cualquier procedimiento del que pueda derivarse una sanción<sup>25</sup>. Por ello, parte de la doctrina se ha llegado a plantear la validez de nuestro actual procedimiento sancionador vigente en base a la doctrina sentada en este pronunciamiento<sup>26</sup>.

Posteriormente siguió el TEDH ratificándose en la misma línea jurisprudencial y en la STEDH de 5 de abril de 2012, *Chambaz c. Suiza*, manifestó que el derecho a la no autoincriminación resulta exigible a aquellos procedimientos que se dirijan conjuntamente a liquidar el tributo y a imponer sanciones. Entendió el tribunal que el deber de información en el desarrollo de un procedimiento administrativo vulneraba el derecho a no declararse culpable, aunque el procedimiento penal se inició tiempo después.

De forma continuada el TEDH ha declarado que son inadmisibles las pruebas obtenidas de forma coactiva. En esta línea resulta también la Sentencia del TEDH de 11 de julio de 2006, *Jalloh contra Alemania*. No obstante, resultan trascendentales las manifestaciones del Tribunal de Estrasburgo en

---

de la voluntad del acusado, tal y como sucede, inter alia con los documentos obtenidos de acuerdo con un mandato judicial, o muestras de aliento, sangre u orina, o tejido corporal para realizar pruebas de ADN».

<sup>25</sup> En este asunto el Tribunal consideró legítima, la negativa de colaborar del contribuyente y a facilitar información en un procedimiento que se dirigía, al mismo tiempo, a la determinación de las obligaciones fiscales del obligado tributario y al castigo de su incumplimiento (párrafos 47 y 48): «el Tribunal constata que el procedimiento tenía por objeto determinar los impuestos debidos por el recurrente y, llegado el caso, imponer un impuesto suplementario y una multa por defraudación fiscal. No obstante, el procedimiento no se calificaba expresamente como procedimiento para la imposición de impuestos suplementarios o de defraudación fiscal» (47). Pese a ello, «el Tribunal considera, y esto no es objeto de discusión entre las partes, que desde el principio y durante todos los procedimientos, las autoridades tributarias podían haberle impuesto una multa al recurrente a causa de la infracción de defraudación fiscal» (48).

<sup>26</sup> Es el caso de Sánchez Ayuso, I., quien ha manifestado que «Tengo mis dudas, sin embargo, acerca de lo que opinaría el Tribunal sobre tal separación de procedimientos, una vez que se probara, como se puede probar, no sólo que ambos se someten al conocimiento del mismo órgano, sino que, en el caso de la Inspección de los tributos, sistemáticamente se designa instructor del expediente sancionador al mismo funcionario que actuó en el procedimiento de comprobación del que aquél trae causa. Amén de que, según permite la propia Ley, todas las pruebas y circunstancias obtenidas en dichas actuaciones de comprobación se incorporan al expediente sancionador, sin más trámite que una declaración formal del actuario-instructor» («El derecho a no autoinculparse: trascendencia práctica de la Sentencia JB contra Suiza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Temas Tributarios de Actualidad*, abril, (2002): pág. 37).

el caso para entender el concepto de declaración autoincriminatoria. El Tribunal recuerda respecto a la utilización de pruebas obtenidas en violación del derecho a guardar silencio y del derecho a no autoinculparse que «no se extiende al uso, en un procedimiento penal, de datos que se pueden obtener del acusado recurriendo a métodos coercitivos sino que existen independientemente de la voluntad del sospechoso, por ejemplo, los documentos obtenidos en virtud de una orden, las extracciones de sangre, el aliento, las muestras de orina, cabellos y tejidos corporales con vistas a un análisis de ADN o incluso de voz».

En definitiva, el derecho a la no autoincriminación no es aplicable a los procedimientos tributarios, pero sí si la ley prevé que esos datos se puedan trasladar o usar en procedimientos sancionadores (SSTEDH de 8 de abril de 2004, *Weh c. Austria*, y de 4 de mayo de 2005, *Shannon c. Reino Unido*).

Han sido sentencias que han tenido una gran repercusión, sobre todo en una parte de la doctrina por entender que tienen como consecuencia la prohibición de trasladar las pruebas obtenidas en los procedimientos de aplicación de los tributos a los procedimientos sancionadores o penales tributarios, pudiendo llegar a ocasionar efectos disfuncionales en el ordenamiento tributario<sup>27</sup>.

#### IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El sistema europeo de protección de derechos fundamentales supone «una compleja interrelación entre el Tribunal de Estrasburgo y los tribunales nacionales. El efecto de «cosa interpretada» no implica necesariamente una aplicación mecánica de la doctrina del Tribunal»<sup>28</sup>. La materia objeto de nuestro estudio es buen ejemplo de ello ya que la línea seguida por el Tribunal Constitucional no es del todo coincidente con la del TEDH, tal y como pasamos a analizar.

<sup>27</sup> Vid. Rodríguez Bereijo, A., «Derecho penal Tributario y Derecho Tributario Sancionador en España», *Revista Iberoamericana de Derecho Tributario*, núm. 4, (1997): pág. 69; Mestre García, E. y Cervantes Sánchez-Rodrigo, C.J., *Guía de Infracciones y Sanciones Tributarias*, op. cit., págs. 267 y ss. También hay quien considera que la utilización de potestades administrativas en el procedimiento de liquidación, para obtener material instructor utilizables en un futuro procedimiento sancionador, constituye un supuesto de desviación de poder, porque aquellas potestades se ejercitan para fines diversos a los atribuidos por el ordenamiento jurídico (Sánchez Huete, M.A., *Derechos y Garantías del imputado en el procedimiento sancionador tributario*, op. cit., pág. 80).

<sup>28</sup> López Guerra, L., como muy bien advierte el autor, el Convenio representa un standard común, pero un standard común de mínimos, que puede ser complementado por protecciones adicionales a los derechos fundamentales en cada Estado miembro («El Diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y Divergencias», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, (2013): pág. 140).

El Tribunal Constitucional desde su STC 18/1981 ha venido afirmando que los principios penales son aplicables al derecho administrativo sancionador<sup>29</sup>: «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado... hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el artículo 25 en su número 3º, al señalar que la Administración civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad»<sup>30</sup>. Anteriormente al pronunciamiento de 1981 del supremo intérprete de la Constitución, también el Tribunal Supremo había desarrollado una importante jurisprudencia en torno a los principios informadores del sistema sancionador administrativo<sup>31</sup>.

Pero esto no significa que se pueda trasladar mecánicamente y sin matices las garantías del orden penal a los procedimientos sancionadores administrativos<sup>32</sup>.

Sin embargo y, a diferencia de lo sucedido con el TEDH no encontramos en la jurisprudencia española ningún pronunciamiento en el que se

<sup>29</sup> STC 18/1981, FJ 4º: En referencia las «denunciadas vulneraciones en el ámbito administrativo del art. 24.2 CE, es indiscutida la aplicación, a los actos y resoluciones de Derecho administrativo sancionador, de los principios sustantivos derivados de dicho precepto constitucional. (...) se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que sume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías del art. 24.2 CE. Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar el derecho a la defensa, que proscribire cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el art. 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba (por todas, SSTC 7/1998, de 13 de enero (RTC 1998, 7), FJ 5, y 272/2006, de 25 de septiembre (RTC 2006, 272), FJ 2)».

<sup>30</sup> SSTC 243/2007, de 10 de diciembre (RTC 2007, 243); 70/2008, de 23 de junio (RTC 2008, 70); y 82/2009, de 23 de marzo (RTC 2009, 82).

<sup>31</sup> Como ha advertido Nieto García, A., «En la elaboración teórica del dogma de la potestad punitiva única del Estado han participado conjuntamente el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, con una notoria prioridad cronológica del primero, a quien luego el segundo ha seguido en este punto fielmente. Pero tampoco conviene olvidar que la rotundidad del Tribunal Supremo se ha reafirmado aún más después de haber comprobado que su postura era aceptada por el Tribunal Constitucional», (*Derecho Administrativo Sancionador*, (3ª ed., Tecnos, Madrid, 2002), pág. 80).

<sup>32</sup> En este sentido, véase las SSTC 161/1997, de 2 de octubre (RTC 1997, 161), 18/2005, de 1 de febrero (RTC 2005, 18), 59/2014, de 5 de mayo (RTC 2014, 59), y más recientemente la STC 54/2015, de 16 de marzo (RTC 2015, 54).

haya entendido vulnerado el derecho a no autoinculparse por el uso de la información obtenida y datos obtenidos en un posterior procedimiento sancionador<sup>33</sup>.

En cambio, sí tenemos importantes pronunciamientos donde se perfila el contenido del deber constitucional de contribuir en sus diferentes manifestaciones. Así, ha manifestado el Tribunal Constitucional que los deberes de información contenidos en el artículo 93.1 de la LGT son «un instrumento necesario, no sólo para una contribución justa a los gastos generales, sino también para una gestión tributaria eficaz»<sup>34</sup>. Pero no es un derecho absoluto, sino que resulta imprescindible encontrar un equilibrio con el resto de derechos fundamentales del obligado tributario. En el ordenamiento jurídico en su conjunto «no cabe definir ni dotar de contenido a ninguno de sus institutos de manera aislada, sin consideración al resto de institutos y principios que el propio ordenamiento contempla. Menos aún, cuando esos otros institutos y principios tienen ni más ni menos que rango constitucional y, dentro de éste, una posición prevalente»<sup>35</sup>.

El Tribunal Constitucional sí ha hecho referencia a la contraposición entre el deber de contribuir y el derecho a no autoinculparse<sup>36</sup>.

Uno de sus pronunciamientos más importantes en esta materia lo constituyó la Sentencia 76/1990, de 26 de abril, según el cual<sup>37</sup>:

«Los documentos contables son elementos acreditativos de la situación económica y financiera del contribuyente; situación que es preciso exhibir para hacer posible el cumplimiento de la obligación tributaria y su posterior inspección, sin que pueda considerarse la aportación o exhibición de esos documentos contables como una colaboración equiparable a la «de-

<sup>33</sup> Otras Sentencias han advertido la estrecha relación que en nuestra Constitución tienen los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable con los de defensa y de presunción de inocencia. Aquéllos serían garantías o «derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo, a confesarse culpable» (STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6º; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5º; 299/1999, de 13 de diciembre, FJ 3º; 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4º y 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6º).

<sup>34</sup> Vid. STC 233/2005, de 26 de septiembre (RTC 2005, 233).

<sup>35</sup> Lozano Serrano, C., «El deber de colaboración tributaria sin autoincriminación», *Quincena Fiscal*, núm. 8, (2015): págs. 21 y ss.

<sup>36</sup> Vid. STC 110/1984 y Autos 642/1986 y 982/1986.

<sup>37</sup> Posteriormente el Tribunal mantuvo la misma línea en la STC 161/1997, de 2 de octubre (RTC 1997, 161).

claración» comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución» (FJ 10º)<sup>38</sup>.

Está claro que el deber de colaboración es necesario para la efectividad del deber de contribuir, pero como puede verse, frente a la doctrina sentada por el TEDH sobre el concepto de declaración autoincriminatoria el Tribunal Constitucional acoge una tesis mucho más estricta. Así, señala el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 3º, que «Para los ciudadanos este deber constitucional (deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos) implica más allá del genérico sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que el artículo 9.1 de la norma fundamental impone, una situación de sujeción y de colaboración con la Administración tributaria en orden al sostenimiento de los gastos públicos[...].»

Posteriormente, en las STC 18/2005, de 1 de febrero, (FJ 2º) y STC 68/2006, de 13 de marzo, (FJ 4º) el Tribunal Constitucional se ha vuelto a enfrentar con la alegada vulneración del derecho a no autoincriminarse como consecuencia de la condena de un sujeto, presidente y consejero delegado de una sociedad que fue inspeccionada, como autor de dos delitos contra la hacienda pública. El recurrente de amparo alegó que su condena fue consecuencia de los datos que obraban en el informe de la inspección sobre la documentación aportada coactivamente por distintos representantes de la entidad inspeccionada. El Tribunal descartó la pretensión porque:

«Ni el procedimiento de comprobación e investigación tributaria en el que se obtuvo la información incriminatoria se siguió contra el solicitante de amparo, ni durante el curso del citado procedimiento le fueron reclamados... los documentos que contenían dicha información, ni se ejerció coacción de ninguna clase contra él, ni, por último, el finalmente condenado aportó dato alguno que contribuyera a su propia incriminación» (STC 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2º).

Como puede verse, el Tribunal Constitucional no entró en la confrontación de estos derechos y el deber de colaboración ya que, había sido una persona jurídica la obligada a aportar y suministrar datos, eludiendo de esta forma cualquier análisis respecto al derecho de autoinculpación al manifestar que «no apreciándose la existencia del requisito subjetivo que la coacción haya sido ejercida por el poder público sobre la persona que facilitó la

---

<sup>38</sup> Como ha destacado Casas Agudo, D., «Adentrándonos más en concreto en la interpretación dada por el máximo intérprete de la Constitución, este configurando el derecho a no autoincriminarse como un derecho instrumental al servicio del derecho a la defensa y a la tutela judicial, y estrechamente unido a la presunción de inocencia, ha restringido de modo notorio su ámbito de aplicación» («A vueltas con el derecho a no autoinculparse y su dialéctica con los deberes de colaboración tributaria», *Quincena Fiscal*, núm. 10, (2017): BIB 2017/11159, pág. 9.).

información inculpativa y que finalmente fue la destinataria de las medidas punitivas» (FJ 4º y 6º, STC18/2005)<sup>39</sup>.

Más tarde el Tribunal Constitucional volvió a eludir pronunciarse sobre la aplicación del derecho a no autoinculparse en los procedimientos tributarios, cobijándose en el argumento de que el referido derecho fundamental sólo afecta al imputado y en este supuesto el presunto infractor había intervenido en calidad de administrador de la entidad<sup>40</sup>. En la STC 68/2006, de 13 de marzo, utilizó similares argumentos para negar la vigencia del derecho a no autoinculparse en el procedimiento sancionador tributario, manifestando que, «...ni el procedimiento inspector del que derivó en última instancia la denuncia del Ministerio Fiscal por la comisión de delitos contra la hacienda pública contra el Sr. B. M. se siguió en relación a éste, ni la información que se empleó para fundamentar las condenas que le impusieron en el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Palma de Mallorca y la Audiencia Provincial de dicha capital fue aportada por el recurrente bajo coacción...obviamente no habiéndose seguido las actuaciones inspectoras de comprobación e investigación en ningún momento respecto del Sr. B. M., sino única y exclusivamente en relación con la entidad de la que era administrador, Bravo Management, SL, resulta evidente la inconsistencia de la denunciada vulneración del art. 24.2 CE que el recurrente afirma haber padecido al no haber informado la inspección de los tributos desde el inicio del procedimiento «al contribuyente inspeccionado» de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no aportar pruebas que le incriminen».

En nuestra opinión, no se puede perder de vista que no son o no deben ser valores contrapuestos, sino que es necesario encontrar un equilibrio entre dos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Sin embargo, en este caso, el

<sup>39</sup> Esta misma línea acerca de la dualidad subjetiva se mantuvo por el Tribunal Constitucional en el auto núm. 186/2008, de 25 de junio, FJ 5º, (RTC 2008, 186 AUTO) donde inadmitió a trámite un recurso de amparo presentado por una persona jurídica en un supuesto de datos aportados por terceros.

<sup>40</sup> Con buen criterio se ha manifestado que «la Sentencia no llega a precisar su relevancia, puesto que, amparándose en un formalismo –en una «hábil argumentación» en palabras de Merino Jara– deja sin resolver importantes cuestiones sobre el alcance de este derecho...En nuestra opinión, estas afirmaciones incurren en un formalismo inadmisibles. El Tribunal Constitucional tiene razón al afirmar que el derecho a no autoincriminarse sólo puede ser invocado cuando la coacción se haya ejercitado sobre el propio sujeto a quien se impone la medida punitiva. Ahora bien, a nuestro entender, tal circunstancia también puede concurrir en el caso de que la coacción también se haya efectuado sobre una sociedad, cuando la medida punitiva recae sobre un administrador de la misma. Todo dependerá del grado de conocimiento y de control efectivo sobre la información de que haya dispuesto el administrador (en este caso Presidente y Consejero delegado de la Sociedad)» (García-Herrero Blanco, C. y Herrera Molina, P.M., «STC 18/2005, de 1 de febrero: el derecho a no autoincriminarse de los Administradores condenados por delito fiscal», <http://www.ief.es/Publicaciones/JurisCons/Comentarios/2005-STC18.pdf>).

supremo intérprete de la Constitución ha eludido entrar en el contenido de esta supuesta confrontación. En otras ocasiones y, con referencia al derecho fundamental de intimidad, sí ha recalcado la necesidad de realizar esta ponderación. En la STC 197/2003, de 16 de junio (RTC 2003, 197), manifestó que: «La colisión entre el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y el deber constitucional de contribuir a los gastos públicos (art. 31.1 CE) implica la inexistencia, frente a la Administración tributaria u otros poderes públicos, de un pretendido derecho absoluto e incondicionado a la reserva de los datos económicos del contribuyente con trascendencia tributaria (...) pues ello impediría una distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos en cuanto bien constitucionalmente protegido». Y en la Sentencia 149/2009, de 15 de junio (RTC 2009, 149), señaló que «los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 CE no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar la comisión o autoría de los hechos antijurídicos que se le imputan o pudieran imputar o a declarar en tal sentido».

Manifestaciones todas ellas insuficientes para poder alcanzar el anhelado equilibrio entre el deber de contribuir y el derecho a no autoincriminarse ya que, el máximo intérprete de la constitución ha evitado entrar en el contenido y en la interpretación de estos valores y derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico.

Hasta ahora, podemos concluir que frente a la postura del TEDH, el Tribunal Constitucional apoyándose en el deber de contribuir ha dejado claro que la Administración podía imponer a los ciudadanos la obligación de colaborar, exigiéndole la obligación de aportación de pruebas o documentos bajo pena de sanción por su incumplimiento. Pero también señaló nuestro Tribunal que las garantías del artículo 24 de la Constitución y, por lo tanto, el derecho a no declarar contra sí mismo, solo resultaban aplicables a quienes tenían la condición de imputados en un procedimiento penal o sancionador administrativo y en este sentido, consideró que el procedimiento inspector carecía de esta naturaleza.

Desde nuestro punto de vista la normativa tributaria no ha resuelto este problema y la jurisprudencia no ha arrojado luz sobre el mismo. Sigue existiendo una plena intercomunicación entre el procedimiento sancionador tributario y el resto de procedimientos de aplicación de los tributos que, a nuestro juicio, no garantiza en determinados casos el derecho a no autoincriminarse, tal y como pasamos a analizar.

## V. CESIÓN DE DATOS OBTENIDOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE LOS TRIBUTOS

En primer lugar, se ha de señalar que el obligado tributario debe colaborar en los procedimientos de aplicación de los tributos por imperativo

constitucional que tienen como finalidad la correcta determinación y cuantificación de las obligaciones tributarias. El artículo 93 de la LGT establece la obligación de aportar datos e información con «trascendencia tributaria» como manifestación del deber constitucional de contribuir. Como bien manifiesta SÁNCHEZ LÓPEZ respecto a los requerimientos individualizados de información que formula la Inspección, al amparo del art. 93 de la LGT habría que tener en cuenta «hasta qué punto las actuaciones de información podrían haber «enmascarado» verdaderas actuaciones de comprobación, vulnerándose, de este modo, los plazos de duración de los procedimientos de comprobación en menoscabo de la seguridad del obligado tributario»<sup>41</sup>.

El problema reside en fijar cuál es el contenido de este concepto indeterminado: «trascendencia tributaria». Es una expresión de muy difícil concreción en la que «los tribunales han ofrecido un concepto de trascendencia tributaria cuyos amplísimos contornos no consiguen sino poner en evidencia la absoluta inseguridad jurídica que existe al respecto»<sup>42</sup>.

No se puede perder de vista que como establece el art. 141.c de la LGT la obtención de información debe ser para la satisfacción del interés público al que se dirige esta potestad, es decir, a «la aplicación de los tributos». Y por lo tanto, no puede presumirse la trascendencia tributaria por el simple hecho de haberse solicitado la información<sup>43</sup>.

Además, el artículo 99.2 de la LGT advierte que «los obligados tributarios pueden rehusar la presentación de los documentos que no resulten exigibles por la normativa tributaria».

Respecto a este concepto jurídico indeterminado, ha precisado el Tribunal Supremo que «la trascendencia tributaria tiene como sustrato la certeza de la existencia de una obligación tributaria, presuntamente incumplida o defectuosamente cumplida por el propio contribuyente, de ahí que el deber de

<sup>41</sup> Sánchez López, E., «Algunas cuestiones controvertidas en relación con los requerimientos de información de terceros. Un análisis jurisprudencial», *op. cit.*, pág. 14.

<sup>42</sup> Alonso Gonzalez, L. M., «art. 111 de la LGT», en AA. VV, *La Reforma de la Ley General Tributaria. Análisis de la Ley 25/95, de 20 de julio (RCL 1995, 2178)*, (Cedecs, Barcelona, 1995), pág. 272.

<sup>43</sup> Como ha manifestado la Audiencia Nacional, «conceptuar el requisito legal de la trascendencia tributaria de forma abstracta o genérica equivaldría en la práctica a negar virtualidad a su exigencia, dado que difícilmente puede colegirse, en algún supuesto concreto de información, que sea, en todo caso o circunstancia, directa o indirectamente, tributariamente intrascendente» (SAN de 22 de noviembre de 2012 (JT 2012, 1333)). Anteriormente ya se había señalado que «la «trascendencia tributaria» es un valor anterior a la información requerida, pues si dicha trascendencia tributaria, se aprecia con posterioridad el requerimiento adolece de su esencial requisito» (SAN de 15 de julio de 2010 (JT 2010, 838)).

información tienda a cumplir el citado interés público; de forma que, el requerimiento de información puede oponerse en el supuesto de que dicho requerimiento no cumpla esas condiciones al haberse desfigurado esa trascendencia tributaria por la indeterminación y la generalidad de la información solicitada» (STS de 28 de noviembre de 2013).

El problema es que se le ha dado una interpretación excesivamente amplia por parte de la jurisprudencia, prueba de ello constituyen las manifestaciones del Tribunal Supremo en las que entiende que para que el requisito de que la información solicitada tenga trascendencia tributaria se entienda cumplido, basta con que dicha utilidad sea potencial, indirecta o hipotética, ya que, los datos solicitados «pueden ser útiles a la Administración para una adecuada gestión de los tributos o en actuaciones de comprobación e investigación, estando los datos solicitados relacionados directa o indirectamente con operaciones de un evidente contenido económico, debe por tanto apreciarse la trascendencia tributaria» (STS de 20 de julio de 2000).

La línea de argumentación seguida por el Tribunal Supremo resulta demasiado imprecisa ya que, posteriormente, afirmó que la obligación de facilitar datos e información «permiten amparar todo requerimiento que venga referido a datos de contenido económico que, de forma directa o interrelacionado con otros, revelen signos de capacidad económica que puedan desencadenar, en el futuro, actuaciones de comprobación por parte de la Administración» (STS de 26 de junio de 2012).

Sin embargo, sobre este aspecto resulta muy la clarificadora la Audiencia Nacional cuando manifiesta que los actos administrativos «se refieren siempre al pasado, y no al futuro, ya que se solicita información o se investiga sobre hechos imposibles ya producidos» (Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 1990). También el TJUE ha reconocido que la trascendencia tributaria debe estar en íntima conexión con la información que solicita la Administración<sup>44</sup>.

A la hora de determinar en qué momento procesal y respecto a que hechos es posible solicitar información, establece el art. 30.3 del RGGIT que «Los requerimientos individualizados de obtención de información respecto de terceros podrán realizarse en el curso de un procedimiento de aplicación de los tributos o ser independientes de este». Respecto a esta cuestión se ha advertido que no significa «que el requerimiento deba ser realizado necesariamente en el seno de un concreto procedimiento de aplicación de los tributos debido a que lo importante es que la Administración pueda fundamentar la relevancia de la información solicitada, aunque el procedimiento aún no se

<sup>44</sup> Vid. STJUE, de 16 de mayo de 2017, Asunto *Berlioz Investment Fund S.A.*, C-682/15.

encuentre iniciado»<sup>45</sup>. Sin embargo, a tenor de lo dispuesto en el art. 177 del RGGIT parece que sí habría que entender que esos requerimientos de información sí que pueden constituir la iniciación de oficio del procedimiento inspector ya que, «el procedimiento inspector podrá iniciarse mediante comunicación notificada al obligado tributario para que se persone en el lugar, día y hora que se le señale y tenga a disposición de los órganos de inspección o aporte la documentación y demás elementos que se estimen necesarios en los términos del artículo 87 ».

## VI. CESIÓN O UTILIZACIÓN DE DATOS EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES

Tal y como hemos visto tras el análisis de la jurisprudencia constitucional, la separación del procedimiento sancionador tributario del resto de procedimientos de aplicación de los tributos no es una exigencia constitucional<sup>46</sup>. El legislador es soberano para configurar la naturaleza de este procedimiento, ya que no existe ningún precepto en la Carta Magna que le imponga una u otra opción. Como el TEDH ha manifestado, el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos tampoco exige la separación del procedimiento sancionador tributario. En el presente trabajo hemos constatado los perfiles jurídicos tan difusos que ponen en peligro los derechos y garantías consagrados en los arts. 24 CE y 6 del Convenio y por ello resulta trascendental alcanzar posibles vías de solución a estos conflictos.

Resulta obvio que el derecho a no autoincriminarse no puede justificar la negativa del obligado tributario a colaborar con la Administración en los procedimientos de aplicación de los tributos<sup>47</sup>. Como se ha manifestado la con-

---

<sup>45</sup> Sánchez López, E. M., «Algunas cuestiones controvertidas en relación con los requerimientos de información de terceros. Un análisis jurisprudencial», *Quincena Fiscal*, núm. 9, (2018): BIB 2018/8646, pág. 11.

<sup>46</sup> Como ha manifestado el Tribunal Constitucional la separación procedimental «es un principio de carácter legal (...), sin que la exigencia de imparcialidad del órgano administrativo sancionador sea, como pretende la entidad recurrente, una garantía derivada, con el carácter de derecho fundamental, del art. 24.2 CE, cuyas exigencias, relativas a la imparcialidad judicial, sólo rigen para el órgano judicial que deba resolver sobre la legalidad de la actuación administrativa» (ATC núm. 186/2008, de 25 de junio, FJ 4º, (RTC 2008, 186 AUTO)).

<sup>47</sup> Como ha declarado parte de la doctrina «El TEDH no afirma de forma expresa el carácter absoluto del derecho a no declarar (...). Al eludir pronunciarse de modo genérico sobre la cuestión, el TEDH deja abierta la puerta a que exista un grado de interés general que justifique la limitación del derecho (...). Llevar las propuestas doctrinales planteadas a sus últimas consecuencias, suprimiendo el deber de colaborar en el procedimiento inspector, supondría el abandono de la potestad sancionadora con grave quebranto de la eficacia del sistema tributario y, en consecuencia, del artículo 31 de la Constitución, o bien

secuencia de la tesis maximalista que encuentra legítima esta negativa, «es que la obligatoriedad de los documentos pierde su finalidad principal, el aseguramiento de la gestión del tributo frente a la defraudación o la desidia, en la medida en que documentar de manera irregular conlleva eventualmente el mismo resultado para el contribuyente que cuando se cumplen todas las obligaciones tributarias»<sup>48</sup>.

Pero por otro lado, «el reconocimiento de unos hechos en un determinado procedimiento de gestión o inspección no puede extenderse a otros procedimientos sancionadores»<sup>49</sup>. Además, la «cuestión adquiere una mayor relevancia –si cabe– en los supuestos de delito fiscal, cuando la querrela se basa en el informe de la inspección, que a su vez se ha elaborado a partir de la documentación suministrada por parte del propio inculpado»<sup>50</sup>.

A continuación, vamos a analizar cuál es el tratamiento dispensado a esta materia por nuestra Ley General Tributaria.

### 1. *Separación del procedimiento sancionador tributario de «segundo grado»*

Con carácter general, la Ley General Tributaria estableció en el art. 208.1 el «Derecho a un procedimiento sancionador separado». Dispone la norma que el «procedimiento sancionador en materia tributaria se tramitará de forma separada a los de aplicación de los tributos regulados en el título III de esta ley, salvo renuncia del obligado tributario, en cuyo caso se tramitará conjuntamente».

---

daría lugar a la generalización de las estimaciones indirectas, que tampoco favorece la seguridad jurídica que proclama el artículo 9 de la propia Constitución» (Mestre García, E., y Cervantes Sánchez-Rodrigo, C.J., *Guía de Infracciones y Sanciones Tributarias*, *op. cit.*, pág. 216).

<sup>48</sup> Tal y como ha señalado Martínez Muñoz, Y., «consideramos que las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos regulados en el Título VI de la LGT, en la medida en que constituyen la antesala de un enjuiciamiento penal, adquiriendo en consecuencia cierta finalidad represiva de la conducta del contribuyente, deben suponer un justo balance entre el respeto de los derechos de los obligados tributarios y el ejercicio de una potestad administrativa destinada al cobro de aquellas deudas tributarias de más elevada cuantía» («Los procedimientos tributarios y el delito fiscal en la Ley General Tributaria. Un análisis en el marco de los principios fundamentales del ordenamiento tributario», *Quincena Fiscal*, núm. 6, (2016): BIB 2016/1022, pág. 2).

<sup>49</sup> Falcón y Tella, R., «El derecho a no declarar y la inviolabilidad del domicilio: la STC 54/2015, de 16 de marzo» (BIB 2015, 2484), *Quincena Fiscal*, núm. 13, (2015): pág. 14.

<sup>50</sup> Casas Agudo, D., «A vueltas con el derecho a no autoinculparse y su dialéctica con los deberes de colaboración tributaria», *Quincena Fiscal*, núm. 10, (2017): BIB 2017/11159, pág. 3.

### 1.1. Incorporación de los datos obtenidos en los procedimientos de aplicación de los tributos al procedimiento sancionador

Sin embargo, esta previsión garantista ha encontrado un obstáculo insalvable en el artículo 210.2 LGT que dispone que, los «datos, pruebas o circunstancias que obren o hayan sido obtenidos en alguno de los procedimientos de aplicación de los tributos regulados en el título III de esta ley y vayan a ser tenidos en cuenta en el procedimiento sancionador deberán incorporarse formalmente al mismo antes de la propuesta de resolución.»

La Ley General Tributaria debería haber sido más clara a la hora de especificar qué se entiende por incorporación formal de todos esos datos y pruebas. Es decir, se tendría que haber fijado nítidamente como se debe llevar a cabo esa incorporación<sup>51</sup>. Con esta anexión se pueden utilizar datos o pruebas que pueden atentar contra el derecho constitucional a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo<sup>52</sup>. Ya hemos hecho referencia a la doctrina sentada por el TEDH, que propugna una plena incomunicación en materia de prueba dentro de un procedimiento con alcance represivo<sup>53</sup>. En numerosos

---

<sup>51</sup> Sobre la posible vulneración del derecho a la prueba en el procedimiento sancionador tributario puede verse a De Miguel Arias, S., «La vulneración del derecho a la prueba en el procedimiento sancionador tributario: presupuestos y consecuencias», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 22, (2008): págs. 19 y ss.

<sup>52</sup> Algún Tribunal Superior de Justicia ha considerado como vicio no invalidante del procedimiento sancionador el hecho de que no se hubiera incorporado una diligencia, si al expediente sancionador se habían incorporado las actas que reprodujeron esa diligencia. Puede verse al respecto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26 de febrero de 2003 (JT 2003, 782). También el Tribunal Económico Administrativo Central ha considerado que no se ha cumplido el deber de incorporar formalmente al expediente los datos y documentos obtenidos durante la inspección, dado que el imputado había firmado el acta de conformidad y ya era conocedor de los datos o derechos imputados (Resolución de 4 de junio de 2003).

<sup>53</sup> Como ha sintetizado Casanova Caballero, C., durante «la tramitación del Proyecto, el Cuerpo de Letrados de las Cortes ha citado la doctrina del TEDH para propugnar, sin éxito, la modificación del Proyecto. Esta pretensión tiene un antecedente en la propuesta de un amplio sector de la doctrina española de que la doctrina sentada por el TEDH se incorpora a la LDGC (Banacloche, Palao Taboada, Zornoza, Falcón y Tella, etc.) bajo el principio que nadie debe verse forzado a declarar en propio perjuicio. También se afirma que nuestro propio TC, en su Sentencia de 26 de abril de 1990 parece haber llegado a otra conclusión, pero, en nuestra opinión, se limitaba a afirmar que el derecho a no declararse culpable no puede alegarse en el procedimiento de gestión tributaria, sin que en ningún momento el TC afirmase que fuera inaplicable en un procedimiento administrativo sancionador, lo cual nos lleva evidentemente al tema de la intercomunicación de datos ya apuntado. En todo caso, no se puede negar que el Tribunal Constitucional es consciente del problema y lo afronta así en la sentencia 110/1984, de 26 de noviembre y concluye que al obligado tributario se le impone el deber de aportar los datos que puedan ayudar a la

pronunciamientos de este Tribunal a los que hemos hecho referencia se ha ido consolidando toda una doctrina en torno al derecho a no autoinculparse, que pone en tela de juicio nuestro sistema actual para la obtención de pruebas para los procedimientos tributarios y su posible utilización ulterior en el procedimiento sancionador o incluso en un proceso penal.

A nuestro juicio, hubiera sido deseable una mayor claridad por parte del legislador a la hora de especificar el contenido de esta incorporación. Esta literalidad ambigua deja en manos del órgano instructor incorporar lo que le interesa y lo que no, o simplemente no hacerlo por remisión a un acta diligencia firmada en conformidad<sup>54</sup>.

Pero no estamos ante una cuestión de mero trámite ya que esta previsión puede tener unos efectos trascendentales. Esta incorporación puede suponer la utilización en el procedimiento sancionador de declaraciones inculpatorias que se han obtenido durante las actuaciones de comprobación. Nos encontramos ante uno de los grandes conflictos en nuestro derecho financiero y tributario: la posible vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo. Para garantizar el derecho a la prueba del presunto infractor el artículo 23.4 del RGRST establece el derecho a la audiencia disponiendo que los «interesados podrán formular alegaciones y aportar los documentos, justificantes y pruebas que estimen convenientes en cualquier momento anterior a la propuesta de resolución». El interesado podrá formular alegaciones en cualquier momento de la instrucción como consecuencia del principio de contradicción que se deriva del art. 24.2 de la Constitución y que también es aplicable en el procedimiento sancionador tributario<sup>55</sup>.

## 1.2. Datos que constituyen una declaración autoincriminatoria

En términos generales la doctrina ha razonado la separación del procedimiento sancionador en el derecho a no autoincriminarse, a no declarar contra sí mismo, tantas veces puesto en peligro en las normas analizadas. Nos

---

investigación, pero no se le exige que declare contra sí mismo» (en AA VV, coord. Mantero Sáenz, A., y Giménez-Reyna Rodríguez, E., *Ley General Tributaria. Antecedentes y comentarios*, (Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2005), pág. 887).

<sup>54</sup> Sobre este particular se ha advertido que «debería eliminarse del informe correspondiente en el que se hacen constar los resultados de las actuaciones practicadas todos aquellos datos derivados de la confesión o aportación de pruebas por parte del obligado tributario bajo la amenaza de una sanción», (Ribes Ribes, A., «El derecho a no declarar contra sí mismo y el principio non bis in idem en materia tributaria, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», (VI *Congreso Tributario*, AEDAF, 2011), pág. 410).

<sup>55</sup> En este sentido, Fuster Asencio, C., *El procedimiento Sancionador Tributario*, op. cit., pág. 216.

hallamos ante derechos fundamentales consagrados por el artículo 24.2 de la Constitución y que en la mayoría de los casos ceden ante el crédito tributario<sup>56</sup>. Sin embargo, del análisis del artículo 210.2 de la Ley General Tributaria hemos comprobado que los datos, pruebas o circunstancias que obren o hayan sido obtenidos en el procedimiento de aplicación de los tributos y vayan a ser tenidos en cuenta en el procedimiento sancionador, deberán incorporarse formalmente al mismo antes de la propuesta de resolución. Como ya hemos manifestado la norma no nos parece acertada, pero parece encontrarse enmarcada en la línea seguida por el Tribunal Constitucional. Las propuestas que se han apuntado para resolver este problema son diferentes y de muy distinto alcance.

Básicamente, algunos autores piensan que no existe tensión alguna entre el deber de colaborar y el derecho a no autoincriminarse. En el procedimiento de comprobación es exigible el deber de colaborar y posteriormente es posible utilizar las pruebas obtenidas en el procedimiento sancionador<sup>57</sup>.

Sin embargo, hay quienes sostienen que el derecho a la no autoincriminación debe ser interpretado como derecho a no ser condenado o sancionado con fundamento en la información autoincriminatoria aportada bajo coacción. El deber de colaboración y las sanciones por su incumplimiento permanecerían plenamente vigentes durante los procedimientos de comprobación e investigación, pero en el procedimiento sancionador no podría utilizarse aquella información aportada bajo amenaza de sanción y que resulte autoincriminatoria<sup>58</sup>.

En tercer lugar y, en nuestra opinión, habría que distinguir qué tipo de datos y su posible aportación constituyen una violación desde el punto de vista del derecho a no autoincriminarse. Todos aquellos datos que no constituyen una declaración a los efectos de este derecho fundamental se podrían incorporar a un posible procedimiento sancionador, básicamente porque no dependen de la propia voluntad del presunto infractor. De hecho, podría realizarse una interpretación correctora del art. 210 de la LGT en el sentido de que solamente pueden incorporarse al procedimiento sancionador aquellos

---

<sup>56</sup> Vid. Pérez Royo, F., *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, op. cit., pág. 368.

<sup>57</sup> Vid. Del Paso Bengoa, J.M. y Jiménez Jiménez, C., *Derechos y Garantías del Contribuyente. Comentarios a la Ley 1/1998*, op. cit., págs. 396, 409 y 415.

<sup>58</sup> Vid. Falcón Y Tella, R., «El carácter reservado de la información tributaria: la Sentencia Saunders y sus consecuencias sobre el ordenamiento interno», *Quincena Fiscal*, núm. 12, (1997): pág. 6; Escribano López, F., «El procedimiento sancionador en la Ley de derechos y garantías de los contribuyentes y su desarrollo reglamentario», op. cit., pág. 18; Agualló Avilés y García Berro, F., «El deber de colaborar con la Administración tributaria y el derecho a no autoincriminarse: un conflicto aparente», en la obra colectiva, *El asesor fiscal ante el nuevo siglo*, (AEDAF, Madrid, 2004), págs. 75 y ss.

datos que son susceptibles de utilización con fines represivos<sup>59</sup>. Y aquí es donde se echa en falta una respuesta del Tribunal Constitucional que, amparándose en formalismos, ha eludido interpretar y llenar de contenido este derecho fundamental en el procedimiento sancionador tributario. La necesidad «de que exista una vinculación real y concreta entre el deber de colaboración del obligado tributario y la pretensión de sancionarle para habilitar esta anticipación del derecho a no autoinculparse constituye un criterio potencialmente generador de una extraordinaria inseguridad jurídica y susceptible de generar elevadas dosis de arbitrariedad y litigiosidad»<sup>60</sup>.

Como ya ha advertido la doctrina a raíz de los pronunciamientos del TEDH, el derecho a no autoincriminarse no ampara la negativa a aportar datos que tengan una existencia independiente de la voluntad del sujeto<sup>61</sup>. Tal y como se ha analizado, el TEDH ha hecho referencia a la aportación de información y documentos «obtenidos en virtud de un mandato» (asunto *Saunders*). Se trataría de documentos cuya producción, conservación, aportación u obtención vienen determinados por una ley, como el deber de llevar contabilidad o registros fiscales<sup>62</sup>. En esta línea resultan muy clarificadoras las manifestaciones del TEDH en el asunto *Jalloh contra Alemania*, para entender el concepto de declaración autoincriminatoria. Respecto a la utilización de pruebas obtenidas en violación del derecho a guardar silencio y del derecho a no autoinculparse «no se extiende al uso, en un procedimiento penal, de datos que se pueden obtener del acusado recurriendo a métodos coercitivos sino que existen independientemente de la voluntad del sospechoso, por ejemplo, los documentos obtenidos en virtud de una orden, las extracciones de sangre, el aliento, las muestras de orina, cabellos y tejidos corporales con vistas a un análisis de ADN o incluso de voz».

Sobre el contenido del derecho a no autoincriminarse y el deber de colaboración destacan las aportaciones realizadas por LOZANO SERRANO<sup>63</sup> en relación a los datos que quedarían amparados por este derecho y que no podrían requerírsele para después utilizarse en un procedimiento sancionador, tales como extractos de movimientos bancarios, justificantes o antecedentes de operaciones que no deban incorporarse a la contabilidad, relación de todas

<sup>59</sup> Vid. García Berro, F., «Derecho a no autoincriminarse de los contribuyentes y procedimiento sancionador separado», *op. cit.*, pág. 15.

<sup>60</sup> Casas Agudo, D., «A vueltas con el Derecho a no autoinculparse y su dialéctica con los deberes de colaboración tributaria», *op. cit.*, pág. 17.

<sup>61</sup> Vid. García Novoa, C., «Una aproximación del Tribunal Constitucional al derecho a no autoincriminarse ante la Inspección Tributaria en relación con los delitos contra la Hacienda Pública», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 53, (2005): pág. 1.

<sup>62</sup> Obligación legal derivada de los arts. 25 y ss del Código de Comercio.

<sup>63</sup> Lozano Serrano, C., «El Deber de colaboración tributaria sin autoincriminación», *Quincena Fiscal*, núm. 8, (2015): BIB 2015/1254.

las transmisiones y adquisiciones de la persona física, la documentación y los antecedentes de negocios jurídicos, etc.

### 1.3. Derecho al juez imparcial

Pero los derechos fundamentales del obligado tributario se encuentran aún más controvertidos si atendemos a lo dispuesto en el art. 211.5 LGT, según el cual «Son órganos competentes para la imposición de sanciones: d) El órgano competente para liquidar o el órgano superior inmediato de la unidad administrativa que ha propuesto el inicio del procedimiento sancionador». La norma establece que la instrucción y resolución será por el mismo órgano por lo tanto nos surge la duda de si en este procedimiento punitivo, además de existir un trasvase de información obtenida en los procedimientos de aplicación ¿Se respeta el derecho a un juez imparcial? La doctrina constitucional ha ido perfilando a lo largo de los años el derecho al juez imparcial enmarcado dentro del derecho más amplio a un proceso con todas las garantías<sup>64</sup>. Con respecto a este derecho y refiriéndose al proceso penal, ha declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 145/1988, de 12 de julio (RTC 1988, 145):

«...el derecho a un Juez imparcial...constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como es el nuestro de acuerdo con el artículo 1.1 de la Constitución...la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsabilidades puede provocaren el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios o impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomode la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible». Y en la STC 106/1989 de 8 de junio (RTC 1989, 106) advirtió que la «necesidad de atribuir la fase de instrucción y la del juicio oral a dos distintos órganos jurisdiccionales conforma hoy, frente al proceso penal inquisitivo del antiguo régimen, la primera nota que ha de concurrir en un proceso penal acusatorio».

Como puede verse según el Tribunal Constitucional la imparcialidad no es predicable de quien asume simultáneamente las funciones de instrucción y decisión. De esta garantía se deriva la necesidad de atribuir las labores de

<sup>64</sup> Pueden consultarse diferentes Sentencias de nuestro más alto tribunal en las que se recoge el contenido del derecho al Juez imparcial, entre las mismas destacan: SSTC 64/1997, de 7 de abril (RTC 1997, 64); 98/1997, de 20 de mayo (RTC 1997, 98); 6/1998, de 13 de enero (RTC 1998, 6).

instrucción y de enjuiciamiento a órganos diferentes, todo ello en aras de garantizar la máxima objetividad. Ahora bien, como hemos analizado todos estos pronunciamientos están referidos al orden jurisdiccional donde no cabe duda que el derecho al juez imparcial despliega toda su eficacia. Sin embargo, con respecto a la separación de las funciones de instrucción y decisión y su posible aplicación al ámbito administrativo, no existe un consenso generalizado que avale la traslación del derecho al juez imparcial a la esfera sancionadora administrativa<sup>65</sup>. El Tribunal Constitucional sí se ha pronunciado en relación a la aplicación del derecho al juez imparcial en el ámbito administrativo sancionador y ha matizado el contenido de esta garantía afirmando que, aunque la misma es de ineludible aplicación al orden jurisdiccional no presupone obligatoriamente su aplicación en el orden administrativo sancionador<sup>66</sup>. En la misma línea ha declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 76/1990, de 26 de abril con respecto a la inspección tributaria que «...tanto si se separan las funciones inspectoras de las liquidadoras como si se atribuyen a un mismo órgano el contribuyente estará siempre ante una misma organización administrativa estructurada conforme a un principio de jerarquía, y esta circunstancia a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos judiciales, impide una absoluta independencia «ad extra» de los órganos administrativos tributarios, cualquiera que sea el criterio de distribución de funciones entre los mismos»<sup>67</sup>. Como puede comprobarse, en los anteriores pronunciamientos el Tribunal Constitucional hace referencia a dos procedimientos administrativos:

<sup>65</sup> Por ello se ha llegado a advertir que sólo «una mimética y precipitada traslación al ámbito administrativo de los derechos consagrados en el art. 24 CE ha podido determinar que el «derecho a un juez imparcial», elaborado por la doctrina del Tribunal Constitucional bajo la cobertura del «derecho a un proceso con todas las garantías» (art. 24.2 CE), haya sido implantado en el art. 134.2 LRJ-PAC, en el que se ordena que las fases de instrucción y decisión de los procedimientos sancionadores sean encomendadas a «órganos distintos» (Garberí Llobregat, J., y Buitrón Ramírez, G., en la obra colectiva, *Procedimientos Sancionador, Infracciones y Sanciones Tributarias (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios, Ejemplos Prácticos y Legislación)*, t. I, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2005), pág. 140.)

<sup>66</sup> El derecho «al Juez ordinario es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo porque, sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo» (STC 22/1990, de 15 de febrero (RTC 1990, 22)).

<sup>67</sup> Continúa el Tribunal manifestando que «Por la naturaleza misma de los procedimientos administrativos, en ningún caso puede exigirse una separación entre instrucción y resolución equivalente a la que respecto de los Jueces ha de darse en los procesos Jurisdiccionales. El derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías –entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador– es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial,

los procedimientos de comprobación y liquidación. Por lo tanto, esta doctrina al referirse específicamente a esos procedimientos manifiesta una enorme generalidad que no justifica que deba trasladarse estrictamente al ámbito sancionador. En cualquier caso, desde nuestro punto de vista, la acumulación de funciones liquidadoras, inspectoras y sancionadoras en la inspección de los tributos compromete la imparcialidad de este órgano cuando actúa en el ejercicio del poder punitivo del Estado, quebrantado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) y en particular el derecho a un juez imparcial. Para respetar este derecho fundamental el legislador no dispone de un «amplio margen» para decidir acerca de la separación o la acumulación de las funciones de inspección y de resolución en unos mismos órganos. La cuestión fundamental que habría que desentrañar es si la Administración cuando actúa en el ejercicio del «*ius puniendi*» estatal lo hace con desinterés o interés objetivo. Si actúa con desinterés objetivo se le exige aquí un juicio objetivo de los intereses en juego, en cambio, si actúa con interés objetivo, la administración actúa en asunto propio y, por tanto, no hay desinterés. Aunque la imparcialidad y la independencia de los órganos del poder judicial, no se puede predicar en la misma medida de un órgano administrativo que se encuentra bajo la órbita del principio de jerarquía, sin embargo, desde nuestro punto de vista resulta ineludible garantizar y exigir un mínimo de garantías en aras de los derechos de los administrados. El principio de independencia y de imparcialidad no puede ceder totalmente ante el principio de jerarquía y de eficacia en la actuación administrativa. Aunque la Administración actúe bajo los parámetros de autotutela. Precisamente por ello, cuando se es juez y parte al mismo tiempo se debe velar más celosamente por las garantías de los administrados<sup>68</sup>.

## 2. Separación del procedimiento sancionador de «primer grado»

### 2.1. Separación orgánica

En nuestro trabajo hemos hecho referencia a dos niveles diferentes de separación del procedimiento sancionador. En primer lugar, hemos

---

no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos» (STC 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76)).

<sup>68</sup> Como ha señalado Suay Rincón, J., se hace absolutamente necesario afianzar la vigencia de la imparcialidad dentro del procedimiento administrativo sancionador, «la sanción administrativa es siempre el resultado de un juicio sobre la conducta llevada a cabo por una determinada persona, y todo juicio reclama por esencia una cierta dosis de imparcialidad, un cierto alejamiento de las posiciones de las partes implicadas en el conflicto» («La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y contradicción en el procedimiento administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, núm. 123, (1990): págs. 170 y 171).

distinguido la separación del procedimiento sancionador de «segundo grado», que quedaría satisfecha con la tramitación del procedimiento sancionador en un expediente separado del resto de procedimientos de aplicación de los tributos. Esta separación procedimental fue la que exigió en su momento la Ley 1/1998 y que continúa vigente como principio general en la nueva ley general tributaria. Sin embargo, a nuestro juicio, debería existir una separación del procedimiento mucho más estricta que requiere no sólo la separación del expediente sancionador, sino la atribución de las fases de instrucción y resolución a órganos diferentes, dando lugar a la separación del procedimiento sancionador «de primer grado». Quizás en futuro podría habilitarse un departamento específico dentro de la Administración tributaria que tuviera por objeto el ejercicio de la potestad sancionadora, pues solamente con la independencia del órgano sancionador quedará salvaguardada la objetividad exigible por nuestra Constitución y los derechos de defensa del administrado.

## 2.2. Régimen probatorio diferenciado

En nuestra opinión, la separación del procedimiento sancionador debería de haber incorporado un régimen probatorio diferenciado, donde el presunto infractor pueda ejercitar sus derechos de defensa. La culpabilidad no debería ser probada por la sola incorporación de los datos obtenidos en el procedimiento de comprobación. Este último procedimiento tiene una finalidad distinta cual es la determinación de la deuda y, precisamente por ello el contribuyente tiene la obligación de colaborar bajo amenaza de sanción. Las pruebas autoincriminatorias que constituyen una declaración desde el punto de vista de los derechos de defensa, solo deberían tener efecto sobre la liquidación de la deuda tributaria. Hubiera sido deseable establecer en el procedimiento sancionador que la prueba de la sanción no puede derivar exclusivamente de los datos aportados en la comprobación y bajo amenaza de sanción. El procedimiento sancionador debe tener un contenido instructor propio, donde se valoren y acrediten todas las pruebas y material de cargo. Lo que no es admisible es la separación del procedimiento sancionador tributario como principio general y permitir una comunicación con el resto de procedimientos de aplicación de los tributos.

## VII. REFLEXIÓN FINAL

Tras realizar un acercamiento al deber de colaboración y los derechos de defensa del obligado tributario, podemos concluir que los procedimientos sancionadores se encuentran estrechamente relacionados con los procedimientos de aplicación de los tributos del Título VI de la LGT. A nuestro

juicio, la multitud de requerimientos de información que recibe el contribuyente deben notificarse e incluir la correspondiente motivación para que el obligado tributario pueda ejercitar sus derechos de defensa, en el supuesto de que sean datos o información que puedan constituir una declaración inculpativa.

No se pueden seguir sacrificando las garantías de los contribuyentes, en aras de la comodidad y eficacia de la Administración tributaria. No se puede permitir por la «Ley» General Tributaria que la Administración utilice todas sus prerrogativas y poderes para obtener datos e información, bajo amenaza de sanción y que luego los utilice para inculpar al administrado. En la actualidad la Administración dispone de medios para poder llevar a cabo una actividad de cargo que no se base en exclusiva en lo aportado por el contribuyente en los procedimientos de aplicación de los tributos.

El procedimiento sancionador debe tener un contenido instructor propio donde se valoren y acrediten todas las pruebas y material de cargo por el propio instructor del mismo. Deben regir pautas diferentes de las seguidas por el procedimiento de determinación de la deuda, y se debe inspirar en el principio de presunción de inocencia. En cualquier caso, lo que no es admisible es la afirmación de la separación del procedimiento sancionador tributario como principio general y permitir una total comunicación con el resto de procedimientos. Esto genera una confusión en el contribuyente que se ha de denunciar.

# DERECHO DE SUFRAGIO, ADMINISTRACIÓN Y PRINCIPIO DE IGUALDAD\*

*Right to suffrage, administration and principle of equality*

Carlos Arce Jiménez  
Universidad de Córdoba (España)  
carce@uco.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp249-280](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp249-280)

Recibido: 30.10.2018

Aceptado: 21.11.2018

## **Resumen**

El principio de igualdad material reconocido por el artículo 9.2 de la Constitución española demanda de la administración una política proactiva que garantice el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. En la misma línea, la jurisprudencia constitucional determina una interpretación general «pro ejercicio» de los derechos fundamentales que debe informar toda la práctica administrativa. Sin embargo, en el ámbito del derecho de sufragio se han sucedido decisiones político-administrativas que, por acción u omisión, ponen en cuestión ese mandato constitucional y las citadas directrices del Alto Tribunal. En este artículo analizamos aquellas que afectan a las personas españolas residentes en el exterior, a las extranjeras residentes en España y a las afectadas por la exclusión social, proponiendo alternativas para su superación.

## **Palabras clave**

Derecho de sufragio; principio de igualdad; migraciones; voto rogado; exclusión social.

---

\* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Arce Jiménez, Carlos. 2018. «Derecho de sufragio, administración y principio de igualdad». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 249-280. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp249-280](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp249-280).

***Abstract***

Principle of material equality, recognized by article 9.2 of Spanish Constitution, demands to Administration proactive politics in order to guarantee an effective exercise of fundamental rights. In the same way, the Spanish constitutional jurisprudence determines a general interpretation “pro exercise” of the fundamental rights, which has to inform whole administrative practise. However, in matter of right of suffrage have been made political and administrative decisions that, by action or omission, compromise that constitutional command and mentioned guidelines of the High Court. In this article we analyse those decisions that affect to Spanish residents abroad, to foreign residents in Spain and to people in social exclusion situation, with the aim of proposing alternatives to overcome this problem.

***Keywords***

Right to suffrage; principle of equality; migrations; vote on request; social exclusion.

---

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO GENERAL. II. SUFRAGIO DE RESIDENTES ESPAÑOLES EN EL EXTERIOR. III. SUFRAGIO DE RESIDENTES EXTRANJEROS EN ESPAÑA. IV. SUFRAGIO Y EXCLUSIÓN SOCIAL. V. CONCLUSIONES. LISTA DE REFERENCIAS.

---

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Dentro del sistema de derechos fundamentales que se fue consolidando en el mundo occidental tras la Segunda Guerra Mundial, el principio de igualdad se erige como factor clave en el proceso de universalización de su titularidad y a la hora de dotar de un contenido sustantivo efectivo a los mismos. El primer aspecto lo ha incardinado tradicionalmente la doctrina en la dimensión formal del principio, y el segundo en la material.

Coincidimos con Seco Martínez respecto a que ha sido la igualdad formal, entendida como igualdad ante la ley, la que ha conocido un mayor desarrollo normativo en el contexto occidental (Seco 2017), pero esa perspectiva puede verse vaciada de contenido real sin una promoción equivalente de la igualdad material. De esta manera, Rey Martínez afirma incluso que *aunque igualdad real e igualdad formal son conceptos diferentes, ubicados en preceptos constitucionales diversos, no cabe contraponerlos... la igualdad real, en el Estado social, se ubica dentro del esquema conceptual de la igualdad formal* (Rey 2017, 133).

Aunque como indica Seco se tiende a establecer una vinculación directa, cuando no identidad, entre la igualdad material y los derechos sociales (Seco 2017, 67), la realidad es que la misma debe informar también la titularidad y especialmente el ejercicio de derechos civiles y políticos. En este sentido, el mandato del art. 9.2 CE a los poderes públicos de *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*, implica un reconocimiento de la denominación «social» que le asigna el art 1.1 CE al Estado español mediante la consolidación de unos derechos sociales que garanticen un mínimo vital digno a toda la ciudadanía, pero que al mismo tiempo cumplan una función instrumental respecto a un ejercicio adecuado general del resto de derechos proclamados por nuestro texto constitucional.

El derecho de sufragio, derecho político por excelencia en las democracias representativas, no debería constituir una excepción en lo que al principio de igualdad material se refiere. Sin embargo, tal como analizaremos en el presente artículo, en los últimos tiempos hemos asistido en España a algunas decisiones político-normativas en materia de derecho de sufragio que pueden poner en cuestión dicha afirmación. De hecho, la situación de las personas

españolas residentes en el extranjero tras la reforma de la LOREG operada por la LO 2/2011, que determina la supresión de su derecho al voto activo en las elecciones municipales, también se debe abordar desde la propia igualdad formal. Hay que destacar que algunas de estas decisiones revisten la apariencia de puras cuestiones procedimentales y administrativas, como puede ser el «voto rogado», pero tienen un impacto decisivo en el ejercicio material de los derechos fundamentales.

No obsta a lo expuesto el hecho de que no todo tratamiento jurídico desigual deba ser considerado como discriminatorio. Tal como establece el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos<sup>1</sup>:

*...una distinción es discriminatoria en el sentido del artículo 14 si «carece de justificación objetiva y razonable», es decir, si no persigue un «objetivo legítimo» o si no hay una «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido»...*

En la misma línea, es jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional<sup>2</sup> que

*...el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos' (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; y 88/2005, de 18 de abril, FJ 5, por todas)*

Por lo tanto, a la hora de discernir si nos encontramos ante un tratamiento desigual que supera o no los límites constitucionales debemos tener en cuenta los siguientes criterios: justificación objetiva, finalidad compatible

<sup>1</sup> Asunto Koua Poirrez c. Francia – (Demanda n.º 40892/98) – Sentencia del TEDH de 30 de septiembre de 2003.

<sup>2</sup> STC 84/2008, de 21 de julio, FJ 6

con la Constitución, proporcionalidad y adecuación del medio al fin. En palabras de Álvarez Conde, habrá que realizar un «juicio de razonabilidad» en cada supuesto en cuestión donde se sopesen los criterios descritos (Álvarez 1996, 301), algo a lo que dedicaremos nuestra atención en las siguientes páginas respecto a los distintos abordajes sobre el derecho de sufragio que analizamos.

Es necesario traer a colación en este planteamiento general de la cuestión el conocido como *principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales* que ha consolidado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A nuestro juicio este principio está directamente conectado con la igualdad material, ya que trascendería a la mera interpretación jurídica en sentido estricto. Es decir, consideramos que el máximo intérprete constitucional determina que en nuestro sistema constitucional existe un mandato general «pro ejercicio efectivo» de los derechos fundamentales que debe informar la actividad de *todos los poderes públicos*<sup>3</sup>, donde se coordinaría la acción del citado principio con el de igualdad material.

A los efectos que más nos interesan en este artículo, el Alto Tribunal ha afirmado ese principio «pro ejercicio» de forma específica para el derecho de sufragio<sup>4</sup>. La citada STC 76/1987 dispone en su fundamento jurídico segundo:

*Esta consideración general es de especial relevancia en el proceso electoral, en donde se ejercen de manera efectiva los derechos de sufragio activo y pasivo que, por estar a la base de la legitimación democrática del ordenamiento político, han de recibir un trato especialmente respetuoso y favorable...*

De especial relevancia a nuestro juicio es la STC 24/1990 (FJ2), ya que advierte que el hecho de que los derechos contenidos en el art. 23 CE sean susceptibles de configuración legal no supone una excepción al principio que estamos analizando en estas líneas:

*Ahora bien, su carácter de derecho de configuración legal no nos puede hacer olvidar que los derechos del art. 23 C.E. ... son derechos fundamentales... el principio de interpretación de la legalidad en el sentido más*

<sup>3</sup> STC 76/1987, de 25 de mayo, FJ2.

<sup>4</sup> STC 105/2012, FJ7: *El principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a los derechos fundamentales ha sido reconocido reiteradamente por este Tribunal, tanto en términos generales, como a propósito de los derechos de sufragio activo y pasivo (SSTC 76/1987, de 25 de mayo, FJ 2; 24/1990, de 15 de febrero, FF JJ 2 y 6; 26/1990, de 19 de febrero, FF JJ 4 y 9; 87/1999, de 25 de mayo, FJ 3; 146/1999, de 27 de julio, FJ 6; y 153/2003, de 17 de julio, FJ 7)*

*favorable a los derechos fundamentales ha sido reiteradamente reconocido por este Tribunal tanto en términos generales (SSTC 34/1983, 17/1985 y 57/1985, entre otras resoluciones), como a propósito de los derechos de sufragio activo y pasivo. Respecto a éstos, este Tribunal, en su Sentencia 76/1987...*

A pesar de lo anterior, el principio «pro ejercicio» no impide que la configuración legal del derecho de sufragio no solo afecte a las condiciones de ejercicio, sino que también puede incidir en el propio contenido del derecho. Así se establece en la STC 105/2012, FJ 7:

*El contenido de los derechos del art. 23 CE dependerá, por tanto, de la normativa que los regule y, por ello, los cambios que se produzcan en esta regulación pueden incidir, como ha acontecido en este caso, en el contenido del derecho o en las condiciones de su ejercicio (STC 124/2011, de 14 de julio, FJ 3)*

Aunque la misma sentencia contextualiza lo arriba señalado en su FJ 16, donde realiza una valoración del alcance del principio de igualdad en el ámbito del derecho de sufragio, remarcando la amplitud de la función protectora del principio:

*Es también importante tener en cuenta la exigencia constitucional de que el sufragio sea igual para todos (STC 19/2011, de 3 de marzo, FJ 9), igualdad que no se agota en el principio cada hombre un voto, ni en las condiciones de elegibilidad, sino que se proyecta también durante el proceso electoral en la simultaneidad del mismo en todas sus fases y, en particular, en lo tocante a la votación*

Partiendo de este contexto, pretendemos valorar si el tratamiento normativo y administrativo en el Estado español del derecho de sufragio de determinados colectivos (residentes españoles en el exterior, residentes extranjeros en España y personas en riesgo de exclusión) respeta el marco constitucional en general y los principios descritos en esta introducción en particular. Es decir, ¿cumple con las exigencias de la igualdad material (en el sentido aquí expresado)? ¿se ajusta a los requisitos que permiten un trato desigual respecto a otros colectivos? ¿se incardina en la dinámica «pro ejercicio» de los derechos fundamentales que mandata la jurisprudencia constitucional? ¿supera los límites de la configuración legal de los derechos reconocidos por el art. 23 CE? Trataremos de dar respuesta a estos interrogantes en las próximas líneas.

## II. SUFRAGIO DE RESIDENTES ESPAÑOLES EN EL EXTERIOR

La LO 2/2011 modifica los arts. 2 y 75 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LO 5/1985 –LOREG–), afectando de forma significativa

al derecho de sufragio de las personas españolas residentes en el exterior. Por una parte, se les priva del sufragio activo en las elecciones municipales, y por otra se establece para ellas el «voto rogado» en aquellos procesos electorales (generales, autonómicos y europeos) en los que pueden participar.

A nuestro juicio, esta reforma es cuestionable desde distintas perspectivas. Consideramos que la nueva redacción del art. 2 LOREG puede violentar el principio de igualdad formal proclamado por el art. 14 CE y tiene serios problemas de encaje en los requisitos para un tratamiento desigual respecto a las personas españolas residentes en España. Respecto a los nuevos requisitos procedimentales del modificado art. 75 LOREG, se puede afirmar que son discutibles a la luz de la igualdad material y del principio «pro ejercicio» de los derechos fundamentales. Y desde esta perspectiva, es sostenible que desborda los límites de la «configuración legal», incidiendo en cuestiones incardinadas en el contenido esencial del derecho.

El punto de partida constitucional del reconocimiento de derechos y protección específica de los residentes españoles en el exterior lo encontramos en los arts. 42, 68.5 y 149.1.2 de la Constitución de 1978. El último establece la competencia estatal exclusiva en materia de emigración, mientras que el art. 42, en el marco de los principios rectores de la política social y económica, proclama que *el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno*. Por su parte, el art. 68.5, al tratar las Cortes Generales, determina que *son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos. La ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España*.

Tal como indicamos en el planteamiento general, entendemos que el art. 42 CE debe ser interpretado en un doble sentido desde la perspectiva de la igualdad material. Así, el primer inciso hace referencia expresa a los derechos económicos y sociales de los emigrantes españoles, y más en concreto aquellos derivados de la actividad laboral (de hecho, el texto constitucional denomina a las personas españolas residentes en el exterior como *trabajadores españoles en el extranjero*, estando principalmente en la mente del constituyente prestaciones como las pensiones de jubilación que pudieran haberse generado por cotizaciones en los países de acogida), lo que puede situarse en la tradicional equiparación de la igualdad material con los derechos sociales. Sin embargo, cuando este precepto establece como objetivo estratégico el retorno de la diáspora española, si se interpreta en relación con el mandato de la especial protección de sus derechos de participación política establecido por el art. 68.5 CE, debemos concluir que esa garantía de derechos económico-sociales que requiere el art. 42 CE también tiene un carácter

instrumental para el ejercicio del resto de derechos fundamentales en particular, y de la propia ciudadanía española en general.

No fue hasta el año 2006 cuando se aprobó una norma que pretende regular de una forma global la situación jurídica de las personas españolas residentes en el extranjero: la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior (Marcos 2012)<sup>5</sup>. Es significativo que este Estatuto supere la denominación acotada a la condición de trabajador que realiza el art. 42 CE respecto a las personas emigrantes españolas, afirmando desde el título su ciudadanía, lo que parece evidenciar una voluntad «pro ejercicio» de derechos fundamentales en este ámbito. El art. 1 Ley 40/2006 afirma que la norma *contiene los instrumentos básicos para garantizar a la ciudadanía española en el exterior los derechos y deberes constitucionales, en términos de igualdad con los españoles residentes en territorio nacional*. Para Marcos el Estatuto representa un cambio de orientación relevante, puesto que en ella *no se habla de emigración, sino de ciudadanía, no se habla de derechos sociales y económicos, sino de derechos y libertades* (Marcos 2012, 114 y ss). No podemos dejar destacar que en su art. 3 la Ley 40/2006 realiza una suerte de «reafirmación específica» de la igualdad material del art. 9.2 CE en lo que afecta a los derechos de la ciudadanía española en el exterior, ya que *garantiza su ejercicio mediante el compromiso de los poderes públicos de promover las condiciones para hacerlos reales y efectivos, en condiciones de igualdad con los residentes en España*.

En esta línea, el Estatuto regula no solo los derechos económicos y sociales tradicionalmente vinculados con el fenómeno migratorio, sino que también contempla el resto de derechos derivados de la ciudadanía, entre ellos los de participación. Es más, llama la atención que sistemáticamente éstos sean los primeros que aparecen (Capítulo 1º, arts. 4 y siguientes). En lo que se refiere al derecho de sufragio, el art. 4 determina que *los españoles que residen en el exterior tienen derecho a ser electores y elegibles, en todos y cada uno de los comicios, en las mismas condiciones que la ciudadanía residente en el Estado español, en los términos previstos en la normativa de aplicación*.

Teniendo en cuenta el escenario configurado por la regulación constitucional de los derechos de las personas emigrantes españolas y por el Estatuto de la ciudadanía española en el exterior que acabamos de exponer, las dudas apuntadas al inicio de este apartado respecto a la modificación de los arts. 2

---

<sup>5</sup> Un completo análisis de esta norma en Marcos del Cano, Ana María. 2012. «Los derechos de los españoles residentes en el exterior: especial referencia a los derechos de participación». *Revista Derechos y Libertades*, nº 27: 103-139., que utilizaremos como referencia en las siguientes líneas.

y 75 de la LOREG operada por la LO 2/2011 parecerían seriamente fundamentadas. En esa dirección se sitúa la tesis sostenida en este artículo.

También en el ámbito internacional se protege los derechos políticos de las personas emigrantes. La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (ONU 1990, en vigor desde 2003 y no ratificada por España) impone en su art. 41 a los Estados signatarios la obligación de reconocer el derecho de sufragio activo y pasivo de sus ciudadanos expatriados en *elecciones celebradas en ese Estado*, sin distinguir entre diferentes tipos de comicios. En el ámbito comparado las Constituciones de Italia, Portugal, Ecuador o Colombia también realizan este reconocimiento, tal como lo hace el citado art. 68.5 CE (Presno 2011, 107-108). Sin embargo, la evolución político-jurídica y jurisprudencial de esta materia en los últimos tiempos ha sido la contraria.

Un precedente básico de la LO 2/2011 lo encontramos en el Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general de 24 de febrero de 2009. En este informe se fijan una serie de presupuestos que han determinado decisivamente la orientación de la reforma:

1. Aunque entiende que el derecho de participación política es proyección básica del principio de soberanía popular (art. 1.2 CE), en la línea de lo expuesto por la Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, considera que este principio no se ve afectado realmente en la dimensión municipal, ya que en ella no se ejercen los más altos niveles de ejercicio del poder político: función legislativa y/o constituyente. Este planteamiento ha tenido un efecto «pro derechos» en el reconocimiento del derecho de sufragio de residentes extranjeros en el ámbito local, tal como veremos en el siguiente apartado, pero también abrió la puerta a la restricción del mismo para los residentes españoles en el exterior (reforma del art. 2 LOREG llevada a cabo por la LO 2/2011).

2. En la misma línea, considera que el derecho de sufragio en las elecciones municipales debe vincularse más a la residencia que a la nacionalidad, apuntando con ello igualmente a las consecuencias de signo contrario para residentes extranjeros en España y emigrantes españoles en esta materia.

3. A mayor abundamiento, pone en valor de forma destacada el Consejo de Estado la condición de vecino como llave para la participación política en el contexto local, con base en lo dispuesto por el art. 140 CE y desarrollado por el art. 18 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL).

4. En prevención del posible cuestionamiento de la constitucionalidad de la privación del derecho de sufragio activo municipal a los residentes españoles en el exterior esgrimiendo el art. 68.5 CE, el órgano consultivo afirmó que esta tacha de inconstitucionalidad carecería de fundamento por el

posicionamiento sistemático del citado precepto (en el Título 3º de la Carta Magna, dedicado a las Cortes Generales, lo que dejaría restringido el «blin-daje» constitucional de los derechos de participación política de la emigración española al ámbito estatal).

5. Desde una perspectiva de Derecho comparado también justifica el informe la limitación del derecho de sufragio en los comicios locales para las personas españolas residentes en el extranjero, ya que afirma que es anecdótico el número de Estados que lo reconocen, a diferencia de lo que ocurre en otro tipo de elecciones.

Al igual que en el ámbito internacional podemos encontrar argumentos «pro derechos» en nuestro objeto de estudio, existen instrumentos que sostienen una perspectiva restrictiva de los derechos de sufragio de las personas nacionales residentes en el exterior. En concreto, el Código de Buenas Prácticas Electorales de la Comisión de Venecia (Consejo de Europa, 2002) considera en su art. 1.1 que la residencia habitual puede ser un requisito exigido en general, y que a los nacionales se les puede aplicar en elecciones regionales y municipales en particular.

El nuevo art. 2 LOREG introducido por la LO 2/2011 no hace otra cosa que plasmar normativamente las argumentaciones que adelantó el Consejo de Estado dos años antes<sup>6</sup> al disponer en su apartado 3º:

*En el caso de elecciones municipales, incluidas las elecciones a Cabildos, a Consejos Insulares, al Consejo General del Valle de Arán y a Juntas Generales es indispensable para su ejercicio figurar inscrito en el Censo de Españoles Residentes en España.*

La consecuencia práctica directa del precepto modificado es la supresión del sufragio activo para las personas españolas residentes en el exterior, que por definición no podrán cumplir la exigencia de encontrarse inscritos en el Censo de Españoles Residentes en España. Este extremo, junto a otros incluidos en la reforma operada por la LO 2/2011, fueron objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Canarias, que se resolvió a través de la STC 53/2014, de 25 de septiembre. El Alto Tribunal declaró la constitucionalidad de todas las novedades introducidas por la LO 2/2011. En lo concerniente a la privación del sufragio activo municipal a la diáspora española podemos destacar las siguientes aseveraciones contenidas en el fundamento jurídico 3ª de la sentencia:

---

<sup>6</sup> De hecho, el Preámbulo de LO 2/2011 indica expresamente que: *se ha seguido... la recomendación del Consejo de Estado, para unir indefectiblemente el ejercicio del derecho de sufragio en elecciones municipales, locales y forales a la condición de vecino de un municipio, tal y como dispone el art. 140 CE y, por tanto, figurar inscrito en el Censo de Españoles Residentes en España.*

a) *la decisión del legislador orgánico de 2011... no se encuentra desprovista de justificación... busca seguir la «recomendación del Consejo de Estado, para unir indefectiblemente el ejercicio del derecho de sufragio en elecciones municipales, locales y forales a la condición de vecino de un municipio, tal y como dispone el artículo 140 CE... No se advierte, en consecuencia, lesión de la igualdad por parte de los preceptos impugnados*

b) *... dada la naturaleza de derecho de configuración legal que tiene el art. 23 CE, la participación ha de sustanciarse en los términos en que el precepto haya sido desarrollado por el legislador electoral (arts. 53.1 y 81.1 CE), siempre que dicho desarrollo no menoscabe el contenido esencial del derecho fundamental ni infrinja los preceptos constitucionales.*

c) *...la LO 2/2011, al prever que para ejercer el sufragio en las elecciones municipales los electores deberán estar inscritos en el censo de españoles residentes en España, no ha alterado la naturaleza declarativa del censo... compete indudablemente al legislador electoral la determinación... de «quiénes pueden elegir» (STC 72/1984, de 14 de junio, FJ 4)*

d) *La atribución ... de los derechos de participación política a los ciudadanos españoles en los artículos 13.2 y 23.1...no es incompatible con la existencia en la propia Norma fundamental de preceptos que modulen su ejercicio ..., como lo es la vinculación del sufragio y la vecindad en las elecciones locales.*

e) *La claridad del precepto no puede ser desvirtuada.... por la aplicación a las elecciones municipales de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 68.5 CE, en el sentido de que «[l]a ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España». la localización del precepto en modo alguno es irrelevante, pues se ubica en el ... título III, dedicado a las Cortes Generales, sin olvidar que... el art. 68 CE está destinado en exclusiva a las elecciones al Congreso...*

f) *...la mera contradicción de una disposición normativa con otra disposición en modo alguno puede determinar la inconstitucionalidad del precepto enjuiciado. No obstante, la contradicción que a juicio del recurrente existe entre el artículo 4.1 de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del estatuto de la ciudadanía española en el exterior...no es tal si se entiende que dichas previsiones lo son... «en los términos previstos en la normativa de aplicación»; normativa que no es otra que la dispuesta por el legislador electoral...*

En la doctrina encontramos posicionamientos diversos al respecto. Presno aboga por la supresión de los derechos políticos de las personas españolas residentes en el extranjero (salvo en el ámbito estatal por «imperativo constitucional»), al afirmar que:

*...permitir el ejercicio del sufragio por nacionales que no hayan vivido nunca en el territorio de su Estado o que llevan un número mínimo de años (cinco, seis o más) fuera de él, es censurable: si la democracia demanda que participen en la toma de las decisiones los destinatarios de las mis-*

*mas, no me parece que se pueda considerar destinatario a una persona que, si bien conserva el vínculo de la nacionalidad con un ordenamiento, ha dejado de residir en el ámbito geográfico de aplicación de sus normas... (Presno 2011, 111)*

Aláez también se posiciona en contra del reconocimiento del derecho de sufragio a los españoles residentes en el extranjero, ya que considera que no están legitimados para ello debido a la desconexión que tienen con el territorio donde van a tener sus consecuencias las elecciones de que se traten. Considera que las cuestiones ordinarias que se dirimen en estos comicios siguen teniendo un carácter eminentemente territorial (Aláez 2011, 36). Incluso afirma que el blindaje de los derechos políticos de la emigración española que realiza el art. 68.5 CE se circunscribe a las elecciones para el Congreso, por lo que no solo son factibles restricciones en elecciones municipales, sino que también en los comicios para el Senado y para los parlamentos autonómicos (Aláez 2011, 44).

Sin embargo, como hemos sostenido en otras ocasiones (Arce 2009 y 2012), el optar por una vinculación más estrecha entre la residencia estable y la titularidad/ejercicio de los derechos vinculados a la ciudadanía no tiene por qué conllevar la restricción de los derechos de participación política de las personas nacionales de un Estado residentes en el exterior. Abogamos porque la nacionalidad no sea la única llave de acceso a la ciudadanía plena, incluyendo el criterio de la residencia, pero igualmente consideramos imprescindible mantener intactos los derechos de la «diáspora nacional», especialmente los políticos. En muchas ocasiones las motivaciones que subyacen en la decisión de emigrar, permanecer en el país de acogida o de retornar al de origen están íntimamente conectadas con decisiones políticas que se dan en este último. Se generan «comunidades transnacionales» (De Lucas 2008) que conectan la diáspora en el exterior con el Estado de la que es nacional, siendo necesario que conserven sus derechos de participación para poder incidir en políticas clave para su periplo migratorio. En esa línea transitan los citados art. 41 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y el art. 4 Ley 40/2006.

La reforma de la LOREG del año 2011, junto a la privación a las personas españolas residentes en el exterior del derecho de sufragio en las elecciones municipales, estableció el conocido como «voto rogado» para el resto de comicios (art. 75). Aunque se podría afirmar que estamos ante una simple modificación de requisitos burocráticos/administrativos aparentemente inocuos para la titularidad y el ejercicio de los derechos de participación política, la realidad ha mostrado que ha tenido un fuerte impacto desde la perspectiva de la igualdad material y de la doctrina «pro derechos» del Tribunal Constitucional.

¿Qué entendemos por voto rogado? Que la persona residente en el exterior no va a recibir de oficio la documentación necesaria para ejercitar su

derecho de sufragio, sino que deberá solicitarla a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral que le corresponda. Una vez recibida, en unos plazos bastante perentorios el elector deberá optar entre enviar por correo su voto a la oficina consular o depositar el voto en urna en dicha oficina. Los consulados no tienen la consideración de colegio y/o mesa electoral, se limitan a cumplir funciones de depositarias de los votos en urna o por correo que hayan recibido (Marcos 2012, 130). A lo anterior se une que la Junta Electoral Central, en su acuerdo de 15 de septiembre de 2011, determinó que el actual art. 75.1 LOREG impide dotar de carácter permanente a la solicitud de voto de los electores inscritos en el Censo Electoral de Residentes Ausentes (CERA), deben solicitarla expresamente en cada convocatoria electoral en la que deseen participar (García 2012, 280).

Ante estos laboriosos requisitos burocráticos, se puede afirmar que la ciudadanía española en el exterior debe tener una voluntad muy decidida para ejercer su derecho al sufragio activo. En este sentido, diferentes modelos teóricos sobre la perspectiva instrumental/utilitarista de la participación electoral<sup>7</sup> destacan la relación directa entre unas mayores dificultades y/o costes a la hora de ejercer el voto y el aumento de la abstención. Siguiendo esta lógica, coincidimos con Antón en que el nuevo art. 75 LOREG anunciaba desde el inicio una disminución de la participación de los españoles residentes en el exterior (Antón 2015, 58)

El citado anuncio se ha tornado realidad. En la siguiente tabla mostramos la evolución del CERA, las solicitudes de voto aceptadas y los votos finalmente emitidos por las personas españolas residentes exterior con derecho de sufragio activo en las elecciones al Congreso:

<b>Elecciones</b>	<b>Censo CERA</b>	<b>Sol. voto aceptadas</b>	<b>Votos CERA emitidos</b>
<i>Marzo 2000</i>	<i>930.926</i>	<i>No requerida</i>	<i>213.723 (22.96%)</i>
<i>Marzo 2004</i>	<i>1.113.754</i>	<i>No requerida</i>	<i>304.685 (27.36%)</i>
<i>Marzo 2008</i>	<i>1.205.329</i>	<i>No requerida</i>	<i>382.568 (31.74%)</i>
<i>Noviembre 2011</i>	<i>1.482.786</i>	<i>138.037 (9.31%)</i>	<i>73.361 (4.95%)</i>
<i>Diciembre 2015</i>	<i>1.880.064</i>	<i>151.061 (8.03%)</i>	<i>88.900 (4.73%)</i>
<i>Junio 2016</i>	<i>1.924.021</i>	<i>169.658 (8.82%)</i>	<i>121.277 (6.3%)</i>

Elaboración propia (fuente Ministerio del Interior <http://www.infoelectoral.mir.es/>)

<sup>7</sup> Ver el modelo elaborado por Anthony Downs (*An Economic Theory of Democracy. 1957. Nueva York: Harper and Row.*) y perfeccionado posteriormente por Riker y Ordeshook (Riker, William H. y Ordeshook, Peter C. «A Theory of the Calculus of Voting». 1968. *American Political Science Review* 62: 25-43.).

Como se puede observar existe un desplome brutal en la participación de las personas electoras incluidas en el CERA entre las elecciones de marzo de 2008 y las de noviembre de 2011 (siete veces menos). Y el único motivo plausible que puede justificar este giro ha sido la inclusión del voto rogado. De hecho, las elecciones de 2011 rompen con una tendencia al alza de la participación de los residentes españoles en el exterior (un aumento de casi nueve puntos entre el 2000 y el 2008).

Existe otro dato especialmente significativo en apoyo de la tesis de que el aumento de la complejidad de la burocracia electoral es un «mecanismo de abstención inducida» (Antón 2015). Hay una gran diferencia entre las solicitudes de voto aceptadas y los sufragios que efectivamente se ha emitido: oscila entre el 30% de las elecciones de 2016 y el 47% de 2011.

Entre quienes han defendido la nueva configuración del art. 75 LOREG se esgrime el argumento de que la instauración del voto rogado para los residentes en el exterior es imprescindible para evitar el fraude electoral (Chueca et al. 2011, 104) y con ello garantizar el principio de personalidad del sufragio (García 2012, 285). Compartimos que velar por la limpieza de los procesos electorales es un elemento inexcusable en un Estado democrático y de Derecho, pero ello no se puede llevar a cabo a costa de vaciar de contenido material el derecho de sufragio. Tal como afirmamos más arriba, a nuestro juicio, el farragoso sistema de voto rogado introducido por la LO 2/2011 supera con creces los costes asumibles en aras de evitar situaciones de fraude, resultando pertinente la duda que plantea Marcos respecto al difícil encaje constitucional de esta reforma desde el punto de vista del principio de igualdad material (Marcos 2012, 134) y también afirmar la incompatibilidad del mismo con el principio de interpretación más favorable al ejercicio y efectividad del derecho de sufragio forjado por la jurisprudencia constitucional (García 2012, 288).

### III. SUFRAGIO DE RESIDENTES EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Otro de los colectivos que tiene limitados sus derechos de participación política es el de las personas extranjeras residentes en España. El marco lo establecen los arts. 13.2 y 23 del texto constitucional, que como norma general reserva el derecho de sufragio a los nacionales españoles, estableciendo el art. 13.2 una excepción: *lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratados o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.*

El citado precepto fue objeto de reforma en el año 1992 con motivo de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht en el ámbito de la UE, que instauró la ciudadanía europea y con ella el reconocimiento del sufragio activo y pasivo en elecciones locales y europeas para todas las personas nacionales

de un Estado miembro en cualquier país de la Unión. Dado que la redacción inicial del art. 13.2 solo establecía la posibilidad de reconocer el sufragio activo de personas extranjeras en los comicios municipales, hubo que proceder a su modificación para introducir el pasivo. En el contexto de esta reforma se pronunció el Tribunal Constitucional a través de la ya citada Declaración 1/1992, donde consideró que la apertura del sufragio pasivo municipal a las personas extranjeras no afectaba al marco constitucional debido a que no incidía sobre el principio de soberanía popular reconocido en el art. 1.2 CE<sup>8</sup>.

Hay que tener en cuenta que la nacionalidad no es una de las causas de discriminación expresamente prohibidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Serna 2012, 63). El hecho de que instancias internacionales competentes en materia de Derechos Humanos hayan elaborado «listados» de derechos que deben ser respetados, independientemente de la nacionalidad o situación administrativa que se ostente, no hace más que confirmar que los derechos no incluidos en los mismos sí que podrán ser limitados en su titularidad y/o ejercicio por esos motivos sin que se entienda vulnerado el DIDH<sup>9</sup>. Y los derechos de participación política suelen ser excluidos invariablemente de ese blindaje especial contra las limitaciones vinculadas a la condición de nacional. Reproduce la misma lógica la distinción que realiza la jurisprudencia constitucional española entre derechos «especialmente vinculados a la dignidad humana», en los que no cabe tratamiento desigual por nacionalidad o situación documental, y el resto, en los que sí es posible «modular» su nivel de reconocimiento por estas circunstancias<sup>10</sup>. El derecho de sufragio se encuentra en este último grupo (Arce 2012, 153 y ss).

Partiendo de este contexto, y de la configuración legal/convencional de los derechos fundamentales de las personas extranjeras en España contemplada en el art. 13.1 CE, habría una clara diferenciación entre éstas y las nacionales españolas, e incluso entre diferentes categorías de personas extranjeras, en materia de participación política desde el punto de visto de la igualdad formal:

---

<sup>8</sup> Posicionamiento refrendado por el Consejo de Estado en sus propuestas de modificación del régimen electoral general de 24 de febrero de 2009.

<sup>9</sup> Ver en el informe del año 2006 de la Oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *Los derechos de los no ciudadanos*.

<sup>10</sup> Ver SSTC 107/1984, 99/1985, 144/1990, 137/2000, 95/2003 y 236/2007.

Tipo de titular	Nivel de reconocimiento de derechos políticos
Nacionales españoles	Sufragio activo y pasivo en todo tipo de elecciones (locales, autonómicas, nacionales y europeas), salvo las restricciones legalmente establecidas por edad, incapacidad, incompatibilidad, por residencia en el exterior o condena penal. Arts. 13 y 23 CE y LOREG, esencialmente
Ciudadanos europeos residentes en España	Sufragio activo y pasivo en elecciones locales y europeas, con las restricciones establecidas por la normativa UE. Arts. 39 y 40 CDFUE, arts. 20 y 22 TFUE, directivas 93/109/CE y 94/80/CE
Residentes extranjeros no UE cuyo país tenga tratado con España en materia de sufragio local	Sufragio activo en las elecciones locales, con las restricciones establecidas por la normativa electoral española y con los requisitos previstos en los tratados. Art. 13.2 CE y tratados de España en materia de sufragio local con Bolivia, Cabo Verde, Chile, Colombia, Corea del Sur, Ecuador, Islandia, Paraguay, Perú, Noruega, Nueva Zelanda y Trinidad y Tobago
Residentes extranjeros no UE cuyo país no tenga tratado con España en materia de sufragio local y personas extranjeras en situación documental irregular	No tienen reconocido derecho de sufragio en ningún nivel

Elaboración propia.

Aunque no compartimos la afirmación de Santolaya respecto a que *el marco constitucional actual no permite una interpretación expansiva del concepto de ciudadanía que permita superar la vinculación entre nacionalidad y la plenitud de la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales* (Santolaya 2011, 18)<sup>11</sup>, y a pesar de que haya ejemplos en el Derecho comparado en

<sup>11</sup> Ya hemos sostenido en otras ocasiones que es factible una renovación inclusiva de conceptos como ciudadanía y pueblo que ofrezca una respuesta adecuada en materia de titularidad y ejercicio de derechos fundamentales a las nuevas sociedades diversas y transnacionales fruto de los flujos migratorios vinculados a la globalización (Arce 2012).

sentido contrario<sup>12</sup>, se puede admitir que haya voces doctrinales y políticas que defiendan la restricción del derecho de sufragio de las personas extranjeras residentes en España en el ámbito estatal y autonómico<sup>13</sup>.

Sin embargo, entendemos que algunos aspectos de la normativa electoral española que inciden sobre el nivel de reconocimiento del sufragio municipal de los residentes extranjeros son difícilmente compatibles con un adecuado respeto del principio de igualdad, tanto en su vertiente formal como en la material.

En primer lugar, el art. 13.2 CE permite reconocer el derecho de sufragio local a las personas residentes extranjeras por vía convencional o por vía legal, respetando siempre el criterio de reciprocidad. El legislador hasta el momento ha optado de forma exclusiva por la opción del tratado bilateral (con la excepción del Tratado de Maastricht, aprobado en el contexto multilateral de la Unión Europea). Coincidimos con Naranjo respecto a que la vía convencional presenta graves limitaciones si se sostiene una perspectiva pro-derechos en esta materia, ya que vincula el reconocimiento de un derecho fundamental a criterios de pura oportunidad política al servicio de los intereses del Estado español en el exterior, y la propia técnica jurídica del tratado internacional hace difícil ofrecer una solución homogénea a nacionales de diferentes países (Naranjo 2017, 98).

Lo anterior se plasma en el recorrido que ha tenido el reconocimiento del derecho de sufragio municipal de las personas residentes extranjeras en España desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Han existido dos etapas<sup>14</sup>:

<b>Años 80-90</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Tratados con países europeos: Holanda (1990), Dinamarca (1990), Suecia (1991) y Noruega (1991). En vigor solo el último, ya que el resto quedaron obsoletos con la entrada en vigor de la ciudadanía europea en 1992 y con la adhesión de Suecia a la UE en 1995.</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Tratados con países latinoamericanos: Argentina (1989), Chile (1991), Venezuela (1992), Uruguay (1994) y Colombia (1995). Eran tratados generales que incluían el reconocimiento del sufragio municipal como un elemento más, aunque este aspecto no llegó a entrar en vigor</li> </ul>
<b>Años 2010-2011</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Tratados con Bolivia (2010), Cabo Verde (2011), Chile (2010), Colombia (2010), Corea del Sur (2011), Ecuador (2010), Islandia (2010), Paraguay (2010), Perú (2010), Nueva Zelanda (2010) y Trinidad y Tobago (2011)</li> </ul>

Elaboración propia.

<sup>12</sup> En países como Irlanda, Reino Unido, Chile o Nueva Zelanda se han reconocido derechos de participación política a nivel estatal

<sup>13</sup> En el marco de DIDH y de jurisprudencia constitucional descrito.

<sup>14</sup> Un análisis en profundidad de esta materia en Arce 2012, 291 y ss

A esta pléyade de tratados hay que sumar por supuesto el Tratado de Maastricht, al que aludiremos a reglón seguido. Destaca por un lado cierta arbitrariedad en la elección de los países con los que se han suscrito. Se pueden alegar razones históricas para la preponderancia de países latinoamericanos, pero es difícil hallar la lógica que impone el priorizar Estados tan faltos de vínculos aparentes con España como Corea del Sur o Trinidad y Tobago<sup>15</sup>.

Sin embargo, a nuestro juicio la incompatibilidad con el principio de igualdad es especialmente acusada en el diferente tratamiento que reciben las personas extranjeras que tienen reconocido el derecho de sufragio local en España dependiendo de su origen. En la actualidad encontramos tres niveles de reconocimiento:

- Ciudadanos de la Unión Europea: Tienen reconocido sufragio activo y pasivo y no se le exige ningún periodo mínimo de residencia.
- Nacionales de Noruega: Sufragio activo y residencia en España de al menos 3 años.
- Nacionales del resto de países con los que España ha suscrito tratados: Sufragio activo y residencia mínima de 5 años.

Consideramos que no existen razones fundadas para poder superar el «juicio de racionalidad» (Álvarez 1996) que justificaría un trato diferenciado en supuestos de hecho similares, en los parámetros de la jurisprudencia constitucional y del TEDH. Permitiendo el art. 13.2 CE el reconocimiento de sufragio activo y pasivo en el ámbito municipal a personas extranjeras sin ninguna exigencia en materia de plazo de residencia, dejando a salvo el requisito de la reciprocidad, en teoría no deberían existir diferencias por origen nacional.

Se puede defender que la distinción entre los nacionales de Estados miembro de la UE y de los de terceros países tiene su justificación en el concepto de ciudadanía europea (Ibáñez 2009, 62-63). Sin embargo, en el marco establecido por el art. 13.2 CE, el reconocimiento de los derechos de participación de estos residentes extranjeros en España se basa más en la existencia de un tratado internacional en esta materia bajo el criterio de la reciprocidad (Tratado de Maastricht) que por ese nuevo instrumento jurídico-político que representa la ciudadanía europea. Y desde un punto de vista material, la equiparación entre ciudadanos europeos y residentes de terceros países en el

---

<sup>15</sup> En el mismo sentido Santolaya (2011, 25 y ss). También se puede esgrimir que eran los países donde es factible cumplir las exigencias de reciprocidad (Santolaya 2011, 32)

derecho de sufragio municipal no supone a nuestro juicio un cuestionamiento del contenido efectivo de la ciudadanía europea bajo ningún concepto<sup>16</sup>.

Menos sostenible aún es la diferencia entre residentes nacionales de terceros países. El argumento de que los distintos niveles de reconocimiento derivan de las exigencias de la aplicación del criterio de reciprocidad no es especialmente robusto. Sin entrar en un análisis exhaustivo de esta materia<sup>17</sup>, se puede afirmar que existe un amplio consenso entre la doctrina<sup>18</sup> y es opinión declarada del Consejo de Estado<sup>19</sup> que no debe realizarse una interpretación estricta del concepto de reciprocidad, pudiéndose considerar como respetada esta exigencia con el reconocimiento general del derecho de sufragio municipal a los nacionales españoles en el país de que se trate, no exigiéndose una identidad total en las condiciones para su ejercicio.

Por lo expuesto, coincidimos con Presno en que desde una interpretación favorable al ejercicio de los derechos fundamentales se podría realizar un reconocimiento general del derecho de sufragio municipal con unos requisitos de residencia no muy exigentes a todas las personas extranjeras residentes en España cuyo país de origen haga lo propio con los nacionales españoles, aunque sea con unas condiciones de ejercicio diferentes (Presno 2011, 103)<sup>20</sup>. Ya hemos sostenido en otras ocasiones, al igual que otros autores<sup>21</sup>, que la vía legal sería mucho más adecuada para avanzar en el reconocimiento de la participación política de los extranjeros residentes que la de los tratados utilizada hasta el momento (Arce 2012, 405). Y dando un paso más allá, si realmente se desea romper con el difícil encaje con el principio de igualdad formal del actual contexto normativo de la materia, se impondría la modificación del art. 13.2 CE para suprimir el requisito de la reciprocidad. Sería la única manera para que los nacionales de países no democráticos o de Estados que no reconocen la participación

---

<sup>16</sup> La ciudadanía UE otorga a sus titulares una tabla de derechos específicos que superan ampliamente la participación electoral municipal: libertad profesional y derecho al trabajo en el espacio UE (art. 15.2 CDFUE), no discriminación por razón de nacionalidad (art. 21.2 CDFUE), sufragio activo y pasivo en las elecciones europeas (art. 39.1 CDFUE), libertad de circulación y residencia en la UE (art. 45 CDFUE), protección diplomática en terceros países (art. 46 CDFUE)...

<sup>17</sup> Ver en Arce (2012), 291 y ss.

<sup>18</sup> Ver en Esteban (2006), Santolaya (2007), Moya (2010), Pérez (2013) o Naranjo (2017)

<sup>19</sup> Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general de 24 de febrero de 2009, pp. 35 y 354.

<sup>20</sup> Consideramos que la flexibilidad del criterio de reciprocidad puede alcanzar a reconocer el sufragio pasivo a residentes extranjeros aunque las personas españolas solo tengan habilitado el activo en su país de origen.

<sup>21</sup> Ver Naranjo (2017, 99)

política a personas extranjeras tuvieran cabida en una concepción de la democracia representativa más inclusiva.

También desde la perspectiva de la igualdad material consideramos que las personas extranjeras residentes en España con derecho de sufragio municipal sufren un trato que puede definirse como discriminatorio. Al igual que a las personas españolas en el exterior, se les impone el conocido como «voto rogado», lo cual ha tenido un gran impacto negativo en los niveles de abstención electoral del colectivo. En este sentido es pertinente traer a colación el concepto de «estructura de oportunidades políticas» -EOP-, que *se refiere tanto a las reglas formales vinculadas al contexto institucional como a los procesos informales que tienen lugar en la sociedad receptora y que pueden incidir sobre la integración -política- de los inmigrantes* (Pérez-Nievas et al. 2014, 11). Dentro de la EOP, las reglas electorales aplicables a este colectivo juegan un papel muy relevante; a medida que son más restrictivas y/o conllevan una mayor carga burocrática desincentivan claramente la participación<sup>22</sup>.

Diversas voces en la doctrina señalan que el mero reconocimiento formal del derecho de sufragio activo y pasivo a los residentes extranjeros no conlleva necesariamente una mejora automática de su integración política, ya sea a través de una mayor participación electoral o mediante el acceso a cargos representativos. En los países nórdicos, que son los que tienen una mayor tradición histórica en la participación política de su población de origen inmigrante en nuestro entorno, se han realizado diversos estudios sociopolíticos que coinciden en destacar una infrarrepresentación del colectivo constante a lo largo del tiempo (Pérez-Nievas et al. 2014, 10). Podría sostenerse que esa escasa participación deriva de una falta de sentimiento de pertenencia de las personas migrantes a la comunidad de acogida, aunque consideramos que las motivaciones se sitúan más en una «estructura de oportunidades políticas» desequilibrada.

Partiendo de lo anterior, dedicaremos las próximas líneas a realizar un breve análisis del impacto del «voto rogado» como factor «disuasorio» del ejercicio del derecho de sufragio en el ámbito local por parte de las personas extranjeras que lo tienen reconocido en España.

En primer lugar debemos destacar que la imposición de la inscripción en el Censo Electoral de Residentes Extranjeros (CERE) a instancia de parte es una pura opción política, ya que no existe ningún tipo de condicionante jurídico que obligue a establecer el «voto rogado».

Ya hemos expuesto que está consolidada la interpretación flexible del criterio reciprocidad establecido por el art. 13.2 CE, por lo que no puede defenderse

---

<sup>22</sup> Aspectos de índole socioeconómico tienen un peso de similar relevancia para la participación política de las personas de origen inmigrante, algo que analizaremos en el último apartado del presente artículo

que este requisito se desprenda del mismo. En el caso de los ciudadanos de la Unión Europea, la propia directiva que regula el derecho de sufragio activo y pasivo municipal vinculado a la ciudadanía europea establece que

*todos los ciudadanos de la Unión, tengan o no la nacionalidad de su Estado miembro de residencia, puedan ejercer en él en igualdad de condiciones su derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales...los ciudadanos no nacionales no deben estar sujetos a condiciones específicas a menos que, excepcionalmente, pueda justificarse un trato diferente de los nacionales y de los no nacionales por circunstancias especiales que distingan a estos últimos de los primeros* (Exposición de motivos de la Directiva 94/80/CE).

Consideramos que no concurre en este caso ninguna situación excepcional que justifique la imposición a las personas con ciudadanía europea del voto rogado en las elecciones municipales, mientras que los nacionales españoles se incorporan al censo de forma automática desde el Padrón municipal. La propia LOREG no realiza previsión alguna sobre la necesidad de la inscripción en el CERE a instancia de parte de los residentes extranjeros con derecho a voto en las elecciones municipales.

Algunos autores aportan argumentos en favor del voto rogado. Sería necesario debido a que los residentes extranjeros son un colectivo con mucha movilidad geográfica tanto interna como externa, lo que genera variaciones notables en el CERE en un periodo de 4 años (Ortega 2011, 31), por lo que haría conveniente que manifiesten en cada convocatoria electoral expresamente su voluntad de participar. Hay quien lo considera como una garantía de la voluntariedad del ejercicio del derecho de sufragio de estos ciudadanos (Lozano 1991, 103 y 111), o en general afirman que son *aceptables condiciones adicionales al tiempo de residencia siempre que superen un juicio de proporcionalidad y no sean, en sí mismas, discriminatorias* (Santolaya 2011, 22) Compartimos con Naranjo el rechazo de estas afirmaciones y que por ende:

*la exigencia de instancia de parte para la inscripción en el censo electoral, como la de renovación de dicha solicitud con motivo de cada proceso resultan injustificadas e innecesarias para fin atendible alguno. Esto hace que su imposición sea desproporcionada y dificulte su ejercicio «más allá de lo razonable» (STC 11/1981, F.J. 8), por lo que al tiempo que lesiona el derecho de sufragio activo de los extranjeros en las elecciones municipales, constituye una discriminación entre el ciudadano español y el extranjero en el ejercicio de tal derecho* (Naranjo 2017, 118-119).

El voto rogado para personas residentes extranjeras se instrumentaliza en una serie de normas de rango reglamentario, algunas de ellas de un escalafón normativo tan bajo como las resoluciones: el Real Decreto 202/1995, de 10 de febrero, por el que se dispone la formación del censo electoral de

extranjeros residentes en España para las elecciones municipales; la Orden EHA/2264/2010, de 20 de julio, por la que se dictan normas e instrucciones técnicas para la formación del censo electoral de residentes en España que sean nacionales de países con Acuerdos para las elecciones municipales, modificada por la Orden ECC/1758/2014, de 23 de septiembre; Real Decreto 147/1999, de 29 de enero, de modificación del Real Decreto 157/1996, de 2 de febrero, por el que se dispone la actualización mensual del censo electoral y se regulan los datos necesarios para la inscripción en el mismo; Resolución de 7 de septiembre de 2010, de la Oficina del Censo Electoral, por la que se establecen los procedimientos y se aprueba el modelo de solicitud para la inscripción en el censo electoral para las elecciones municipales de los ciudadanos nacionales de países de la Unión Europea, modificada por la Resolución de la Oficina del Censo Electoral de 12 de abril de 2013.

Aunque existen algunas diferencias procedimentales en el proceso de inscripción a instancia de parte en el CERE entre ciudadanos europeos y residentes extranjeros de terceros países con tratado bajo el criterio de reciprocidad vigente con España, la mecánica general es común:

- La Oficina del Censo Electoral envía una comunicación a las personas extranjeras residentes con derecho al voto municipal (en el caso de los ciudadanos UE solo se remitirá a aquéllos a los que no se hubiera hecho en procedimientos anteriores).
- Se contempla la posibilidad de realizar campañas informativas institucionales sobre la materia.
- Las personas requeridas deberán realizar manifestar su voluntad de participación: presencialmente en los ayuntamientos de los municipios en los que residan y también *conforme a los procedimientos de administración electrónica que se establezcan*. El plazo es muy reducido (45 días).
- La manifestación de voluntad tan solo es efectiva para la convocatoria electoral de la que se trate.

Este procedimiento ha sido objeto de fuertes críticas por representantes de las distintas comunidades de residentes extranjeros y de la sociedad civil por la falta de información, descoordinación entre las administraciones implicadas, escasez de plazo... Una comparación entre las comunicaciones enviadas por el Estado y los electores finalmente inscritos en las dos últimas elecciones municipales parece dar la razón a dichas críticas<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Hacemos referencia exclusivamente a los electores de países no pertenecientes a la Unión Europea con acuerdo en materia electoral local con España, ya que al no ser obligatorio el remitir comunicaciones a todos los ciudadanos europeos en cada uno de los comicios no es posible disponer de datos completos.

País	Comunicaciones enviadas 2011	Electores inscritos 2011	% inscritos 2011	Comunicaciones enviadas 2015	Electores inscritos 2015	% inscritos 2015
Bolivia	27.502	4.209	15,3%	47.474	3.952	8,32%
Cabo Verde	0	22	—	1.493	112	7,5%
Chile	10.078	1.131	11,22%	11.499	999	8,68%
Colombia	95.192	11.195	11,76%	88.685	5.763	6,5%
Corea del Sur	—	—	—	1.158	125	10,79%
Ecuador	168.639	22.213	13,17%	125.022	6.485	5,19%
Islandia	152	24	15,79%	370	35	9,46%
Noruega	6.027	790	13,10%	8.792	854	9,71%
Nueva Zelanda	148	31	20,95%	194	28	14,43%
Paraguay	4.305	574	13,33%	15.172	1.300	8,57%
Perú	38.244	5.365	14,03%	42.722	3.110	7,28%
Trinidad y Tobago	—	—	—	16	2	12,5%
<b>TOTAL</b>	<b>350.287</b>	<b>45.554</b>	<b>13%</b>	<b>342.597</b>	<b>22.765</b>	<b>6,64%</b>

Elaboración propia (Fuente Instituto Nacional de Estadística).

Los porcentajes de participación efectiva son llamativamente bajos, y lejos de mejorar, en los comicios de 2015 se produjo una drástica reducción respecto a los del 2011. Ya indicamos más arriba que se puede argumentar que esta situación se debe al escaso sentido de pertenencia a la comunidad sociopolítica española de las personas residentes extranjeras. También analizaremos más adelante la influencia que en la participación electoral tiene las situaciones de exclusión social que afectan a este colectivo. Pero a pesar de lo anterior, tal como concluimos en el caso de los españoles residentes en el exterior, el voto rogado en este ámbito es un ataque al principio de igualdad material que carece de justificación objetiva y afecta gravemente al contenido sustantivo de los derechos de participación política de las personas residentes extranjeras en España que los tienen reconocidos.

#### IV. SUFRAGIO Y EXCLUSIÓN SOCIAL

Concluimos este artículo acercándonos a una perspectiva que no se suele manejar cuando se analizan los derechos de participación política: cómo afectan las situaciones de exclusión social a un correcto ejercicio de los mismos. Ya aludimos en la introducción que tradicionalmente se ha vinculado la dimensión material del principio de igualdad con el acceso a los derechos sociales (sanidad, vivienda, educación, empleo y protección social, esencialmente) y con ello a unas condiciones de vida compatibles con el respeto a la dignidad humana. De la misma manera destacamos que cada vez cobra mayor relevancia el papel instrumental de la igualdad material para una verdadera titularidad efectiva de los derechos civiles y políticos, y que por ende situaciones de desigualdad social van a dificultar la participación de la ciudadanía que las sufre.

En primer lugar habría que determinar que entendemos por exclusión social. Se está consolidando tanto en los organismos internacionales como en la literatura científica conceptos sobre esta materia que van más allá de la pura falta de ingresos económicos. Así el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) utiliza el índice de «pobreza multidimensional», que junto a los citados ingresos, tiene en cuenta la esperanza de vida, la seguridad, los distintos tipos de desigualdad, niveles de empoderamiento...<sup>24</sup>. La Fundación Europea define exclusión social como el *proceso mediante el cual los individuos o grupos son total o parcialmente excluidos de una participación plena en la sociedad en la que viven* (Fundación europea, 1995:4). Gómez y Trujillo señalan que no existe un consenso en esta definición, pero destacan igualmente la pluralidad de dimensiones que tiene la exclusión, que

<sup>24</sup> <http://hdr.undp.org/en/node/2515>

la sitúan como un concepto más complejo que la pobreza; nos parece ilustrativa su afirmación *todos los excluidos serían pobres, pero no todos los pobres serían excluidos* (Gómez y Trujillo 2011, 19). Por su parte Rey hace referencia a la «discriminación múltiple», que *parece evocar todas aquellas situaciones en las que dos o más factores o rasgos de discriminación interactúan simultáneamente produciendo una forma específica de discriminación* (Rey 2017, 143).

Partiendo de lo anterior, podemos afirmar que existe acuerdo en la complejidad y en la pluralidad de puntos de vista necesarios para analizar las situaciones de exclusión. Y especialmente destacable a los efectos que nos interesan es la inclusión del término «participación» que realiza la Fundación europea en su definición, ya que entronca con como concretiza el art. 9.2 CE el principio de igualdad material:

*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

A nuestro juicio, las personas afectadas por la exclusión social sufren un vaciado del contenido material de su ciudadanía. La dimensión externa del hecho de ser ciudadano se expresa a través de la participación en la comunidad, cuando la misma se ve truncada por carecer de las herramientas básicas para su ejercicio, la persona torna en sujeto pasivo, o incluso mero objeto de las políticas y normas que rigen la convivencia. Y como describe el art. 9.2 CE, hablamos de una participación en sentido amplio: en la vida económica, social, cultural y por supuesto política.

Y en el ámbito de la participación, emerge con fuerza en los últimos tiempos el concepto de «capital social»<sup>25</sup>. La carencia de ese capital social es uno de los factores clave para que las personas excluidas se vean expulsadas de los circuitos normalizados de participación y de toma de decisiones; vivir en un barrio donde los vecinos votan, tienen trabajo y educación superior son factores de inclusión (Gómez y Trujillo 2016, 3). La falta de redes sociales y de instrumentos esenciales para la inclusión como la educación y el acceso a la cultura condicionan de forma definitiva el aspecto activo de la ciudadanía de las personas afectadas por la exclusión.

---

<sup>25</sup> *Conjunto de normas, redes y organizaciones construidas sobre relaciones de confianza y reciprocidad, que contribuyen a la cohesión, el desarrollo y el bienestar de la sociedad, así como a la capacidad de sus miembros para actuar y satisfacer sus necesidades de forma coordinada en beneficio mutuo.* Definición del Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Instituto Hegoa. Universidad del País Vasco <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/29>

Cuando hablamos de falta de participación en la democracia representativa nos referimos tanto al sufragio activo (altos niveles de abstención electoral), como al pasivo (bajo o nulo acceso a cargos representativos). En este segundo aspecto, las capas sociales como mayor capacidad socioeconómica y nivel educativo copan la representación política (Pérez-Nievas et al. 2014, 13-14).

Como ya señalamos en el anterior apartado, la participación política de las personas extranjeras residentes en España no solo se ve mermada por las cuestiones formales y burocráticas vinculadas estrictamente a su condición de no nacionales. También tiene una incidencia negativa el hecho de que sean un colectivo con problemas de exclusión social, y no solo por una mayor dificultad de acceso a recursos socioeconómicos, sino igualmente por actitudes xenófobas de parte de la sociedad de acogida o la falta de interés y/o posicionamientos contrarios a la población de origen inmigrantes de las formaciones partidarias. Todas las investigaciones sociológicas realizadas en diversos países coinciden en los bajos niveles de participación y la infra-representación de la población de origen inmigrante, y subrayan la relevancia de estos factores vinculados a la exclusión (Pérez-Nievas et al. 2014, 10 y ss).

Braulio Gómez y Manuel Trujillo realizaron en el año 2016 un interesante estudio que bajo el título «Urnas vacías en los suburbios de las ciudades» analiza el nivel de abstención electoral registrado en los barrios con graves problemas de exclusión de las principales ciudades españolas. Destacaremos brevemente algunos de los elementos principales de este trabajo de investigación, ya que nos parecen muy pertinentes para una mejor comprensión de la materia tratada.

En primer lugar, es significativo que el 13% del electorado español se encuentra en una situación de exclusión moderada o severa (Gómez y Trujillo 2016, 2). Es un porcentaje ciertamente relevante, y en el caso de que tuviera niveles de participación electoral similares a la media podría tener un peso decisivo en muchos comicios. De hecho, ese «músculo» electoral sería factible usarlo para introducir en el ranking de las prioridades políticas de las formaciones partidarias las necesidades y reivindicaciones más perentorias de la ciudadanía con una situación social precaria. Sin embargo, la realidad es exactamente la contraria, dándose situaciones casi de abstención plena en las barriadas más empobrecidas del Estado español.

A modo de ejemplo podemos destacar tres barrios: Cañada Real (Madrid), Polígono Sur (Sevilla) y los Asperones (Málaga). En las elecciones municipales del año 2015 la abstención el primero ascendió al 92%, en el segundo al 86% y en el tercero al 82%. Estas cifras ya de por sí llamativas se agravan si se comparan con los niveles de abstención medios de estas ciudades: en la Cañada Real es un 62% superior que en el resto de zonas de Madrid, en

Polígono Sur un 46% más que la media de la ciudad Sevilla y en los Asperones un 37% más elevado que las otras barriadas malagueñas (Gómez y Trujillo 2016, 8).

Ampliando la perspectiva territorial, es ilustrativo que más de la mitad de las 100 secciones electorales<sup>26</sup> con mayor abstención de España estén en Andalucía, región que tiene una de las mayores tasas de exclusión de la Unión Europea, y más de dos millones de sus habitantes en dicha situación (Gómez y Trujillo 2016, 6).

Por lo expuesto nos parece imprescindible incorporar en todas las políticas públicas de inclusión social dirigidas a las barriadas más deprimidas de nuestro país estrategias de fomento de la participación política en general y de utilización de las herramientas de democracia representativa en particular. Consideramos que en los tradicionales pilares de la lucha contra la exclusión (educación, vivienda y empleo) se debe incluir la perspectiva instrumental al servicio de los elementos claves de la ciudadanía activa: libertad de expresión, derecho de asociación..., junto a habilitar las señaladas herramientas específicas de participación política. Solo así podremos conseguir una verdadera inclusión ciudadana holística y transversal que no deje fuera a las capas sociales que con mayor rigor sufren la exclusión social.

Para concluir con una referencia específica al derecho de sufragio, compartimos la afirmación de Gómez y Trujillo respecto a que siendo *la menos desigual de todas las formas conocidas de participación, dejaría de cumplir su condición igualitaria si excluyera sistemáticamente a algunos de los grupos que componen la sociedad*. (Gómez y Trujillo 2016,4). En aras de preservar esa condición igualitaria, es pertinente valorar que tipo de acciones se pueden llevar a cabo para seguir el mandato que el art. 9.2 CE dirige a los poderes públicos de *remover los obstáculos* que impiden que el principio de igualdad sea efectivo para toda la ciudadanía. A estos efectos podemos distinguir acciones positivas genéricas, consistentes en actuaciones de carácter general que luchan contra la desigualdad que sufren determinados colectivos históricamente desfavorecidos, y las conocidas como acciones de discriminación positiva, que conllevan un trato jurídico que favorece específicamente al colectivo de que se trate respecto a la sociedad en general, normalmente a través de la reservas de puestos o el establecimiento de cuotas mínimas (Rey 2017, 144-145).

<sup>26</sup> Art. 23 LOREG:

1. Las circunscripciones están divididas en Secciones Electorales.
2. Cada Sección incluye un máximo de dos mil electores y un mínimo de quinientos. Cada término municipal cuenta al menos con una Sección.
3. Ninguna Sección comprende áreas pertenecientes a distintos términos municipales.

Las acciones positivas genéricas en materia de participación política en las zonas con problemas de exclusión no deberían representar ninguna dificultad desde la perspectiva social, política y jurídica. Talleres de sensibilización, campañas informativas, realización de debates electorales físicamente en dichas zonas y sobre materias específicamente vinculadas con su realidad, fomento del asociacionismo... son acciones necesarias para reactivar la vida sociopolítica de los barrios empobrecidos de nuestras ciudades, y que sin duda tendrían efectos positivos en la utilización de las herramientas de democracia representativa.

Siempre generan más resistencia las medidas de discriminación positiva. En el ámbito de la participación política, en España ya se tiene la experiencia del establecimiento de cuotas en las listas electorales por razón de género (art. 44 bis LOREG, introducido por la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), y la jurisprudencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea ha ido estableciendo los requisitos que debe respetar cualquier medida de este perfil (excepcionalidad, transitoriedad, proporcionalidad...)<sup>27</sup>. Quizás podría ser más complejo implementar iniciativas como las listas paritarias por razón de género, no tanto porque no existan niveles inadmisibles de infrarrepresentación en cargos electos de las personas en situación de exclusión, sino por la dificultad que representa la definición del perfil concreto del colectivo al que habría que reservar estas cuotas. Sin embargo, sería bastante más factible, especialmente en el ámbito local, el reservar las decisiones políticas en materias con especial incidencia para las zonas con problemas de exclusión social a órganos de participación donde se asegure una representación adecuada de la ciudadanía de estos barrios.

Ya existen experiencias en este sentido a través de presupuestos participativos o con foros sociales consultivos sectoriales en algunas entidades locales para tratar políticas de inclusión social, pero no han tenido una gran efectividad material. A nuestro juicio la falla de base de estas iniciativas es su falta de carácter vinculante, lo cual desincentiva la participación, ya que la ciudadanía acaba considerando como poco «rentable» intervenir en espacios donde su voz es posible que acabe siendo ignorada. Por lo tanto, partiendo de las buenas prácticas pasadas que se puedan rescatar, apostamos por impulsar nuevos órganos participativos en el ámbito local donde se decidan los elementos principales de las políticas de lucha contra la exclusión (incluidas las correspondientes partidas presupuestarias), siendo de obligado cumplimiento las decisiones adoptadas en los mismos. Y por supuesto, se debe garantizar una representación adecuada de la ciudadanía de los barrios empobrecidos, con un peso equilibrado en la toma de decisiones respecto al resto de actores

---

<sup>27</sup> Ver Rey (2017, 144-145). Sentencias TJUE Kalanke 17/10/1997 y Marschall, de 11/11/1997.

que es necesario que tengan presencia (institucionales y de la sociedad civil). Estos espacios pueden ser una alternativa factible para mejorar los niveles de participación directa de las personas más excluidas de nuestras ciudades, y de forma indirecta también incentivaría el sufragio activo y pasivo en estas barriadas.

## V. CONCLUSIONES

a) Es necesario superar la tradicional y reduccionista identificación entre el principio de igualdad material y el estricto acceso a los derechos sociales. Siendo lo anterior un factor clave para conseguir unas condiciones de vida compatibles con el respeto a la dignidad humana, no se puede obviar la relevancia del principio de igualdad material como plataforma instrumental para el adecuado ejercicio del resto de los derechos fundamentales (los de participación política incluidos).

b) El principio jurisprudencialmente construido de «interpretación pro ejercicio de los derechos fundamentales» debe considerarse como un mandato general que informa la actividad de todos los poderes públicos.

c) Rechazamos la privación del derecho de sufragio activo municipal a los españoles residentes en el exterior, ya que aunque abogamos porque la nacionalidad no sea la única llave de acceso a la ciudadanía plena, abriéndola al criterio de la residencia, consideramos imprescindible mantener intactos los derechos de la «diáspora nacional», especialmente los políticos. En muchas ocasiones las motivaciones que subyacen en la decisión de emigrar, permanecer en el país de acogida o de retornar al de origen están íntimamente conectadas con decisiones políticas que se dan en este último. Se generan «comunidades transnacionales» que conectan la diáspora en el exterior con el Estado de la que es nacional, siendo necesario que conserven sus derechos de participación para poder incidir en políticas clave para su periplo migratorio.

d) El farragoso sistema de voto rogado introducido por la LO 2/2011 en la LOREG para los españoles residentes en el exterior en elecciones autonómicas, nacionales y europeas supera con creces los costes asumibles en aras de evitar situaciones de fraude. Resulta por tanto difícil el encaje constitucional de esta reforma desde el punto de vista del principio de igualdad material y también afirmamos la incompatibilidad del mismo con el principio de interpretación más favorable al ejercicio y efectividad del derecho de sufragio forjado por la jurisprudencia constitucional.

e) En cuanto al derecho de sufragio municipal de las personas extranjeras residentes en España, se podría realizar un reconocimiento general del mismo con unos requisitos de residencia no muy exigentes a todas aquéllas cuyo país de origen haga lo propio con los nacionales españoles, aunque sea con unas condiciones de ejercicio diferentes. La vía legal sería mucho más

adecuada para avanzar en el reconocimiento de la participación política de los extranjeros residentes que la de los tratados utilizada hasta el momento. Y si realmente se desea romper con el difícil encaje con el principio de igualdad formal del actual contexto normativo de la materia, se impone la modificación del art. 13.2 CE para suprimir el requisito de la reciprocidad. Sería la única manera que los nacionales de países no democráticos o de Estados que no reconocen la participación política a personas extranjeras tuvieran cabida en una concepción de la democracia representativa más inclusiva.

f) Tal como concluimos en el caso de los españoles residentes en el exterior, la imposición del voto rogado en las elecciones municipales a las personas extranjeras residentes en España que tienen reconocida la participación en las mismas es un ataque al principio de igualdad material que carece de justificación objetiva que afecta gravemente al contenido sustantivo de estos derechos.

g) Las personas afectadas por la exclusión social sufren un vaciado del contenido material de su ciudadanía. La dimensión externa del hecho de ser ciudadano se expresa a través de la participación en la comunidad, cuando la misma se ve truncada por carecer de las herramientas básicas para su ejercicio, la persona torna en sujeto pasivo, o incluso mero objeto de las políticas y normas que rigen la convivencia.

h) Es fundamental incorporar en todas las políticas públicas de inclusión social dirigidas a las barriadas más deprimidas estrategias de fomento de la participación política en general y de utilización de las herramientas de democracia representativa en particular. En los tradicionales pilares de la lucha contra la exclusión (educación, vivienda y empleo) se debe incluir la perspectiva instrumental al servicio de los elementos claves de la ciudadanía activa: libertad de expresión, derecho de asociación..., junto a habilitar herramientas específicas de participación política. Las estrategias en este ámbito incluirán tanto acciones positivas genéricas de fomento de la participación, como específicas de discriminación positiva dirigidas a los colectivos en situación de exclusión.

## LISTA DE REFERENCIAS

- ALÁEZ DEL CORRAL, B. 2011. «Exclusión del sufragio municipal emigrante y garantía democrática de expectativas legítimas». En *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, coordinado por Francisco Javier Matia Portilla, 35-58. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ÁLVAREZ CONDE, E. 1996. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I. Madrid: Tecnos.
- ANTÓN MARÍN, J. 2015. «La reforma del artículo 75 de la LOREG como mecanismo de abstención inducida». *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 32: 51-73.

- ARCE JIMÉNEZ, Carlos. 2009. *La ciudadanía en la era de la globalización. El reto de la inclusión*. Madrid: Ramón Areces.
- 2012. *Los derechos políticos de los residentes extranjeros. La ciudadanía inclusiva*. Sevilla: Defensor del Pueblo Andaluz.
- 2015. «Ciudadanía y derechos políticos de los residentes extranjeros en la Unión Europea». En *Ciudadanía temas y debates*, coordinado por Armando Cortés y Pedro Díaz, 71-101. Santiago de Chile: Centro de Estudios Bicentenario.
- CHUECA RODRÍGUEZ, R.L., C. GAVARA DE CARA, J. y PAJARES MONTOLIO, E.J. 2011. *La reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F. 2006. «Artículo 6. Participación pública», en Esplugues, C. (coord.); *Comentarios a la ley de extranjería*, 142-178. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FUNDACIÓN EUROPEA. 1995. *Public Welfare Services and Social Exclusion: The Development of Consumer Oriented Initiatives in the European Union*. Dublín: The European Foundation for the Living and Working Conditions.
- GARCÍA MAHAMUT, R. 2012. «La reforma electoral (LO 2/2011) y el voto de los españoles en el exterior (CERA). La ineffectividad del derecho de sufragio de los españoles en el exterior. Una necesaria revisión». *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, nº 30: 259-289.
- GÓMEZ, B. y TRUJILLO, M. 2011. *Los excluidos también pueden votar: abstención y exclusión social en España*. Madrid: Fundación Alternativas.
- 2016. *Urnas vacías en los suburbios de las ciudades*. Barcelona: Observatorio Social de La Caixa.
- IBÁÑEZ MACÍAS, A. 2009. *El derecho de sufragio de los extranjeros*. Cuadernos «Bartolomé de las Casas». Madrid: Dykinson.
- LOZANO GARCÍA, J.L. 1991. *Derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales. Memoria monográfica del curso selectivo de formación de secretarios de Embajada (1990-1991)*. Madrid: Escuela Diplomática.
- LUCAS MARTÍN, J. de. 2008. *Los derechos de participación de los extranjeros como elemento de integración de los inmigrantes*. Bilbao: Fundación BBVA.
- MARCOS DEL CANO, A.M. 2012. «Los derechos de los españoles residentes en el exterior: especial referencia a los derechos de participación». *Revista Derechos y Libertades*, nº 27: 103-139.
- MOYA MALAPEIRA, D. 2010. «Regulación del derecho de sufragio de los extranjeros en España y los mecanismos alternativos de participación política», en Moya Malapeira, D. y Viñas Ferrer, A. (eds.), *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*, Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer.
- NARANJO DE LA CRUZ, R. 2017. «Elecciones municipales y derecho al voto de los extranjeros no comunitarios: estado de la cuestión y propuestas de reforma». *Revista de Derecho Político* nº 100: 81-122.
- NAVA GOMAR, S.O. 2011. «Ciudadanía, participación política y justicia electoral: la experiencia en México (una aproximación)». En *Pluralidad de ciudadanía, nuevos derechos y participación democrática*, coordinado por Francisco Javier Matia Portilla, 3-15. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- OACNUDH. 2006. *Los derechos de los no ciudadanos*. Nueva York y Ginebra: OACNUDH.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A. 2011. *El derecho al voto de los ciudadanos extracomunitarios en las próximas elecciones municipales españolas de 2011*. Madrid: Fundación Alternativas.
- PÉREZ ALBERDI, M.<sup>a</sup> R. 2013. *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*, Madrid, Congreso de los Diputados.
- PEREZ-NIEVAS, S., VINTILA, C.D., MORALES, L. y PARADÉS, M. 2014. «La representación política de los inmigrantes en elecciones municipales. Un análisis empírico», *CSIC Opiniones y actitudes*, n° 72.
- PRESNO LINERA, M.Á. 2011. «La reforma del derecho de voto en España», *Revista de Justicia Electoral*, vol 1, n°8: 81-117
- REY MARTÍNEZ, F. 2017. «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018». *Revista de Derecho Político*, n° 100: 125-171.
- SANTALOYA MACHETTI, P. 2007. «Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio», en *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio* Santolaya, P. y Revenga, M., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2011. «Los acuerdos sobre voto en las elecciones municipales en la IX Legislatura». En *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, coordinado por Francisco Javier Matia Portilla, 35-58. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- SECO MARTÍNEZ, J.M.<sup>a</sup>. 2017. «De la igualdad formal a la igualdad material: cuestiones previas y problemas a revisar». *Revista Derechos y Libertades*, n° 36: 55-89.
- SERNA SANDOVAL, C. de la. 2012: «Internamiento preventivo de migrantes irregulares en la Unión Europea: análisis desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos», en *Paz, migraciones y libre determinación de los pueblos*, editado por C. Villán y C. Faleh, 55-81. Lluarca: AEDIDH.

# **El derecho a la tutela judicial efectiva**



# CONSIDERACIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA\*

*Considerations on the relationship between the right to effective judicial protection and the mandatory mediation*

Pilar Peiteado Mariscal

Universidad Complutense de Madrid (España)  
peiteado@der.ucm.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp283-322](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp283-322)

Recibido: 30.10.2018

Aceptado: 21.11.2018

## **Resumen**

Este trabajo versa sobre la relación entre la función jurisdiccional y los medios extrajudiciales de resolución de controversias. En concreto, examina el posible conflicto entre la mediación obligatoria, el derecho a la tutela judicial efectiva y otros principios y derechos que configuran nuestro sistema jurídico, prestando particular atención a los artículos 24.1 CE y 47 CDFUE y a la jurisprudencia del TC y del TJUE.

## **Palabras clave**

Derecho a la tutela judicial efectiva; Mediación obligatoria.

---

\* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Peiteado Mariscal, Pilar. 2018. «Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 283-322. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp283-322](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp283-322).

Proyecto de Investigación «Administración pública y derechos fundamentales: nuevas perspectivas», DER2015-67695-C2-2-P (MINECO/FEDER).

***Abstract***

This paper deals with the relationship between jurisdictional function and ADR. In particular, it focuses on potential conflicts between mandatory mediation, right to effective judicial protection and other principles and rights that draft our legal system. It pays particular attention to the articles 24.1 CE and 47 CDFUE, and also to the TC and the ECJ jurisprudence.

***Keywords***

Effective judicial protection; Mandatory mediation.

---

**SUMARIO:** I. SITUACIÓN DE LOS TÉRMINOS DEL DEBATE. II. PREMISA PREVIA. LA JURISDICCIÓN Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS NO SON CONCEPTUALMENTE EQUIVALENTES. III. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. 1. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la Constitución española*. 2. *En particular, derecho a la tutela judicial efectiva y derecho de acceso a los tribunales*. 3. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. 4. *Relación entre los artículos 24.1 de la Constitución y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. IV. ¿VULNERA LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA? 1. *Derechos fundamentales y autonomía de la voluntad*. 2. *Mediación obligatoria, acceso a los tribunales y tutela judicial efectiva*. 3. *La mediación obligatoria no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pero...* V. CONCLUSIÓN. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA NO ES EL ÚNICO PARÁMETRO QUE MIDE LA CONVENIENCIA DE UNA MEDIACIÓN OBLIGATORIA. BIBLIOGRAFÍA

---

## I. SITUACIÓN DE LOS TÉRMINOS DEL DEBATE

En los últimos meses, varias resoluciones judiciales de muy distintas procedencia y calado han decidido cuestiones relacionadas con la posibilidad de que el acceso a los tribunales esté condicionado –o, incluso, sea sustituido– por el recurso a medios no jurisdiccionales de resolución de conflictos. Se trata de un conjunto de pronunciamientos realmente heterogéneo pero con varios puntos en común, entre los que se encuentran la reflexión sobre el alcance del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y sobre el papel que debe desempeñar el proceso judicial en relación con otras posibilidades de abordar la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos.

Este debate jurídico se produce en un contexto social determinado. No es este lugar en el que pueda hacerse un estudio muy profundo de una situación que tiene muchos perfiles distintos, ni soy tampoco una experta en las disciplinas propias del análisis de los fenómenos sociales. Sin embargo, creo que una observación atenta de la realidad permite definir al menos algunos parámetros, que pueden servir en ciertos casos para una mejor comprensión de lo que está sucediendo en el ámbito jurídico, y en otros, para formar criterio sobre lo que puede suceder en el futuro.

A mi juicio, las cuestiones que son objeto de este trabajo se proyectan sobre un momento social/político/jurídico caracterizado –en lo que aquí nos interesa, y asumiendo la responsabilidad por la distorsión que la evidente simplificación pueda causar en el enfoque– por dos conjuntos de factores, que pueden agruparse en torno a las etiquetas de cualitativos y cuantitativos. Los

factores cualitativos aluden, sobre todo, a dos cuestiones. La primera es la relación entre los ciudadanos y las instituciones que configuran el Estado o las entidades supraestatales. En décadas anteriores, esta relación estaba marcada por la distancia que se desprendía tanto de la *auctoritas* y de la *potestas* que emanaban de ellas como de la lejanía que genera el desconocimiento. Esta distancia tenía una lectura con un sesgo más positivo, que puede traducirse como respeto o reconocimiento de una posición de supremacía; pero se entrevén también en ella factores menos amables, como una escasa implicación de los ciudadanos en los asuntos públicos o el protagonismo de una élite social e intelectual reducida.

Actualmente esa lejanía ha desaparecido, porque el desconocimiento ha sido sustituido por el conocimiento, o al menos por la abundancia de datos y de información. En ocasiones se trata de un conocimiento profundo y riguroso, que origina la formación de grupos sociales comprometidos, informados y exigentes; así ha sucedido en el sector social y en determinados ámbitos de las relaciones laborales, económicas y de consumo. En otras, se trata de un conocimiento que responde al fenómeno de la vulgarización, es decir, un conocimiento muy extendido y muy presente en la vida social, pero también muy superficial, que atiende poco a las causas y fundamentos profundos de lo que sucede; la consecuencia de este tipo de conocimiento es la formación de grupos sociales conscientes de los derechos anudados a la posición de ciudadano pero menos de los deberes que también conlleva, y que juzgan las instituciones con dureza extrema, porque la superficialidad o el conocimiento parcial facilitan la polaridad y la idea de que todo lo que no es sencillo, fácil y rápido responde a intereses ocultos y nocivos. Este tipo de conocimiento genera desafección, porque conduce fácilmente –pero falsamente también– a pensar que todo funciona mal y que es sencillo hacerlo mejor, de modo que esa supuesta maldad cae sobre quienes integran las instituciones del Estado.

Es este modo de conocimiento el que se ha propagado con frecuencia respecto del Derecho y de la Administración de Justicia. Nunca se oyó tanto hablar de instituciones y conceptos jurídicos en el espacio público como ahora, pero, con frecuencia, esto no conduce a una mayor formación de los ciudadanos sino a una de-formación de la opinión pública en asuntos que tienen que ver con la Justicia. Esta deformación se convierte en presión sobre los tribunales. En una presión que proviene de los ciudadanos, que no comprenden el ritmo ni el sentido de las resoluciones judiciales, y en una presión que proviene también de otros poderes públicos, que ven en el cuestionamiento del sistema de Justicia un modo –irresponsable– de acercarse a la opinión pública.

Otro grupo de factores que hay que tener en cuenta en el momento de examinar cuestiones relacionadas con el sistema de Justicia son los cuantitativos. No podemos ignorar, por un lado, que la complejidad de las relaciones

personales y económicas propia de nuestras sociedades determina que tanto el número y dificultad de las normas que las rigen como la litigiosidad que generan se incrementan respecto de lo que vieron épocas pasadas. Esta elevada demanda de resolución de conflictos frente al Estado desdibuja a veces las fronteras entre el ciudadano y el consumidor, entre quien se mueve en un espacio público y quien lo hace en otro estrictamente privado; y con ello también las líneas divisorias entre lo que se puede exigir y pretender en cada caso. Y, por otro lado, los últimos años han recordado a los Estados occidentales, en su mayoría Estados sociales o Estados del bienestar, que los recursos económicos no son ilimitados, y que las decisiones sobre asignación de los recursos son máximamente relevantes para el mantenimiento de las estructuras sociales y políticas que hasta ahora nos han sostenido.

Los factores cuantitativos y cualitativos a los que me he referido forman parte habitual de la fundamentación de las posiciones relacionadas con las materias de que se va a tratar aquí. Sin embargo, y como se verá, a veces no son explícitos, o se otorga una vestidura jurídica a lo que tiene un fundamento económico, político o que reside en la opinión pública.

## II. PREMISA PREVIA. LA JURISDICCIÓN Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS NO SON CONCEPTUALMENTE EQUIVALENTES

Con la expresión «medios alternativos de resolución de conflictos» se alude comúnmente a sistemas heterocompositivos o autocompositivos a los que los particulares pueden recurrir para solucionar controversias, en lugar de incoar un proceso ante los tribunales que resulten competentes<sup>1</sup>. Sin embargo, y pese a que la expresión es suficientemente descriptiva y está completamente extendida<sup>2</sup>, creo necesario precisar que esa alternatividad respecto de la jurisdicción se puede predicar solo de la resolución de conflictos, que es todo el objeto y contenido de estos medios pero no es todo el objeto y contenido de la jurisdicción. La jurisdicción no se comprende solo como un medio de solución de conflictos, es algo más. No es sencillo definir

<sup>1</sup> El núcleo central de los conocidos como ADR o MARC se estructura en torno al arbitraje, la mediación y la negociación, que tienen caracteres específicos y bien diferenciados. A su alrededor ellos se agrupan otras modalidades, tradicionales como la conciliación o más recientes, como el *med arb* o el *arb med*. La realidad es que no están reglados ni constituyen un sistema *numerus clausus* definido en ningún sitio, de modo que cualquier sistema de composición ajeno a los tribunales puede ser incluido en esta categoría.

<sup>2</sup> También se van abriendo paso otras que no ponen el acento en la idea de alternatividad sino en la de complementariedad. *Vid.* Iglesias Buhígues y Calderón Cuadrado 2011, 8-15 y 28-29.

ese más, ese plus, ese algo que es solo específico de la función jurisdiccional. Siguiendo a De la Oliva<sup>3</sup>, que enseña que lo propio de la función jurisdiccional es tutelar el Derecho objetivo, decir el Derecho al caso concreto, considero que lo que caracteriza a la jurisdicción es que su existencia y su función se justifican a su vez por la existencia de la norma, del Derecho; la jurisdicción existe para que el Derecho alcance el lugar que le corresponde en el modelo de Estado en el que vivimos, para afirmar su primacía por encima de las actuaciones de los poderes públicos y su carácter de esencial elemento rector de las relaciones de todo tipo entre los ciudadanos y entre éstos y los poderes públicos.

Las resoluciones de la jurisdicción pueden pronunciarse en supuestos de conflicto y en otros supuestos; y siempre, aun resolviendo el caso concreto, aspiran a la validez general, porque interpretan y aplican la norma, que es general y tiene vocación de permanencia; las resoluciones de la jurisdicción tienen potencia explicativa sobre el modo en que se producen y comprenden las relaciones sociales en el seno de un determinado grupo humano. Los medios alternativos de resolución de conflictos justifican su existencia, por el contrario, en el conflicto, que es siempre concreto y pasajero, y no pueden alcanzar la generalidad de la norma, que no es su punto central de referencia, ni acercarse al papel que a ésta le corresponde desempeñar en la construcción y consistencia de la sociedad y del Estado. Por eso, jurisdicción y medios alternativos de resolución de conflictos no constituyen los dos miembros de una igualdad: existe entre ambas proposiciones un desequilibrio de peso, por decirlo gráficamente, ya que la jurisdicción comprende la resolución de conflictos y algo más, tiene una posición primordial para la existencia y prevalencia de la norma jurídica, que es el último garante de la libertad y de los derechos de cada uno de los ciudadanos en un Estado de Derecho.

Resolver conflictos no es exactamente lo mismo que hacer Justicia. En uno y otro caso el horizonte coincide, la paz social, pero es distinto el modo de alcanzarla. La resolución extrajurisdiccional de conflictos puede encontrar apoyo en cualquier criterio, llega a la paz social por muchos caminos. En cambio, la solución jurisdiccional solo puede fundarse en la norma jurídica, en la norma que es aplicada, además, por unos órganos que reúnen unos caracteres específicos; llega a la paz social a través de la Justicia. Es cierto que este modo positivista de presentar la Justicia es muy imperfecto, pero no pretendo trasladar ahora una visión personal y completa sino fijar algunos trazos que resultan necesarios. En un Estado Social de Derecho, la creación de la norma jurídica sigue unos cauces que la acercan a la voluntad popular, y, en cuanto a su contenido, se engarza en un sistema jurídico que busca

<sup>3</sup> De la Oliva Santos 2016, 17-19.

asegurar que, viviendo en colectividad, la libertad y los derechos individuales queden salvaguardados y sea posible una cierta protección para las minorías y los más débiles. Quiere decirse con esto que la administración de Justicia, lejos de la visión que en ocasiones la vincula al autoritarismo, a la imposición y a una sociedad absolutista y no participativa<sup>4</sup>, forma parte de los elementos que constituyen la esencia de los Estados modernos. Y, todavía hoy, su incapacidad para asumir las funciones que le corresponden o su debilidad extrema determina la consideración de un Estado como fallido, con las graves consecuencias de todo tipo que estas situaciones acarrearán para las personas. La aspiración a la Justicia, a que en nombre del Estado se haga Justicia, es irrenunciable para los Estados de Derecho.

Todo lo anterior no significa que no pueda haber otros medios de resolución de controversias; al contrario, la idea del sistema de Justicia *multi-rooms*<sup>5</sup> me parece interesante y atractiva, pero en el bien entendido de que no todas las *rooms* son iguales, ni el nivel de implicación del Estado en ellas puede ser el mismo, ni los derechos básicos del justiciable se satisfacen con el acceso a cualquier *room*. Tal vez lo menos acertado sea el nombre, porque Justicia, realmente Justicia, en el sentido en el que la tradición jurídica continental la entiende —y pienso que hay más peligros que ventajas en diluir este concepto, especialmente, como siempre, para quienes más tienen que perder—, solo está asegurada en la habitación en la que se produce el ejercicio de la función jurisdiccional<sup>6</sup>. Creo que situar las cosas en su justo punto de partida ayuda a la claridad de los análisis posteriores.

### III. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

#### 1. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la Constitución española*

La definición básica del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico se construye desde los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre este derecho fundamental y, aunque ha sido muy desarrollada y precisada a causa de los muchos recursos de amparo que alegan su vulneración y de las incontables ocasiones en las que, como consecuencia, el Tribunal Constitucional ha tenido que volver sobre su contenido y caracteres, sus perfiles permanecen estables<sup>7</sup>. El derecho funda-

<sup>4</sup> Ortuño Muñoz 2017, 52-53.

<sup>5</sup> Barona Vilar 2016, 51-56; especialmente estas páginas en este punto, pero el artículo completo es de gran interés.

<sup>6</sup> Volveré sobre este punto en el epígrafe 5.

<sup>7</sup> Todos los manuales de Derecho Procesal, imagino que también los de Derecho Constitucional, incontables obras monográficas y la gran mayoría de las sentencias del

mental de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (artículo 24.1 CE) es considerado por el Tribunal Constitucional como un haz o conjunto de derechos, que tienen su núcleo en lo que la doctrina procesal conoce como «derecho al proceso», es decir, el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto que haya sido sometido a los tribunales, siempre que, por un lado, concurren los presupuestos establecidos por el legislador para ello y, por otro –y en sentido contrario–, no esté presente ningún obstáculo u óbice que impida que tal pronunciamiento sobre el fondo se produzca. El derecho a la tutela judicial efectiva es, pues, un derecho de configuración legal, que no se ejerce directamente sobre la base del texto constitucional, sino dentro del marco establecido por el legislador ordinario<sup>8</sup>.

Tanto los presupuestos como los óbices que condicionan en sentido positivo y negativo la resolución sobre el fondo del asunto en la que el núcleo del derecho consiste, son de naturaleza procesal, y esto tiene dos implicaciones. La primera, que está en manos de quien se dirige a los tribunales cumplir con estas exigencias de carácter procesal (formulando su demanda ante tribunal competente, o solicitando tutela respecto de un asunto que no ha sido ya resuelto anteriormente o que no se encuentra pendiente de resolución, por poner ejemplos de presupuestos y óbices, respectivamente), generando así en el órgano jurisdiccional la obligación de resolver el fondo del asunto. La segunda, que no están vinculados al sentido en que se resuelve el fondo ni prejuzgan o presuponen nada sobre él, porque no pertenecen al ámbito material, de modo que tanto satisface el derecho a la tutela judicial efectiva la resolución sobre el fondo del asunto

---

Tribunal Constitucional que resuelven recursos de amparo sobre el artículo 24.1 de la Constitución ofrecen una definición del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, incidiendo, según las circunstancias, en el conjunto o en alguno de sus aspectos parciales. La descripción de lo que puede entenderse por este derecho fundamental que enuncio a continuación no pretende tanto constituir una definición original y personal como formular un concepto conciso y completo que sirva de referencia para el desarrollo posterior de este trabajo. Los fundamentos de mi formación y pensamiento en lo que se refiere a la posición de los ciudadanos respecto de la administración de Justicia –que es una cuestión previa al derecho fundamental, y necesaria para tener criterio sobre el modelo de administración de Justicia y de proceso que se quiere- se los debo al magisterio de Andrés de la Oliva Santos, 1980.

<sup>8</sup> La doctrina recuerda que las resoluciones iniciales del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva resaltaban más la idea de que, si bien el legislador configura los cauces procesales de acceso a los tribunales, el derecho emana directamente de la Constitución y debe ser respetado en su contenido esencial. En este sentido Borrajo Iniesta, Díez-Picazo Giménez y Fernández Farreres 1995, 42.

que estima la pretensión del demandante como la que la rechaza, absolviendo al demandado<sup>9</sup>.

Como ya se ha dicho, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es multiforme o plural, puesto que el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto se vincula a otros derechos, como causa o consecuencia de ellos. Así, el derecho a la tutela judicial efectiva ampara el derecho de acceso a los tribunales (*vid. infra* epígrafe 3.2), que se entiende inherente al derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto; se extiende a los caracteres de esta resolución, porque no cualquier pronunciamiento sobre el fondo satisface el derecho a la tutela judicial efectiva sino solo el que es exhaustivo y congruente y se funda en una motivación que no es arbitraria o irracional; y alcanza a ámbitos procesales distintos de la obtención de una resolución sobre el fondo pero íntimamente conectados con los conceptos de «tutela judicial» y de «efectividad», de manera que el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra también integrado por el derecho a los recursos, a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos y a la tutela cautelar, todo ello con el contenido y alcance definidos por el Tribunal Constitucional.

## 2. *En particular, derecho a la tutela judicial efectiva y derecho de acceso a los tribunales*

La faceta del derecho a la tutela judicial efectiva que en mayor medida puede ser desconocida o vulnerada con la imposición obligatoria del recurso a medios de resolución de conflictos distintos de la jurisdicción es el derecho de acceso a los tribunales. Tradicionalmente, éste se ha entendido fundamentalmente como un mandato dirigido primeramente al legislador, que no puede promulgar normas que excluyan la posibilidad de que los tribunales se pronuncien sobre ningún sujeto (vertiente subjetiva del derecho de acceso a los tribunales) ni sobre ninguna materia (vertiente objetiva del derecho de acceso a los tribunales). En este sentido, o desde esta perspectiva, se trata de un derecho incondicionado y no sujeto a configuración legal: no hay ninguna situación que permita legítimamente que el legislador sitúe personas o asuntos completamente fuera del alcance de la jurisdicción. En palabras de la STC 37/1995, de 7 de febrero, «El derecho a poder dirigirse a un Juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada quien, tiene naturaleza constitucional por nacer directamente

---

<sup>9</sup> El ámbito material está vinculado al derecho de acción o derecho a obtener una sentencia favorable, derecho excluido desde los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional –por razones prácticas y evidentes– del ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. De la Oliva 1996, 25-31.

de la propia Ley suprema»<sup>10</sup>. O de Díez-Picazo, «todo derecho o interés legítimo –es decir, cualquier situación jurídicamente relevante– debe poder hacerse valer, llegado el caso, en un proceso ante un verdadero órgano judicial, quedando constitucionalmente prohibida toda forma de denegación de justicia»<sup>11</sup>.

No es común, sin embargo, encontrar formulaciones tajantes y claras de este punto, siendo frecuente la presentación conjunta de todos los aspectos del derecho a la tutela judicial efectiva. Incluso aunque se distinga nominalmente el derecho de acceso a los tribunales, no se separa conceptualmente después de la obtención de una resolución sobre el fondo del asunto, con la consecuencia de que todo queda definido como un derecho prestacional y de configuración legal cuando, afortunadamente, esto no es exacto. Y digo afortunadamente porque considero que no queda en manos del legislador ordinario (como sucedería si el acceso a los tribunales se tratase de un derecho de configuración legal) definir *sobre qué asuntos* tenemos derecho a obtener una resolución sobre el fondo. Nuestro derecho a ser tutelados por la jurisdicción se extiende a cualquier asunto, y toda limitación sobre este punto es inconstitucional. Después, la tutela a la que tenemos derecho consiste en obtener una resolución sobre el fondo del asunto, y las condiciones en que esta resolución puede producirse en cada caso concreto sí dependen de la configuración hecha por el legislador ordinario. Pero no la posibilidad en abstracto de dirigirse a los tribunales sometiéndoles el asunto, cualquier tipo de asunto.

En ocasiones, la falta de nitidez al deslindar los distintos planos del derecho a la tutela judicial efectiva alcanza a la propia jurisprudencia constitucional. La STC 6/2018, de 22 de enero (ECLI:ES:TC:2018:6) –por lo demás, muy interesante y bien fundada–, aborda juntos y bajo la denominación «derecho de acceso a la jurisdicción» tanto el acceso a los tribunales propiamente dicho como el derecho a una resolución sobre el fondo: «El primer contenido del derecho que reconoce el artículo 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que permite ser parte en un proceso y obtener un pronunciamiento sobre las pretensiones deducidas. No se trata, sin embargo, de un derecho absoluto e incondicionado, sino que ha de someterse a los cauces procesales existentes y de acuerdo con la ordenación legal pues, en cuanto derecho de configuración legal, su ejercicio y dispensación se supeditan al cumplimiento de los presupuestos y requisitos establecidos

<sup>10</sup> La sentencia, que resuelve un amparo contra la inadmisión de un recurso de casación, establece una distinción nítida entre el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a los recursos, que es también una faceta del derecho a la tutela judicial efectiva y continúa diciendo: «En cambio, que se revise la respuesta judicial, meollo de la tutela, que muy bien pudiera agotarse en sí misma, es un derecho cuya configuración se defiende a las leyes. Son, por tanto, cualitativa y cuantitativamente distintos».

<sup>11</sup> Díez-Picazo Giménez 2013, Capítulo XV del libro en formato electrónico.

por el legislador en cada caso. Por tal razón, queda también satisfecho cuando se emite un pronunciamiento de inadmisión que aprecie razonada y razonablemente la concurrencia de una causa establecida expresamente en la ley».

En cambio, y curiosamente, una de las expresiones más claras en este sentido se contienen en la STC 58/2016, de 17 de marzo, que no menciona expresamente el derecho de acceso a la jurisdicción sino que se refiere directamente a la tutela judicial efectiva, aunque es evidente que el núcleo del asunto reside en este primer nivel del derecho, puesto que la cuestión de inconstitucionalidad se suscita respecto de determinadas resoluciones del secretario judicial que son irrecurribles, de modo que su objeto no se plantea nunca ante los verdaderos titulares de la potestad jurisdiccional, los jueces y magistrados. «El derecho fundamental garantizado por el art. 24.1 CE comporta que la tutela de los derechos e intereses legítimos de los justiciables sea dispensada por los Jueces y Tribunales, a quienes está constitucionalmente reservada en exclusividad el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Este axioma veda que el legislador excluya de manera absoluta e incondicionada la posibilidad de recurso judicial contra los decretos de los Letrados de la Administración de Justicia resolutorios de la reposición, como acontece en el cuestionado párrafo primero del art. 102 *bis*.2 LJCA». Continúa el TC: «Entenderlo de otro modo supondría admitir la existencia de un sector de inmunidad jurisdiccional, lo que no se compeadece con el derecho a la tutela judicial efectiva (...) y conduce a privar al justiciable de su derecho a que la decisión procesal del Letrado de la Administración de Justicia sea examinada y revisada por quien está investido de jurisdicción (esto es, por el Juez o Tribunal), lo que constituiría una patente violación del derecho a la tutela judicial efectiva».

Este contenido tan de primer nivel del derecho a la tutela judicial efectiva, la necesidad de que nada quede excluido del acceso a la jurisdicción, sirve como parámetro de constitucionalidad de la actuación del legislador, como ya se ha dicho, pero también de la propia de los tribunales, de modo que lo que sería inconstitucional *de iure* (establecer exclusiones subjetivas u objetivas del acceso a los tribunales) lo es también si se produce *de facto*, bien porque las normas que regulan los cauces de acceso a los tribunales dificultan este acceso extraordinariamente, bien porque –como suele suceder con mayor frecuencia– los tribunales las interpretan al aplicarlas en un sentido obstaculizador del acceso de los ciudadanos a la jurisdicción<sup>12</sup>. Así, la ya

<sup>12</sup> Es cierto que la interposición y estimación de recursos de amparo respecto de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción es más frecuente que el planteamiento y estimación de cuestiones de inconstitucionalidad por este motivo. Sin embargo, no faltan los ejemplos, como puede verse en las recientes y relevantes SSTC 140/2016, de 21 de julio, que declara la nulidad de determinados preceptos de la Ley de tasas en el ámbito de la administración de Justicia, y 1/2018, de 11

citada STC 6/2018, de 22 de enero (ECLI:ES:TC:2018:6), se refiere a dos circunstancias que pueden determinar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los tribunales. Por un lado, conculcan el derecho fundamental las resoluciones de inadmisión que puedan estimarse arbitrarias, irrazonables o patentemente erradas; y, por otro, las que se basan en criterios que, por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón, «revelen una clara desproporción entre los fines que la causa legal aplicada preserva y los intereses que se sacrifican como consecuencia de la inadmisión».

Esta resolución, que se trae aquí porque, siendo de fecha reciente, recoge con claridad la doctrina constitucional sobre el derecho de acceso a los tribunales, expone también los matices con los que -desde hace ya años, y después de una época de afirmación más rotunda- el Tribunal Constitucional acompaña la explicación y aplicación del conocido como principio *pro actione*: los tribunales deben aplicar las normas que regulan el acceso a la jurisdicción teniendo en cuenta su sentido y finalidad, pero esto no significa que solo sea constitucional la interpretación más favorable a la admisión de la demanda o acto procesal de que se trate. La STC 6/2018, de 22 de enero, supone igualmente un claro ejemplo del contenido que el TC atribuye a la circunstancia de «error patente» en la inadmisión de la acción que se pretende ejercitar ante los tribunales y cuya concurrencia determina el otorgamiento del amparo. Como ejemplos, también recientes, de las restantes circunstancias que el Tribunal Constitucional considera determinantes de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los tribunales pueden verse las SSTC 4/2017, de 16 de enero (ECLI:ES:TC:2017:4), respecto de la interpretación irrazonable de los requisitos establecidos por el legislador; 222/2016, de 19 de diciembre de 2016, respecto de la desproporción en la aplicación de las normas de acceso; 39/2015, de 2 de marzo, que aprecia excesivo rigor y formalismo en la interpretación de la norma procesal; y 115/2015, de 8 de junio de 2015, que considera arbitraria e irrazonable la decisión de inadmisión de una demanda a causa de la carencia de un requisito no exigido por la norma procesal.

De lo que se ha dicho hasta ahora se desprende que el acceso a los tribunales tiene que ser posible para todo tipo de sujetos y asuntos, de modo que la tutela de este derecho implica vigilar y garantizar que no se impide por vías directas o indirectas; pero esto no significa que el acceso a la jurisdicción tenga que ser inmediato, y tampoco incondicionado. Todos los derechos fundamentales pueden entrar en concurrencia con otros derechos o intereses de rango constitucional y es necesario, entonces, limitarlos, en la medida en que

---

de enero (ECLI:ES:TC:2018:1), que estima igualmente nula por afectación del derecho a la tutela judicial efectiva una norma de la Ley de Contrato de Seguro.

lo indique un juicio de proporcionalidad. Como se verá en el epígrafe siguiente, ésta es la perspectiva desde la que el TJUE comienza a abordar la posible introducción de procedimientos obligatorios previos al ejercicio de acciones ante los tribunales.

### 3. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que vincula a los Estados miembros en virtud del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea<sup>13</sup>, rotula el artículo 47 como «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», y establece en su primer párrafo que «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo»<sup>14</sup>.

La razón por la que me detengo en el artículo 47 CDFUE y no en otras normas equivalentes de Tratados equivalentes es doble. Por un lado, de entre todos los textos internacionales que contienen proclamaciones de derechos vinculantes para nuestro país, la Carta es el único que utiliza los términos «tutela judicial efectiva». En efecto, la referencia a la tutela judicial efectiva no aparece en las normas que podrían considerarse correlativas de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni del Pacto de Derechos Civiles y Políticos ni del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Por otro lado, las resoluciones que actualmente se pronuncian sobre la relación entre medios extrajudiciales de resolución de conflictos y derecho a la tutela judicial efectiva provienen del TJUE, sobre la base del artículo 47 CDFUE.

Para comprender el contenido que el legislador europeo atribuye al derecho a la tutela judicial efectiva resulta particularmente iluminadora la justificación del conjunto de la norma que se recoge en las *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales* elaboradas y publicadas<sup>15</sup> por la

<sup>13</sup> Con las particularidades respecto del Reino Unido y de Polonia que se contienen en el Protocolo nº 30 de la Carta.

<sup>14</sup> El segundo párrafo del artículo 47 establece que «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar». Y el párrafo tercero, que «Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia».

<sup>15</sup> En el mismo Diario Oficial de la Unión Europea en el que se publica la Carta, de 14 de diciembre de 2007, C 303.

Convención que redactó la Carta; como las mismas *Explicaciones* manifiestan, «si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta». Pues bien. Frente a los que es común leer u oír –también respecto de nuestro artículo 24.1 CE-, las *Explicaciones* no identifican el inciso primero del artículo 47 con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), sino con el artículo 13 de este texto legal, que dispone que «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales». Las *Explicaciones* consideran que el artículo 47 de la Carta amplía el ámbito del artículo 13 del Convenio y mejora la protección de los derechos que este ofrece, puesto que garantiza que el ejercicio de cualquier derecho puede realizarse, no ante cualquier instancia, sino ante un juez.

La intención del legislador europeo de la CDFUE se clarifica del todo cuando las *Explicaciones* se refieren al segundo inciso del artículo 47: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar». Como es evidente, este inciso sí está basado en el artículo 6.1 del CEDH<sup>16</sup>; y esta norma refiere el derecho a que una causa sea oída equitativa, públicamente y en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial a «los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal». Como consecuencia, las *Explicaciones*, en el comentario al inciso segundo del artículo 47 CDFUE señalan que «en el Derecho de la Unión, el derecho a un tribunal no se aplica únicamente a litigios relativos a derechos y obligaciones de carácter civil. Es una de las consecuencias del hecho de que la Unión sea una comunidad de Derecho (...) No obstante, salvo en lo referente a su ámbito de

<sup>16</sup> «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».

aplicación, las garantías ofrecidas por el CEDH se aplican de manera similar en la Unión».

Lo que se pretende hacer notar en este punto es que el legislador europeo relaciona el derecho a la tutela judicial efectiva con la posibilidad de que todo tipo de asunto sea formulado ante un tribunal, sin ninguna exclusión, y no tanto con los caracteres del tribunal, la posición de las partes ante él, el modo de conducirse el proceso mediante el que alcance sus decisiones o el contenido de éstas. No significa que todos estos elementos sean indiferentes, obviamente, sino que responden a un factor algo distinto y sucesivo. Los ciudadanos tenemos derecho a dirigirnos en todo caso a un tribunal (derecho a la tutela judicial efectiva, en términos de la CDFUE y del artículo 24.1 CE, aunque como ya se ha dicho es una norma con un contenido más amplio), y, sucesivamente, a que ese tribunal, identificado con caracteres específicos, se desenvuelva de un modo concreto a través del instrumento propio de la función jurisdiccional, que es el proceso (en términos del artículo 6 CEDH, derecho a un proceso equitativo<sup>17</sup>, contenido que comparte con los incisos segundo y tercero del artículo 47 CDFUE y con el artículo 24.2 CE)<sup>18</sup>.

Una aplicación práctica que me parece sumamente reveladora de la concepción del derecho a la tutela judicial efectiva mantenido por las instituciones europeas es la que hace la STJUE *Unibet*<sup>19</sup>. Un tribunal sueco eleva al TJUE una serie de cuestiones prejudiciales relacionadas con un procedimiento sancionador en el que se ve envuelta una empresa internacional. Y la primera de ellas se refiere a si vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva una normativa interna que no prevé una acción directa para impugnar determinadas normas que la parte considera contrarias al Derecho Europeo, pudiendo formularse esta impugnación solo de forma incidental a través de otros procedimientos. Toda la sentencia es esclarecedora e interesante, porque explica y aplica con limpieza principios fundamentales en la interpretación europea de la tutela judicial efectiva como el de autonomía procesal de los Estados miembros<sup>20</sup> y los de equivalencia y

<sup>17</sup> Aunque la referencia más común en la doctrina y en la práctica sea a la formulación en inglés, *Due process*, o a su traducción más literal en castellano, «proceso debido».

<sup>18</sup> El esfuerzo por distinguir planos y contenidos dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, que es necesario para que los conceptos no sean una amalgama informe sino, al contrario, instrumentos bien perfilados, no puede conducir a ignorar la relación íntima que existe entre todos ellos. En este sentido, y sobre la relación entre todos los aspectos que contempla el artículo 47 CDFUE, Triguero Martínez, 2012, 1242.

<sup>19</sup> STJUE (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007, Asunto C432/05 – *Unibet (London) Ltd* (ECLI:EU:C:2007:163). Pueden verse comentarios a esta resolución en Díez-Picazo Giménez 2008, 91-93 y Cienfuegos Mateo 2012, 458-461.

<sup>20</sup> «Procede recordar asimismo que, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de

efectividad<sup>21</sup>, pero aquí es particularmente relevante la fundamentación de la decisión de la primera cuestión prejudicial: «En cualquier caso, de los apartados 56 a 61 de la presente sentencia se infiere que debe considerarse que *Unibet* dispone de cauces procesales que le garantizan la tutela judicial efectiva de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico comunitario. Si, por el contrario, como se ha señalado en el apartado 62 de la presente sentencia, tuviera que exponerse a ser objeto de procedimientos administrativos o penales, y a las sanciones que de ellos se puedan derivar, por ser éste el único cauce procesal para impugnar la conformidad de las disposiciones nacionales controvertidas con el Derecho comunitario, no quedaría suficientemente garantizada dicha tutela judicial efectiva». Dicho de otro modo, que no existan cauces para el ejercicio de acciones, aunque sean incidentales (o que los que existen impliquen el riesgo de sufrir una sanción penal o administrativa) vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 47 CDFUE. Es decir, el contenido primario del artículo 47 es el derecho a tener acceso a un órgano jurisdiccional, derecho que se vulnera si el acceso es imposible o muy gravoso, porque no existe cauce procesal que lo permita o porque el que existe puede implicar consecuencias desfavorables para los ciudadanos que hagan uso de ellos<sup>22</sup>.

Ahora bien. Como se ha visto en el epígrafe anterior respecto de la configuración del derecho de acceso a los tribunales que hace nuestra jurisprudencia constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva no es absoluto, como ningún derecho fundamental, porque puede entrar en concurrencia con otros derechos o intereses del mismo rango, concurrencia que puede conducir a la limitación de alguno o de todos los derechos en conflicto. El TJUE define este posible conflicto en términos amplios: «No obstante, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés

---

los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables».

<sup>21</sup> « (...) la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (...)».

<sup>22</sup> Por supuesto, el TJUE no ha descubierto el derecho a la tutela judicial efectiva ni la importancia del acceso a los tribunales con la CDFUE, sino que desde el comienzo de su trayectoria lo ha acogido como un principio general del Derecho comunitario, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que está reconocido en el CEDH. Una mención a algunas de las SSTJUE primigenias en esta línea puede verse en Milione 2017, 661-663.

general perseguidos por la medida en cuestión y no impliquen, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados»<sup>23</sup>. Los parámetros para este juicio de proporcionalidad están enunciados con claridad en el artículo 52.1 CDFUE: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

Aparentemente, nuestro TC formula de un modo más estricto que la CDFUE las exigencias para restringir legítimamente derechos fundamentales, aunque pienso que se trata fundamentalmente de que la jurisprudencia ofrece una regla más estructurada y desarrollada que la norma. Hay muchísimas sentencias del Tribunal Constitucional que mencionan y aplican el juicio de proporcionalidad en términos prácticamente idénticos. La STC 140/2016, de 21 de julio, que analiza entre otras muchas cuestiones la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por una ley que impone tasas judiciales, lo expone como sigue (para agilizar la cita he suprimido la referencia a otras resoluciones del TC, pero el texto procede íntegro de la resolución citada): «Para analizar este motivo desde el prisma de la proporcionalidad que se nos solicita, hemos de partir de nuestra doctrina en torno a los presupuestos que debe cumplir toda norma con rango de ley que resulte limitadora de un derecho fundamental, los cuales son, de un lado, el consistente en perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y, de otro, el relativo al cumplimiento del principio de proporcionalidad, cuya verificación exige, conforme a nuestra doctrina, comprobar sucesivamente el cumplimiento de los tres requisitos siguientes. En primer lugar, la medida debe ser idónea o adecuada para la consecución de los fines que persigue. En segundo lugar, la medida debe ser también necesaria, de tal manera que no resulte evidente la existencia de medidas menos restrictivas de los principios y derechos constitucionales que resultan limitados para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador. Y, finalmente, la medida debe ser propor-

<sup>23</sup> Exposición del TJUE contenida en resoluciones como *Alassini* (STJUE de 18 de marzo de 2010. Asuntos C-317/08 a C-320/08 - *Alassini* y otros. ECLI:EU:C:2010:146); *Star Storage* (STJUE de 15 de septiembre de 2016. Asuntos acumulados C439/14 y C488/14 - *SC Star Storage SA*. ECLI:EU:C:2016:688); *Menini y Rampanelli* (STJUE de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16 - *Menini y Rampanelli*. ECLI:EU:C:2017:457); *Puskár* (STJUE de 27 de septiembre de 2017. Asunto C73/16 - *Puskár*. ECLI:EU:C:2017:725) o *Hochtief* (STJUE de 7 de agosto de 2018, asunto C-300/17 - *Hochtief*. ECLI:EU:C:2018:635), a las que se hará referencia detallada en el epígrafe 4.3.2.

cionada en sentido estricto, de modo que no concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro».

El único punto que podría hacer pensar que nuestro TC sostiene un canon de protección de los derechos fundamentales más elevado que el establecido por el artículo 52.1 CDFUE es la referencia a la «finalidad constitucionalmente legítima» frente a los «objetivos de interés general reconocidos por la Unión» a los que se refiere la Carta. Sin embargo, ni el TC admite únicamente la proporción con finalidades que están estrictamente descritas en la Constitución, sino también con otras muchas que pueden derivarse de sus principios estructurales y de los derechos fundamentales, ni el TJUE considera proporcional la limitación de un derecho fundamental frente a cualquier finalidad de cualquier norma de la UE.

#### 4. *Relación entre los artículos 24.1 de la Constitución y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*

No pretendo en este punto tomar parte en los debates sobre las complejas relaciones entre los ámbitos interno y europeo de aplicación de derechos fundamentales, así como entre las igualmente complejas esferas de pronunciamiento en materia de derechos fundamentales de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La pretensión de este epígrafe se ciñe únicamente a ofrecer una recapitulación de los elementos básicos de estos puntos de fricción —elementos básicos generalmente conocidos y con un grado razonable de consenso en torno a ellos—, en cuanto pueda ser útil para explicar y comprender con rigor las cuestiones que constituyen el objeto de este trabajo.

El artículo 51 CDFUE regula el ámbito de aplicación de la Carta<sup>24</sup>. Y de él se desprende que sus disposiciones se dirigen a los poderes públicos de la Unión, y también a los de los Estados miembros, siempre y cuando unos y

---

<sup>24</sup> «1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias.

2. La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados».

otros apliquen el Derecho de la Unión. De esta norma se derivan dos tipos de consideraciones distintas.

- La CDFUE funciona del mismo modo que el nivel primario<sup>25</sup> de des-  
envolvimiento de los derechos fundamentales de nuestra Constitu-  
ción, es decir, estableciendo un círculo de protección para el  
individuo respecto de los poderes públicos, relacionado tanto con la  
incidencia directa de éstos sobre los ciudadanos (delimitan la esfera  
de libertad individual que el Estado tiene necesariamente que respec-  
tar) como con la actuación de los poderes públicos en el ejercicio de  
sus funciones, actuación que debe adoptar como criterio rector e ins-  
pirador la protección, promoción y salvaguarda de los derechos fun-  
damentales. Dicho de otro modo, los derechos fundamentales  
implican para los poderes públicos tanto obligaciones de abstención  
o respeto como conductas activas de tutela e impulso en multitud de  
planos distintos.
- La aplicación del Derecho de la Unión es condición indispensable  
para que se apliquen a su vez los derechos de la Carta. Y, al contrario,  
los derechos de la Carta no rigen cuando el Derecho de la Unión no es  
de aplicación. Como señala Monereo Pérez<sup>26</sup>, la Carta no atribuye a la  
Unión la competencia de desarrollar los derechos que contiene o de  
legislar sobre ellos, sino que le impone la obligación de regir su actua-  
ción en el ámbito de sus competencias –un ámbito regulado siempre  
por el Derecho de la Unión– por el parámetro que los derechos funda-  
mentales implican<sup>27</sup>.

Arzoz Santisteban<sup>28</sup> pone de manifiesto que la ejecución o desarrollo  
por parte de los Estados miembros de los mandatos normativos de la  
Unión implica aplicación del Derecho de la Unión y, como consecuencia,  
aplicación de la CDFUE. La doctrina que se desprende de las SSTJUE

<sup>25</sup> Me refiero al plano de la mera eficacia vertical, no horizontal. Por supuesto, la efi-  
cacia horizontal existe, igual que los ciudadanos son también interlocutores directos de los  
derechos de la Carta y no solo beneficiarios, aunque el artículo 51 CDFUE no mencione  
una cosa ni la otra. En este sentido Alonso y Sarmiento 2006, 26.

<sup>26</sup> Monereo Pérez 2012, 1309-1310

<sup>27</sup> Creo que, si bien simple, esta afirmación es cierta en sus líneas esenciales, aunque,  
como después diré, también pienso que el ámbito de aplicación de la Carta se extiende a  
través de la actuación –legítima– del Tribunal de Justicia respecto del Derecho interno de  
los Estados miembros. Sin embargo, hay autores que consideran que es posible que los  
Estados miembros estén sujetos a la aplicación de la Carta en supuestos que no implican  
la aplicación simultánea del Derecho de la Unión. Vid., en este sentido, Ugartemendia  
Eceizabarrena 2014, 907.

<sup>28</sup> Arzoz Santisteban 2015, 33-39.

*Melloni* y *Åkerberg-Fransson*<sup>29</sup> implica además que la aplicación de la Carta desplaza a la regulación estatal de los derechos fundamentales cuando el Derecho Europeo es exhaustivo y la armonización completa, de modo que los Estados no tienen margen para su desarrollo<sup>30</sup>; si, en cambio, la norma europea no es completa y los Estados no se limitan a trasponerla y ejecutarla sino que deben desarrollarla, la aplicación de la Carta convive con la regulación interna de los derechos fundamentales. Bien entendido, por un lado, que, puesto que el estándar mínimo es el de la CDFUE, los derechos fundamentales nacionales solo son aplicables si ofrecen un mayor nivel de protección; y, por otro, que incluso este mayor nivel de protección resultará improcedente si puede afectar a la efectividad, unidad y primacía del Derecho de la Unión.

Y, si éste es el ámbito de aplicación de la Carta, ¿debe preocuparse nuestro Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE por el artículo 47 CDFUE y por la interpretación que haga de él el TJUE? La respuesta es afirmativa, y en dos sentidos distintos que ya están presentes en la Declaración del TC 1/2004, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TC:2004:1D). Por un lado, la Carta ingresa en nuestro ordenamiento con el mismo rango jurídico que los Tratados<sup>31</sup>, de modo que es predicable de ella el principio de primacía del Derecho de la Unión en su ámbito de aplicación (artículo 93 CE)<sup>32</sup>. Por otro lado, aun cuando ni el Derecho de la Unión ni la Carta sean aplicables, su contenido tiene valor hermenéutico a efectos del artículo 10.2 CE.

<sup>29</sup> Respectivamente, STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, *Melloni* (ECLI:EU:C:2013:107) y STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013. Asunto C617/10, *Åkerberg-Fransson* (ECLI:EU:C:2013:105).

<sup>30</sup> Planteándose en ocasiones la situación de que la aplicación de la norma europea implica una rebaja de los niveles de protección respecto de la norma nacional, situación que está en el origen de *Melloni* y de otras cuestiones prejudiciales, como analiza Rodríguez-Piñero 2017 al hilo de la sentencia *Taricco* (STJUE de 8 de septiembre de 2015. Asunto C-105/14 – *Taricco*. ECLI:EU:C:2015:555).

<sup>31</sup> Actualmente Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, formulados como tales en el Tratado de Lisboa, ratificado por España mediante LO 1/2008, de 30 de julio. La declaración del TC 1/2004, de 13 de diciembre se hizo respecto del texto en el que se trabajaba entonces, el Tratado que establecía una Constitución para Europa y que no obtuvo la ratificación unánime de los Estados miembros. La Declaración, sin embargo, mantiene su validez en la medida en que se refería a disposiciones de la CDFUE, integrada entonces en el Tratado constitucional. Al rango jurídico de la Carta se refiere el artículo 6.1 TUE.

<sup>32</sup> Y esto significa que, cuando concurra el ámbito de aplicación de la Carta, esta es la norma jurídica que constituye el parámetro respecto de los derechos fundamentales, incluso para el TC y desplazando la aplicación de la Constitución española, aunque la Declaración no formula de manera expresa esta conclusión.

Por supuesto, estas posiciones no son después en la práctica tan sencillas ni tan claras ni se manifiestan en una línea recta y nítida, sino que su propia complejidad, y la que llevan en sí los supuestos concretos sobre los que se proyectan, determinan claroscuros, avances y retrocesos<sup>33</sup>. A mi juicio, para comprender la dificultad que en ocasiones parece que tiene el mismo TC para definir su posición respecto del Derecho Europeo no puede olvidarse su peculiar y específica configuración orgánica: el Tribunal Constitucional no forma parte de la jurisdicción ordinaria, y no está sometido al imperio de la ley como sí lo están los órganos jurisdiccionales que integran la jurisdicción ordinaria (artículo 117.1 CE), sino únicamente a la Constitución y a su propia Ley Orgánica (artículo 1.1 LOTC). Esta naturaleza no es casual ni caprichosa, sino la única que permite que el TC declare la ley inaplicable, en lugar de estar obligado a aplicarla. Ocurre, sin embargo, que el Derecho europeo –y la CDFUE lo es– no tiene rango de Constitución, de modo que la idea de que el TC no tiene que aplicar el Derecho de la Unión ni vigilar la aplicación que hacen de él los tribunales ordinarios, bastando que lo use como parámetro de constitucionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales con base en el artículo 10.2 CE siempre va a encontrar un cierto apoyo y justificación.

#### IV. ¿VULNERA LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA?

##### 1. *Derechos fundamentales y autonomía de la voluntad*

El derecho a solicitar y obtener de los tribunales una resolución sobre el fondo de un asunto es, efectivamente un derecho, y de ningún modo una obligación, de manera que los ciudadanos pueden renunciar voluntariamente al ejercicio de este derecho y no solventar su asunto o buscar otro medio de hacerlo.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos y, en cuanto a tales, su titular es el individuo, que puede disponer de ellos en los términos previstos por el artículo 6.2 del Código Civil, es decir, en cuanto la renuncia no perjudique a terceros ni contrarie el interés o el orden público. A mi juicio, los derechos fundamentales no admiten una renuncia genérica y absoluta (desde luego no los personalísimos, pero tampoco los de presta-

<sup>33</sup> Pueden verse en este sentido el estudio de la STC 26/2014, de 13 de febrero que hace Arzo Santisteban 2015, 87-110, o un interesante examen de la evolución de la jurisprudencia del TC respecto de algunas cuestiones en las que está implicado el Derecho europeo en Padrós Reig 2018, 21-57.

ción, como el derecho a la tutela judicial efectiva), pero sí es posible renunciar a ejercerlos en supuestos concretos<sup>34</sup>.

Por esta razón, que el ordenamiento jurídico contemple medios de resolución de conflictos distintos del recurso a los tribunales es perfectamente legítimo, y no amenaza ni conculca el derecho a la tutela judicial efectiva ni la posición de la jurisdicción en la estructura del Estado social y democrático de Derecho. La determinación voluntaria del modo de proteger y defender los propios derechos e intereses –siempre que sean de naturaleza privada, como ya se ha dicho en otro punto– se relaciona con el derecho al libre desarrollo de la personalidad a que se refiere el artículo 10.2 CE y con la autonomía privada –poder de conformación de la propia esfera jurídica, en palabras de Lacruz<sup>35</sup>– entendida como principio general del Derecho.

La convivencia pacífica entre jurisdicción y medios alternativos de resolución de conflictos puede, en cambio, verse alterada cuando los ciudadanos son compelidos a elegir unos y abandonar otros. Por esta razón es necesario dar respuesta a la pregunta que encabeza este epígrafe: ¿se vería vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por una norma que condicionase el ejercicio de un derecho ante los tribunales al sometimiento previo a un procedimiento de mediación?

## 2. *Mediación obligatoria, acceso a los tribunales y tutela judicial efectiva*

La necesaria trasposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles provocó un amplio movimiento de regulación de la mediación en los Estados miembros, que tuvo como efecto que las disposiciones de la Directiva no se incorporasen a los ordenamientos internos sólo para el ámbito transfronterizo al que ésta se refería, sino también para las controversias de carácter puramente interno –posibilidad expresamente prevista, por otro lado, por el Considerando (8) de la Directiva–. Así sucedió en España con la promulgación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, solo un Estado, Italia, desarrolla el camino abierto por la Directiva en el sentido de establecer la obligatoriedad de procedimientos de mediación en determinados casos<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> No es una cuestión nada pacífica. La abordan con claridad y brevedad, aunque contienen afirmaciones que comparto y otras con las que discrepo, Díez-Picazo Giménez 2001, 133-138 y Cano Martínez de Velasco 1986, 88-98.

<sup>35</sup> Lacruz Berdejo *et al.* 2000, 125-131.

<sup>36</sup> En España llegó a estar previsto por el Anteproyecto de la actual Ley de Mediación, y hay otros Estados europeos que prevén mediaciones obligatorias, aunque muy concretas

La propia Directiva 2008/52 establece los términos en los que se entabla la relación de la mediación con la obligatoriedad o con la voluntariedad, de modo que:

- El artículo 3 a) define la mediación como «un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro».
- El Considerando (13) contempla la mediación como un procedimiento voluntario «en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento».
- Y el Considerando (14) establece que «nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial».

Es una realidad que las instituciones europeas fomentan el uso de la mediación, y que el hecho de que los ordenamientos internos introduzcan procedimientos obligatorios en ámbitos regulados por Directivas es, en general, valorado positivamente. Sin embargo, y más allá del acierto o desacierto de la obligatoriedad de la mediación como instrumento de política legislativa<sup>37</sup>, interesa examinar ahora su posible conflicto con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

Pese a la gran repercusión obtenida por la conocida STJUE *Menini y Rampanelli*, el TJUE se había pronunciado antes sobre una situación parecida y relacionada con el ordenamiento jurídico italiano mediante la Sentencia de 18 de marzo de 2010, *Allassini*. Con base en el artículo 34 de la

---

y no relacionadas con el desarrollo de esta Directiva, puesto que se circunscriben generalmente a asuntos de familia. Sobre la regulación de la mediación obligatoria en Italia y las vicisitudes de su introducción, así como con las diferentes regulaciones en otros Estados miembros pueden verse Pérez Moriones 2017, 4-6; Herrera de las Heras 2017, 13-17; y Cavuoto, 2014. Este último autor no valora positivamente la experiencia italiana; en contra, Cheliz Inglés 2018, 199-205, y también el Informe del Parlamento Europeo *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*, expuesto y analizado por Azcárraga Monzonís 2016, 103-117.

<sup>37</sup> Sobre esta cuestión *vid. infra* epígrafe 5.

Directiva Servicio Universal<sup>38</sup>, que ordena a los Estados miembros garantizar «la disponibilidad de procedimientos extrajudiciales transparentes, sencillos y poco onerosos para tratar litigios no resueltos que afecten a los consumidores y se refieran a asuntos regulados por la presente Directiva», el Estado Italiano reguló un procedimiento de conciliación obligatorio, que debía desarrollarse ante un organismo administrativo o ante determinados órganos jurisdiccionales. Cuestionada ante el TJUE la compatibilidad de esta normativa con el Derecho Europeo, el Tribunal establece dos niveles de análisis. En primer lugar, se pregunta si un procedimiento de mediación obligatorio es compatible con una norma europea que no establece tal obligatoriedad. Y concluye que «el artículo 34, apartado 1, de la Directiva servicio universal asigna como objetivo a los Estados miembros el establecimiento de procedimientos extrajudiciales para tratar litigios no resueltos que afecten a los consumidores y se refieran a asuntos regulados por dicha Directiva. En tales circunstancias, el hecho de que una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, no sólo haya establecido un procedimiento de conciliación extrajudicial, sino que, además, haya dispuesto la obligatoriedad del recurso a éste, previamente al ejercicio de una acción judicial, no compromete la consecución del objetivo mencionado. Al contrario, dicha normativa, en tanto en cuanto garantiza el recurso sistemático a un procedimiento extrajudicial de resolución de litigios, tiende a reforzar el efecto útil de la Directiva servicio universal». Pese a ello, el TJUE considera que «en la medida en que la instauración de un procedimiento de tentativa de conciliación obligatoria constituye un requisito de admisibilidad de las acciones judiciales, procede examinar si es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva».

Cuando tiene que pronunciarse sobre el artículo 47 CDFUE, el punto de partida del TJUE se basa en que, respecto del Derecho Europeo, corresponde a los ordenamientos internos disponer los cauces procesales a través de los que los ciudadanos puedan ejercitar los derechos que las normas europeas les confieren y, en definitiva, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y la adecuación de estos cauces se examina teniendo en cuenta los principios de equivalencia y efectividad<sup>39</sup>. Es cierto que una mediación obligatoria que finaliza con un acuerdo no vinculante no excluye el acceso a la jurisdicción, pero el principio de efectividad impone descartar también que la exclusión o limitación se produzcan de modo indirecto haciendo excesivamente gravoso o imposible de hecho el ejercicio de los derechos ante un tribunal. Porque,

<sup>38</sup> Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal).

<sup>39</sup> A los que ya se ha hecho referencia en el epígrafe 3.3

ciertamente, en todos los casos en los que se ha planteado la cuestión, el TJUE entiende que la introducción de una etapa no jurisdiccional previa al acceso a los tribunales implica una limitación a la tutela judicial efectiva. Los requisitos examinados por el TJUE en *Alassini* para considerar la conformidad de un procedimiento obligatorio previo con el derecho a la tutela judicial efectiva son finalmente los siguientes<sup>40</sup>:

- El acuerdo que se alcance no es vinculante<sup>41</sup>.
- El procedimiento no implica un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial posterior.
- El procedimiento previo interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos.
- El procedimiento previo no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes
- La vía electrónica no constituye el único medio de acceder a ese procedimiento previo y obligatorio.

Sobre este estado de cosas se proyectan la promulgación y necesaria trasposición de la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Esta norma, con un ámbito de aplicación más restringido que la Directiva 2008/52, puesto que se refiere solo a ciertos litigios en materia de consumo (*vid.* artículo 2), avanza decididamente en lo que respecta a las posibilidades de establecer la obligatoriedad de recurrir a un sistema alternativo de solución de conflictos, disponiendo su artículo 1 *in fine* que «La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la obligatoriedad de participar en este tipo de procedimientos prescrita en la legislación nacional, siempre que esta no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial». Y, de nuevo, un órgano jurisdiccional italiano suscita una cuestión prejudicial relacionada con la conformidad entre su legislación sobre mediación obligatoria y las Directivas 2013/11 y 2008/52, a la que el TJUE responde con la STJUE *Menini y Rampanelli*.

<sup>40</sup> Un comentario de estos requisitos puede verse en Buhigues Iglesias y Calderón Cuadrado 2011, 52-59.

<sup>41</sup> Como se ha dicho, *Alassini* se dicta respecto de un proceso de conciliación que tiene carácter institucional, distinto por tanto de la mediación que puede llevar a cabo un tercero. Las formas que pueden adoptar los procedimientos ADR son muy variadas; sin embargo, si el TJUE considera conforme a la tutela judicial efectiva un procedimiento obligatorio en el que necesariamente se alcanza un acuerdo, siempre que este no sea vinculante, con mayor razón lo hará respecto de procedimientos en los que ni siquiera es necesario alcanzar un acuerdo. De hecho, así sucede en *Menini y Rampanelli*, como ahora se dirá.

La sentencia *Menini* confirma todos los puntos enunciados en *Alassini* para considerar compatible un procedimiento alternativo de resolución de conflictos preceptivo tanto con normas europeas que no establecen directamente tal obligatoriedad como con el derecho a la tutela judicial efectiva. Además, avanza en algunos puntos de importancia:

- Afirma que los pronunciamientos de *Alassini* son aplicables a las legislaciones nacionales que estipulen la obligatoriedad de procedimientos alternativos distintos de la conciliación.
- Considera que en los procesos de mediación desarrollados al amparo del ámbito de aplicación de la Directiva 2013/11 no puede exigirse que las partes estén asistidas por abogado. Pero, atención, porque esta incompatibilidad de la legislación italiana no se declara respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, sino respecto de los artículos 8 y 9 de la Directiva 2013/11 que, como se ha dicho, tiene un ámbito de aplicación limitado a determinados asuntos que involucran a consumidores. El TJUE no ha declarado, pues, una relación directa entre la asistencia obligatoria de abogado para una mediación también obligatoria, cualquiera que sea su objeto, y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, y atendiendo ya a los casos concretos, habría que ver si tal vulneración puede terminar produciéndose de manera indirecta por la vía de exceder de los «gastos escasamente significativos» a los que se refiere la sentencia *Alassini* para considerar la compatibilidad entre los procedimientos alternativos obligatorios y el derecho a la tutela judicial efectiva.

*Menini* se pronuncia, además, sobre un último punto, relativo a la posibilidad de retirarse del procedimiento obligatorio sin necesidad de alegar causa alguna y sin sufrir consecuencias desfavorables. Sin embargo, su respuesta a esta pregunta es confusa y pienso que, como consecuencia, no satisfactoria y no definitiva, de modo que este tipo de circunstancias se volverán a plantear sin duda ante el TJUE. En primer lugar, existe una falta de correlación real entre la pregunta y la respuesta, porque el tribunal italiano se refiere a no participar en el proceso de mediación, en el sentido de no iniciarlo, mientras que el tribunal responde a la circunstancia de no seguir participando en un procedimiento ya iniciado, de retirarse de él<sup>42</sup>. En segundo lugar, el TJUE responde

<sup>42</sup> Hasta el punto de que, en los Considerandos, el TJUE reconoce que, caso de referirse la cuestión al comienzo del procedimiento y no a la retirada de él, su posición sería distinta. Como, por otra parte, es de todo punto lógico, porque si un procedimiento se configura como obligatorio (y si esta configuración no es, como afirma el TJUE, contraria *per se* al derecho a la tutela judicial efectiva), lo normal es que se establezcan sanciones o

conforme a la Directiva, y no según el derecho a la tutela judicial efectiva; creo que esto es evidente en la medida en que confirma que se opone a la Directiva no permitir que el consumidor se retire libremente, mientras que es conforme con ella no permitir la retirada del comerciante, circunstancia que, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva de éste, requeriría al menos un juicio de ponderación específico.

### 3. *La mediación obligatoria no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pero...*

A mi juicio, la posición general del TJUE en toda esta materia es correcta, y extrapolable a las situaciones equivalentes que lleguen a regularse en nuestro ordenamiento jurídico interno. *Otra cosa muy distinta, y que desarrollaré en el epígrafe siguiente, es que considere que el legislador puede y debe hacer todo lo que no vulnera un derecho fundamental.* Ningún sujeto ni objeto pueden quedar definitivamente excluidos de la jurisdicción, y, como ya se ha visto, son tan lesivas para el derecho fundamental las actuaciones directas en este sentido como las que por la vía indirecta de hacer muy difícil o gravoso el acceso a los tribunales terminan excluyéndolo *de facto*. Pero pueden resultar compatibles con el derecho fundamental exigencias que, introduciendo una actuación necesaria antes del ejercicio de las acciones ante los tribunales, protegen otros derechos o intereses de rango constitucional equivalente y suponen a la vez una razonable opción de reparación para los justiciables, siempre que no alejen ni compliquen el horizonte de la tutela judicial. Sobre todo, si la obligatoriedad consiste finalmente, como se propugna en ocasiones y como sucede en otros Estados, en acudir a una sesión informativa. Con estos parámetros, un procedimiento de mediación obligatoria puede no resultar contrario al derecho a la tutela judicial efectiva<sup>43</sup>, como resulta en nuestro ordenamiento con otras tres exigencias, muy distintas entre sí y también muy distintas a la mediación, pero observables desde este mismo prisma. Me refiero al requerimiento de pago en el proceso civil, a la obligación de agotar la vía administrativa previa para interponer recurso contencioso-administrativo y a la conciliación laboral.

En determinados casos, la Ley de Enjuiciamiento Civil exige al demandante que antes de interponer la demanda requiera de pago al deudor y

---

consecuencias desfavorables para quien incumple la obligación de iniciar el procedimiento, puesto que de otro modo no habría manera de asegurar la concurrencia de las partes. Cosa muy distinta es que, para preservar el derecho a la tutela judicial efectiva, no sea obligatorio para las partes mantenerse en él si, una vez iniciado, no satisface sus intereses o expectativas.

<sup>43</sup> Aunque, insisto de nuevo, eso no significa en absoluto que sea conveniente.

acompañe a la demanda la acreditación de que el requerimiento se ha producido; la demanda será inadmitida si, tras advertir el secretario judicial la falta de requerimiento y otorgar plazo al actor para su subsanación, el plazo transcurre sin que esta actuación se haya realizado o acreditado ante el tribunal.

Haber formulado un requerimiento de pago previo a la interposición de la demanda es necesario para ejercitar acciones contra los fiadores o avalistas solidarios del arrendatario (artículo 437. 4 3ª LEC) y acciones dirigidas a obtener la declaración de incumplimiento de contratos de venta a plazos de bienes muebles, arrendamiento financiero o arrendamiento de bienes muebles (artículo 439.4 en relación con el artículo 250.1 10º y 11º, ambos LEC). Y un requerimiento de pago, efectuado por el acreedor extrajudicialmente y de forma previa a la interposición de la demanda ejecutiva o por el tribunal una vez admitida la demanda a la que no se acompañe acreditación de tal requerimiento, es imprescindible para proceder al embargo de los bienes del deudor cuando se formula demanda ejecutiva con base en títulos extrajudiciales (artículos 580 y 581 LEC)<sup>44</sup>.

El requerimiento de pago implica una exigencia que es necesario cumplir para poder instar de los tribunales la tutela de determinados derechos e intereses y, en este sentido, implica una limitación o condicionamiento para el derecho fundamental de acceso a los tribunales. Sin embargo, ni es una limitación absoluta ni hace muy difícil su ejercicio, porque en términos de tiempo y de coste económico no resulta excesivamente gravoso; y no solo le da la oportunidad al sujeto requerido de evitar el proceso, sino que esa oportunidad es valiosa para el propio requirente y para todo el sistema de administración de Justicia. El requerimiento de pago se mantiene en los límites de la norma, y no entra en los de la autonomía de la voluntad: el requirente le comunica al requerido lo que en Derecho estima que le corresponde, y su intención de ejercitar sus derechos por las vías procesales previstas para ello. Nadie ha cuestionado la compatibilidad del requerimiento de pago con el derecho a la tutela judicial efectiva.

De naturaleza y alcance muy distintos, aunque con el fondo común de requerir actuaciones previas al ejercicio de acciones ante los tribunales, es el artículo 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que inaugura tanto el Título dedicado al objeto del proceso como el Capítulo relativo a la actividad de la Administración que es impugnado mediante este proceso: «El recurso contencioso-administrativo

---

<sup>44</sup> En algunos casos el legislador regula requerimientos de pago específicos. Así, el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 8/2004, que publica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación, en la redacción dada por la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, establece la obligación de presentar reclamación previa frente a la aseguradora como requisito para la admisión de la demanda.

es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos». Quiere decirse que si el acto que el ciudadano estima lesivo de sus derechos o intereses no pone fin a la vía administrativa previa<sup>45</sup>, tendrá que realizar ante la Administración las actuaciones que para el caso concreto estén previstas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, hasta que obtenga la resolución contra la que puede interponer recurso contencioso-administrativo ante los tribunales de este orden jurisdiccional. La obligación de agotar la vía previa es bastante más gravosa que la de remitir requerimiento de pago<sup>46</sup>, pero aun así compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, y así ha sido declarado expresamente por el TJUE en la sentencia *Puskár*, referida a «la obligación de agotar las vías de recurso administrativo disponibles», que no se opone al derecho de la Unión —en palabras de *Puskár*— «siempre que la regulación concreta del ejercicio de dichas vías de recurso no afecte de forma desproporcionada al derecho a la tutela judicial efectiva que recoge el propio artículo 47 de la Carta. En particular, es necesario que el agotamiento previo de esas vías de recurso no implique un retraso sustancial a efectos del ejercicio de la acción judicial, suponga la interrupción de la prescripción de los correspondientes derechos y no ocasione gastos excesivos».

La compatibilidad del artículo 47 de la Carta no se ha declarado solo respecto de procedimientos administrativos previos y obligatorios, sino también de otro tipo de procedimientos *quasiadministrativos*, con una naturaleza mixta entre lo administrativo y lo arbitral, en función de cómo los regulen los Estados miembros, derivados de la Directiva 89/665/CEE, referida a la coordinación de las disposiciones relativas a procedimientos de recurso en materia de contratos públicos de suministro y de obras. Lo peculiar de estos procedimientos es, no solo que hay que instarlos para obtener la declaración de que se han producido ilegalidades en la contratación (declaración que es susceptible de recurso ante un tribunal, aproximándolos así al agotamiento de la vía administrativa previa), sino que la posibilidad de hacer valer cualquier pretensión civil basada en una infracción de normas o procedimientos que regulen la adjudicación de contratos públicos está supeditada a tal declaración. Sobre este tipo de supuestos se pro-

<sup>45</sup> Vid. artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>46</sup> Al menos en tiempo, no necesariamente en recursos, puesto que los interesados pueden intervenir por sí mismos. Aunque en ocasiones la materia puede ser tan compleja que, no *de iure* pero *si de facto*, requiera del auxilio de un profesional.

nuncia la sentencia *Hochtief*: ante una demanda de indemnización de daños y perjuicios que alegaba un extremo no declarado por la comisión arbitral, un tribunal húngaro eleva al TJUE una cuestión prejudicial relativa a la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una norma que condiciona el pronunciamiento de los tribunales a la previa y obligatoria intervención de esta comisión. El TJUE considera compatible con el Derecho de la Unión y con el derecho a la tutela judicial efectiva tanto la intervención previa y obligatoria de la comisión arbitral para declarar la infracción sobre la que se funda la solicitud de indemnización de daños y perjuicios como la imposibilidad de alegar ante la jurisdicción motivos que no fueron invocados en el procedimiento arbitral previo.

*Hochtief* se refiere de un modo muy parco al derecho a la tutela judicial efectiva; sin embargo, resulta iluminadora la comparación que contiene con una resolución anterior y dictada en un contexto similar, la STJUE de 26 de noviembre de 2015, Asunto C-166-*MedEval* (ECLI:EU:C:2015:779), que sí estimó que concurría una vulneración del artículo 47 CDFUE. En este caso también se cuestiona una normativa nacional que vincula el ejercicio de una demanda de daños y perjuicios ante los tribunales a la declaración previa de ilegalidad del procedimiento público de contratación por parte de un órgano no jurisdiccional y mediante un procedimiento no jurisdiccional. Sin embargo, no es este mecanismo en sí lo que se estima perturbador, sino el hecho de que la posibilidad de suscitarse la cuestión sobre la ilegalidad del procedimiento (que determina, añadido yo, la posibilidad posterior de ejercitar ante los tribunales una acción para la indemnización de los daños sufridos) precluye a los seis meses de la resolución de la contratación, y este plazo corre independientemente del momento en que se conoce o puede conocerse la comisión de la infracción que debe ser declarada previamente. La sentencia *MedEval* no se refiere directamente a la tutela judicial efectiva, pero sí a la vulneración del principio de efectividad, que se daña con regulaciones procesales que hacen imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión.

En la rama social del Derecho, los artículos 63 y 64 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, establecen los supuestos en los que es necesario intentar una mediación o conciliación «ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones» antes de interponer la demanda. De nuevo, no se trata de un trámite largo ni costoso, pero tiene una particularidad que lo convierte en relevante para la cuestión que nos ocupa. El artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores limita la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) en cuanto al pago de indemnizaciones por despido o extinción de contratos – cuando el empresario finalmente no se hace cargo de ellas– únicamente a las que sean reconocidas «como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a

causa de despido», y no cuando estas indemnizaciones se hayan pactado ante un órgano no jurisdiccional. Esta distinción –muy gravosa para el trabajador que no la conoce y que confía en la ejecución o garantía de lo acordado ante un servicio administrativo de conciliación– se funda en que la conciliación judicial ofrece mayores garantías jurídicas y es más adecuada para evitar y prevenir fraudes que la conciliación administrativa. Resulta así que el legislador que con una mano propugna y fomenta la resolución extrajudicial de conflictos, con otra, y cuando se trata de la garantía económica del Estado, confía solo en la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional<sup>47</sup>. Curioso.

Una cuestión más hay que despejar. Siendo el criterio del TJUE que un proceso obligatorio de mediación que reúna estas características no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la CDFUE, ¿podría considerar el Tribunal Constitucional que si atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, si nuestro legislador introdujese uno en nuestro ordenamiento? Es una cuestión muy hipotética, porque su resolución está estrechamente vinculada a datos que no tenemos, a saber, las normas europeas implicadas y la regulación concreta del legislador español. Pero conviene recordar lo que ya se dijo en el epígrafe 4.1.4. La Carta desplaza a los derechos fundamentales cuando se aplica el Derecho de la Unión, teniendo en cuenta que esta aplicación no se refiere solo a las normas europeas, sino también a las promulgadas por el legislador interno en la medida en que no haya margen de creación normativa en la trasposición. Y cuando la norma interior desarrolla la norma comunitaria ambas regulaciones conviven, de manera que los derechos fundamentales internos son aplicables si ofrecen un mayor nivel de protección que los de la CDFUE, siempre que esta aplicación no vulnere la efectividad, unidad y primacía del Derecho de la Unión. Tres consideraciones:

- Es muy difícil que una norma interna que estableciera hoy un procedimiento de mediación obligatoria en nuestro país no esté vinculada en mayor o menor medida a una norma europea, de modo que si la vinculación es muy alta, el parámetro de tutela judicial efectiva aplicable sería el de la Carta, y no el de la CE.
- Si la norma interna fuese tan independiente de la norma europea que traspone como para tener un desarrollo propio, tal vez podría pretenderse cuestionar la obligatoriedad de la mediación con base en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, alegando que el canon de proporcionalidad auspiciado por el TC para admitir la

<sup>47</sup> Norma confirmada por la STJUE de 21 de febrero de 2008, Asunto C-498/2006 – Robledillo Núñez (ECLI:EU:C:2008:109) y por la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS (entre otras, STS de 3 de octubre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:4611).

limitación de derechos fundamentales es más exigente que el que sostiene el TJUE, de modo que podría entenderse que dispensa mayor protección al derecho fundamental. Sin embargo –y suponiendo que la mediación obligatoria no pasase el test de constitucionalidad, cosa muy dudosa atendiendo al contenido que el TC atribuye al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los tribunales– habría todavía que considerar si el hecho de que en el ordenamiento jurídico español, y por aplicación de nuestros derechos fundamentales resulte inconstitucional un procedimiento que es habitual en otros Estados miembros y que se desprende de la aplicación de normas europeas permitiría estimar que tal aplicación de nuestro estándar constitucional vulnera la efectividad, unidad y primacía del Derecho de la Unión, produciéndose entonces de nuevo el efecto de desplazar el canon de control de los derechos fundamentales desde la Constitución a la CDFUE.

- Si la norma interna fuese del todo ajena a cualquier norma europea, su concordancia con los derechos fundamentales se revisaría conforme a nuestra Constitución. No obstante, tal revisión no debe perder de vista el contenido de la Carta como criterio hermenéutico, con base en el artículo 10.2 CE.

## V. CONCLUSIÓN. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA NO ES EL ÚNICO PARÁMETRO QUE MIDE LA CONVENIENCIA DE UNA MEDIACIÓN OBLIGATORIA

Como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, una mediación obligatoria que no implique retrasos ni costes considerables y que permita que las partes pongan fin al procedimiento cuando lo estimen oportuno, sin tener que alegar causa justificada alguna, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los tribunales. No comparto, pues el que podría ser, por escala jurídica de valores, el principal argumento contra la mediación obligatoria.

Sin embargo, creo que el hecho de no ser inconstitucional no convierte en bondadosa cualquier regulación jurídica. En un Estado social y democrático de Derecho el límite de la autonomía privada y de la libertad personal del individuo (en el sentido ya aludido de poder de configuración de la propia esfera jurídica) está en el respeto de los derechos de los demás, en la protección de los débiles y de las minorías y en la preservación del bien común. El legislador debe, pues, establecer como obligatorias para los ciudadanos las conductas que puedan incardinarse en alguno de estos ámbitos, y permitir que se autodeterminen en lo demás.

Puede pensarse que el Estado es también responsable de establecer la obligatoriedad de lo que es bueno para cada ciudadano, individualmente considerado, aunque no tenga trascendencia colectiva. Sin la extensión que tal debate requeriría, expreso sencillamente mi posición personal. Considero que esta puede resultar una óptica aceptable respecto de algunos casos concretos, normalmente relacionados con derechos fundamentales muy primarios como la vida, integridad física o salud (por ejemplo, es obligatorio llevar el cinturón de seguridad en el interior de un vehículo a motor en marcha, incluso en el caso de que se considere que no hay absolutamente nada más en riesgo que la vida del viajero). Pero creo que una formulación genérica de estas características pugna, en el ámbito jurídico, con la autonomía de la voluntad y con el libre desarrollo de la personalidad, e introduce a una sociedad en una minoría de edad perpetua que me parece poco deseable. Aun así, uno de los argumentos más extendidos a favor de la mediación obligatoria consiste en las bondades que ésta tiene para quien la utiliza, porque gana tiempo, ahorra dinero y es menos perjudicial que el proceso para la conservación de las relaciones personales<sup>48</sup>.

¿Forma parte la obligación de negociar sobre los propios asuntos antes de someterlos a un tribunal del respeto a los derechos de terceros, de la protección de colectivos desfavorecidos o minoritarios o del bien común? En general, la respuesta que recibiría esta pregunta es afirmativa. Se piensa abrumadoramente, tanto por parte de las instituciones<sup>49</sup> como por parte de la doctrina y de los propios tribunales<sup>50</sup>, que los medios alternativos de resolución de conflictos son un alivio para la carga de trabajo que sufren los órganos jurisdiccionales, y que existe un interés general y objetivo en fomentar medios de resolución de conflicto alternativos al recurso a la jurisdicción.

<sup>48</sup> Herrera de las Heras 2017, 9-11, con cita de otras opiniones e informes en el mismo sentido.

<sup>49</sup> Pueden verse en este sentido y a modo de ejemplo los Considerandos de las Directivas 2008/52 y 2013/11, y el Preámbulo de nuestra Ley de Mediación.

<sup>50</sup> El AJPI Granada de 11 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:JPI:2015:19A), recaído en autos sobre un juicio verbal de reclamación de cantidad, deja en suspenso la admisión a trámite de la demanda y convoca a las partes a una sesión informativa de mediación, para la que deben pedir cita en los diez días siguientes a la resolución. El tribunal considera que en el caso de la cantidad reclamada, 59,19 €, no acudir inicialmente a recursos menos costosos y congestionados implica un abuso del proceso. Cita en apoyo de su decisión el principio de la buena fe respecto del ejercicio de los derechos, criterios de ética y responsabilidad social y los artículos 440.1 y 443 LEC que, si bien se refieren a la conjunción de la mediación y el proceso civil, lo hacen respecto de la regulación de la vista y no de la admisión de la demanda. Luquin Bergareche 2017, epígrafe II.2 del texto en formato electrónico, considera que tal vez los problemas que la obligatoriedad suscita cuando se prevé en la norma jurídica (automatismo, dilación, desinterés) podrían soslayarse si la derivación no es normativa sino judicial. En un sentido similar, González Martín 2017, 127-132.

Sin embargo, la idea de que es un fundamento adecuado para la obligatoriedad de la mediación lo mucho que descongestionaría la labor de los órganos jurisdiccionales me parece discutible, por extendido que esté el acuerdo que concita. El Estado es el responsable del funcionamiento fluido de la administración de Justicia; y no solo en el sentido de destinarle recursos materiales y personales, que desde luego también, sino desplegando creatividad (que, para que sea buena y útil, se apoya en mucho trabajo y mucho estudio) tanto en el diseño de procesos y actuaciones jurisdiccionales más adecuados para las necesidades que se detectan como para impedir el acceso al proceso o para expulsar de él lo que pueda calificarse como fraude o abuso<sup>51</sup>. En ello está implicado, no solo un derecho fundamental de los ciudadanos, sino la propia supervivencia del Estado, que ha adquirido el monopolio de la administración de Justicia y de la coerción a cambio del derecho subjetivo público que tenemos los ciudadanos frente al Estado-juez de obtener tutela cuando la pedimos.

Los tribunales son, en ocasiones, más creativos que el legislador, con el problema, cuando la creatividad se extralimita aunque sea necesaria, de que sus decisiones no son fuente del Derecho en nuestro sistema jurídico. Un ejemplo interesante lo constituye la SAP Barcelona 231/2017, de 2 de marzo (ECLI:ES:APB:2017:4500). Se trata de una sentencia de apelación recaída en los autos de un juicio verbal relacionado con el régimen de visitas de un abuelo. La sentencia de primera instancia rechazó instaurar tal régimen considerando que concurría justa causa para ello, con base en la mala relación entre el abuelo y los progenitores de los niños. Impugnada ésta, la Audiencia considera que no existen circunstancias jurídicas valorables en el asunto, sino únicamente un conflicto entre adultos, de modo que se revoca la sentencia de instancia y se deriva el asunto a mediación, estableciéndose un régimen mínimo de visitas que solo será operativo en defecto de acuerdo. Aunque se alude a la legislación general sobre mediación, tanto estatal como promulgada por el Parlamento de Cataluña, no se citan normas específicas en apoyo del fallo.

El argumento consistente en que una de las mejores cosas que puede hacer el Estado para que funcione adecuadamente aquello que está en su propia esencia mantener, la administración de Justicia, es precisamente obligar a los ciudadanos a que traten de evitarla, me parece una falacia. Y una falacia no neutra, no inocua, sino potencialmente dañina. Porque en la medida en que el Estado asuma protagonismo respecto de esta forma alternativa de resolver conflictos –si convierte en obligatorio su uso– la coherencia impondrá que se comprometa con su sostenibilidad en coste y agilidad, de

<sup>51</sup> Mejías Gómez 2009, 59-63, hace un interesante análisis de conductas viciadas de los ciudadanos con relación al proceso.

modo que tendrá que comenzar a dedicarle recursos de todo tipo<sup>52</sup>. Es posible pensar que no pasa nada porque las opciones para los ciudadanos se amplíen y diversifiquen, y que con ellas se diversifique también el sistema de administración de Justicia. Es posible considerarlo, incluso, muy positivo. Sin embargo, entiendo que la obligación del Estado no es mantener un sistema de justicia cualquiera, sino uno específico, que está en la Constitución y que se caracteriza por dos elementos: que se funda exclusivamente en la norma jurídica y que ésta es aplicada por órganos independientes servidos por profesionales independientes. Los ciudadanos no tenemos derecho, y un derecho fundamental, a exigir del Estado cualquier forma de tutela, sino a una muy concreta, a una tutela judicial. Y no por casualidad, sino porque precisamente esos dos caracteres son los que garantizan, en la medida en que la falibilidad humana lo permite, que se administre Justicia, una aspiración que ningún Estado debe rebajar.

Desde esta perspectiva, no estoy de acuerdo en el desplazamiento de la tutela judicial efectiva a la «tutela efectiva de la Justicia» que propugnan algunos autores, y que desemboca en la formulación de un sistema de Justicia que integra a la jurisdicción y a los medios de resolución alternativa de conflictos<sup>53</sup>. Ya me referí en el epígrafe 2 a mi concepción sobre la relación entre la jurisdicción y los medios extrajudiciales de resolución de conflictos, y reitero ahora mi idea de que resolver conflictos no es hacer Justicia, sino alcanzar acuerdos sobre derechos e intereses particulares. Y esto está muy bien, es muy necesario y hay que fomentarlo y extenderlo, pero teniendo conceptualmente claro que la Justicia no necesita de la autonomía de la voluntad, pero los acuerdos sí (por eso es posible una opinión muy favorable hacia la mediación pero muy contraria a su obligatoriedad, como la que sostengo), y que el Estado debe garantizar como derecho fundamental, no cualquier tutela ni cualquier Justicia, sino las que se desprenden de la aplicación de la norma jurídica por órganos jurisdiccionales<sup>54</sup>.

A esta visión tan rotunda (no por la contundencia de sus argumentos, eso lo juzgará cada uno, sino por la apelación a la estructura y función del Estado) puede oponerse otra, en cambio, muy *soft*: bueno, no es para tanto, se trata solo de obligar a las partes a acudir a una sesión informativa, o a una primera sesión, pero no más; transcurrida esta, si no les conviene, pueden abandonar el procedimiento de mediación y dirigirse a los tribunales.

<sup>52</sup> Barona Vilar 2016, 54-56.

<sup>53</sup> Martín Diz 2014. 161-176 y 2014(2), 83-98. Si comparto, en cambio, el análisis de las posibilidades de la mediación que hace este autor en Martín Diz 2017, 235-241.

<sup>54</sup> Por estas razones tampoco comparto que el derecho a la tutela judicial efectiva pueda comprenderse como un derecho a la tutela de los derechos y libertades por parte de cualquier poder público y de los institutos dedicados a la resolución alternativa de conflictos, como propone Mejías Gómez 2009, 66.

También en las resoluciones judiciales se encuentra este planteamiento. Puede verse, por ejemplo, el AJPI Alicante de 2 de febrero de 2017 (ECLI:ES:JPI:2017:33<sup>3A</sup>). Formuladas demanda y contestación relativas a la modificación de medidas respecto de hijos menores derivadas de un proceso contencioso, el tribunal cita a las partes de manera obligatoria a una sesión informativa de mediación –con determinación de día, hora y lugar– «tras la cual podrán voluntariamente decidir el inicio del proceso de mediación». La resolución no menciona más norma en su apoyo que el artículo 158 CC (que no alude a la mediación, sino que es la norma sustantiva que regula el contenido de ciertas medidas relacionadas con la patria potestad), y se refiere genéricamente a la normativa estatal y autonómica sobre la mediación.

A quienes tengan una cierta edad no les resultará difícil recordar un trámite de conciliación previa, tan infructuoso y desacreditado que desapareció hace décadas de la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pese a que se fundaba en argumentos parecidos. Precisamente porque la cultura de la negociación –y lo que lleva en sí aparejada sobre la idea de una sociedad propensa al diálogo, a la sencillez y a los acuerdos– merece respeto, y precisamente porque es necesario introducirla en nuestra sociedad, tan tendente a veces a lo contrario, no considero la mejor opción identificarla con una parodia que necesariamente hay que atravesar para llegar a donde libremente se quiere ir. Hay otras medidas de fomento de estos planteamientos, que es urgente desarrollar, algunas de ellas en marcha: la existencia de alumnos mediadores en los colegios para resolver conflictos escolares; la formación de los estudiantes de Derecho en modos alternativos de protección de los derechos e intereses de quienes en el futuro acudan a ellos; la implicación de distintas administraciones públicas en la oferta de puntos de encuentro e iniciativas similares; el reforzamiento deontológico del ejercicio de la abogacía. Tampoco sería desdeñable que los poderes públicos, en su funcionamiento interno y en la expresión de sus relaciones y modos de actuación que perciben los ciudadanos se atribuyesen una cierta función ejemplificadora en este punto. Y, en la misma línea, que se examinase con calma qué factores determinan que algo teóricamente bueno para los ciudadanos no termine de ser valorado por ellos<sup>55</sup>. Por supuesto, se trata de medidas más lentas que crear una obligación, pero son más acordes con el papel que creo que le corresponde al Estado; y tienen también mayores posibilidades de producir como efecto una sociedad consciente, responsable y madura.

Hay un último aspecto que merece consideración, y es el relativo a los litigios en los que existe desequilibrio, una parte es más fuerte que otra, con lo que, teóricamente, la parte es débil sufre en mayor medida los rigores del

<sup>55</sup> Martínez del Hoyo Clemente 2016, 1-3; Merelles Pérez 2015, 1-6.

proceso y, al contrario, se ve beneficiada por las bondades del procedimiento de mediación. Tres observaciones hay que hacer en este punto.

- La primera, que el mejor apoyo que puede prestarle el Estado a la parte débil es, primero, una norma que proteja sus derechos y, después, un proceso ágil para tutelar esa norma si ha sido desconocida; normalmente, el modo de equilibrar la debilidad tiene que ver con la igualdad que proporciona el proceso y con la seguridad de la aplicación de la norma jurídica. El proceso es mejorable en muchos aspectos, pero es el modo más civilizado de administrar Justicia que conocemos hasta ahora, y no conviene dejarlo por imposible respecto de ciertos asuntos, sino trabajar en su perfección.
- La segunda, que la realidad es que, para proteger a una parte débil a través de una mediación obligatoria, la obligación tendría que alcanzar a algo más que a una sesión informativa o al inicio del procedimiento<sup>56</sup>, porque a la parte teóricamente fuerte le bastaría con dejar pasar esos trámites sin acuerdo. Sin embargo, obligar a una parte a aceptar el procedimiento o el acuerdo si lo quiere la otra ya nos sitúa en otro contexto, en una restricción del derecho a la tutela judicial efectiva mucho más fuerte, que habría que observar con otros parámetros.

La STC 1/2018, de 11 de enero (ECLI:ES:TC:2018:1) resuelve una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, ya que esta norma permite al asegurado decidir si somete a arbitraje las controversias que surjan con el asegurador sobre el contrato de seguro de defensa jurídica, abocando por su sola voluntad al asegurador a la exclusión de la jurisdicción. El Pleno del TC considera inconstitucional la norma estimando que conculca el derecho a la tutela judicial efectiva del asegurador, mediante una sentencia a la que se formulan tres votos particulares de cuatro magistrados que consideraban procedente la desestimación de la cuestión. He dejado fuera del ámbito de este trabajo la posibilidad de que el arbitraje sea obligatorio, puesto que su naturaleza es muy diferente a la de la mediación y muy posiblemente lo sean también las consecuencias de su obligatoriedad. Pienso sin embargo, que la STC 1/2018 no es particularmente acertada, y que el debate abierto, tanto en el seno del propio TC como en la comunidad jurídica, permiten considerar que la cuestión no está todavía definitivamente resuelta.

- La tercera, que no se puede olvidar que la mediación tiene por objeto alcanzar un acuerdo, y no la adecuación de la realidad a los derechos en la medida en que la norma jurídica los reconoce. Normalmente, cuando una parte débil y precisamente por el hecho de serlo, el

<sup>56</sup> Herrera de las Heras 2017, 12.

escenario de la norma le resulta más favorable que el del acuerdo, porque en este ámbito puede verse más forzada que la otra a dar, prometer o a permitir que el contrario retenga, haciendo uso de los términos en los que el artículo 1809 CC define la transacción, «contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado».

La mediación y el proceso, en definitiva, no entran en conflicto. Al contrario, lo deseable es que ambos se fortalezcan y se desarrollen, en beneficio de los ciudadanos y de una sociedad que no sea de pensamiento o vía únicos. Ni siquiera la mediación configurada como obligatoria entra en conflicto con el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque sí supone una cierta restricción que se salva dotándola de los caracteres que ya se han visto en este trabajo. Sin embargo, compeler a los ciudadanos, no ya a intentar un acuerdo de la forma que entiendan mejor, sino a entrar en un procedimiento de mediación reglado interfiere en la autonomía privada –que es, no lo olvidemos, un principio general del Derecho– sin generar a cambio un verdadero beneficio social o colectivo sino, a la larga, un perjuicio; banaliza el diálogo y el acuerdo, en la medida en que puede convertirlos en un trámite burocrático que los ciudadanos observen con disgusto; y desenfoca el papel del Estado como garante del –no ya adecuado o correcto, sino ojalá excelente, sobresaliente– funcionamiento del ejercicio de la función jurisdiccional, que no es un medio de resolución de conflictos equivalente a otros sino la garantía de la primacía de la norma jurídica, elemento angular del Estado que se pretende de Derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R. y SARMIENTO, D. 2006. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*. Cizur Menor: Aranzadi.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X. 2015. *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. 2016. «El (limitado) impacto de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción». En *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, editado por Silvia Barona Vilar. 103-117. Cizur Menor: Aranzadi.
- BARONA VILAR, S. 2016. «Justicia integral y *Access to Justice*. Crisis y evolución del paradigma». En *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, editado por Silvia Barona Vilar. 31-56. Cizur Menor: Aranzadi.
- BORRAJO INIESTA, I., DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G. 1995. *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*. Madrid: Civitas.

- BUHÍGUES IGLESIAS, J.L. Y CALDERÓN CUADRADO, M.P. 2011. «Acceso a la justicia y mediación en asuntos civiles y mercantiles. Cuatro tópicos, tres problemas y una doble precisión». En *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, dirigido por Coral Arangüena Fanego. 3-60. Granada: Comares.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. 1986. *La renuncia a los derechos*. Barcelona: Bosch.
- CAVUOTO, E. 2014. «La nueva mediación obligatoria en Italia». En *Mediación, Justicia y Unión Europea*, coordinado por Inés Celia Iglesias Canle. 299-310. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CHÉLIZ INGLÉS, C. 2018. «La UE y la armonización de la regulación en materia de mediación: ¿hacia una mediación obligatoria en todos los Estados miembros?». *Revista de estudios europeos*, nº 71, 189-205.
- CIENFUEGOS MATEO, M. 2012. «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial». En *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Materiales de innovación docente*, dirigido por Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena, Sonia García Vázquez y Juana Goizueta Vértiz. Cizur Menor: Aranzadi.
- CONFORTI, F. 2016. *Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos en España*. Madrid: Tecnos.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. 1980. *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos*. Barcelona: Bosch.
- y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. 1996. *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*. Madrid: MacGraw-Hill.
- , Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. 2016, tercera edición. *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte general*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M. 2001. «Nota a la renuncia sobre los derechos fundamentales» *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 45. 133-138.
- 2008. «La sentencia Unibet y el principio de autonomía procesal». *Noticias de la Unión Europea* nº 287. 91-93.
- 2013, 4ª ed. *Sistema de derechos fundamentales*. Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- GONZÁLEZ MARTÍN, L.A. 2017. «La mediación intrajudicial y la tutela judicial efectiva». En *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, dirigido por Julio Sigüenza López y Gemma García-Rostán Calvín, 121-132. Cizur Menor: Aranzadi.
- HERRERA DE LAS HERAS, R. 2017. «La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles». *Indret*, nº 1/2017. 1-23.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. 2000, 2ª ed. *Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Vol. III. Derecho subjetivo. Negocio jurídico*. Madrid: Dykinson.
- LUQUIN BERGARECHE, R. 2017. «La Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo: especial referencia al principio de voluntariedad de las ADR en su interpretación por la STJUE de 14 de junio de 2017». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 8.

- MARTÍN DIZ, F. 2014. «Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la Justicia». *Revista Europea de Derechos Fundamentales* n° 23. 161-176.
- 2014 (2). «El derecho a una tutela efectiva de la Justicia». En *Derechos y libertades en la sociedad actual*, dirigido por Ángela Figueruelo Burrieza. 83-98. Granada: Comares.
- 2017. «Disecionando la mediación: ¿un futuro en términos electrónicos?». En *Cuestiones actuales de Derecho Procesal*, coordinado por Ana María Rodríguez Tirado. Valencia: Tirant lo Blanch. 229-268
- MARTÍNEZ DEL HOYO CLEMENTE, Antonio. 2016. «¿Por qué no triunfa la mediación?». *Diario La Ley* n° 8829, de 22 de septiembre de 2016. 1-3.
- MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco. 2009. *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*. Madrid: El Derecho.
- MERELLES PÉREZ, Manuel. 2015. «Nuevas fórmulas para fomentar la mediación». *Diario La Ley* n° 8646, de 16 de noviembre de 2015. 1-6.
- MILLIONE, Ciro. 2017. «La interpretación del artículo 47 CDFUE como expresión de la labor hermenéutica del Tribunal de Luxemburgo en la construcción de un estándar europeo de protección de los derechos». *Teoría y realidad constitucional* n° 39. 665-674.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. 2012. «Artículo 51. Ámbito de aplicación». En *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, dirigido por Cristina Monereo Atienza y José Luis Monereo Pérez, 1300-1339. Granada: Comares.
- ORTUÑO MUÑOZ, Pascual José. 2017. «Perspectivas de futuro de los métodos alternativos y complementarios de resolución de conflictos». En *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, dirigido por Julio Sigüenza López y Gemma García-Rostán Calvin, 45-66. Cizur Menor: Aranzadi.
- PADRÓS REIG, Carlos. 2018. «Algunas anotaciones sobre el difícil gozne entre Justicia constitucional española y Derecho de la Unión Europea». *Revista General de Derecho*, n° 45, 14-56.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu. 2017. «Mediación obligatoria previa al ejercicio de la acción judicial en litigios promovidos por consumidores: a propósito de la STJUE de 14 de junio de 2017 (Asunto C-75/16)». *Diario La Ley* n° 9076, de 8 de noviembre de 2017. 1-10.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. 2017. «Derechos fundamentales y primacía del Derecho de la Unión Europea». *Diario La Ley* n° 9107, 27 de diciembre de 2017. 1-9.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel. 2012. «Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial». En *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, dirigido por Cristina Monereo Atienza y José Luis Monereo Pérez, 1237-1249. Granada: Comares.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio. 2014. «Artículo 51. Ámbito de aplicación: los sujetos obligados por la carta y los límites a su vis expansiva». En *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, dirigido por Ixusko Ordeñana Gezuraga, 905-911. Cizur Menor: Aranzadi.

# EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS CONSUMIDORES\*

## *The Fundamental Right of Access to Justice for Consumers*

María José Catalán Chamorro  
Universidad de Valencia (España)  
maria.jose.catalan@uv.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp323-346](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp323-346)

Recibido: 30.10.2018  
Aceptado: 21.11.2018

### **Resumen**

El acceso a la justicia es hoy en día un Derecho fundamental reconocido en la Constitución española en el artículo 24 a través del Derecho a la tutela judicial efectiva, así como el derecho a la asistencia justicia gratuita para aquellos que acrediten insuficiencia de recursos para litigar de acuerdo con el artículo 119 de la Constitución española. Sin embargo, estos derechos se desdibujan cuando intentamos reivindicar los derechos de los consumidores. En este trabajo analizamos cómo Cappelletti teorizó, a través de su obra *General Report Access to justice*, las tres olas básicas para conseguir derribar las barreras que impiden el acceso a la justicia. Esta teoría refleja los pasos seguidos por la Unión Europea para mejorar el acceso a la justicia de los consumidores.

### **Palabras clave**

Acceso a la justicia; Consumidores; Derecho de consumo; ADR y ODR.

---

\* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Catalán Chamorro, María José. 2018. «El Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia de los Consumidores». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 323-346. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp323-346](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp323-346).

***Abstract***

The Access to justice is nowadays a fundamental right recognizes by the Spanish Constitution at article 24 throughout the right to obtain the effective protection of the Judges and the Courts as well as the right to Justice shall remain free for those who have insufficient means to litigate according to the article 119 of the Spanish Constitution. However, the blurring of these rights happened when we try to claim consumer's rights. In this paper, we analyze how Cappelletti theorized, through his book General Report Access to justice, the three basic waves for the break down barriers to access to justice. This theory reflects the steps in this implementation taken by the European Union in order to improve the consumer's access to justice

***Keywords***

Access to justice; Consumers; Consumer's rights; ADR and ODR.

---

**SUMARIO:** I INTRODUCCIÓN. II. DESARROLLO DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN EL ÁMBITO DEL CONSUMO. 1. *Primer Estadio de Acceso a la Justicia: los colectivos con dificultades en el acceso a la justicia.* 1. El acceso a la justicia en Europa. 2. El acceso a la justicia y su relación con la pobreza. 3 Las personas consumidoras en reclamaciones de escasa cuantía. 4. El acceso a la justicia de los consumidores en la Unión Europea. 2. *Segundo estadio de Acceso a la Justicia: representación de los intereses difusos y colectivos de los consumidores.* 1. *Ámbito nacional.* 2. *Ámbito Europeo.* 3. *El tercer estadio de Acceso a la Justicia: resolución alternativa de conflictos en consumo.* 4. *Cuarto estadio de acceso a la justicia: Resolución alternativa de conflictos de consumo en línea.*

---

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho de acceso a la justicia es un derecho reconocido de una u otra manera en todas las constituciones contemporáneas, así mismo no nos cabe duda de su realidad en España gracias a la Ley 1/1996, de 10 de enero, *de asistencia jurídica gratuita*<sup>1</sup>. Sin embargo, este derecho queda desdibujado cuando se trata de reclamaciones de escasa cuantía, fundamentalmente derivadas de la adquisición de bienes o servicios por parte de los ciudadanos consumidores y cuya entidad no es suficiente para ser reclamada a través de un largo y tedioso proceso judicial, con aportación de pruebas y donde la *quota litis* será muy superior a la cantidad reclamada.

Este difícil acceso a la justicia para los consumidores se agudiza hoy más que nunca con las compras a través de internet a otros países fundamentalmente de la Unión Europea, así como con la inclusión de productos contratados sin un consentimiento suficiente y debidamente informado en los servicios de suministros, telecomunicaciones o bancarios. A todo ello, le unimos el alto porcentaje de consumidores vulnerables existentes en nuestro país, donde ronda el 39% de la población<sup>2</sup> dándonos todo esto una ecuación de alto riesgo para los intereses económicos de las ya delicadas economías domésticas<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> BOE núm. 11, de 12 de enero de 1996.

<sup>2</sup> *Consumer vulnerability across key markets in the European Union (Final Report)*, Ed Publications Office of the European Union, enero 2016. Figure 39. Level of vulnerability on average across all dimensions, by country group from the approach-based typology, p. 380.

<sup>3</sup> No obstante, la percepción ciudadana es más optimista, según el último *Eurobarómetro sobre opinión pública en la Unión Europea*, los ciudadanos encuentran mejoras en sus compras de bienes y servicios a otros países de la UE, hasta 13 puntos por encima de

Por ello, siguiendo la estela marcada por Cappelletti en su obra *Acces to Justice*, la Unión Europea ha intentado superar las barreras que Cappelletti teorizó en el acceso a la justicia. En primer lugar, la superación de la pobreza con la asistencia jurídica gratuita, en segundo lugar, la superación de las reclamaciones masivas con las acciones colectivas y, en tercer lugar, la facilitación del acceso a una tutela efectiva a través de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos. Hoy, podríamos evolucionar el acceso a la justicia a través estos mecanismos de resolución alternativa en su esfera online.

No obstante, aún queda mucha tarea por hacer en cada una de las tres esferas teorizadas por Cappelletti, tanto en el ámbito de la pobreza, como en las dificultades para hacer realidad las acciones colectivas y en el avance de los ADR y los ODR para solventar los conflictos que no precisen de un proceso judicial en toda su extensión.

## II. DESARROLLO DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN EL ÁMBITO DEL CONSUMO

Los orígenes del «acceso a la justicia» fueron alegados por primera vez ante la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Lessee of Pollard's Heirs v. Kibbe* 39 U.S. 353, en 1840, en virtud del Tratado de Amistad, Límites y Navegación de 1795<sup>4</sup>. Sin embargo, este principio no sería desarrollado con la entidad suficiente<sup>5</sup> tanto en las legislaciones como en los estudios de

---

cómo se encontraban en 2014. *Standard Eurobarometer 89 Public opinion in the European Union (marzo 2018)*.

<sup>4</sup> También denominado como Tratado de San Lorenzo en España o Tratado Pinckney en Estados Unidos, firmado entre estos dos países con el objetivo de definir las fronteras entre Estados Unidos y las colonias españolas en Norteamérica, regular los derechos de navegación en el río Misisipi, acuerdos de paz, libertad de comercio y libertad de acceso a la justicia para los ciudadanos, concretamente en el artículo XX de la declaración se estableció: «*Se ha convenido igualmente que los habitantes de los territorios de una y otra parte respectivamente serán admitidos en los Tribunales de justicia de la otra parte, y les será permitido el entablar sus pleitos para el recobro de sus propiedades, pago de sus deudas y satisfacción de los daños; bien sean las personas contra las cuales se quejasen súbditos o ciudadanos del país en que se hallen; o bien sean cualquiera otros sujetos que se hayan refugiado allí. Y los pleitos y sentencias de dichos Tribunales serán las mismas que hubieran sido en el caso de que las partes litigantes fuesen súbditos o ciudadanos del mismo país.*».

<sup>5</sup> Podemos encontrar algunas referencias bibliográficas al respecto, tras la Segunda Guerra Mundial, cuando los juristas comienzan a ser conscientes de la necesidad de mejorar el acceso a la justicia de la ciudadanía. Como: William T., Gosset, «Access to Justice: The True Significance of Legal Aid», *American Bar Association Journal* 40, (1954), pp. 111-112 y Orison S., Marden, «Equal Access to Justice: The Challenge and the Op-

Derecho, hasta el nacimiento del Proyecto de «Acceso A La Justicia» de referencia en la mayoría de estudios del campo, realizado por Cappelletti junto con Garth en la Universidad de Florencia en la década de los setenta<sup>6</sup>.

Esta obra nos servirá de modelo en el presente trabajo para comparar y analizar las tres «olas de reformas» teóricas que ha tenido el movimiento de acceso a la justicia, con los movimientos legislativos por parte de la Unión Europea, y por ende también de España, para facilitar el acceso a la justicia de los consumidores<sup>7</sup>.

La primera «ola» vendrá caracterizada por el reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita para las personas sin recursos suficientes como para acceder a la justicia por sus propios medios.

La segunda «ola» se fundamenta en el movimiento de representación de los intereses difusos e intereses colectivos<sup>8</sup>, mediante los mecanismos de las acciones colectivas, de los operadores del Derecho en defensa del interés público y el reconocimiento de capacidad procesal para demandar a los grupos o asociaciones de consumidores o en defensa del medioambiente.

Finalmente, estas dos «olas» no funcionarían tan solo con la inclusión de estos derechos en provisiones legales. Para ello, la tercera «ola» incluye y absorbe las otras dos. En esta ocasión el protagonista es el abanico de procedimientos e instituciones que comprende la maquinaria del Alternative Dispute Resolution (en adelante, ADR). Desde esta perspectiva, se apunta de forma renovada a un procedimiento de resolución de conflictos más informal para las reclamaciones de escasa cuantía que, hasta el momento, solo podrían dirimir los tribunales de justicia<sup>9</sup>. Incluso, por primera vez, se pensó en la

---

portunity», *Wash. & Lee L. Rev.*, N° 19, (1962), pp.153-164. Ambas son prácticamente las únicas referencias bibliográficas que aparecen con la idea de acceso a la justicia antes de los años setenta.

<sup>6</sup> Mauro Cappelletti y Bryant G. Garth, *Access to Justice: A World Survey*, Vol I., Libro 1, Italia, (1978). Sijthoff and nooordhoff- Alphaena Andenrijn. Dott. A. Giufrè Editore-Milan, pp. 22-54.

<sup>7</sup> Ver mas en: Thierry Bourgoignie, «L'accès des consommateurs au droit et à la justice: les défis du marché unique», *REDC*, (1992), pp. 124- 125 y Geraint G Howells y Stephen Weatherill, *Consumer Protection Law*, Ashgate, Londres, (2005) (2a ed.), pp. 651-652.

<sup>8</sup> Ver mas en: Christopher Hodges, *The reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems. A new framework for collective redress in Europe*, Hart Publishing, Oxford, (2008), pp.185-191 y Stefan Wrba, Steven Van Uytsel, Mathias M. Siems., «Access to Justice and Collective actions: «Florence and beyond», *Collective actions: enhancing access to justice and reconciling multilayer interest.*? Ed. Stefan Wrba, Steven Van Uytsel, Mathias M. Siems., Cambridge University Press, United State of America, (2012), pp. 8-10.

<sup>9</sup> Según el Eurobarómetro 397 de septiembre de (2015) sobre «*Consumer attitudes towards cross-border trade and consumer protection*», solo el 76% de los consumidores que tuvieron un caso de reclamación ejercitaron algún tipo de acción para solventarla, y

reorganización del sistema, a través de servicios de asistencia legal mediante asistentes legales o *paralegal*, fuera de la organización del Poder Judicial.

Esta perspectiva acarrea la preocupación por los riesgos provenientes de simplificar en exceso los mecanismos de resolución de conflictos, amenazando la protección esencial del procedimiento. Sin embargo, el estudio del presente trabajo se asienta en el convencimiento de que es necesario apostar y arriesgarse a realizar un sistema que mejore las oportunidades de acceso a la justicia, para que los ciudadanos, individual o colectivamente, como consumidores de bienes y servicios puedan exigir y reivindicar sus derechos ante los abusos del mercado<sup>10</sup>. No obstante, se tendrá que vigilar que se realice con todas las garantías procesales que ofrece nuestro Estado de Derecho.

Estas exigencias se han visto respondidas mediante la creación de vías para facilitar al ciudadano el acceso a la justicia o, al menos, dotarlo de una tutela judicial efectiva mínima para evitar la merma de derechos de los ciudadanos como consumidores del mercado único europeo. Todo ello acompañado del ejercicio de una discriminación positiva<sup>11</sup> hacia la parte más débil de las relaciones jurídicas comerciales, es decir, los consumidores, ante los abusos del mercado<sup>12</sup>.

### 1. *Primer Estadio de Acceso a la Justicia: los colectivos con dificultades en el acceso a la justicia*

Siguiendo la obra de Cappelletti y los pasos de la Unión Europea a lo largo de su historia, podemos relacionar *prima facie* el acceso a la justicia con

---

de ellos, solo un 3% lo ejercieron ante los tribunales de justicia. Por otro lado, hemos de destacar que solo un 7% eligió un sistema ADR mientras que un 83% prefirieron reclamar directamente al comerciante, un 18% al fabricante y un 8% a una autoridad pública. Sin embargo, a pesar esas cifras, los más satisfechos con la forma de resolución de los conflictos fueron los resueltos a través de un ADR en un 68%, seguidos por los que reclamaron al comerciante con un 60% de satisfacción y los que se dirigieron al fabricante o a una autoridad pública se mostraron satisfechos en un 59% de los casos. Hemos de denotar como dato característico que los que acudieron a los tribunales ordinarios de justicia estaban satisfechos tan solo en un 44%, la calificación más baja.

<sup>10</sup> Mauro Cappelletti y Bryant G. Garth, *Access to Justice: A World Survey*, op. cit. pp. x y xi.

<sup>11</sup> Luis Prieto Sanchís, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», *Revista del centro de estudios constitucionales*, N° 22 (septiembre-diciembre) (1995), pp. 9-57.

<sup>12</sup> Parte de la doctrina se ha mostrado en contra de esta discriminación positiva, debido a que en ocasiones podemos denotar como parte débil a algunos comerciantes ante consumidores que han abusado o abusan del sistema de protección de los derechos de los consumidores. Ewoud H. Hondius, «The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis», *Journal of Consumer Policy*, September (2004), Vol. 27, Issue 3, pp 245–251.

la pobreza, las reclamaciones de escasa cuantía y su importancia en el ámbito del consumo.

### 1.1. El acceso a la justicia en Europa

La Unión Europea se inició en el reconocimiento del Derecho de acceso a la justicia de los ciudadanos en el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*<sup>13</sup>, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950 por el Consejo de Europa<sup>14</sup>. En este Convenio podemos apreciar un primer estadio mediante el reconocimiento de acceso a la justicia de los colectivos más desfavorecidos y/o con dificultades económicas. En el artículo 6 se reconoce precisamente el derecho a un proceso equitativo, así como en el artículo 13 el derecho a un recurso efectivo. Ambos derechos son esenciales para el acceso a la justicia de todos los consumidores que sientan haber sido vulnerados en sus derechos en un plano de igualdad material con los comerciantes. Sin embargo, en nada se pronunciaba respecto de las personas sin recursos y cómo estas podrían acceder a la justicia a través de una representación y asistencia gratuitas. En el mismo sentido camina la *Carta de los Derechos Fundamentales* de la Unión Europea, proclamada formalmente en Niza en diciembre del año 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión<sup>15</sup>, reconociendo en su artículo 47 el derecho a la tutela judicial efectiva, a un juez imparcial y a la asistencia jurídica gratuita.

Es obligado apuntar que la Constitución Española de 1931 fue unas de las primeras en Europa en garantizar el *acceso gratuito a la justicia de todos los ciudadanos que lo necesiten por motivos económicos* en su artículo 94<sup>16</sup>. En Alemania, entre 1919 y 1923, se puso en marcha, como un derecho fundamental de la ciudadanía, un sistema estatal de compensación a través de abogados privados<sup>17</sup>. Posteriormente, la Constitución francesa de 1946 exigió una justicia efectiva y accesible a todos en su artículo 17, artículo ampliado en su reforma de 1958. En Inglaterra no sería hasta 1949 cuando de una forma más decidida acometiesen la reforma definitiva, creando el Estatuto sobre

<sup>13</sup> Comúnmente conocido como Convención Europea de Derechos Humanos, e inspirada en Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

<sup>14</sup> Posteriormente enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Y ratificado por España en BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564 a 23570.

<sup>15</sup> Carta de los Derechos Fundamentales (2000/C 364/01).

<sup>16</sup> Disponible en: [http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931\\_cd.pdf](http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf), acceso 11 de octubre de 2018.

<sup>17</sup> La Ley fundamental alemana de 1949 que reconoció el derecho a un juez natural.

Asesoramiento y Asistencia Legal<sup>18</sup>, sistema de asesoramiento gratuito proporcionado por *The Law Society*, la asociación nacional de abogados.

De esta manera se empezaba a construir el Estado Social, nuevos derechos como consumidores, como trabajadores, como propietarios, en definitiva, como ciudadanos en igualdad de condiciones. Era el momento de reconocer el derecho de acceso a las técnicas procesales que garantizaran la función de servicio social de los tribunales. En la actualidad, casi todos los Estados miembros reconocen en sus constituciones el Derecho de acceso a la justicia, aunque no todos lo contemplan de la misma manera<sup>19</sup>. El artículo 18 (2) de la Constitución holandesa garantiza el acceso a la asistencia jurídica a personas con medios limitados, el artículo 24 de la Constitución italiana reconoce el acceso a la justicia y la asistencia jurídica gratuita para aquellos ciudadanos que la precisen por motivos económicos y en el mismo sentido lo hace la Constitución española en su artículo 119 sobre el acceso a la justicia gratuita<sup>20</sup>.

El derecho de acceso a la justicia se ha convertido en un derecho social que ha ido evolucionando a lo largo del tiempo y que juega un papel esencial en cualquier Estado democrático y de Derecho del mundo. En primer lugar, como veremos, se lucha por un acceso a la justicia que podríamos calificar de simplificado<sup>21</sup> y, *a posteriori*, hacia un derecho de acceso a la justicia de los consumidores, como derecho fundamental de segunda generación<sup>22</sup> pero sin perder de vista que las dificultades para acceder a la justicia por reclamaciones

<sup>18</sup> Legal Aid and Advice Act 1949, esta fue creada tras la publicación del Rushcliffe Committee Report en 1945, donde se establecían principios elementales para el acceso a la justicia de las personas más vulnerables. «Submission of the Law society of England and Wales to the Labour Party Review of Legal Aid», *The Law Society*. Febrero 2016, p. 2.

<sup>19</sup> Alemania (Artículo 101), Austria (Artículo 83), Bélgica (Artículo 13 of Capítulo II), Luxemburgo (Artículo 13), República Checa (Artículo 38), o España (Artículo 24), Finlandia (artículo 21), Italia (artículo 24) Eva Storskrubb y Jacques Ziller, «Access to Justice in European Comparative Law», *Access to Justice as a Human Right*, Coord. Francesco Francioni, Oxford University Press, Oxford, (2007), pp. 188-191.

<sup>20</sup> Así como el artículo 52.3 de la Constitución británica donde se limitan las tasas prevaleciendo el Derecho de acceso a la justicia, artículo 21 de la Constitución rumana.

<sup>21</sup> Elvira Méndez Pinedo, *La protección de Consumidores en la Unión Europea, hacia un Derecho Procesal comunitario de consumo*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas S.A., Madrid, (1998), pp. 164-168 y 237.

<sup>22</sup> Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez, «Los derechos económicos, sociales, culturales, V. Los derechos humanos de segunda y tercera generación», *Manual de Derechos Humanos*, Coord. José Justo Megías Quirós, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 103-137; Victor Abramovich y Christian Courtis, «La estructura de los derechos sociales en el problema de su exigibilidad», *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, (2002), pp. 19-20 y 36, y José María Rodríguez Paniagua, *Moralidad, derechos, valores*, Civitas, Madrid, (2003), pp. 111-122.

de consumo de escasa cuantía afecta de forma dramática a las economías domésticas, hoy más débiles que nunca por los efectos aun latentes de la crisis económica.

El obstáculo más evidente y primigenio al que debemos hacer frente es la pobreza. Y no solo la pobreza como falta de capacidad económica, sino también la devenida de circunstancias concomitantes que rodean a esta situación como las dificultades de acceso a la información, a la formación para conocer sus derechos o al desconocimiento sobre cómo o dónde obtener representación o asistencia legal<sup>23</sup>.

En el sector privado, sobre todo en el sector de las compañías aseguradoras, han proliferado con bastante éxito los seguros de defensa jurídica, debido a la creciente necesidad de este tipo de productos en las últimas décadas. Sin embargo, en España han tenido menos éxito que en el resto de Europa debido a la cobertura que la Ley 1/1996, de 10 de enero, *de asistencia jurídica gratuita* presta a las personas con dificultades -no solamente económicas sino también sociales-, para el acceso a la justicia en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos. Esta tipología de seguro fue regulada, en España, por imperativo de norma europea, en concreto por la Directiva 88/357/CEE, *sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados* a través de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, *para adaptar el Derecho español a la Directiva 87/344/CEE, de 22 de junio, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica*<sup>24</sup>, en su sección novena<sup>25</sup> donde, de forma poco acertada, fue incluida como un seguro de daños, ya que la naturaleza de este seguro de daños dicta mucho de la finalidad del seguro de defensa jurídica. Por un lado, no es aplicable el principio indemnizatorio, ni la mayoría de los preceptos del seguro de daños. Por otro lado, la regulación sobre la prestación de un servicio de asistencia jurídica por el asegurador, queda regulado fuera del seguro de daños. Por ello, es defendido por la mayoría de la

---

<sup>23</sup> Mauro Cappelletti, «Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the worldwide Access to justice Movement» *Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid Modern Societies*, Vol. 56, (1993), pp. 282-296 y Mauro Cappelletti, James Gordley y Earl Johnson, *Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid Modern Societies*, Milan & Dobbs Ferry, New York, (1975), pp. 343-353.

<sup>24</sup> Modificada posteriormente en lo que respecta al seguro de defensa jurídica por la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) a través de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

<sup>25</sup> BOE núm. 304, de 20/12/1990.

doctrina como una figura independiente, de naturaleza compleja y sin claro encuadre sistemático<sup>26</sup>.

## 1.2. El acceso a la justicia y su relación con la pobreza

El concepto de pobreza ha evolucionado a lo largo de las últimas décadas con gran intensidad, debido al auge del Estado Social y de Derecho. La concepción de la pobreza en los años setenta cuando Cappelletti pone por primera vez el foco de atención en este sector de la población altamente vulnerable ante las dificultades de acceso a la justicia hoy debe ser actualizado y contextualizado, analizando de manera transversal a través de diferentes prismas, como los factores sociológicos. Es decir, estudiando todas las circunstancias concomitantes que agravan o pueden agravar las dificultades de acceso a la justicia, amén de tener en cuenta siempre el elemento común denominador a todos ellos, la pobreza o la exclusión social, como obstáculo principal para acceder en plenitud e igualdad de condiciones a la justicia, en el caso que nos ocupa en el presente trabajo, de los consumidores.

El artículo 9.2 de la Constitución española (en adelante CE), exige a los poderes públicos que promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sea reales y efectivas, así como a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Estos obstáculos tienen su origen en diferentes ámbitos como el económico, cultural, racial, sexual, religioso, de género, psicológico o idiomático<sup>27</sup>. Todo ello, unido al artículo 24 CE sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y al artículo 51 CE que garantiza la defensa de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios por parte de los poderes públicos, hacen que podamos sentirnos constitucionalmente protegidos como consumidores en nuestro país.

Sin embargo, las estadísticas nos dicen que aún nos encontramos lejos de copar estos objetivos en lo que a la justicia social se refiere con respecto a los consumidores y usuarios. Así las cosas, aunque el conocimiento de los derechos de los consumidores haya crecido en los últimos años en la Unión Europea, España, en el año 2017 se sigue encontrando 1,4 puntos por debajo de la media, siendo uno de los seis países miembros que más decrecen en el

---

<sup>26</sup> Juan Carlos Velasco Perdigonés, «El Seguro de Defensa Jurídica: problemas doctrinales e interpretativos actuales», *Diario La Ley*, N° 8653, (2015), Sección Doctrina, 25 de noviembre de (2015).

<sup>27</sup> Marc Galanter, «Access to Justice in a World of Expanding Social Capability», *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 37, Issue 1, (2009), pp. 115-128.

conocimiento de sus derechos<sup>28</sup>. A este dato se le une el hecho de que nuestro país sea considerado el segundo de la Unión Europea más expuesto a prácticas comerciales injustas o desleales, solo por detrás de Croacia<sup>29</sup>. A pesar de estos malos datos somos el país mejor valorado para comprar *online*<sup>30</sup>, es decir, cuando actuamos como vendedores cumplimos con la legalidad vigente, pero cuando actuamos como compradores no conocemos nuestros derechos y por ende estamos más expuestos a que se nos vulneren los mismos.

Asimismo, según los últimos datos disponibles el problema del acceso a la justicia de los consumidores no ha sido suficientemente superado, el Marcador de Justicia alerta sobre los serios problemas de acceso a la justicia que existen en la Unión Europea en relación especialmente con la pobreza y los consumidores, es decir, consumidores pobres que no reciben ningún tipo de asistencia ni ayuda ante prácticas injustas por parte de las empresas<sup>31</sup>. Mientras la mayoría de países de la Unión Europea han endurecido las condiciones para el acceso a la asistencia jurídica gratuita en los últimos años, los niveles de pobreza no han parado de aumentar<sup>32</sup>.

Así las cosas, debemos apuntar que no solo ha cambiado el concepto de pobreza, sino que han surgido cambios en torno al concepto de acceso a la justicia. En la época liberal, a finales del Siglo XVIII y principios del XIX, el proceso civil reflejaba la filosofía del individualismo más absoluto y donde la justicia, como cualquier otro producto del sistema *laissez faire*, podía ser comprada solo por aquellos que pudiesen pagar su coste, debido a que las personas eran consideradas las únicas responsables de su destino<sup>33</sup>. En el Siglo XX el reconocimiento de los derechos y libertades de forma internacional se asienta, y no meramente como declaración programática sino inspirador de enormes cambios jurídicos y estructurales. Sin embargo, como se puso de manifiesto en la primera parte del Siglo XX las desigualdades económicas y sociales generaban una palmaria desigualdad en el marco de la resolución de conflictos, o de la obtención de Justicia. Esto fue en gran medida uno de los elementos que propiciaron la aparición del movimiento libre de acceso a cualquier medio de tutela o de Justicia, esto es, también la gente más

---

<sup>28</sup> Último Consumer Conditions Scoreboard, (2017), p. 17. Disponible en: [http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=117250](http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=117250), acceso el día 11 de octubre de 2018.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>31</sup> The 2018 EU Justice Scoreboard, pp. 32 y 33, disponible en: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice\\_scoreboard\\_2018\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2018_en.pdf), acceso el día 11 de octubre de 2018.

<sup>32</sup> *Ibidem* p. 47.

<sup>33</sup> Mauro Cappelletti y Bryant G. Garth, «General Report», *Access to Justice*, Vol I., Book 1, *op. cit.* p. 7.

desfavorecida económicamente empezaba a tener acceso a través de la mediación a cauces de tutela que no eran los tribunales ordinarios de justicia, estructurados y desarrollados gracias a la enorme dosis de generosidad y voluntariedad de los movimientos sociales inspirados en el realismo jurídico, la búsqueda de la paz social<sup>34</sup>. Fue entonces cuando junto con el realismo jurídico nace la comentada obra de Cappelletti.

Así las cosas, el derecho de acceso a la justicia existía formalmente desde las proclamaciones legislativas anteriormente comentadas, sin embargo, las diferencias sociales y económicas hacían de éste un derecho inaplicable para la gran mayoría de la población. Para paliar esta situación fueron surgiendo movimientos en defensa de los derechos y deberes sociales desde los gobiernos, de las comunidades, asociaciones y particulares para con la sociedad<sup>35</sup>.

En el desarrollo de nuestra investigación, reflejaremos cómo esta tendencia ascendente en la facilitación del acceso a la justicia puede estar decreciendo especialmente en el ámbito de la justicia de consumo, debido a la actual concepción del sistema capitalista globalizado que supedita a los consumidores y sus derechos a los intereses de grandes compañías<sup>36</sup>. Unidos estos intereses económicos, a las innovaciones del big data y los medios de resolución alternativos de justicia online y offline podríamos fácilmente pensar que el acceso a la justicia para los consumidores es hoy más fácil que antaño. Esta prima facie es correcta, sin embargo, debemos tener presente que son estos mismos intereses económicos en forma de empresas o macroempresas que vulneran nuestros derechos, los que nos ofrecen a posteriori estos métodos de resolución alternativa de los conflictos que ellos mismos han creado a través de figuras como el defensor del cliente. Figuras que, aunque organizativamente aparecen como independientes de la empresa, son nombradas por sus consejos de administración amén de regir estos sus actividades.

<sup>34</sup> Silvia Barona Vilar, *Solución extrajudicial de conflictos: Alternative dispute resolution (ADR) y derecho procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, (1999), pp. 34-44.

<sup>35</sup> Mauro Cappelletti, *Processo E Ideologie*, Bologna Il Mulino, (1969), pp. 511-524 y Mauro Cappelletti y Bryant G. Garth, «La cambiante concepción teórica del acceso a la justicia» y «Enfoques prácticos a los problemas de acceso a la justicia», *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, traducción de Mónica Miranda, Fondo de Cultura Económica, México, (1996) pp. 11-13 y 24-25.

<sup>36</sup> Juan Ignacio Font Galan, «Apogeo de racionalidad económica y disenso constitucional. Prólogo para un alegato en defensa del constitucionalismo social y del deber jurídico-público de protección de los consumidores» *La protección de los consumidores en tiempos de cambio: ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*, coord., Javier Pagador López, Manuel Pino Abad, Dir. Luis María Miranda Serrano, Iustel, Madrid, (2015), pp. 589-620.

### 1.3. Las personas consumidoras en reclamaciones de escasa cuantía

Volviendo al camino recorrido por la Unión Europea poco a poco surgió la necesidad de reconocer el derecho de acceso a la justicia y la protección de los consumidores que actuaban en el Mercado Único de la Unión Europea, en los inicios del Derecho de Consumo, siguiendo la experiencia del *laissez faire*. En un primer momento, los países miembros se pusieron de acuerdo para acometer un reconocimiento formal de los Derechos fundamentales de los consumidores —a través de múltiples comunicaciones, informes, decisiones, resoluciones, dictámenes, recomendaciones, libros verdes, conferencias, simposios, comités de expertos etc., desde 1975<sup>37</sup>—, pero sin las herramientas procesales necesarias para ejercerlos de forma efectiva, hasta prácticamente la entrada en vigor de la Directiva 2013/11/UE *sobre ADR de consumo* y el Reglamento 524/2013 *sobre la plataforma de ODR*. Instrumentos legislativos que también adolecen de multitud de mermas en lo referente a las garantías que ofrecen para asegurar la tutela efectiva a las personas consumidoras, pero que se plantea en la actualidad como única tabla de salvación para este acceso a la justicia.

En la búsqueda de la efectividad de este acceso a la justicia debemos señalar, en primer lugar, los costes del procedimiento en general. En concreto, cabe prestar especial atención a la agudización de esta dificultad, especialmente cuando hablamos de reclamaciones de escasa cuantía, debido sobre todo debido a los costes procesales de las mismas, pues son porcentualmente muy superiores a las reclamaciones de mayor cuantía<sup>38</sup>. En otras palabras, si los costes procesales de un procedimiento de escasa cuantía ostentan cuantitativamente un mayor porcentaje sobre el valor reclamado, los ciudadanos no podrán asumir el coste que esto representa sobre el total de la reclamación. Para eliminar esta barrera, ya vislumbrada por Cappelletti en los años setenta, la Unión Europea, en su voluntad de mejorar las condiciones de los consumidores y grupos de consumidores que realizan compras transnacionales en el Mercado Único Europeo, creó el proceso europeo de escasa

---

<sup>37</sup> Con el Coloquio sobre los medios judiciales y cuasi-judiciales para la protección de los consumidores, que la Comisión organizó en 1975 ver más en: María José Catalán Chamorro, *El acceso a la justicia de los consumidores a través del ADR y del ODR*, Tirant Lo Blanch, Valencia, (2018), p. 52.

<sup>38</sup> En este sentido, cuatro de cada diez consumidores con una causa legítima para reclamar no toman ninguna acción al respecto, un 40% no creen en poder obtener una solución satisfactoria, un 38% creen que conlleva demasiado tiempo, mientras que un 34% creen que la reclamación es de demasiado poco valor. según el Eurobarómetro 397 de septiembre de 2015 sobre «*Consumer attitudes towards cross-border trade. and consumer protection*», p. 13.

cuantía<sup>39</sup>. Este proceso reduce los costes de las reclamaciones de una cuantía, en materia civil o mercantil, inferior a 5.000 euros<sup>40</sup>. Sin embargo, no los elimina, pues en la mayoría de países europeos existe una tasa por admitir una demanda en este proceso europeo, tramitándose la demanda solo previo abono de la tasa<sup>41</sup>.

Hay que tener en cuenta aspectos como la capacidad económica de las partes, en cuanto a sus recursos económicos<sup>42</sup> así como su capacidad de obrar, competencias en formación, situación social<sup>43</sup>, amén de la posición desigual causada por el desconocimiento del procedimiento de reclamación de consumo por parte del consumidor, a diferencia del empresario que

---

<sup>39</sup> Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, *por el que se establece un Proceso Europeo De Escasa Cuantía*.

Este reglamento ha sido modificado en algunos de sus puntos por el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 *por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) n° 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo*.

Los orígenes de este Reglamento comienzan el 30 de noviembre de 2000, el Consejo adoptó un programa conjunto de la Comisión y del Consejo de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Posteriormente, declarado este como el Programa de La Haya, adoptado por el Consejo Europeo el 5 de noviembre de 2004, se abogaba por que se prosiguieran activamente los trabajos relativos al proceso de escasa cuantía. Finalmente, el 20 de diciembre de 2002, la Comisión Europea aprobó el Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía.

<sup>40</sup> El Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 por el que se modifican el Reglamento (CE) n° 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) n° 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo, prevé en su artículo 2, la elevación del límite relativo a la cuantía hasta los 5.000 euros, con el fin de mejorar el acceso a la tutela judicial efectiva y económicamente eficiente en los litigios transfronterizos. Así como reforzar la confianza en las transacciones transfronterizas y que contribuirá positivamente al aprovechamiento máximo de las oportunidades que ofrece el mercado interior europeo. Esta modificación es aplicable desde el 14 de julio de 2017.

<sup>41</sup> *Guía Práctica para la aplicación del Proceso Europeo de Escasa Cuantía*, con arreglo al Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de (2007), por el que se establece un Proceso Europeo De Escasa Cuantía, publicado por Unión Europea, (2013), p. 34.

<sup>42</sup> Eurobarómetro 395 de abril de 2013 «sobre reclamaciones de escasa cuantía», un 73% no reclama por el coste. Disponible en: [http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs\\_395\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_395_en.pdf) acceso de 12 de octubre de 2018.

<sup>43</sup> Ver perfil de consumidor que reclama en: Naomi Creutzfeldt, *Project Report: Trusting the middle-man: Impact and legitimacy of ombudsmen in Europe*, University of Westminster, junio (2016). Disponible en: [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/ombuds\\_project\\_report\\_nc\\_2.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/ombuds_project_report_nc_2.pdf) acceso de 12 de octubre de 2018.

conoce perfectamente el contenido contractual y se enfrenta a reclamaciones repetitivas, concepto acuñado por los autores anglosajones como «*repeat players*»<sup>44</sup>.

Finalmente citaremos los problemas especiales que se derivan de la defensa de los intereses difusos, como en la protección de los consumidores y de los derechos medioambientales que formarán parte del segundo estadio que a continuación describiremos. Cappelletti apuntó<sup>45</sup>, con muy buen criterio, que las barreras no pueden ser eliminadas una por una, sino que tendrán que ser eliminadas conjuntamente de forma gradual, ya que la eliminación de una puede agravar otra creando un desequilibrio más perjudicial para el conjunto del sistema.

#### 1.4. El acceso a la justicia de los consumidores en la Unión Europea

La evolución natural, tanto a nivel europeo como nacional, ha sido la constitución del acceso a la justicia como Derecho fundamental y, posteriormente, en la segunda generación de Derechos fundamentales<sup>46</sup> se ha avanzado hacia el reconocimiento del acceso a la justicia de los consumidores en sus reclamaciones de escasa cuantía<sup>47</sup>. En este sentido, y ajustándonos más al reconocimiento de acceso a la justicia de los consumidores dentro del Mercado Único Europeo, observamos dos instrumentos que protagonizan este primer estadio de acceso a la justicia de los consumidores<sup>48</sup>.

Por un lado, la primera apuesta real por parte de la Unión Europea se produjo con el Libro Verde *sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios de consumo en el mercado único* de 1993<sup>49</sup>. En este documento se sientan las bases y se realiza un estudio comparado de

<sup>44</sup> Término utilizado para referirse al conocimiento adquirido por parte de las grandes compañías o empresarios debido a la experiencia repetida en los procedimientos de reclamación por parte del consumidor en los que ha ejercido la legitimación pasiva, mientras que el consumidor acude en la mayoría de casos por primera vez, sin experiencia alguna sobre el procedimiento al que se va a someter.

<sup>45</sup> Mauro Cappelletti y Bryant G. Garth, «General Report», *Access to Justice*, Vol I., Book 1, *op. cit.* p. 54.

<sup>46</sup> Francisco José Eguiguren Praeli, «¿Tienen todos los Derechos Humanos igual Jerarquía?», *IUS VERITAS*, Lima, enero de (1992), pp. 5-6.

<sup>47</sup> Nuria Marchal Escalona, «¿Hacia un nuevo derecho procesal europeo de protección del consumidor? La nueva iniciativa europea sobre la resolución de litigios de pequeña cuantía», *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), N° 28, (2014) p. 7.

<sup>48</sup> Aunque como posteriormente analizaremos, existieron movimientos previos a este Libro Verde muy interesantes, sin embargo, he querido poner de relieve los más notorios para explicar estas tres (o cuatro) olas de acceso a la justicia de los consumidores en la UE.

<sup>49</sup> COM (93) 576 final, de 16 de noviembre de 1993.

los mecanismos judiciales y extrajudiciales aplicables a los litigios de consumo nacionales, así como de asociaciones de consumidores y/o instancias administrativas que ostentaban en diferentes países de la zona euro, las funciones de protección y defensa de los intereses colectivos e individuales de los consumidores.

Esta tarea prosiguió, con el Plan De Acción *sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el Mercado interior*<sup>50</sup>, donde se comenzó a dar respuesta a problemáticas concretas en cuanto a la promoción de los procedimientos extrajudiciales y al acceso de los consumidores a los procedimientos judiciales, amén de establecer unos criterios primigenios para la implantación de procedimientos extrajudiciales aplicables a los litigios en materia de consumo y un formulario tipo de reclamación normalizado para toda Europa. Esta primera aproximación, coincide con el despertar de las conciencias del Estado del bienestar, así como con el crecimiento de las rentas *per cápita* en las clases medias, que hizo revolucionar el consumo en masa. Sin embargo, quedaban aún muchos retos por batir, tales como la ampliación del cuerpo de abogados de oficio, destinados a las causas de estas personas sin recursos; la ampliación de este servicio social también a las clases medias, pues en ocasiones se cuenta con recursos suficientes para sufragar la asistencia letrada, pero ello mermaría considerablemente la economía familiar, pudiendo entrar en una situación de dificultad económica y, en algunos casos, hasta en riesgo de exclusión social. Y, finalmente, la cuestión que aún sigue sin tener una respuesta eficaz por parte del sistema, las reclamaciones de consumo de escasa cuantía, respecto del coste que supone el proceso de las mismas en comparación con la cantidad reclamada, así como el riesgo a perder el litigio.

## 2. Segundo estadio de Acceso a la Justicia: representación de los intereses difusos y colectivos de los consumidores

A pesar de que la producción en masa tuvo su auge en los inicios del Siglo XX, tuvimos que esperar décadas para evidenciar la necesidad que plantea la protección de los ciudadanos frente a daños colectivos y la defensa de sus intereses en muchas ocasiones de forma difusa o abstracta<sup>51</sup>. La dificultad de reivindicar estos derechos ante los tribunales de justicia ordinarios tiene su origen en la ardua tarea de definición del grupo de

<sup>50</sup> COM (96) 13 final 14 de febrero de 1996.

<sup>51</sup> Mauro Cappelletti y Bryant G. Garth, «Tendencias en el uso del enfoque de acceso a la justicia». El *acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, traducción de Mónica Miranda, Fondo de Cultura Económica, México, (1996), pp. 62-64.

afectados, por el alto coste que este proceso conlleva, así como el alto riesgo a un fallo negativo o, dicho en otras palabras, el elevado riesgo que debe asumir la parte más débil de este tipo de relaciones jurídicas, principalmente ciudadanos consumidores.

Los procesos colectivos son principalmente aquellos que versan sobre los daños que una o varias empresas han producido a través de un mismo bien o servicio y que este ha afectado por igual a una masa amplia de ciudadanos<sup>52</sup>. Y los procesos en defensa de los intereses difusos son aquellos que han afectado a una masa indeterminada de ciudadanos derivados en su mayoría por delitos consumados contra el medio ambiente<sup>53</sup>. Para ello se debió repensar el papel del proceso civil tradicional<sup>54</sup>, cambiando la concepción individualista de este, por una visión social, plural, de colectividad o grupo actuando conjuntamente por una misma pretensión.

Por un lado, se realizaron tanto reformas legislativas como jurisprudenciales sobre un campo inexplorado hasta el momento. Y, por otro lado, se sentaron también las bases del principio de representación colectiva, en aspectos como la notificación a una sola persona en lugar de a todos los interesados y partes en la causa, ya que esto se convertía en una tarea materialmente casi imposible en los plazos establecidos por los ordenamientos jurídicos de los países miembro para los procesos ordinarios donde solamente existía un demandante y un demandado. Sin embargo, uno de los grandes cambios, a nuestro juicio en el Derecho Procesal Civil, lo constituyó la extensión de la eficacia de los fallos judiciales a todos los afectados, sin la condición de estar personado en la causa. Este último cambio ha sido tratado por multitud de autores como revolucionario, pues cambia el concepto de proceso que se tenía hasta ese momento<sup>55</sup>.

## 2.1. Ámbito nacional

Es necesario apuntar que en España están legislados en estos procesos de acciones colectivas, aunque con mermas importantes sin poder hablar de un

<sup>52</sup> En este sentido ver: Andrea Planchadell Gargallo, *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, (2014), pp. 63-70.

<sup>53</sup> Andrea Planchadell Gargallo, «La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva», *InDret*, 4/2015, (octubre 2015), p. 24.

<sup>54</sup> Mauro Cappelletti, «Vindicating the Public Interest Through the Courts: A Comparatist's Contribution», *Buffalo L. Rev.*, 25:643, (1976), pp. 649-690 y Mauro Cappelletti, «La Protezione D'Interet Collectifs Et De Groupe Dans Le Proces Civil, Metamorphoses De La Procedure Civile», 27, *Revue Internationale De Droit Comparé*, vol. 27, n° 3, (1975), pp. 571-597.

<sup>55</sup> Andrea Planchadell Gargallo, *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español*, *op. cit.*, p. 47.

proceso colectivo clarificador y sencillo para los ciudadanos. Por lo que no podemos entender como superada en puridad esta barrera por parte del ordenamiento jurídico español. Esta barrera es inferior o más fácilmente superable por los ciudadanos de otros países de la Unión Europea, pero si realmente existe un país referente en lo que a acciones colectivas y procesos por intereses difusos se refiere es Estados Unidos, con sus *class actions*<sup>56</sup>. También resultan interesante los *judicial review* emitidos por los Tribunales de Reino Unido para casos de daños colectivos en consumo como los Payment Protection Insurance<sup>57</sup>.

A pesar de no haber conseguido un proceso sencillo para los ciudadanos respecto de las acciones colectivas o de defensa de los intereses difusos, desde hace algunos años se pretende realizar este mismo avance en el campo del arbitraje, sobre todo en el ámbito del consumo, aunque es difícil el encaje de la extensión de la eficacia de los laudos arbitrales a todos aquellos que hayan sido afectados por un mismo proveedor que incurra en una misma infracción, debido al carácter confidencial de cada arbitraje<sup>58</sup>

## 2.2. Ámbito Europeo

Así las cosas, en el entorno europeo, no sería hasta finales de los años noventa cuando se tomará consciencia de la necesidad de perseguir estos intereses difusos<sup>59</sup> y colectivos, especialmente estos últimos en el ámbito del

---

<sup>56</sup> Ver más sobre este particular en: Javier López Sanchez, *El sistema de las «class actions» en los Estados Unidos de América*, Comares, Granada, (2011), pp.11-17; Andrea Planchadell Gargallo, *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español*, op. cit., p. 271-274. y Laura Carballo Piñero, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009, pp. 36-55

<sup>57</sup> El *Financial Ombudsman* requirió este precedente judicial a la High Court London en enero de 2011 y desde su web los consumidores de este producto pueden iniciar sus reclamaciones contra los bancos por el cobro de este producto indebido. Disponible en: [http://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/technical\\_notes/ppi.html](http://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/technical_notes/ppi.html), acceso el día 11 de enero de 2017. Sobre este conflicto, véase Ana Isabel Blanco García, «Conflictos bancarios con consumidores: ¿un mal endémico o un mal común?», *Revista Boliviana de Derecho*, N.º 21, (2016), pp. 242-248.

<sup>58</sup> Ver más sobre este particular en: Ana Montesinos García, «Últimas Tendencias En La Unión Europea Sobre Las Acciones Colectivas De Consumo. La Posible Introducción De Fórmulas De ADR», *REDUR* 12, diciembre (2014), pp. 87-112.

<sup>59</sup> Los intereses difusos hacen referencia principalmente a grupos de ciudadanos afectados por un daño masivo, que son indeterminables o de difícil determinación. Principalmente daños en el medio ambiente, contaminación ambiental, etc., son muchos los interrogantes que nos suscita esta materia, sin embargo, nos vemos obligados a prescindir de su estudio pues exceden del objeto del presente trabajo.

consumo<sup>60</sup> sobre aquellas reclamaciones de escasa cuantía usuales como herramienta para la facilitación del acceso a la justicia.

Como primer ítem hacia una respuesta coordinada e integral en la resolución de conflictos de consumo colectivos podemos señalar la Directiva 98/27/EC sobre *Reclamaciones Colectivas De Consumo*<sup>61</sup>, posteriormente modificada por las nuevas necesidades sociales<sup>62</sup>. Llamen la atención tres documentos publicados en el año 2008, por un lado, las propuestas de acciones colectivas plasmadas en el Libro Blanco de *Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*<sup>63</sup> y por otro lado, el Libro Verde sobre el *recurso colectivo de los consumidores*<sup>64</sup> y finalmente la propuesta de consulta pública que plantea el Programa de Trabajo de la Comisión para 2010<sup>65</sup> a través de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones<sup>66</sup>. Los resultados de estas reformas también fueron respaldados por el Parlamento Europeo con la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, «*Hacia un planteamiento europeo más coherente del recurso colectivo*»<sup>67</sup>, culminando con la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013, *sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión*<sup>68</sup>.

<sup>60</sup> Reglamento 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de consumidores.

<sup>61</sup> Transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios. Esta también regula los intereses difusos de consumidores y usuarios. DOUE núm. 166, de 11 de junio de 1998.

<sup>62</sup> Modificada parcialmente por la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, *relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE. Y más profundamente por la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*.

<sup>63</sup> COM (2008) 165 final.

<sup>64</sup> COM (2008) 0794 final.

<sup>65</sup> COM (2010) 608 final.

<sup>66</sup> COM (2010) 135 final, punto 3.1 Construir una Europa de los ciudadanos.

<sup>67</sup> 2011/2089 (INI).

<sup>68</sup> Directiva 2013/396/UE, ampliada por la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 *relativa a determinadas normas por*

Podemos deducir que este segundo estadio de acceso a la justicia a los ciudadanos con intereses colectivos y difusos en la Unión Europea no ha culminado de momento y seguimos teniendo grandes desafíos en este campo. Aunque se ha avanzado desde la normativa europea en las últimas dos décadas, queda camino por recorrer para conseguir una tutela judicial efectiva para que los consumidores puedan actuar de forma coordinada y colectivamente. No obstante, debemos ser optimistas en este sentido y seguir recordando el consejo de Cappelletti, previamente citado, donde nos advertía que las barreras no pueden ser eliminadas una por una, sino que tendrán que ser eliminadas conjuntamente de forma gradual, ya que la eliminación de una puede agravar otra creando un desequilibrio más perjudicial para el conjunto del sistema<sup>69</sup>.

### 3. *El tercer estadio de Acceso a la Justicia: Resolución Alternativa de conflictos en consumo*

Como tercer escalón del esquema de acceso a la justicia, Cappelletti<sup>70</sup> estableció en sus estudios el avance necesario hacia la mejora de los mecanismos procesales que no solo faciliten los intereses de los más pobres o de los grupos de intereses difusos o colectivos, sino que también favoreciesen al resto de la población a través de las ventajas que los ADR nos proporcionan, con el correlativo refuerzo por innovar un derecho procedimental más social<sup>71</sup>.

Para la consecución de este propósito Cappelletti argumentó que los ciudadanos precisarían de representación legal ya que de otra manera quedarían sin representación o infrarrepresentados. Sin embargo, se buscó ir más allá de la típica representación legal, administrada en los tribunales de justicia, huyendo de figuras como la fiscalía o los abogados, tanto de oficio como privados, entendiendo una representación *sui generis*. El foco de atención se sitúa en el amplio abanico de instituciones de ADR –aunque no las nombra como tales en el *General Report* de su obra– que pueden ser utilizadas por diferentes profesionales y con diferentes procedimientos para resolver e incluso prevenir conflictos en las sociedades modernas.

La Unión Europea, paralelamente a lo teorizado por Cappelletti, una vez quedó garantizado un estándar mínimo de acceso a la justicia de los más desfavorecidos, y encaminadas las legislaciones nacionales para dar la

---

las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

<sup>69</sup> Mauro Cappelletti y Bryant G. Garth, «General Report», *Access to Justice*, Vol I., Book 1, *op. cit.* p. 54.

<sup>70</sup> *Ibidem.* pp., 51-53.

<sup>71</sup> Luis Prieto Sanchís, *Estudio Sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Debate, (1990), pp. 215-218.

posibilidad de ejercitar las acciones colectivas de los consumidores y usuarios, promueve dar un paso más hacia una tutela efectiva plena. Debemos poner el acento en la necesaria reforma de las leyes procesales como elemento clave para el reconocimiento de estos derechos sustantivos promulgados. En este sentido debemos advertir que a pesar de la pluralidad de normas promulgadas por la Unión Europea donde se amplían los derechos sustantivos de los consumidores, existe muy poca eficacia práctica de las mismas cuando estas tienen que ser exigibles por los ciudadanos ante los Tribunales de justicia.

Es ahí donde surge la necesidad de establecer los cambios necesarios en la legislación procesal para que reconozcan a los ADR como posibles enjuiciadores de estos conflictos, a fin de otorgar una tutela efectiva de los derechos de los consumidores. Este desiderátum podría ser llevado a cabo mediante un re-pensamiento del sistema judicial, de modo que se puedan suplir, con coherencia, a los tribunales de justicia en aquellos casos donde la complejidad del conflicto sea menor y ante materias principalmente económicas.

Esta apertura del acceso a la justicia, analizada anteriormente, podría llevar aparejada una previsión de intensificación en las demandas de las comunidades con escasez de recursos y los grupos con intereses difusos y colectivos con dificultades en el acceso a la tutela judicial efectiva. Por ello, se deben plantear cambios en los procesos, en la estructura judicial, proyectar nuevos tribunales, incluir profesionales expertos en los procedimientos ADR, así como dar cabida a los colegios de abogados para llevar a cabo este tipo de procedimientos. No obstante, estos cambios procesales exigen otros cambios en el Derecho sustantivo, con la finalidad de evitar conflictos y facilitar la resolución de los mismos de forma más privada e informal. En este momento es importante buscar nuevas fórmulas procesales como las que ofrece el sistema *The multi-doors-Justice System* o *Multi-rooms Justice System*, en la que las ADR y la Jurisdicción coexisten como mecanismos complementarios de tutela de los ciudadanos<sup>72</sup>, incluyendo tanto medios *out of Court* como *in Court*<sup>73</sup>. Estos mecanismos ya están siendo aplicados en el sistema estadounidense con gran éxito tanto en tribunales ordinarios<sup>74</sup>, como en grandes firmas de despachos de abogados. Así las cosas, los estadounidenses llevan décadas

---

<sup>72</sup> Concepto creado en el año 1976 por el Profesor Frank E. A. Sander de la Harvard Law School y desarrollado años después por la doctrina. Larry Ray y Anne Clare, «The Multi-Door Courthouse Idea: Building the Courthouse of the Future...Today», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 1, Issue 1, (1985), pp. 9-12.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 39

<sup>74</sup> Tribunales del distrito de Columbia y proyectos aislados en Houston, Tulsa y Washington, D.C. ver más ejemplos de experiencias en: James Podgers «Multi-door proposal reflects growing role of ADR», *ABA Journal*, (septiembre 1993), p. 188 y Kenneth K. Stuart y Cynthia A. Savage, «Multi-Door Courthouse: How It's Working», *The Colorado Lawyer*, Vol. 26, Issue 10, (October 1997), pp. 13-18.

estudiando y poniendo en práctica este sistema también llamado multi-doors courthouse<sup>75</sup>. En definitiva, es un sistema que inicia su mecanismo con un diagnóstico del conflicto y prosigue con la consecuente prescripción del medio de resolución adecuado al mismo.

Partimos hacia la búsqueda de este concepto de justicia integral, conocedores de la «door» judicial tradicional para las reclamaciones de los consumidores –tanto individuales como colectivas–, pero con expectativas ambiciosas en las «doors» que el ADR y el ODR nos abren para la resolución de los conflictos de consumo de una manera más sencilla, pacífica, rápida y de calidad, adaptada a nuestras necesidades, no ya como consumidores, sino como ciudadanos con derecho a que no sean menoscabados nuestros legítimos intereses económicos recogidos en el artículo 51 CE.

Por otro lado, también se ha planteado por la doctrina la necesidad de adaptar el proceso civil al tipo de disputa, en función de diferentes ítems, ya que conflictos simples o de escasa cuantía pueden colapsar el sistema y dilatar otros de mayor enjundia, amén de que la naturaleza de ciertos conflictos bloquea transacciones comerciales hasta la resolución del conflicto. Para ello, debemos tener en cuenta si el conflicto proviene de una relación puntal o de una relación contractual de medio-largo plazo, así como las capacidades de las partes para llegar a un acuerdo común<sup>76</sup>.

Si seguimos a Cappelletti, quien con buen criterio apuntó claramente a las ADR como la última pieza de la pirámide hacia el acceso a la justicia, podemos analizar también paralelamente la trayectoria con la seguida por la Unión Europea en la utilización de estas técnicas como mecanismos que facilitan el acceso a la justicia, haciéndola más rápida y eficaz. Esto comenzó a ser una realidad a través de la Directiva 2008/52 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, *sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*<sup>77</sup> y la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo*. Con ellas se ha pretendido otorgar y ampliar garantías y derechos a los ciudadanos más allá de si éstos actúan colectiva o individualmente en su posición de consumidor, pero sobre todo en su posición de personas consumidoras. No obstante, existen infinidad de críticas que estos sistemas nos

<sup>75</sup> Larry Ray y Anne Clare, «The Multi-Door Courthouse Idea: Building the Courthouse of the Future...Today», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, *op. cit.*, (1985), p. 11.

<sup>76</sup> Austin Sarat, «Alternatives in Dispute Processing: Litigation in a Small Claims Court», *Law & Society Review*, Vol. 10, Issue 3 (Spring 1976), pp. 341-378.

<sup>77</sup> Inicialmente por un error de traducción de la Directiva original a la versión española, España transpuso esta Directiva prohibiendo incluir dentro del ámbito de aplicación de la norma la mediación de consumo. Afortunadamente desde la Ley 7/2017 se ha eliminado esta prohibición.

despiertan a la hora de su aplicación sobre todo los que afectan al ámbito de las garantías procesales, donde debemos extremar las precauciones para que esta justicia alternativa no se convierta en una justicia de «saldo».

#### 4. *Cuarto Estadio de Acceso a la Justicia: Resolución Alternativa de Conflictos de consumo en Línea*

En la presente era, donde nuestras vidas son influenciadas por las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones, nos ha parecido oportuno avanzar hacia un punto inconcebible para la doctrina hace tan solo unas décadas en cualquier estudio transversal sobre acceso a la justicia con dimensión social y constitucional. Así las cosas, autores como Cappelletti estarían hoy aprovechando esta nueva era digital para invitar a mejorar el acceso a la justicia a través del *Online Dispute Resolution* y teorizando quizás con la cuarta «ola» de acceso a la justicia a través del ODR.

Sin embargo, la vocación para el desarrollo del ODR mundial tiene más aspiraciones mercantilistas y economicistas que humanas o sociales. Todo ello está derivando en un sistema donde la propensión principal del ODR no es el acceso a la justicia (social) para los ciudadanos de una forma más fácil, rápida y económica<sup>78</sup>, sino la creación de un elemento para generar confianza<sup>79</sup> a los consumidores como agentes potenciales de consumo. De este modo se desvirtúa la concepción del ciudadano con derechos inherentes que hasta este momento nos ha acompañado y se intercambia por la concepción de consumidor como agente que realiza transacciones económicas dentro de un mercado común<sup>80</sup>.

En esta línea, la Unión Europea puso en marcha —en febrero de 2015— la plataforma de ODR de consumo desarrollada a través del Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, *sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo*<sup>81</sup>. A través de esta plataforma<sup>82</sup> se permite a ciudadanos de cualquier país miembro realizar reclamaciones de consumo a empresas sitas en cualquier país de la Unión Europea con la

<sup>78</sup> Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights 2015, European Union, (2016).

<sup>79</sup> Inmaculada Barral Viñals, «La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR», *Revista de Internet, Derecho y Política*, N° 11, (2010), p. 7-8.

<sup>80</sup> Siguiendo a Silvia Barona Vilar, ««Justicia integral» y «Acces to Justice». Crisis y evolución del «paradigma»», en *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, coord. por Silvia Barona Vilar, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, (2016), pp. 45-46.

<sup>81</sup> y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, DOC 181 de 21 de junio de 2012, p. 99. DOUE núm. 165, de 18 de junio de 2013.

<sup>82</sup> Disponible en: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=ES>, acceso el día 24 de octubre de 2018.

finalidad de crear un verdadero Mercado Común. Sin embargo, son muchos los retos que le quedan por cumplir a esta herramienta y a los Estados participantes de la misma, como mejorar la inversión dedicada a estos medios, que figura como el ítem más infra financiado dentro de los ítems que sirven de apoyo y desarrollo de la justicia según el último índice sobre la justicia de la Unión Europea<sup>83</sup>.

El ODR está llamado a ser un elemento necesario para el progreso y la confianza<sup>84</sup> en el ADR de la Unión Europea, más aún si el campo donde se aplica es el consumo. Sin embargo, para llevar a cabo tal empresa deberemos darles a los ciudadanos la oportunidad de expresarse por sí mismos, hacerlos sentirse escuchados para fomentar su confianza en el sistema, proporcionarles un foro neutral y tratarlos con el suficiente respeto<sup>85</sup>. Estos principios no son nuevos, pero deben ser actualizados para que el ODR se convierta en una herramienta eficaz y de futuro para la defensa de los intereses individuales y colectivos de la sociedad actual.

No obstante, este sistema es contemplado como si de un lujo se tratase debido a la pretensión de dar una alta calidad de justicia a las partes cuando estas no puedan superar las barreras estructurales para hacer realidad sus derechos ante una tipología amplia de reclamaciones.

El acceso a la justicia trata de combatir las barreras planteadas de forma integral, cuestionando el conjunto completo de instituciones, procedimientos, procesos y recursos humanos que caracterizan a nuestros sistemas judiciales. El único riesgo al que nos enfrentamos, y no por ello banal, es que el uso de procedimientos rápidos y la utilización de personal de bajo coste puedan producir un resultado o producto de justicia de segunda categoría. La tarea procesalista en este ámbito se debe basar en aportar mejoras en la seguridad jurídica y en la tutela judicial efectiva a la que las personas consumidoras tienen derecho. En esta reflexión sobre las reformas normativas se deben tener en cuenta los límites y la capacidad de los tribunales, de los procedimientos y de los juristas. El objetivo no es crear una justicia más «pobre», sino hacerla más accesible para todos<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> Figura 2 y Figura 3, The 2018 EU Justice Scoreboard, pp. 15 y 16 disponible en: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice\\_scoreboard\\_2018\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2018_en.pdf), acceso el día 11 de octubre de 2018.

<sup>84</sup> Así lo ha entendido Reino Unido con su iniciativa de reforma del proceso civil a través del proyecto: «*Online Dispute Resolution For Low Value Civil Claims*», de febrero de 2015, disponible en: <https://www.judiciary.gov.uk/reviews/online-dispute-resolution/odr-report-february-2015/> acceso el 12 de octubre de 2018.

<sup>85</sup> Tom R. Tyler., *Why People Obey the Law*, Yale University Press, Michigan, (1990), pp. 115-160.

<sup>86</sup> Mauro Cappelletti y Bryant G. Garth., *Access to Justice*, op. cit. p. 122.

# EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DERECHO A LA EJECUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL\*

*The right to effective judicial protection and the right  
to execution in constitutional jurisprudence*

Ignacio José Cubillo López  
Universidad de Córdoba (España)  
dc1cubli@uco.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp347-372](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp347-372)

Recibido: 30.10.2018

Aceptado: 21.11.2018

## **Resumen**

En este trabajo se estudia la delimitación que realiza el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la ejecución. Se examina así el alcance constitucional del derecho de la ejecución de la sentencia en sus propios términos, y el de su precedente lógico, el derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes.

## **Palabras clave**

Tutela judicial efectiva; Derecho a la ejecución; Invariabilidad de las resoluciones; Cosa juzgada; Ejecución sustitutoria.

---

\* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Cubillo López, Ignacio José. 2018. «El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 347-372. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp347-372](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp347-372).

Proyecto de Investigación «Administración pública y derechos fundamentales: nuevas perspectivas», DER2015-67695-C2-2-P (MINECO/FEDER).

***Abstract***

This paper studies the delimitation that the Constitutional Court makes in its jurisprudence of the right to effective judicial protection, in its aspect of right to execution. This examines the constitutional scope of the right to enforce the judgment on its own terms, and that of its logical precedent, the right to the invariability of final judicial decisions.

***Keywords***

Effective judicial protection; Right to execution; Invariability of resolutions; Jugged thing; Substitute execution.

---

**SUMARIO: I. DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. II. EL DERECHO A LA EJECUCIÓN COMO PARTE INTEGRANTE DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. III. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA EJECUCIÓN Y EL DERECHO A LA COSA JUZGADA. IV. EL DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN SUS PROPIOS TÉRMINOS.**

---

## I. DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El presente trabajo se ha elaborado dentro del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y titulado «Administración pública y derechos fundamentales: nuevas perspectivas» (ref. DER2015-67695-C2-2-P), cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Rodríguez Portugués, de la Universidad de Córdoba; y a su vez se enmarca en un número monográfico de la Revista *Estudios de Deusto*, dedicado al tema «Los derechos fundamentales entre la Justicia y la Administración Pública». El objeto tanto del citado proyecto de investigación como del presente número ha consistido principalmente en estudiar la determinación del contenido y de los límites de los derechos fundamentales que es efectuada por órganos públicos –por poderes del Estado– distintos del Poder Legislativo, esto es, por la Administración Pública y por la Jurisdicción. Pues es sabido que el artículo 53.1 de la Constitución señala que los derechos y libertades fundamentales –regulados en el Capítulo segundo del Título I–, de una parte, vinculan a todos los poderes públicos, y de otra, sólo por ley se regulará su ejercicio, teniendo estas leyes que respetar en todo caso el contenido esencial de los mismos; sin embargo, ocurre que buena parte de lo que son y de hasta dónde llegan los derechos fundamentales no se delinea a través del articulado de leyes que los desarrollen, sino que se realiza por otras vías, como son la actividad administrativa y la actividad jurisdiccional.

Un ejemplo eminente de derecho fundamental delimitado por el quehacer de los tribunales, y en particular por la labor jurisprudencial que corresponde al TC en virtud del artículo 5 de la LOPJ, es el llamado *derecho a la tutela judicial efectiva*, recogido en el artículo 24.1 de la CE con el siguiente tenor literal: «*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*». Es bien sabido que este derecho no es un único derecho fundamental, sino que se compone de una pluralidad de derechos fundamentales a disposición de los «justiciables», o

ciudadanos en cuanto que se relacionan con la Administración de Justicia<sup>1</sup>. Ha sido la jurisprudencia del TC la que ha ido delimitando a lo largo de los años cuáles son los derechos fundamentales que se integran en el derecho a la tutela judicial efectiva y hasta dónde alcanza el contenido de cada uno de ellos. Por su propia naturaleza, esta delimitación ha sido progresiva, se ha basado en casos concretos y siempre resulta un tanto incompleta. Pero existe un cuerpo sólido de doctrina, emanada de multitud de sentencias, que posteriormente ha influido e influye tanto en el Legislador que ha de promulgar leyes que afecten a los derechos fundamentales implicados, como en los tribunales de la jurisdicción ordinaria, en su tarea de aplicar las normas legales al resolver controversias.

De manera muy sintética, exponemos a continuación el contenido esencial de los principales derechos fundamentales comprendidos en el derecho a la tutela judicial efectiva, según la jurisprudencia constitucional<sup>2</sup>.

1º) En primer lugar, todos los ciudadanos tienen un *derecho de acceso* a la jurisdicción, es decir, han de tener la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales y de formular ante ellos peticiones de tutela, y que estas solicitudes tengan una respuesta judicial que esté fundada en Derecho, aunque sea de inadmisión. Ni el Legislador debe establecer requisitos o condiciones para el acceso a la jurisdicción que sean irracionales o excesivos o desproporcionados respecto del fin que cumplan (que, por supuesto, ha de ser legítimo); ni los tribunales han de interpretar estos requisitos legales de forma restrictiva para el acceso a la jurisdicción, sino que, al contrario, habrán de ajustarse al llamado «principio *pro actione*», que exige analizar las causas legales de inadmisión de la demanda de una forma que sea razonable y favorable al ejercicio de la acción, permitiendo la subsanación de los defectos existentes, siempre que sea posible. Ahora bien, esta regla no debe llevarse al

<sup>1</sup> Para De la Oliva Santos (con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres, J., en *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 3ª ed., 2016, p. 137): «Se entiende por *justiciable* todo sujeto jurídico en cuanto puede entrar en relación con la Jurisdicción o Administración de Justicia o en cuanto, de modo actual, es protagonista principal del proceso». Y este autor se refiere al contenido complejo del derecho a la tutela judicial efectiva señalando que «el tan repetido derecho fundamental sirve de rótulo general para un conjunto de derechos subjetivos, elevados *ex Constitutione* a un rango superior, el de derechos fundamentales», enumerando y glosando a continuación los derechos fundamentales que se entienden ahí incluidos (ob. cit., pp. 157 a 161).

<sup>2</sup> Para un desarrollo de la jurisprudencia sobre estos derechos, con carácter general, destacan las obras: Garberi Llobrregat, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2008; Ruiz-Rico Ruiz y Carazo Liébana, M. J., *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; y Salah Palacios, E., *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2014*, Cultiva Libros, Madrid, 2015.

extremo, sino que ha de entenderse en su justa medida, como trata de precisar, entre otras muchas, la STC 218/2009, de 21 de diciembre (FJ 2):

«Dada la trascendencia que para la tutela judicial tienen estas decisiones de denegación de acceso a la jurisdicción, su control constitucional ha de realizarse de forma especialmente intensa: más allá de la verificación de que no se trata de resoluciones arbitrarias, manifestamente irrazonables o fruto de un error patente, tal control procede a través de los criterios que proporciona el principio *pro actione*, entendido no «como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan», sino como «la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican» (STC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2)». Otras sentencias que van en la misma línea, por citar sólo algunas más, son las SSTC 185/2006, de 19 de junio (FJ 6); 1/2007, de 15 de enero (FJ 2); y 26/2008, de 11 de febrero (FJ 5)<sup>3</sup>.

2º) En segundo lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva no se queda en el derecho de acudir a los tribunales para plantear peticiones de tutela o formular pretensiones que obtengan una respuesta fundada en Derecho, sino que también comprende el derecho a que los órganos jurisdiccionales se pronuncien sobre la pretensión formulada y dicten así una resolución *sobre el fondo del asunto*, con independencia de que ésta sea estimatoria o desestimatoria de la pretensión. Por tanto, además del derecho fundamental de acceder a la jurisdicción, existe otro derecho fundamental a que los tribunales inicien un proceso, éste se desarrolle —permitiendo al justiciable participar en él— y llegue hasta el final con una resolución que decida la cuestión sustantiva planteada<sup>4</sup>. Este derecho fundamental, denominado por la doctrina «derecho al proceso»<sup>5</sup>,

<sup>3</sup> Garberí Llobregat realiza un estudio detallado del contenido y de las consecuencias del derecho de acceso, según la jurisprudencia constitucional: ver ob. cit., pp. 27 a 66. Sobre otras manifestaciones más actuales del derecho de acceso, ver sendos trabajos publicados en este mismo número monográfico de Peiteado Mariscal, «Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria», y Catalán Chamorro, «El Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia de los Consumidores».

<sup>4</sup> Como afirma Garberí Llobregat (ob. cit., p. 78): «la única clase de resoluciones judiciales capaces de contener un pronunciamiento sobre los términos concretos de la controversia sometida a los tribunales, una decisión que se manifieste acerca de a cuál de los litigantes, y en qué medida, es al que asiste el Derecho objetivo, son las denominadas resoluciones judiciales *de fondo* (generalmente, las que revisten forma de *sentencia*)».

<sup>5</sup> Así, De la Oliva Santos: «Con la denominación «derecho al proceso» se designa el derecho subjetivo público de quien solicita una concreta tutela de los tribunales a obtener una sentencia que se pronuncie sobre tal solicitud... *derecho a una sentencia sobre el fondo*, que entraña, no una actividad jurisdiccional cualquiera, sino precisamente toda la

por supuesto no es un derecho incondicional, se encuentra supeditado al cumplimiento de los requisitos procesales legalmente establecidos; por lo que se satisface igualmente cuando el tribunal dicta un resolución de carácter procesal, que no entra a resolver sobre el fondo en caso de que se incumpla alguno de los requisitos exigidos, siempre que esto se aprecie de forma razonable y coherente con el antes mencionado «principio *pro actione*». Así, entre otras muchas, la STC 256/2007, de 10 de diciembre (FJ 2):

«Así centrado el objeto del debate, hemos de recordar que constituye una garantía esencial del justiciable que el derecho a la tutela judicial efectiva comprenda el de obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos para ello. De ahí que este Tribunal haya sostenido que son conformes con el derecho fundamental que consagra el art. 24.1 CE las resoluciones judiciales de inadmisión, o de desestimación que se fundamenten en óbices procesales, cuando concurra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma (SSTC 71/2002, de 8 de abril, FJ 1; 59/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 114/2004, de 12 de julio, FJ 3; 79/2005, de 4 de abril, FJ 2; 221/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 339/2006, de 11 de diciembre, FJ 2)».

3º) El derecho a la tutela judicial efectiva incluye igualmente el derecho a que la sentencia que se dicte sobre el fondo del asunto sea *motivada y fundada en Derecho*. La motivación supone dar razón de los motivos o fundamentos del fallo, tanto fácticos como jurídicos, en un sentido *externo*; es decir, exige que la sentencia exprese las razones en que apoya la decisión de la controversia, de forma que los justiciables puedan conocerlas y controlar que no son ilógicas o arbitrarias y, en caso contrario, puedan recurrir. En cambio, el requisito de que la sentencia esté fundada en Derecho alude a algo más *interno*, y es que la resolución no sólo debe exteriorizar las normas y los argumentos jurídicos en que se basa, sino que ha de contener una aplicación real y racional de lo previsto en el Ordenamiento jurídico; esto último supone que resulta lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva que en la sentencia, pese a su aparente fundamentación jurídica, se haya efectuado una interpretación de las normas aplicables que sea manifiestamente arbitraria, o irracional, o fruto de un error patente.

Expresa esta doctrina jurisprudencial, por todas, la STC 134/2008, de 23 de octubre (FJ 2), donde se afirma que: «el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es

---

actividad jurisdiccional necesariamente previa a una sentencia sobre el fondo y esa misma sentencia, es decir, todo un proceso» (ob. cit., p. 144 y ss.).

garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2; y 177/2007, de 23 de julio, FJ 5; entre otras muchas). De este modo, no cabe reputar como fundadas en Derecho aquellas decisiones judiciales en las que este Tribunal compruebe que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas, o que siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas en la resolución (por todas, SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 223/2002, de 25 de noviembre, FJ 6; 20/2004, de 23 de febrero, FJ 6; y 117/2007, de 23 de julio, FJ 4)».

Lo anterior no significa que los derechos reconocidos en el artículo 24.1 de la CE garanticen «la justicia de la decisión o la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, pues no existe un derecho al acierto, ni tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso», como señala la STC 263/2015, de 14 de diciembre (FJ 3)».

Y continúa poco después: «No basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria. Y una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de la misma por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4; 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2; 54/1997, de 17 de marzo, FJ 3; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7, y 173/2002, de 9 de octubre FJ 6)». En esta sentencia, el TC estimó que hubo violación del artículo 24.1 de la CE porque la resolución objeto del recurso de amparo contenía formalmente una argumentación jurídica, pero era solo aparente, ya que expresaba un proceso deductivo irracional. Y otro tanto sucedió en otras resoluciones, paralelas a la anterior, como son las SSTC 262/2015, de 14 de diciembre; 240/2015, de 30 de noviembre; 239/2015, de 30 de noviembre; y 222/2015, de 2 de noviembre.

4º) La respuesta judicial sobre el fondo y fundada a que tienen derecho los justiciables también ha de ser *congruente* con sus pretensiones, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, los tribunales deben ofrecer una completa respuesta sobre las pretensiones concretas deducidas en el proceso, y no sobre otras distintas, de manera que el fallo judicial se adecue al objeto procesal perfilado por las partes. Conforme a la jurisprudencia del TC, las modalidades de incongruencia que resultan lesivas del artículo 24.1 de la CE son tres. En primer término, la incongruencia omisiva o *ex silentio*, consistente en que la sentencia deja sin resolver alguna de las pretensiones de las partes. Ahora bien, no toda omisión en este sentido tiene relevancia constitucional, es preciso que: *i*) la omisión sea explícita e implícita (pues si la respuesta judicial no consta en el fallo pero cabe deducirla de los fundamentos de la sentencia, no se lesionará el derecho a la tutela judicial efectiva); *ii*) la omisión se refiera a una pretensión, y no a una alegación que sirva de fundamento de la misma, salvo que se trate de una alegación de carácter sustancial (ya que toda pretensión debe encontrar respuesta judicial en la sentencia, pero no ocurre igual con las alegaciones); y *iii*) dicha omisión, sobre una pretensión o alegación sustancial debatidas en el proceso, debe tener influencia en el fallo (de suerte que, de no haberse producido, el fallo hubiera sido distinto). Contiene una exposición muy completa de las incongruencias omisivas que son constitucionalmente relevantes, por ejemplo, la STC 4/2006, de 16 de enero (FJ 3).

En segundo lugar, también puede tener relevancia constitucional la llamada incongruencia por exceso, que puede ser por *extra* o por *ultra petitum*, según que el tribunal resuelva sobre cuestiones distintas, o que van más allá, de la tutela solicitada. En estos casos, para que exista lesión del artículo 24.1 de la CE, el TC requiere que la sentencia se haya apartado de forma sustancial del objeto del proceso, resolviendo sobre algo respecto de lo que las partes no han tenido oportunidad de alegar y de probar, es decir, de ejercitar su derecho de defensa. En este sentido, resulta muy ilustrativa la STC 264/2005, de 24 de octubre.

En este sentido, resulta muy ilustrativa la STC 264/2005, de 24 de octubre (FJ 2)<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> El ajuste de lo que resuelva el tribunal con relación al objeto procesal definido por las partes se extiende a sus distintos elementos, incluida la causa de pedir. Y así, el TC recuerda en esta misma sentencia que: «la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la causa petendi, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el thema decidendi». Pero a la vez, poco más adelante precisa que: «el principio iura novit curia permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean

El tercer tipo de incongruencia con repercusión en el derecho a la tutela judicial efectiva es el que la jurisprudencia constitucional califica de mixta o *por error*, que supone la unión de las dos anteriores. Como señala, por ejemplo, la STC 211/2003, de 1 de diciembre (FJ 4): «En ocasiones ambas clases de incongruencia pueden presentarse unidas, concurriendo la llamada «incongruencia por error», denominación adoptada en la STC 28/1987, de 13 de febrero, y seguida por las SSTC 369/1993, de 13 de diciembre y 111/1997, de 3 de junio, que define un supuesto en el que el órgano judicial no resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta (además de las citadas, SSTC 136/1998, de 29 de junio, FJ 2; y 92/2003, de 19 de mayo, FJ 3)».

5º) Cabe entender que los derechos fundamentales expuestos hasta el momento –el derecho de acceso a la jurisdicción y a obtener una sentencia sobre el fondo, fundada y congruente– forman «los contenidos básicos o estructurales (aquellos *sine que non*) del derecho a la tutela judicial efectiva», en expresión de algún autor<sup>7</sup>. Pero son más los derechos de carácter fundamental que el TC ha considerado incluidos en el tan repetido derecho del artículo 24.1 de la CE. Entre ellos, destaca el *derecho a los recursos* previstos legalmente. Así y como es bien sabido, no se reconoce un derecho constitucional a que las leyes procesales prevean recursos –salvo con relación a las sentencias penales de condena, en virtud del artículo 14.5 del PIDCP– sino a que los órganos jurisdiccionales permitan el acceso a los recursos recogidos en las leyes, interpretando conforme al «principio *pro actione*» los requisitos que se exigen para su admisión a trámite. Aunque esta regla o principio no opera igual en el acceso a los recursos que con el acceso inicial a la jurisdicción, pues para la admisibilidad de un recurso el canon constitucional se satisface con una interpretación que no sea arbitraria o irrazonable o basada en un error patente, sin que se precise efectuar la interpretación más favorable a su admisión.

La STC 37/1995, de 10 de diciembre, marcó un hito a este respecto y en ella se señala (FJ 5): «Es distinto el enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción o aquellas

---

de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso».

<sup>7</sup> Garberí Llobregat, ob. cit., p. 135.

otras que limitan la admisibilidad de un recurso extraordinario contra una Sentencia anterior dictada en un proceso celebrado con todas las garantías (STC 3/1983 y 294/1994)». Así, en este caso, la cuestión se centraba en el modo de interpretar una causa de inadmisión de un recurso de casación, cuando cabían dos interpretaciones posibles, siendo una de ellas más favorecedora de la admisión que la otra; y el TC sentenció (FJ 6): «la cuestión planteada carece de la menor connotación constitucional. Desde esta perspectiva, que es la nuestra, las dos soluciones propugnadas son admisibles, cualquiera que fuere su grado de exactitud relativa respecto de la voluntad objetivada de la Ley o la subjetiva del legislador. No habiéndose cerrado la vía del recurso arbitrariamente o intuitu personae, queda en pie nuestra doctrina al respecto, en cuya virtud corresponde al Tribunal Supremo la última palabra sobre la admisibilidad de los recursos de casación ante él interpuestos, a salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 C.E.). En definitiva, la balanza constitucional no puede inclinarse en ningún sentido para optar entre dos soluciones igualmente razonables, sin interferir en el núcleo de la potestad de juzgar cuya independencia de criterio predica la Constitución, ya que el amparo no está configurado como una última instancia ni tiene una función casacional, operantes una y otra en el ámbito de la legalidad».

Y junto a los anteriores, el haz de derechos fundamentales comprendidos dentro del derecho a la tutela judicial efectiva resulta más amplio, pues, según el TC, también incluye: 6º) el derecho a que durante el proceso se observen sin quiebra los principios jurídico-naturales del mismo, de audiencia e igualdad; 7º) el derecho a que los actos de comunicación procesal se practiquen de forma correcta; 8º) el derecho a la tutela cautelar durante los procesos declarativos; y muy singularmente, 9º) el derecho a la intangibilidad e invariabilidad de las resoluciones firmes, y 10º) el derecho a la ejecución forzosa de las sentencias de condena, cuando no exista un cumplimiento voluntario de las mismas. Por su importancia y su intensa relación con la *efectividad* de la tutela judicial a que tienen derecho los justiciables, y porque pensamos que está menos desarrollado doctrinalmente que otros derechos fundamentales insertos en el artículo 24.1 de la CE, queremos centrar las páginas que siguen en el *derecho a la ejecución* de sentencias firmes, como auténtico derecho fundamental, pero con la necesaria referencia también a su precedente, el *derecho a la intangibilidad* de las resoluciones firmes, que muchas sentencias del TC ligan al anterior, configurándolo como el presupuesto lógico y necesario del derecho a la ejecución.

## II. EL DERECHO A LA EJECUCIÓN COMO PARTE INTEGRANTE DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Así, desde muy pronto el Tribunal Constitucional entendió que dentro del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra, como una manifestación

necesaria, el derecho que los justiciables tienen a que las sentencias que los tribunales ordinarios hayan dictado para la tutela de sus derechos e intereses legítimos *se hagan cumplir forzosamente*, cuando el destinatario de las mismas –el condenado– no lleve a cabo voluntariamente la prestación a la que se le condene, sea ésta de dar, hacer o no hacer. De otra forma no podría hablarse de una genuina tutela judicial *efectiva*. Una de las primeras sentencias en este sentido, citada por otras posteriores, fue la STC 32/1982, de 7 de junio (FJ 2):

«Es preciso reconocer que esta situación supone, como afirman los recurrentes, una violación del art. 24.1 de la Constitución. El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido: lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones»<sup>8</sup>.

Este derecho a la ejecución forzosa enlaza así con la potestad jurisdiccional que la Constitución reconoce a los tribunales en su artículo 117, para el ejercicio de la función también calificada de jurisdiccional, y que, como es bien sabido, tiene una vertiente declarativa, consistente en «juzgar» o declarar qué es lo jurídico en el caso concreto, y otra vertiente ejecutiva, encaminada a «hacer ejecutar lo juzgado» o transformar la realidad para que se adecue a lo declarado previamente como conforme a Derecho. Y a los ciudadanos se les reconoce un genuino derecho fundamental a que los órganos jurisdiccionales ejerciten dicha potestad jurisdiccional, también en su vertiente ejecutiva, a través de los procedimientos que las leyes establezcan (ver art. 117.3 CE), siempre que hagan valer sus pretensiones de tutela ejecutiva de conformidad –igualmente– con lo dispuesto en las leyes procesales.

<sup>8</sup> En la misma línea, entre otras muchas, en la STC 206/1993, de 22 de junio (FJ 2), se afirma que: «este derecho fundamental no se satisface con una mera declaración judicial, desprovista de sustancia práctica, sino que necesita de su realización y, por tanto, la tutela, en cuanto efectiva por exigencia constitucional expresa, ha de llegar hasta el cumplimiento forzoso, si preciso fuere, de los pronunciamientos judiciales, donde se exterioriza la potestad de juzgar. Esto ha sido dicho tantas veces, con unas o con otras palabras por este Tribunal, que releva de una cita al por menor del copioso cuerpo de sentencias en las que se contiene tal afirmación».

Todos los sujetos jurídicos, sean de carácter público o privado, tienen la obligación de cumplir las resoluciones judiciales firmes y deben colaborar con los tribunales en la ejecución de lo resuelto, como dispone el artículo 118 de la Constitución. Este mandato constitucional resulta de gran trascendencia para la vigencia efectiva del Estado de Derecho, tal y como ha manifestado el TC en diversas ocasiones; así en la temprana STC 67/1984, de 7 de junio (FJ 2), donde se incide en que este deber alcanza de forma especial a los poderes públicos:

«La ejecución de las Sentencias –en sí misma considerada– es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución –art. 1–, que se refleja –dentro del propio Título Preliminar– en la sujeción de los ciudadanos y los Poderes Públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, cuya efectividad –en caso de conflicto– se produce normalmente por medio de la actuación del Poder Judicial –arts. 117 y siguientes de la Constitución– que finaliza con la ejecución de sus Sentencias y resoluciones firmes. Por ello, difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las Sentencias y resoluciones judiciales firmes, y de aquí que el art. 118 de la Constitución establezca que «es obligado cumplir las Sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución del mismo». Cuando este deber de cumplimiento y colaboración –que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza– se incumple por los Poderes Públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello, el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento –si se produjera– no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las Sentencias y resoluciones judiciales firmes».

En cualquier caso, sea un sujeto particular o sea un órgano público el que incumple una sentencia de condena, el beneficiado por la misma dispone de un auténtico derecho *subjetivo*, que tiene carácter de derecho *fundamental*, al entroncar directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, y es calificable de derecho subjetivo *público*, pues se exige respecto de los órganos jurisdiccionales del Estado, que son a quienes se reclama que ejerciten la potestad jurisdiccional en su vertiente ejecutiva. Como continúa la sentencia recién citada: «El art. 24.1 de la Constitución, al establecer el derecho a la tutela judicial efectiva –que comprende el de ejecución de las Sentencias según hemos indicado– viene así a configurar como un derecho fundamental de carácter subjetivo, lo que, desde una perspectiva objetiva, constituye un elemento de trascendental importancia en el sistema jurídico»<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> En plena coherencia con la sentencia citada, en la poco posterior STC 16/1986, de 31 de enero (FJ 3), se califica del mismo modo el derecho a la ejecución de que tratamos:

Este derecho fundamental, aunque reconocido por la Constitución en tanto que derivado del artículo 24.1 de la CE, es un *derecho de configuración legal*. Lo que significa que su contenido y alcance, así como las condiciones y los requisitos de su ejercicio, deben definirse por las normas legales; como así sucede en las normas procesales de cada rama jurisdiccional. En este sentido, resulta muy expresiva, entre otras muchas, la STC 107/1992, de 1 de julio (FJ 2), que declara<sup>10</sup>:

«Junto a ello, este Tribunal igualmente ha afirmado que no tratándose de un derecho de libertad, sino de un derecho prestacional, el de tutela judicial efectiva, en sus distintas vertientes –y entre ellas la de la ejecución de Sentencias–, es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones para su ejercicio. De este modo, al tratarse de un derecho de configuración legal, el legislador puede establecer límites al pleno acceso a la ejecución de las Sentencias, siempre que los mismos sean razonables y proporcionales respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (STC 4/1988). Consecuentemente, cabe que un Tribunal adopte una decisión de inejecución de una Sentencia, siempre que se haga expresamente en resolución motivada y con fundamento en una causa obstativa de la ejecución prevista por el ordenamiento. La aplicación judicial de una causa legal de inejecución debe estar guiada por el principio *pro actione* que inspira todas las manifestaciones del art. 24.1 CE, de manera que debe adoptarse la interpretación más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial, en este caso del derecho a la ejecución. La denegación de la ejecución no puede, pues, ser arbitraria ni irrazonable, ni fundarse en una causa inexistente, ni en una interpretación restrictiva del derecho fundamental (STC 33/1987)».

Por tanto, el legislador puede establecer –y de hecho establece– *requisitos* y condiciones para el ejercicio del derecho fundamental a la ejecución, sin que esto lesione el derecho a la tutela judicial efectiva, del mismo modo a como sujeta el derecho a una sentencia sobre el fondo tanto al cumplimiento de una serie de requisitos procesales (relativos al tribunal, a las partes y al propio procedimiento) como a la ausencia de ciertos óbices de naturaleza igualmente procesal (como la litispendencia y la cosa juzgada); de forma

---

«Exigencia objetiva del sistema jurídico, la ejecución de las Sentencias y demás resoluciones que han adquirido firmeza también se configura como un derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al contenido del art. 24.1 de la C.E., cuya efectividad quedaría decididamente anulada si la satisfacción de las pretensiones reconocidas por el fallo judicial en favor de alguna de las partes se relegara a la voluntad caprichosa de la parte condenada o, más en general, éste tuviera carácter meramente dispositivo».

<sup>10</sup> Sobre esta cuestión y con cita de esta sentencia, Ruiz-Rico Ruiz y Carazo Liébana: ob. cit., pp. 351 a 352.

análoga, la ley condiciona el derecho a la ejecución a que el ejecutante observe ciertos presupuestos procesales y presente un título ejecutivo con los requisitos que la misma ley también exija<sup>11</sup>. Además, las leyes procesales pueden fijar *limitaciones* a la ejecución que sean razonables y respondan a un fin legítimo, como sucede, por ejemplo: con las previsiones sobre el carácter inembargable de determinados bienes; o con las normas que señalan plazos de caducidad para el ejercicio de la acción ejecutiva; o con aquellas que regulan los supuestos en los que cabe suspender la ejecución, entre otras<sup>12</sup>.

Ahora bien, en todos los casos en que la ley establezca un requisito o una limitación que afecten al derecho a la ejecución, según la jurisprudencia constitucional citada, en primer término se hace preciso que la previsión legal sea razonable, sirva a un fin legítimo y resulte proporcionada respecto a la restricción que supone para nuestro derecho fundamental; y en segundo lugar, es necesario que los tribunales, cuando controlen la observancia o no del precepto legal de que se trate, lo hagan conforme al ya invocado «principio *pro actione*», esta vez en el sentido de que realicen dicho examen de la forma más favorable al desarrollo o continuación del proceso de ejecución, sin que puedan adoptar decisiones de «inejecución» que sean claramente arbitrarias o irrazonables.

Acerca de lo primero, en alguna ocasión el TC ha declarado contraria al derecho a la tutela judicial efectiva una *ley* que establecía limitaciones al derecho a la ejecución, por considerarlas excesivas y desproporcionadas en relación con el fin que perseguían; así, por ejemplo, en la STC 113/1989, de 22 de junio, que declaró inconstitucional un precepto de la Ley General de la Seguridad Social por cuanto prohibía el embargo de las prestaciones de la Seguridad Social de manera incondicionada y al margen de su cuantía. Y es que, como dispone esta sentencia (en su FJ 3):

«(...) esta potestad de mediación legislativa de los derechos que se integran en el de tutela judicial no es absoluta, ni dependiente del arbitrio del legislador, pues, dentro del respeto debido al contenido esencial de los derechos fundamentales, resulta indiscutible que el art. 24.1 de la Constitución

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, en el orden civil, la LEC requiere para que se pueda despachar ejecución: que el actor presente un título de los previstos en el artículo 517, que lo haga ante el tribunal dispuesto en los artículos 545 y 546, que se cumplan los requisitos de las partes recogidos en los artículos 538 a 544, que la demanda tenga el contenido exigido en el artículo 549 y se acompañe de los documentos indicados en el artículo 550, y que no se presente antes del plazo señalado en el artículo 548 si se refiere a un título ejecutivo judicial, etc.

<sup>12</sup> Por continuar con lo dispuesto en la LEC, véanse los artículos 605 a 607 sobre el carácter inembargable de ciertos bienes; o el artículo 518, que establece un plazo de caducidad para las acciones ejecutivas basadas en título judicial; o los preceptos relativos a la suspensión de la ejecución forzosa, artículos 565 a 569.

exige, según la STC 158/1987, ausencia de condicionamientos que dificulten o entorpezcan, en lo que aquí interesa, la posibilidad de que lo resuelto por los órganos judiciales sea cumplido en sus propios términos, de manera que, cuando el legislador imponga requisitos o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental, su legitimidad constitucional habrá de ser examinada para comprobar si responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan debida proporcionalidad con dichas finalidades, lo cual significa que serán inconstitucionales, por vulneración del derecho fundamental, aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y proporcionada de los valores acogidos en la Constitución»<sup>13</sup>.

Y respecto a lo segundo, una vez establecido legalmente un requisito del que se hace depender el derecho a la ejecución, o una limitación que afecte a su ejercicio, o una situación que condicione la continuación del proceso... corresponde a los tribunales de la jurisdicción ordinaria valorar si se cumple o no lo previsto en las normas, teniendo en cuenta el «principio *pro actione*»; y el Tribunal Constitucional únicamente podrá revisar si la *aplicación judicial* que se ha hecho de la norma es manifiestamente infundada. Como ejemplo claro de esto, en la STC 210/1993, de 28 de junio (FJ 3), se declara sobre la apreciación de una causa de suspensión de la ejecución:

«No corresponde a este Tribunal revisar la corrección o incorrección de tal razonamiento judicial, pues esta cuestión, de estricta legalidad ordinaria, escapa del contenido propio de esta vía de amparo constitucional, sino tan sólo considerar si la suspensión de ejecución acordada lo ha sido razonadamente y no de forma arbitraria o carente de fundamento. Como quiera que la suspensión se encuentra motivada, aplica una causa legal (la medida cautelar acordada en el proceso declarativo ulterior) y se efectúa con expresa ponderación de los efectos y naturaleza de las decisiones que recaigan en ambos procedimientos, interdictal y declarativo, así como, finalmente, con adopción de garantías con relación a los perjuicios que de ellas puedan derivarse, no puede estimarse la misma como irrazonable o arbitraria y, por ende, vulneradora del derecho fundamental a la ejecución de lo resuelto que se invoca».

En cuanto al contenido del derecho a la ejecución forzosa como derecho fundamental, nótese que, para el TC, el derecho a la ejecución se encuentra ligado a otro derecho que también juzga incluido en el artículo 24.1 de la CE

<sup>13</sup> En otros casos, teniendo en cuenta esta misma doctrina, el balance del TC ha llegado al resultado contrario y no ha entendido como lesivas del derecho a la ejecución las limitaciones legales a las que se refería, como en la STC 73/2000, de 14 de marzo (ver especialmente los FJ 10 y 11).

y que considera como su presupuesto lógico y constitucional: nos referimos al derecho a la intangibilidad de las resoluciones firmes. De hecho, el TC entiende que existe un derecho más amplio, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, que es «el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la efectividad otorgada por el Ordenamiento», y que tiene una doble manifestación: «de un lado, el derecho a que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten en sus propios términos y, de otro, el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas (SSTC 171/1991, de 16 de septiembre, FJ 3; 198/1994, de 4 de julio, FJ 3; 197/2000, de 24 de julio, FJ 2; 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4, entre otras muchas)»; así se expresa en la STC 312/2006, de 8 de noviembre (FJ 4), así como en otras, como las SSTC 5/2003, de 20 de enero (FJ 5) y 209/2005, de 18 de julio (FJ 2). Analicemos a continuación qué relación y dependencia existen entre uno y otro derecho<sup>14</sup>.

### III. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA EJECUCIÓN Y EL DERECHO A LA COSA JUZGADA

Como se acaba de adelantar, el derecho fundamental a la ejecución forzosa de las sentencias firmes tiene como base y presupuesto el derecho a la intangibilidad o invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales que sean firmes. Así se declara en numerosas sentencias del TC, como en la 1/1997, de 13 de enero (FJ 3), que nos sirve de muestra:

«Corolario de lo dicho es que la actividad jurisdiccional dirigida a esa finalidad de ejecutar lo juzgado ha de respetar escrupulosamente el fallo o parte dispositiva y ejercitarse con energía e intensidad suficientes para superar los obstáculos que pudieran oponérsele (STC 153/1992). En tal sentido, el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial encargado de ella, aunque sea el mismo que dictó la Sentencia, se aparte de lo mandado en el pronunciamiento a cumplir o se abstenga de adoptar las medidas necesarias

<sup>14</sup> García Pons, E., entiende que las dos manifestaciones señaladas, unidas a la necesidad de que la ejecución se produzca sin dilaciones indebidas, forman el contenido esencial del derecho a la ejecución que recoge el artículo 24.1 de la CE: «El Tribunal Constitucional distingue en el derecho a la ejecución de sentencia tres manifestaciones que integran el contenido fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva, a saber: 1ª) Derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes no susceptibles de ser modificadas por vías que no sean las legalmente previstas; 2ª) Derecho a que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten en sus propios términos; y 3ª) Derecho a que la ejecución se produzca sin dilaciones indebidas» (en *Ejecución de sentencia. El derecho a la ejecución de sentencia como manifestación prestacional del contenido fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva según la doctrina del Tribunal Constitucional*, PPU, Barcelona, 1995, p. 17 y ss.).

para conseguirlo (SSTC 306/1993 y 322/1994). Ello significa entonces que tal derecho tiene como presupuesto lógico y aun constitucional, la intangibilidad de la firmeza de las resoluciones judiciales y de las situaciones jurídicas allí declaradas (STC 135/1994), sin que, por lo mismo, puedan ser introducidas en el procedimiento de ejecución, para alterar el contenido de la parte dispositiva de la Sentencia, cuestiones no abordadas en ella ni decididas en el fallo que se trate de ejecutar o con las que éste no guarde una directa e inmediata relación de causalidad (SSTC 91/1993 y 219/1994)»<sup>15</sup>.

Es bien sabido que cuando una resolución judicial alcanza *firmeza* tiene como efecto que ya no puede ser modificada, de suerte que lo decidido en ella vincula tanto al propio órgano que la ha dictado y a las partes a quienes se dirige, como a otros potenciales tribunales y sujetos jurídicos. Este efecto vinculante, denominado *fuerza de cosa juzgada*, se califica de *formal* cuando se proyecta respecto del propio proceso en el que se dicta la resolución, y adquiere el calificativo de *material* cuando tiene repercusión hacia otros eventuales procesos que puedan abrirse. Así, cuando algo se resuelve con fuerza de cosa juzgada, ya no puede cambiarse. Es más, desde que las resoluciones son firmadas por quienes las dictan devienen invariables, lo que significa que sólo se permiten las correcciones o los añadidos no sustanciales que caben al amparo del artículo 267 de la LOPJ<sup>16</sup>. Si una resolución -invariable- no es firme, aún podrá modificarse su contenido por medio de los recursos legalmente previstos. Pero si la resolución adquirió firmeza, únicamente podrá pretenderse la entera rescisión de la sentencia firme -sólo de las sentencias- a través de los excepcionales mecanismos previstos para este fin<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Recogen y comentan algunas sentencias relevantes sobre la intangibilidad de las resoluciones firmes Oleo Banet, F. y Pérez Nieto, R., «El derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías constitucionales del proceso», en *La Constitución Europea, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2005, pp. 292 y ss.

<sup>16</sup> Existe un buen número de sentencias del TC en las que se perfila qué puede hacerse y qué no puede hacerse -por considerarse lesivo de la invariabilidad de las resoluciones firmes y por ello del derecho a la tutela judicial efectiva- con apoyo en los expedientes previstos en el artículo 267 LOPJ. Así, García Pons (ob. cit., pp. 38 a 41) se refiere a la STC 23/1994, de 27 de enero (FJ 1); Oleo Banet y Pérez Nieto (ob. cit., pp. 294 a 298) comentan las SSTC 31/2004, de 4 de marzo (FJ 6) y 49/2004, de 30 de marzo (FJ 2); y Garberí Llobregat (ob. cit., pp. 239 a 245) alude a las SSTC 286/2006, de 9 de octubre (FJ 2); 289/2006, de 9 de octubre (FJ 3); 357/2006, de 18 de diciembre (FJ 2); 171/2007, de 23 de julio (FJ 2). Y más recientemente, la STC 89/2011, de 6 de junio (FFJJ 4 y 5), trata de la misma cuestión.

<sup>17</sup> El TC también tiene declarado desde hace tiempo que no es contrario a la exigida intangibilidad de las resoluciones firmes que existan tales mecanismos excepcionales. Así, por ejemplo, en la STC 15/1986, de 31 de enero (FJ 3): «No quiere decir ello que la formulación constitucional impida al legislador sacrificar la «santidad de la cosa juzgada» en aras del superior valor de la justicia, estableciendo supuestos de firmeza potencialmen-

En consecuencia, cuando se procede a la ejecución de una sentencia firme y de contenido condenatorio, el proceso de ejecución debe proyectarse exclusivamente sobre lo dispuesto en el fallo, sin que pueda aprovecharse este proceso: *i)* ni para modificar indebidamente lo resuelto en la sentencia, pretendiendo que la ejecución también alcance a aspectos que aquélla no recogía; *ii)* ni para que la ejecución se proyecte sobre sujetos a los que tampoco se refería la sentencia ni la ley permita hacer extensivos sus efectos; y *iii)* ni, en cualquier caso, para discutir cuestiones que ya quedaron zanjadas y resueltas con «autoridad de cosa juzgada» (*ex art. 207.3 LEC*).

De este modo, los tres supuestos mencionados recogen quiebras de la cosa juzgada producidas con ocasión de un proceso de ejecución y muestran cómo la intangibilidad de las resoluciones firmes es un presupuesto necesario del derecho a la ejecución forzosa; aunque este derecho tenga el carácter de fundamental, si en su ejercicio no se respeta la eficacia de cosa juzgada o la invariabilidad de las resoluciones, se lesionará el derecho a la tutela judicial efectiva, como ha declarado el TC (y veremos enseguida con algunos ejemplos). Así, si en un primer momento la intangibilidad de las resoluciones firmes se introdujo en el cuadro de derechos del artículo 24.1 de la CE precisamente por ser un presupuesto lógico del derecho a la ejecución, al estar éste incluido sin duda en el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>18</sup>, posteriormente, la misma intangibilidad se ha convertido en un límite y contrapeso del derecho a la ejecución, y las vulneraciones de la cosa juzgada en el proceso de ejecución pueden tener alcance constitucional.

Veamos algún ejemplo –en la jurisprudencia del TC– de los tres supuestos a los que acabamos de referirnos, que nos ayuden a perfilar más la

---

te debilitada; lo que el derecho a la tutela judicial efectiva proscribía es que, fuera de los supuestos taxativamente previstos, las resoluciones firmes no queden sin efecto. Como indicamos en la Sentencia 67/1984, de 7 de junio, los principios de seguridad jurídica y de legalidad en materia procesal (art. 9.3 y 117.3 de la C.E.) vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, «revisar el juicio efectuado en un caso concreto, si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad», sea ésta sustantiva o meramente objetiva».

<sup>18</sup> Así se declara, por ejemplo, en la STC 119/1988, de 20 de junio (FJ 2): «También ha sostenido este Tribunal que presupuesto para el ejercicio de tal derecho del justiciable a instar la ejecución de lo juzgado es el principio de la intangibilidad de las Sentencias que «entra a formar parte, por lo mismo, del cuadro de garantías que el art. 24.1 de la Constitución consagra», de modo que el derecho a la tutela judicial efectiva proscribía que, fuera de los supuestos taxativamente previstos, las resoluciones firmes queden sin efecto (STC 15/1986, de 31 de enero)»; o también, entre otras muchas, la STC 86/2005, de 18 de abril (FJ 2): «De ahí que, en estos casos, el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, al constituir un presupuesto lógico del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, se integre en este derecho fundamental (SSTC 49/2004, de 30 de marzo, FJ 2; 116/2003, de 16 de junio, FJ 3)».

relación entre el derecho a la ejecución y el derecho a la cosa juzgada, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva. Como ejemplo reciente del primer supuesto, la STC 35/2018, de 23 de abril (FJ 3), tras recordar, con carácter general, la doctrina constitucional de que estamos tratando en este punto<sup>19</sup>, procede a estimar un recurso de amparo relativo al siguiente caso: se dictó una sentencia de modificación de medidas de un proceso de divorcio previo, que decretaba el cese de la obligación de alimentos que tenía un padre para con su hijo, declarando que este cese no tendría efectos retroactivos sino que sería eficaz desde la propia sentencia; esta sentencia no fue recurrida y adquirió firmeza, y cuando el hijo instó la ejecución de deudas por alimentos pendientes y anteriores al mencionado cese, el padre se opuso a la ejecución alegando abuso de derecho, por cuanto las cantidades reclamadas se correspondían con una época en la que el alimentista trabajaba y disponía de ingresos económicos; esta alegación fue desestimada por el juez ejecutor, pero el órgano de apelación la acogió, lo cual fue considerado lesivo del artículo 24.1 de la CE por el TC, ya que vulneraba la intangibilidad de la sentencia firme que declaró el cese de la obligación sin efectos retroactivos, en la medida en que se intentó modificar el fallo de la misma a través del proceso de ejecución.

Como ejemplo del segundo supuesto, en el caso de la STC 53/2010, de 4 de octubre (FJ 5), se despachó ejecución contra consejeros de una sociedad a los que no se había demandado en el proceso declarativo previo, por lo que se extendieron indebidamente los efectos de la cosa juzgada, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 538.2 y 542.1 de la LEC (que sólo permiten instar la ejecución contra los deudores solidarios a los que se haya demandado y consten así en el título de condena). En estos casos no es necesario acudir

<sup>19</sup> «Es importante destacar que, como se recuerda en la STC 89/2011, de 6 de junio, FJ 4, con cita de la STC 53/2007, de 12 de marzo, FJ 2, el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes es una consecuencia, tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), como, sobre todo, del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), habida cuenta de que «este derecho asegura a los que han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en el mismo no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces legales establecidos para ello» (SSTC 180/1997, de 27 de octubre, FJ 2, 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2, y 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 2, entre otras), pues si el órgano jurisdiccional modificara una Sentencia fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador, quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial, puesto que ésta carecería de eficacia si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por resolución firme (SSTC 180/1997, de 27 de octubre, FJ 2, y 56/2002, de 11 de marzo, FJ 4, entre otras). Por ello, «el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE actúa como límite... incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad» (SSTC 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 96/2005, de 28 de abril, FJ 5, y 115/2005, de 9 de mayo, FJ 4)».

a la vulneración de la intangibilidad de las resoluciones firmes para fundar la lesión del artículo 24.1 de la CE, pues es suficiente con la indefensión consistente en soportar la ejecución de una sentencia fruto de un proceso en el que no se pudo participar.

En la misma línea, en la STC 153/2006, de 22 de mayo (FJ 3), se parte del derecho a la ejecución como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, pero tal derecho lo es a la ejecución de la sentencia «en sus propios términos» (art. 18.2 LOPJ), lo que implica: «que la actividad ejecutiva no puede dirigirse contra persona ajena al fallo y, más en concreto aún en el ámbito de la jurisdicción civil, que la ejecución de la sentencia tiene como destinatarios únicos y únicos protagonistas a las partes y más específicamente al condenado en la sentencia, de modo que en ningún caso cabe derivar la acción ejecutiva hacia personas distintas sin destruir la misma esencia de la cosa juzgada (SSTC 166/2003, de 29 de septiembre, FFJJ 6 y 7, y 229/2000, de 2 de octubre, FFJJ 2 y 3)».

Por último, sobre el tercer supuesto antes aludido, valga de ejemplo lo dispuesto en la STC 18/2004, de 23 de febrero (FJ 4), que considera lesivo del artículo 24.1 de la CE, en su vertiente del derecho a la ejecución, volver a replantear durante el proceso de ejecución cuestiones que ya se resolvieron en el proceso declarativo, o pretender dar valor en aquél a lo que se consideró irrelevante en éste. Así:

«Pues bien, desde la perspectiva del art. 24 CE, no puede aceptarse que sin el concurso de elementos que hagan imposible física o jurídicamente la ejecución o la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas, por incorrecta determinación del fallo, por sus desproporcionadas consecuencias o por razones similares (como era el caso de las SSTC 194/1991, de 17 de octubre, FJ 4; 153/1992, de 19 de octubre, FFJJ 4 y 5; 140/2003, de 14 de julio, FJ 7; y AATC 621/1985, de 25 de septiembre, FJ 2; 222/1989, de 4 de mayo, FJ 2; y 4/1992, de 13 de enero, FJ 2), esto es, que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido, por la vía de discutir de nuevo, en trámite de ejecución, lo que ya fue en su día definitivamente resuelto por el órgano judicial (STC 41/1993, de 8 de febrero, FJ 2), o de dar valor en esa fase final a lo que se consideró en su momento irrelevante para incidir en el resultado del proceso declarativo y en el derecho de los actores a proseguirlo para la obtención del derecho reclamado»<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Con la misma doctrina, García Pons (ob. cit., pp. 105 a 110) cita de ejemplo la STC 314/1994, de 28 de noviembre (FFJJ 2 y 3), que estimó el amparo solicitado por cuanto en el proceso de ejecución se enjuició de nuevo lo ya resuelto en el proceso declarativo, con

#### IV. EL DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN SUS PROPIOS TÉRMINOS

El derecho a la ejecución como derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 de la CE se traduce principalmente, según la jurisprudencia constitucional, en el derecho a que la sentencia obtenida sobre el fondo del asunto, fundada y congruente, sea ejecutada «en sus propios términos». Esto tiene apoyo en la concreción legal que se realiza en el artículo 18.2 de la LOPJ, cuyo tenor literal recordamos ahora: «*Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno...*». En consecuencia, el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución tiene que utilizar todos los medios razonables que estén a su alcance para hacer efectivo el contenido de la sentencia de que se trate; para ello, tendrá que remover los obstáculos que la parte ejecutada presente a la hora de cumplir con la prestación a la que se le haya condenado. El tribunal de la ejecución tiene así la obligación de acordar las medidas que sean precisas para ese fin —en coherencia con el derecho fundamental de carácter prestacional del que estamos tratando— y será él quien decida qué actuaciones serán las más adecuadas, de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales que sean aplicables; en caso de que no se emplee la diligencia debida, se producirá una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte ejecutante. En este sentido, nos parece muy expresiva la STC 251/1993, de 19 de julio (FJ 3), en la que se afirma:

«El derecho a la ejecución impide que el órgano judicial se aparte, sin causa justificada de lo previsto en el fallo que ha de ejecutar, o que se abstenga de adoptar las medidas necesarias para proveer a la ejecución de la misma, cuando ello sea legalmente exigible. El contenido principal del derecho consiste, pues, en que esa prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros (SSTC 32/1982, fundamento jurídico 2º; 125/1987, fundamento jurídico 2º; 153/1992, fundamento jurídico 4º)». Y poco más adelante se añade (dentro del mismo FJ 3): «No es cometido de este Tribunal la determinación de cuáles sean las decisiones que, en cada caso, hayan de adoptarse para la ejecución de lo resuelto, pero sí deberá vigilar, cuando de la reparación de eventuales lesiones del derecho a la tutela judicial se trate, que ésta no sea debida a una decisión arbitraria ni irrazonable, ni tenga su origen en la pasividad o desfallecimiento de los órganos judiciales

el pretexto de que había cambiado el criterio jurisprudencial sobre la norma aplicable para resolver la controversia de fondo.

para adoptar las medidas necesarias que aseguren la satisfacción de ese derecho (SSTC 125/1987, fundamento jurídico 2º; 167/1987, fundamento jurídico 3º; 148/1989, fundamento jurídico 3º; 153/1992, fundamento jurídico 4º)».

Por tanto, el derecho fundamental a la ejecución de la sentencia en sus propios términos requiere partir del fallo dictado, examinando todo su alcance, para no separarse de él. Y esto conlleva una doble exigencia, como adelantábamos, pues, desde una perspectiva negativa, el órgano ejecutor no podrá modificar el contenido de lo decidido con firmeza y estará vinculado a ello, sin que pueda abrir un nuevo debate sobre lo ya resuelto ni extender la ejecución más allá de lo resuelto, según hemos visto en el apartado anterior; y desde una perspectiva positiva, ha de esforzarse para que todo lo resuelto se lleve a término, adoptando las medidas coercitivas que sean necesarias para con el ejecutado, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (*ex art. 117.3 CE*)<sup>21</sup>.

El TC insiste en que la elección de cuáles sean esas medidas corresponde al órgano de la jurisdicción ordinaria, competente para la ejecución, dentro – claro está– de lo que permita el Ordenamiento; al igual que es atribución de estos órganos analizar el significado y el alcance del fallo judicial que se ha de ejecutar. En modo alguno puede el TC ocuparse de estas tareas, sino que su misión –calificada por él mismo de un «control negativo»– se reduce a examinar si la interpretación de los términos del fallo efectuada por el órgano ejecutor ha sido incongruente o manifiestamente irrazonable o basada en un error patente, o si, por otro lado, dicho órgano no ha empleado toda la diligencia que le era exigible para dotar de efectividad a lo dispuesto en el fallo.

En esta línea, en la STC 11/2008, de 21 de enero (FJ 6), se declara que: «el alcance del control a efectuar por parte de este Tribunal del cumplimiento de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE) no es ilimitado, pues también hemos advertido que a los órganos judiciales corresponde, en el ejercicio de la función jurisdiccional que constitucionalmente les resulta conferida, la interpretación de los términos del fallo y la del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada, así como la decisión de si aquél ha sido ejecutado o no correctamente y la adopción de las

<sup>21</sup> Como señala Garberí Llobregat (*ob. cit.*, pp. 168 a 169): «De esta forma el derecho a que la sentencia se ejecute en sus propios términos tiene un carácter objetivo en cuanto se refiere precisamente al cumplimiento del fallo sin alteración y no permite por tanto suprimir, modificar o agregar a su contenido excepciones o cargas que no puedan reputarse comprendidas en él. La ejecución, por tanto, ha de consistir precisamente en lo establecido y previsto en el fallo y constituye, junto al derecho del favorecido a exigir su cumplimiento total e inalterado, el del condenado a que no se desvirtúe, se amplíe o se sustituya por otro (STC 219/1994, de 28 de octubre)».

medidas oportunas para asegurar (cuando así resulte procedente) su ejecución, apreciaciones todas ellas que únicamente resultan revisables en sede constitucional cuando han incurrido en incongruencia, arbitrariedad, carecen de razonabilidad o evidencian la dejación por parte del órgano judicial de su obligación de hacer ejecutar lo juzgado... Nuestro control es sólo de tipo negativo, y se ciñe al examen de la razonabilidad de la interpretación que los titulares de la potestad de ejecución realicen del fallo en el marco de la legalidad ordinaria. Lo que nos corresponde es garantizar que, en aras precisamente de la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, los Jueces y Tribunales no lleven a cabo interpretaciones de los fallos que, por alterarlos o apartarse de ellos, incurran en arbitrariedad, incongruencia, irrazonabilidad o error (SSTC 116/2003, de 16 de junio, FJ 3; 140/2003, de 14 de julio, FJ 6; 223/2004, de 29 de noviembre, FJ 6; STC 96/2005, de 18 de abril, FJ 5, entre otras)».

No obstante, hay ocasiones en las que lo dispuesto en la sentencia no puede llevarse a efecto, por mucho empeño que ponga el órgano jurisdiccional: bien porque la parte ejecutada se resiste completamente a cumplir los términos concretos que se recogen en el fallo —lo que puede ocurrir en los casos de condena no dineraria, por ejemplo, cuando se condena a un hacer personalísimo—, o bien porque el cumplimiento de la prestación específica a la que se condena resulte ya imposible. Es decir, existen supuestos en los que la ejecución *in natura* o *in specie* de la obligación ordenada en el fallo no puede obtenerse y hay que dar paso a una ejecución genérica o sustitutiva de la anterior. De suerte que el derecho a la ejecución de la sentencia «*en sus propios términos*» (art. 18.2 LOPJ) no cabe entenderlo en un sentido literal, sino que procede una interpretación finalista o teleológica<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Así lo propone, siguiendo al TC, Bermúdez Requena, J. M., «Tutela judicial efectiva y ejecución por sustitución en procesos civiles», *Diario La Ley*, nº 6967, de 13 de junio de 2008, pp. 3 a 4): «El criterio interpretativo literal debe ceder en esta cuestión ante una interpretación teleológica o finalista sobre la efectiva aplicación práctica del derecho a la ejecución en sus propios términos, por lo que no cabría, siguiendo consolidada doctrina jurisprudencial constitucional, interpretar aquél «restrictivamente, sino más bien a favor de una ejecución satisfactoria, con lo que se quiere decir, en suma que el Juez de la ejecución ha de apurar siempre, en virtud del principio *pro actione*, del de economía procesal y, en definitiva, de su deber primario de tutela, la posibilidad de realización completa del fallo, infringiendo de él todas sus naturales consecuencias en relación con la *causa petendi*, es decir, de los hechos debatidos y de los argumentos jurídicos de las partes, que, aunque no pasan literalmente al fallo, como es lógico, sí constituyen base para su admisión o rechazo por el juzgador... Lo cual, es obvio, no supone que se puedan ampliar en fase de ejecución de Sentencias los términos del debate o hacerse otras pretensiones distintas, ampliando indebidamente el contenido de la ejecución... Simplemente implica que la interpretación y aplicación del fallo de la Sentencia no ha de ser estrictamente literal, sino finalista (art. 3 CC) y en armonía con el todo que constituye la Sentencia» [esta cita es de la STC 148/1989, de 21 de septiembre]».

Lo anterior significa que el derecho fundamental a la ejecución forzosa no es un derecho absoluto, ya que pueden concurrir «razones atendibles» —expresión de la jurisprudencia constitucional— que justifiquen que se acuda a una ejecución «por sustitución», a la que también alude el citado artículo 18.2 de la LOPJ: si la ejecución de la sentencia «*resultare imposible*», el tribunal encargado de la ejecución «*afijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno*»; de manera que procederá el denominado equivalente pecuniario de la prestación (no dineraria) que se haya incumplido, o bien la indemnización económica por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento haya causado al ejecutante, y la ejecución que inicialmente era de una condena no dineraria se transformará en una ejecución dineraria. Lo anterior se hará de conformidad con las leyes procesales que sean aplicables.

Como es sabido, la LEC regula con detalle la ejecución no dineraria en los artículos 699 a 720, que resultan aplicables no sólo en los procesos civiles sino también de forma subsidiaria en otros órdenes jurisdiccionales. En esos preceptos se señalan diferentes medios que puede emplear el tribunal para lograr en lo posible la ejecución *in natura* de lo dispuesto en el fallo, entre los que se encuentran: el señalamiento de plazos para que el condenado lleve a cabo la prestación, o el apercibimiento de apremios personales, o la imposición de multas coercitivas (art. 699), más algunos medios específicos de ciertas condenas. Además, también se distingue según cuál sea el tipo de prestación incumplida para señalar la clase de ejecución sustitutoria que corresponde. Pues en unos casos procede únicamente la sustitución «*por una justa compensación económica*», como ocurre cuando se ha incumplido una condena de dar cosa mueble determinada (art. 701); en otros, como en el incumplimiento de dar cosa genérica, el ejecutante podrá elegir entre la adquisición del bien a costa del ejecutado, o su equivalente económico más una indemnización de daños y perjuicios (art. 702); en cambio, para la condena de entregar un bien inmueble, no se prevé ejecución sustitutiva sino que sólo se regula cómo efectuar el lanzamiento (arts. 703 y 704); en las condenas de hacer se diferencia entre el hacer no personalísimo, cuyo incumplimiento también permite que el ejecutante opte entre que se encargue a un tercero a costa del ejecutado o que se le indemnice por no hacerlo (art. 706), y el hacer personalísimo, en el que, tras diversas medidas reforzadas de compeler al obligado, se acabará en el equivalente pecuniario de la prestación o en la adopción de «*cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante*», dice la ley para estos casos (art. 709); por último, en las condenas de no hacer, la sustitución no puede ser otra que el resarcimiento de los daños y perjuicios producidos (art. 710). En consecuencia, existen muy diversas formas de proceder a la ejecución por sustitución, dependiendo de la clase de obligación incumplida. No es momento de

estudiar la regulación legal de estas formas sustitutorias de ejecución<sup>23</sup>; nuestro punto de mira es el derecho a la tutela judicial efectiva y en qué medida tales formas son respetuosas con el derecho fundamental a la ejecución, del que estamos tratando.

Así, el citado artículo 18.2 de la LOPJ condiciona el paso de la ejecución *in specie* a la ejecución *in genere* a que la primera devenga *imposible*. Esta imposibilidad puede ser tanto material o natural como jurídica o legal<sup>24</sup>; y en todo caso, debe quedar acreditada y ser apreciada por el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución, de forma motivada. Cuando esto ocurre, se respeta el derecho del artículo 24.1 de la CE, como declara el TC, por ejemplo en su sentencia 153/1992, de 19 de octubre (FJ 4):

«Cabe añadir que ese derecho a la ejecución de la Sentencia en sus propios términos no impide que en determinados supuestos ésta devenga legal o materialmente imposible, lo cual habrá de apreciarse por el órgano judicial en resolución motivada, pues el cumplimiento o ejecución de las Sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo. Ahora bien, esa imposibilidad de dar cumplimiento a la Sentencia en sus propios términos no implica, al menos en las Sentencias condenatorias, la ausencia de toda otra medida ejecutiva, de modo que baste la mera constatación de la imposibilidad de acordar el cumplimiento estricto de los mandatos que ella contiene para entender satisfecha la tutela judicial efectiva, siendo preciso que, en tales supuestos, se acuda a la adopción de otros medios de ejecución sustitutorios o subsidiarios que el ordenamiento ofrece, pues, en caso contrario, las decisiones judiciales quedarían convertidas en meras declaraciones de intenciones, y la parte que ha obtenido una Sentencia favorable se encontraría en idéntica posición que antes de obtener dicho pronunciamiento».

En definitiva, el examen de que concurren motivos para entender que la ejecución en los términos precisos de la sentencia no puede llevarse a efecto corresponde al juez ejecutor, es él quien tiene que realizar la ponderación que se exige; pero como afirma el TC en su sentencia 58/1983, de 28 de junio (FJ 2), citada después por muchas otras: «hay que concluir que tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación».

<sup>23</sup> Para un estudio exhaustivo de las mismas, véase, por todos, Ortells Ramos, M., *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2005. Y desde la perspectiva de su entronque con el derecho a la tutela judicial efectiva, véase el entero trabajo citado en la nota anterior, de Bermúdez Requena.

<sup>24</sup> Sobre estos dos tipos de imposibilidad, ver Bermúdez Requena: ob. cit., pp. 4 a 6.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERMÚDEZ REQUENA, J. M., «Tutela judicial efectiva y ejecución por sustitución en procesos civiles», *Diario La Ley*, nº 6967, de 13 de junio de 2008.
- CORDÓN MORENO, F., «El derecho a obtener la tutela judicial efectiva», en *Derechos procesales fundamentales* (coord. GUTIÉRREZ ALVIZ, F.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. (con Díez-PICAZO GIMÉNEZ Y VEGAS TORRES, J.), en *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 3ª ed., 2016.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2008.
- GARCÍA PONS, E., *Ejecución de sentencia. El derecho a la ejecución de sentencia como manifestación prestacional del contenido fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva según la doctrina del Tribunal Constitucional*, PPU, Barcelona, 1995.
- OLEO BANET, F. y PÉREZ NIETO, R., «El derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías constitucionales del proceso», en *La Constitución Europea*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- ORTELLS RAMOS, M., *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2005.
- RUIZ-RICO RUIZ y CARAZO LIÉBANA, M. J., *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- SALAH PALACIOS, E., *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2014*, Cultiva Libros, Madrid, 2015.
- VALLESPÍN PÉREZ, D., *Nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, CIMS, Sabadell, 2009.

# Estudios



# RASGOS FEDERALES, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y BÚSQUEDA DE UN ‘COMMON LAW’ EUROPEO\*

*Federal features, constitutional justice and the search for an european ‘common law’*

Enrico Andreoli  
Universidad de Verona (Italia)  
enrico.andreoli@univr.it

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp375-395](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp375-395)

Recibido: 30.10.2018  
Aceptado: 21.11.2018

## Resumen

El trabajo interpretativo de los tribunales de las cumbres europea y americana —el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por un lado, y el Tribunal Supremo, por otro— parece ser el punto de partida de un análisis que, a partir de algunas de las categorías de federalismo, parte de la geografía jurídica y conduce a la mejora de la identidad constitucional. En primer lugar, se tendrán en cuenta las características «federales» de la arquitectura jurídica europea, así como sus posibles similitudes con el federalismo estadounidense. Para ello, será útil comparar los mecanismos operativos concretos del «federalismo judicial» en ambos sistemas jurídicos. Por último, a través de un marco «federal» preciso de diálogo multinivel entre los Tribunales en el sistema jurídico europeo, se potenciará la posible aparición de una identidad constitucional común, así como de un «*common law*» continental.

---

\* Cómo citar / Citation ‘Chicago-Deusto’ (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Andreoli, Enrico. 2018. «Rasgos federales, justicia constitucional y búsqueda de un ‘common law’ europeo». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 375-395. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp375-395](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp375-395).

***Palabras clave***

Federalismo judicial; Common Law; Identidad constitucional; Funcionalismo; Geografía jurídica; Interpretación constitucional.

***Abstract***

The interpretative work carried out by the European and American summit courts – the European Union Court of Justice, on the one hand, and the Supreme Court, on the other – seems to be the starting point for an analysis that, using some of the categories of federalism, starts from legal geography and leads to the enhancement of constitutional identity. First of all, the “federal” features of the European legal architecture will be taken into consideration, as well as their possible similarities with US federalism. In order to do this, it will be useful to compare the concrete operational mechanisms of “judicial federalism” in both legal systems. Finally, through a precise “federal” framework of multi-level dialogue between Courts in the European legal system, the possible emergence of a common constitutional identity, as well as a continental “common law”, will be enhanced.

***Keywords***

Judicial Federalism; Common Law; Constitutional Identity; Functionalism; Legal Geography; Constitutional Interpretation.

---

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. FEDERALISMO ESTADOUNIDENSE Y 'REIVINDICACIONES' FEDERALISTAS EUROPEAS: RASGO COMUNES Y POSIBLE COMPARACIÓN. III. EL IMPACTO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES FEDERALES EN LA EVOLUCIÓN DEL RESPECTIVO ORDENAMIENTO JURÍDICO. IV. EFECTOS DIRECTOS, IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EUROPEA Y *JUDICIAL SUPREMACY*. V. *FORMS OF JUDICIAL REVIEW*: LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PRIVILEGIADA. VI. RELACIONES ENTRE TRIBUNALES NACIONALES Y SUPRANACIONALES: UNA INTERDEPENDENCIA NO SIEMPRE ACEPTADA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo aborda las 'características federales' del sistema jurídico de la Unión Europea, para luego valorar si se pueda hablar de una identidad constitucional capaz de sustentar la idea de la existencia de un sistema jurídico federal europeo.

En primer lugar, nos centraremos en las analogías y diferencias entre el federalismo europeo<sup>1</sup> y estadounidense<sup>2</sup>, y por ende abordaremos la labor interpretativa realizada por los más altos Tribunales de ambos circuitos de justicia federal: el Tribunal Supremo, por una parte, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por otra. Ambos Tribunales, pues, parecen los actores privilegiados para la creación, defensa y desarrollo del sistema jurídico federal<sup>3</sup>.

Así las cosas, en el modelo estadounidense, en general, y la interdependencia de los circuitos de justicia federal y estatal, en particular<sup>4</sup>, se fundamenta

---

<sup>1</sup> Véanse, entre otros, G. Petrilli, *Ragioni e condizioni del federalismo europeo*, en *Idea*, 5-6, 1979, p. 41 ss.; K. Lenaerts, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, en *The American Journal of Comparative Law*, 38, 2, 1990, p. 205 ss.; G. Sadun Bordon, *Federalismo europeo e federalismo internazionale: l'eredità di Altiero Spinelli*, en *Storia Contemporanea*, 5, 1994, p. 715 ss.; A. Djoric, *Las Instituciones de la Unión Europea: Su Estatus, Competencias y Equilibrio Institucional Frente a la Expansión*, en *Derecho PUCP*, 55, 2002, p. 113 ss.; K. Lenaerts, K. Gutman, «Federal Common Law» in the European Union: A Comparative Perspective from the United States, en *The American Journal of Comparative Law*, 54, 1, 2006, p. 1 ss.

<sup>2</sup> G. Martinico, *L'idea (statunitense) di Europa: uno studio sulla dottrina comparatistica americana in tema di integrazione europea*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2010, p. 251 ss.

<sup>3</sup> S.A. Riesenfeld, J.H. Hazard, *Federal Courts in Foreign Systems*, in *Law and Contemporary Problems*, Duke University School of Law, Durham (NC), 1948, p. 29 ss.; C. Wright, M. Kane, *Law of Federal Courts*, West Academy Publishing, St. Paul (MN), 2011, p. 373 ss.

<sup>4</sup> R.S. Cristóbal, *El federalismo judicial estadounidense*, en *Estudios de Deusto*, 65/1, 2017, p. 301 ss.

sobre la equivalencia entre identidad constitucional federal y de los Estados, en el modelo europeo, dicha equivalencia no parece tan pacífica<sup>5</sup>.

De hecho, el sistema jurídico estadounidense ha forjado tal equivalencia sobre la base de la fundación histórica de la Federación<sup>6</sup>; debe sin embargo reconocerse que dicha equivalencia se ve continuamente impulsada por algunos mecanismos de decisión del Tribunal Supremo: de éstos, se tomaran en consideración la *jurisdiction in diversity* y la *certification of question*<sup>7</sup>.

En el modelo de federalismo por último considerado, en efecto, estos mecanismos permiten fomentar el diálogo jurisprudencial entre el Tribunal Supremo federal y los estatales, lo que consiente un flujo legal continuo, capaz, en el mismo tiempo, de reconocer y consolidar continuamente un preciso *common law* estadounidense<sup>8</sup>.

A partir de estos mecanismos, pues, se tendrá en cuenta el trabajo de interpretación realizado a través de las decisiones del Tribunal de Justicia de la UE, para comprender si, por medio de las operaciones hermenéuticas, también en el sistema jurídico supranacional se encuentran mecanismos procesales similares, en cuanto a su funcionamiento, a los de la elaboración federal.

En sustancia, y gracias al método comparativo<sup>9</sup>, se intentará evaluar si, a través del diálogo judicial entre sistemas permitido por la remisión prejudicial en el ordenamiento europeo, se pueda establecer una precisa 'identidad constitucional' entre tal ordenamiento jurídico.

<sup>5</sup> K. Koivumaa, *Europe: Several Identities, or One Single Identity?*, en *Perspectives*, 10, 1998, p. 21 ss.; J. de Beus, *Quasi-National European Identity and European Democracy*, en *Law and Philosophy*, 20, 3, 2001, p. 283 ss.

<sup>6</sup> G.S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, en *The Federalist Persuasion*, 1998, p. 519 ss.

<sup>7</sup> *Infra*, par. 5.

<sup>8</sup> U. Mattei, *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 109 ss.

<sup>9</sup> *Ex multis*, L. Pegoraro, A. Rinella, *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 45 ss. Se pueden ver, también, R. Dehousse, *Comparing National and EC Law: The Problem of the Level of the Analysis*, en *The American Journal of Comparative Law*, 42, 4, 1994, p. 761 ss.; H. Fix-Zamudio, *Tendencias actuales del Derecho comparado*, en J.M. Serna de la Garza (ed.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Unam, México, 2005, p. 23 ss.; U. Vincenti, *Metodología giuridica*, CEDAM, Padova, 2008, p. 7 ss.; M. Andenas, D. Fairgrieve, *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, en P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law: an intellectual overview*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 59 ss.; J. García Roja, *El desarrollo de la comparación jurídica como ciencia y como materia en la enseñanza en España*, en *Revista General de derecho público comparado*, 14, 2013.

En efecto, la búsqueda de una identidad común está facilitada por mecanismos característicos de un sistema federal; eso permitiría el reconocimiento de un 'common law' europeo, como resultado del proceso de interpretación jurisprudencial sovranaional.

## II. FEDERALISMO ESTADOUNIDENSE Y 'REIVINDICACIONES' FEDERALISTAS EUROPEAS: RASGO COMUNES Y POSIBLE COMPARACIÓN

Existe abundante doctrina que ha abordado una posible comparación entre los rasgos federales de los modelos de *federalizing process* europeo y americano<sup>10</sup>.

En cuanto a la comparación de los rasgos federalistas europeos y estadounidenses, la perspectiva tradicional afirma, en primer lugar, que tanto la Unión Europea como los Estados Unidos de América son el resultado de procesos de evolución y adaptación: «the manner and context in which a federal system comes into being has a distinct and a pervasive influence on the kinds of governing institutions and decision-making processes ... adopted»<sup>11</sup>.

En segundo lugar, la perspectiva tradicional nos permite detectar algunas similitudes entre los rasgos federales de los sistemas examinados: ambos se fundamentan sobre la agregación/integración de comunidades políticas originales, institucionalmente representadas en la entidad federal<sup>12</sup> y en sus varios procesos federal de toma de decisiones<sup>13</sup>; además, ambos sistemas establecen un árbitro final en cuestiones constitucionales<sup>14</sup>: el Tribunal Supremo y el

<sup>10</sup> C.J. Friedrich, «*New Dimensions of Federalism*», 57, *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, 25-27 Abril 1963, pp. 238-240; C.J. Friedrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Praeger, New York, 1968, p. 24; G.A. Bermann, *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, en *Columbia Law Review*, 2, 1994, p. 331 ss.; D. Starr-Deelen, B. Deelen, *The European Court of Justice as a Federator*, en *Publius: The Journal of Federalism*, 26, 4, 1996, p. 81 ss.; E. Stein, *Thoughts from a Bridge: a Retrospective of Writings on New Europe and American Federalism*, Michigan Publishing, Ann Arbor, 2000; G. Martinico, *L'idea (statunitense) di Europa*, cit. p. 253.

<sup>11</sup> N. Aroney, *The Constitution of a Federal Commonwealth. The Making and Meaning of the Australian Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 39.

<sup>12</sup> R.L. Watts, *Comparing Federal Systems*, McGill's-Queen University Press, 3rd edition, 2008, p. 135.

<sup>13</sup> N. Aroney, *Representation and Amendment in Federal Constitutions*, en *The American Journal of Comparative Law*, 54, 2, 2006, p. 282.

<sup>14</sup> C.F. Zurn, *Judicial Review, Constitutional Juries and Civil Constitutional Fora: Rights, Democracy and Law*, en *Theoria: A Journal of Social and Political Theory. Democracy, Constitutionalism and Judicial Review*, 58, 127, 2011, p. 63 ss.; J. Greene, *Rule Originalism*, en *Columbia Law Review*, 116, 7, 2016, p. 1639 ss.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respectivamente, principales actores en la evolución del marco constitucional<sup>15</sup>.

Es evidente, por ejemplo, que la 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico europeo, especialmente en los primeros años de existencia de la Unión, se basa en los efectos directos<sup>16</sup> y en el principio de supremacía del derecho europeo, así como en los denominados 'poderes implícitos'<sup>17</sup>, conceptos todos ellos reforzados por la actividad del Tribunal de Justicia.

Sin embargo, las diferencias son igualmente evidentes: está claro que los Estados Unidos es un Estado federal y la Unión Europea, per converso, sólo tiene 'rasgos federalizantes'<sup>18</sup>.

La inclusión de la terminología 'federal', en un sentido comparativo, entre el sistema jurídico de los Estados Unidos y el sistema jurídico europeo, ciertamente no puede eliminar las diferencias endémicas existentes en cuanto a la construcción (y la consiguiente tradicional clasificación) de los respectivos sistemas nacionales o supranacionales.

Pero aparte de esto, el discurso sobre los 'rasgos federalizantes' de la UE (*rectius*, sobre la existencia de un 'common law federal' europeo) conduce inevitablemente a la necesaria consideración del papel que juegan los organismos institucionales tanto estadounidenses como europeos en cuanto a su capacidad de incidir en la construcción de la ingeniería constitucional<sup>19</sup> de sus respectivos sistemas jurídicos —en particular, en lo que se refiere a los órganos jurisdiccionales de cumbre y al impacto sistémico de los respectivos procesos de toma de decisiones<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> V. G. Martinico, *Lo spirito polemico del diritto europeo, Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Aracne, 2012, p. 12 ss.; L.I. Gordillo Pérez, G. Martinico, *Historia del país de las hadas. Historia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Civitas-Thomson Reuters, 2015.

<sup>16</sup> M. Bellocci, *Gli «effetti diretti» degli atti comunitari nell'ordinamento interno: profili teorici ed applicativi*, en *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 8, 1990, p. 1010 ss.; Z. Radivojevic, *About the Direct Effect of European Union Directives*, en *Review of European Law*, 15, 2-3, 2013, p. 27 ss.; A. Ruggeri, *Effetti diretti delle norme eurounitarie e Costituzione*, en *Giurisprudenza Italiana*, 1, 2015, p. 148 ss.

<sup>17</sup> *Ex multis*, A. Giardina, *The Rule of Law and Implied Powers in the European Communities*, en *The Italian Yearbook of International Law*, 1975, p. 99 ss.

<sup>18</sup> A. La Pergola, *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 22 ss.; G. Bognetti, *Federalismo*, UTET, Torino, 2009, p. 48 ss.

<sup>19</sup> La terminología es aquella célebre de G. Sartori, en *Ingegneria costituzionale comparata*, il Mulino, 2013.

<sup>20</sup> K. Lanaerts, K. Gutman, *«Federal Common Law» in the European Union: A Comparative Perspective from the United States*, en *The American Journal of Comparative Law*, 54, 1, 2006, p. 4.

En otras palabras, es el proceso, no el sistema legal, lo que tiene rasgos en común con la forma de federalismo de los Estados Unidos<sup>21</sup>; y el sistema jurídico establecido por los Tratados se limita a reflejar estos rasgos, ya que ha evolucionado hacia un sistema jurídico basado en el respeto de los derechos humanos, «entity whose closest structural model is ... principally the federal state»<sup>22</sup>.

Desde otro punto de vista, la federalización europea puede apreciarse en virtud del *functional approach*<sup>23</sup>, que desvirtúa los atributos organizativos e institucionales de las funciones ejercidas por las organizaciones de la UE: el federalismo denota así una 'relación jerárquica' entre la UE y sus miembros.

Lo que hace esto posible se denomina *functional approach*. Este enfoque va más allá de los mecanismos que caracterizan a un régimen constitucional específico. El enfoque en cuestión se centra en la función que los principios tienden a cumplir en diferentes marcos constitucionales: «Institutions, both legal and non-legal, even doctrinally different ones, are comparable if they are functionally equivalent, if they fulfill similar functions in different legal systems»<sup>24</sup>.

Esta perspectiva 'funcionalista' concibe el proceso de integración de la UE como una mezcla dinámica de elementos federales e internacionales que se funden en un sistema de gobierno único<sup>25</sup>, y es esa dinámica que confiere carácter constitucional a un federalismo, 'basado en tratados'<sup>26</sup> –el europeo,

<sup>21</sup> M. Nicolini, *Boundaries and Identities: The Legal Geography of the European Union and the United States of America*, en *STALS Research Paper*, 2/2015, Sant'Anna Legal Studies, Pisa, p. 6.

<sup>22</sup> J.H.H. Weiler, *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, en K. Nicolaidis, R. Howse (eds.), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the US and the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 68 ss.

<sup>23</sup> L. Pegoraro, A. Rinella, *Derecho constitucional comparado*, op. cit. p. 88; R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, en M. Reimann, M. Zimmermann (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford UP, New York (NY), 2006, 339 ss.; J. Husa, L. Smiths, *A dialogue On Comparative Functionalism*, en *Maastricht journ. eur. and comp. law*, 18, 2011, p. 554 ss.

<sup>24</sup> P. HAY, *Federalism and Supranational Organizations*, University of Illinois Press, 1966; E. Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, en *American Journal of International Law*, 75, 1, 1981, p. 1427 ss.; R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006) p. 339 ss.; R. Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law*, Hardback, 2009; M.M. Siems, *Legal Research in Search of Attention: A Quantitative Assesment*, en *King's Law Journal*, 27, 2, 2016, p. 170 ss.; R. Schütze, *From International to Federal Market. The Changing Structure of European Law*, Hardback, 2017.

<sup>25</sup> M. Nicolini, *Boundaries and Identities*, op. cit., p. 6.

<sup>26</sup> C.T. Oliver, *The Enforcement of Treaties by a Federal State*, en *Recueil des Cours/Collected Courses of The Hague Academy of International Law* (Leyde, A.W. Sijthoff,

que se fundamentaría sólo así y que por este hace que la UE y los Estados Unidos sean comparables.

A este respecto, el método comparativo, plenamente eficaz, ha sido aplicado en primer lugar. Y ante todo, por los académicos estadounidenses, que han desarrollado los principales argumentos en que se apoya el carácter federal de la UE<sup>27</sup>.

La clave para entender esta actividad doctrinal radica en el concepto de 'identidad constitucional'<sup>28</sup>.

La forma de federalismo de los Estados Unidos posee una fuerte identidad constitucional que se ha ido configurando a lo largo de su historia constitucional y su posterior evolución. Se trata de la misma trayectoria que también caracteriza a los Estados miembros europeos, y que tradicionalmente se complementa con los principios de constitucionalismo e integridad territorial<sup>29</sup>.

Al forjar su propia identidad constitucional, una comunidad incorpora esos valores y tradiciones en sus disposiciones constitucionales, de las que posteriormente los intérpretes extraen la identidad constitucional y su significado jurídico.

Puesto que la UE y los Estados Unidos pueden considerarse como federalismos de agregación<sup>30</sup>, dicha identidad debería ser, en primer lugar, 'federal'. El resultado es una demarcación que coincide con los límites de las unidades preexistentes que se han unido y han creado una nueva federación. En cuanto a la UE, éstos eran los seis Estados miembros fundadores, mientras que en Estados Unidos las comunidades políticas que se integraron en el sistema confederativo eran las antiguas 13 colonias inglesas que se habían convertido en estados soberanos<sup>31</sup>.

1974), 41, p. 331 ss.; E. Stein, *Treaty-Based Federalism, A.D. 1979: A Gloss on Covey T. Oliver at The Hague Academy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 127, 4/1979, p. 897 ss.

<sup>27</sup> C.T. Hartley, *Federalism, Courts and Legal Systems: The Emerging Constitution of the European Community*, en *The American Journal of Comparative Law*, 34, 2/1986, p. 229 ss.; T.A. Börtzel, T. Risse, *Who is Afraid of A European Federation? How to Constitutionalize A Multy-Level Governance System*, Jean Monnet Working Paper, 2000.

<sup>28</sup> G.J. Jacobson, *Constitutional Identity*, en *The Review of Politics*, 68, 2006, p. 361 ss.; M. Mahlmann, *Constitutional Identity and the Politics of Homogeneity*, en *German Law Journal*, 6, 2/2005, p. 307 ss.

<sup>29</sup> S.M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton University Press, Princeton, 1996.

<sup>30</sup> P. Biglino Campos, *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 7 ss.

<sup>31</sup> *Ex multis*, T.H. Burrell, *A Story of Privileges and Immunities: From Medieval Concept to the Colonies and United States Constitution*, en *Campbell Law Review*, 34, 1, 2011, p. 7 ss.

Ambos diseños federales han acumulado su territorio en virtud de la admisión de nuevos Estados miembros, y la única diferencia consiste en que la UE admite los Estados soberanos e independientes existentes<sup>32</sup>, mientras que las unidades constitutivas de los Estados Unidos fueron esculpidas de antiguos territorios federales que posteriormente serían admitidas en la federación<sup>33</sup>.

Con respecto a Estados Unidos, la 'identidad constitucional' de los Estados individuales y la identidad federal coinciden y se adaptan a la perfección<sup>34</sup>.

Por el contrario, los Tratados de la UE establecen un requisito legal preciso (un requisito de 'identidad constitucional') para la admisión de nuevos Estados en la Unión: los Estados, para ser miembros, deben cumplir con el requisito de ser europeos.

Podría argumentarse que, al admitir a posibles miembros, los criterios de Copenhague podrían complementar las múltiples características sobre las que se construye la 'identidad constitucional' de la UE. Estos criterios se incorporan en el artículo 49 del TUE, que, sin embargo, se limita a reflejar un compromiso constitucional con los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho, que no es específicamente europeo<sup>35</sup>.

Esto se debe a que en la UE falta una clara interrelación geográfica entre comunidad y territorio<sup>36</sup>: en efecto, el territorio de los Estados miembros se limita a definir el ámbito de aplicación de los Tratados. En consecuencia, el proceso de formación de la identidad constitucional de la UE se aparta de los procesos típicos de construcción del Estado.

Aunque la UE tenga rasgos comunes a las federaciones multinacionales –por ejemplo, un proceso de toma de decisiones asignado a nivel federal, un

<sup>32</sup> I. Diéz-Picazo, *Treaty or Constitution? The Status of the Constitution for Europe*, Jean Monnet Working Paper, 5/2004, NYU School of Law, p. 12; M. Kumm, V. Ferreres Comella, *The Future of Constitutional Conflict in the European Union: Constitutional Supremacy after the Constitutional Treaty*, Jean Monnet Working Paper, 5/2004, NYU School of Law, p. 12; F. Forni, *Le restrizioni all'ammissione negli Stati membri dell'Unione europea tra esigenze di efficacia e di tutela dei diritti umani*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2015, p. 1143 ss.

<sup>33</sup> J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, II, Little Brown and Company, Boston, 1858, p. 189 ss.

<sup>34</sup> M. Nicolini, *Boundaries and Identities*, op. cit., p. 13.

<sup>35</sup> M. Kumm, *The Idea of Thick Constitutional Patriotism and its Implications for the Role and Structure of European Legal History*, en H. Porsdam, T. Eldholm, *Dialogues on Justice. European Perspectives on Law and Literature*, Walter de Gruyter, Berlin, 2012, p. 112.

<sup>36</sup> A. Brighenti, *On Territory as Relationship and Law as Territory*, en *Canadian Journal of Law and Society*, 21, 2, 2006, p. 65 ss.; D. Miller, *Boundaries, Democracy, and Territory*, en *American Journal of Jurisprudence*, 61, 1, 2016, p. 33 ss.

poder legislativo distribuido entre los distintos niveles de gobierno y el principio de subsidiariedad de los poderes no exclusivos de la UE<sup>37</sup>— su único objetivo es demarcar el ámbito territorial de los Tratados reuniendo en una única estructura cuasi-federal a los diferentes miembros de la UE.

Este supuesto se debe a otra discrepancia con respecto a las sociedades de los Estados Unidos y la UE. Mientras que la UE es una política 'multinacional federal', los EE.UU. son una federación homogénea, con un territorio neutral<sup>38</sup>. La neutralidad territorial estandariza la identidad estatal de los miembros<sup>39</sup>: la homogeneidad del federalismo estadounidense se remonta al hecho de que las unidades constitutivas fueron esculpidas de los territorios federales y luego admitidas en la federación<sup>40</sup>.

A diferencia de la geografía legal estadounidense, la geografía legal europea nunca será considerada completa porque la admisión progresiva de nuevos estados europeos es una cuestión de política, no de geografía física. Y la decisión política forja y la geografía física y el 'derecho público' y la identidad.

Por un lado, la 'europeidad' es el efecto, y no la causa, de la admisión en la UE. Por otro, la UE carece de una delimitación territorial definida. Además, el territorio de la UE es la mera suma de los territorios de los Estados miembros y el territorio de la UE coincide con el ámbito territorial de los Tratados<sup>41</sup>.

Y esto impide un proceso concreto y tangible de auto identificación entre la UE *demoi* y el territorio de la UE, y la UE no concibe sus instituciones como representativas de esta suma de diferentes territorios, pueblos y pertenencias, sino de los Estados miembros individuales.

<sup>37</sup> Desde una perspectiva comparativa, es interesante leer lo que la doctrina estadounidense escribe sobre los institutos del federalismo aplicados a la Unión Europea: G.A. Bermann, *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, en *Columbia Law Review*, 94, 2, 1994, p. 331 ss.; W.G. VAUSE, *The Subsidiarity Principle in European Union Law—American Federalism Compared*, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, 27, 1, 1995, p. 61 ss.; D.J. EDWARDS, *Fearing Federalism's Failure: Subsidiarity in the European Union*, en *American Journal of Comparative Law*, 44, 4, 1996, p. 537 ss.

<sup>38</sup> J. Kinkaid, *Territorial Neutrality and Coercive Federalism in the United States*, en S. Mangiameli, *Federalism, Regionalism and Territory*, Giuffrè, Milano, p. 133 ss.

<sup>39</sup> B. Guastafarro, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, en *Yearbook of European Law*, 31, 1, 2012, p. 263 ss.; R. Mastroianni, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di 'controlimiti' costituzionali: è un vero dialogo?*, en *Federalismi.it – Rivista di diritto pubblico italiano, comparato ed europeo* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 7, 2017.

<sup>40</sup> A. Buratti, *La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale*, Ombre Corte, 2016. U.S. Supreme Court, *The American Insurance Company and The Ocean Insurance Company (New York) v. David Canter*, 26 U.S. (1 Pet.) 511 (1828).

<sup>41</sup> M. Nicolini, *Boundaries and Identities*, op. cit., p. 15.

### III. EL IMPACTO DE LOS TRIBUNALES FEDERALES EN LA EVOLUCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Distintos actores han estado intentando conferir una identidad constitucional autónoma a la UE desde el inicio mismo del proceso de integración.

A este respecto, el Tribunal de Justicia desempeñó un papel crucial en el apoyo a la evolución institucional de la UE en el período fundacional a través de la ya mencionada 'constitucionalización' del sistema jurídico supranacional<sup>42</sup>. Además, los Tratados de la UE consagran una amplia gama de principios, valores y objetivos, así como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>43</sup>.

En segundo lugar, el ordenamiento jurídico supranacional de la UE se basa en un conjunto de principios compartidos por los Estados miembros: la protección de los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, según la interpretación del TJUE<sup>44</sup>.

En tercer lugar, las 'tradiciones constitucionales' comunes a los Estados miembros<sup>45</sup> están estrechamente relacionadas con sus identidades nacionales, inherentes a sus estructuras fundamentales, políticas y constitucionales, que la Unión respetará de conformidad con el artículo 4, apartado 2, del TUE.

La cuestión, de todas formas, es quién debe ser el árbitro final en los litigios relacionados con la identidad constitucional de los Estados miembros.

Mientras que la Corte Suprema de los EE.UU. declaró que no decidiría *political questions*, concretamente «constitutional questions ... involving the constitutional structure» de los Estados miembros en virtud de la *Guarantee Clause*<sup>46</sup>, la interpretación del apartado 2 del artículo 4 es la cuestión más controvertida que se plantea en el entorno constitucional de la UE.

<sup>42</sup> M. Forsyth, *Unions of States – The Theory and Practice of Confederation*, Leicester University Press, Leicester, 1981, p. 5 ss.

<sup>43</sup> P. Parolari, *Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Context: The Dialogue between Courts in the Disorder of the Sources of Law*, en *Diritto & Questioni Pubbliche: Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*, 17, 1, 2017, p. 32 ss.

<sup>44</sup> J. Jones, *Common Constitutional Traditions: Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice?*, en *Public Law*, 1/2004, pp. 167-168; C.F. Sabel, O. Gerstenberg, *Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order*, en *European Law Journal*, 16, 5/2010, p. 511 ss.

<sup>45</sup> A. Masferrer, *Ius Commune y Tradición Jurídica Europea*, en *GLOSSAE: European Journal of Legal History*, 10, 2013, p. 2 ss.

<sup>46</sup> V. U.S. Supreme Court, *Oetjen v. Central Leather Co.*, 246 U.S. 297 (1918) y, especialmente, *Baker v. Carr*, 396 U.S. 186 (1962). En la doctrina, véase L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, 3a ed., The Foundation Press, New York, p. 366 ss.; M. Tush-

La no ejecutividad de un caso basado en la *political question doctrine* se centra en una justificación jurídico-constitucional<sup>47</sup>: cuando la controversia sometida al Tribunal Supremo es tan específica que la disciplina está reservada a uno de los órganos políticos previstos en la ley o, por el contrario, tan indeterminada que la propia Constitución no la identifica como protegible en virtud de sí misma.

Sin embargo, hay una objeción fundamental a la afirmación de que la UE tiene el poder de dictaminar sobre la identidad constitucional de los Estados miembros. Y el TJUE es el árbitro final de los litigios relacionados con ella.

Estos poderes parecen incompatibles con el mismo concepto de identidad constitucional, que se refiere a un espacio jurídico, en contraposición con las tradiciones constitucionales, que son a su vez comunes tanto a la Unión como a los Estados miembros. Además, los tribunales constitucionales nacionales, que en la mayoría de los casos han determinado en última instancia la identidad del respectivo Estado miembro, impugnan los poderes de decisión final<sup>48</sup>.

Esto se debe al hecho de que la Unión puede afectar realmente a la identidad constitucional nacional: esto ocurrió, por ejemplo, en el caso de Irlanda<sup>49</sup>. La significación colectiva constitucional del catolicismo en Irlanda ha sido progresivamente cuestionada «by a growing emphasis on the rights of the individual»<sup>50</sup>. Por otra parte, los requisitos de la UE relativos al establecimiento de un mercado común basado en la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales tuvieron notables efectos en la identidad constitucional de Irlanda, que posteriormente tuvo que modificar su Constitución con respecto al aborto<sup>51</sup>.

#### IV. EFECTOS DIRECTOS, IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EUROPEA Y JUDICIAL SUPREMACY

Si la identidad constitucional común, como acabamos de ver, también puede derivarse de interpretaciones 'forzadas', cabe señalar que los sistemas

net, *The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009, pp. 148-149.

<sup>47</sup> M. H. Redish, *Judicial Review and the Political Question*, en *Nw. University Law Rev.*, n. 79, 1985, p. 1022 ss.; M. TIGAR, *The Political Question Doctrine and Foreign Relations*, en *UCLA Law Rev.*, n. 17, 1970, p. 1135; L. Sandstrom Simard, *Do We Still Need the Political Question Doctrine?*, en *Dick. Law Rev.*, n. 100, 1996, p. 303 ss.

<sup>48</sup> Conseil constitutionnel, 27 de julio 2006, 2006-504 DC.

<sup>49</sup> M. Nicolini, *Boundaries and Identities*, op. cit., pp. 17-18.

<sup>50</sup> G. Whyte, *Religion and the Irish Constitution*, en *John Marshall Law Review*, 30, 3/1997, pp. 725 ss.

<sup>51</sup> P. Hanafin, *Reproductive Rights and the Irish Constitution: From the Sanctify of Life to the Sanctity of Autonomy?*, en *European Journal of Health Law*, 3, 1996, p. 179 ss.

jurídicos multinivel –y, en concreto, el de la Unión Europea– tienen dos mecanismos principales para hacer cumplir las normas que componen el mismo sistema<sup>52</sup>.

En primer lugar, pueden optar por confiar en la ‘aplicación normativa’ por el Estado o un órgano de este, pero depender únicamente de esta especie de aplicación puede, sin embargo, ser ineficiente, ineficaz o ambas cosas.

Sin embargo, la ‘aplicación normativa’ genere *per se* problemas que provocan que un sistema jurídico lo complemente permitiendo la evolución de esto por medio de acciones jurídicas realizadas por entidades privadas. La experiencia dentro de la Unión Europea constituye un ejemplo particularmente bueno de este fenómeno: de hecho, es principalmente gracias a los contenciosos que han dado lugar a un procedimiento judicial que el derecho europeo se ha desarrollado más profundamente<sup>53</sup>.

La segunda de las cuestiones se refiere al efecto directo desde su creación: se trata de considerar tanto la ampliación como el papel que desempeña el TJUE en este proceso.

La respuesta tradicional es que el concepto de efecto directo se amplió precisamente porque las acciones privadas demostraron ser un método tan eficaz para hacer cumplir la legislación de la Unión Europea.

El efecto directo<sup>54</sup> se ha utilizado de tres maneras distintas y la comprensión de estas diferencias puede ayudar a proporcionar una comprensión más profunda de cómo y por qué se ha ampliado el concepto: la función de ejecución, la función legislativa y la función de control.

A los efectos del presente análisis, se tendrá en cuenta la primera de las funciones antes mencionadas.

En virtud del derecho europeo, corresponde a la Comisión la responsabilidad de llevar ante el TJUE a los Estados miembros que hayan incumplido

<sup>52</sup> P.P. Craig, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 12, 4/1992, p. 453 ss.

<sup>53</sup> Por ejemplo, Corte de Justicia de la Unión Europea, 26-62, *Van Gend & Loos c. Administración Tributaria neerlandesa* (1963); Corte de Justicia de la Unión Europea, 6-64, *Costa c. ENEL* (1964); Corte de Justicia de la Unión Europea, 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal S.p.a.* (1978); Corte de Justicia de la Unión Europea, 152/84, *Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* (1986); Corte de Justicia de la Unión Europea, C-285/98, *Kreil c. Bundesrepublik Deutschland* (2000).

<sup>54</sup> O. Spiermann, *The Other Side of the Story: an Unpopular Essay on the Making of the European Community Legal Order*, en *European Journal of International Law*, 10, 4, 1999, p. 763 ss.; B. De Witte, *Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order*, en G. De Burca, P. Craig (eds.), *The Evolution of EU Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 323 ss.; S. Robin-Olivier, *The evolution of direct effect in the EU: Stocktaking, problems, projections*, en *International Journal of Constitutional Law*, 12, 1, 2014, p. 165 ss.

el Tratado. Sin embargo, está permitido a un Estado miembro llevar a otro Estado miembro ante el TJUE, siempre que primero presente el asunto a la Comisión: se puede ver especialmente el procedimiento de infracción, contenido en los artt. 258-259 TFUE.

Estas disposiciones parecen recordar un sistema jurídico que, en caso de primacía de la 'identidad constitucional nacional' en relación con una supuesta 'identidad constitucional europea', atribuye al Tribunal de Justicia, y por sí solo, la responsabilidad de solucionar conflictos jurídicos entre Estados y nivel supranacional<sup>55</sup>.

Como podemos ver, de hecho, el órgano institucional con competencias específicas para la iniciativa legislativa en el contexto europeo y, por lo tanto, el primer legislador europeo y el creador potencial de lo que, como se veía, puede definirse 'common law' como núcleo jurídico de la Unión Europea, tiene, según los Tratados, la mera tarea de supervisar cualquier incumplimiento por parte de un Estado miembro.

Son especialmente los efectos directos del derecho europeo, por lo tanto, los que pueden potenciar el 'common law' continental dentro de los sistemas nacionales: los efectos directos, sin embargo, que parecen estar protegidos sólo a través del intervencionismo del Tribunal de Justicia como defensor de la 'identidad constitucional europea'<sup>56</sup>.

Sin embargo, esto puede dar lugar a otro tipo de valoración, a saber, el análisis de la relación entre la interpretación de los tribunales constitucionales de los Estados miembros<sup>57</sup> –en defensa de la identidad constitucional nacional o incluso, simplemente, en una actitud dudosa sobre la prevalencia de la europea– y la interpretación del Tribunal de Justicia.

## V. FORMS OF JUDICIAL REVIEW: LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PRIVILEGIADA

Así las cosas, cabe examinar cómo se realiza el control judicial del Tribunal de Justicia en el sistema europeo y cómo **éste pueda** afectar a la

<sup>55</sup> P.A. Miguel Asensio, *Conflicts of Law and Legal Integration: The United States and the European Union*, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 5, 2005, p. 43 ss.

<sup>56</sup> R. Romboli, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, en *Questione Giustizia*, 6, 2, 2008, p. 195 ss.; F. Munari, *Il ruolo della Corte di Giustizia e il suo rapporto con gli altri organi dell'Unione*, en *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2012, p. 189 ss.

<sup>57</sup> En tema, M. Troper, *Le problème de l'interprétation et la théorie de la superlégalité constitutionnelle*, en AA.VV., *Recueil d'études en hommage de a Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, p. 133 ss.; E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Cec, Madrid, 1984, p. 4 ss.; D. García Balaunde, *La Constitución y su Dinámica*, Palestra, Lima, 2006, p. 64 ss.

construcción del sistema jurídico europeo, entendido en el sentido jurídico adecuado de una 'identidad constitucional europea'.

Se trata de comparar el Tribunal de Justicia, en el ejercicio de las facultades de interpretación del Derecho europeo conferidas por los Tratados<sup>58</sup>, con un órgano jurisdiccional que pretende ser el Tribunal supremo en materia 'constitucional' (*final adjudicator in constitutional issues*).

Dicho de otra forma, parece apropiado cuestionar la posibilidad del intervencionismo por parte del Tribunal de Justicia, similar a la operación de interpretación homogeneizadora de una corte cumbre en un sistema federal, en la línea de los poderes de aquello hermenéutico, por ejemplo, de la Corte Suprema de los Estados Unidos<sup>59</sup>.

A este respecto, es importante la famosa distinción entre forma fuerte (*strong-form*) y forma débil (*weak-form*) de la revisión judicial<sup>60</sup>. La elección entre las dos formas parece ocurrir en el nivel más fundamental del diseño institucional de un ordenamiento jurídico.

En un control judicial 'fuerte', los tribunales tienen autoridad general para determinar el significado de la Constitución<sup>61</sup>. Y, lo que es más importante, las interpretaciones constitucionales de los tribunales son autoritarias y vinculantes para las demás ramas.

Por otro lado, los Tribunales en sistemas de justicia constitucional 'débil' tienen el poder de evaluar toda (y sola) la legislación, para determinar si es consistente con todas las provisiones de la constitución sin excepción.

<sup>58</sup> Art. 19, ap. 1, TUE: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados».

<sup>59</sup> «The Constitution means what the Supreme Court says it means» es la famosa declaración de 1907 del Chief Justice Charles Evans Hughes. En doctrina, C. Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Basic Books, New York (NY), 1986, p. 6 ss.

<sup>60</sup> M. Tushnet, *Alternative Forms of Judicial Review*, en *Michigan Law Review*, 101, 2003, p. 2781 ss.

<sup>61</sup> En cuanto al sistema jurídico estadounidense, el problema de la legitimidad de las distintas interpretaciones de la Constitución —con respecto a la que de la Supreme Court— puede deducirse, principalmente, del debate que ha surgido como consecuencia de las sentencias Supreme Court of the United States, *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. (1954) y Supreme Court of the United States, *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. (1958). Los dos supuestos principales que se deben tomar en esas decisiones son, por una parte, que «the Court, in rendering a constitutional decision, announces a general norm of wide applicability», y, por otra, que «the Court's interpretation is itself the «supreme law of the land»». Para un análisis detallado del tema, L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, op. cit., p. 254 ss.; J.C. Bayon, *La interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana*, en *Rev. Cortes Gen.*, 4, 1985, p. 137 ss.; F.J. Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, Chihuahua, 2009, p. 213 ss.

Más bien, la característica de una revisión deficiente es que las mayorías legislativas ordinarias pueden desplazar las interpretaciones judiciales de la constitución a relativamente corto plazo.

La revisión de forma débil responde a la preocupación de que una revisión de forma fuerte permite a los tribunales con un *background* democrático atenuado desplazar las decisiones tomadas por organismos con *background* democráticos más fuertes.

Sin embargo, los sistemas de forma débil suscitan sus propias preocupaciones, principalmente porque esa revisión de forma débil, para usar los términos de Marbury, convierte la Constitución en un «ordinary legislative act ... alterable when the legislature shall please to alter it»<sup>62</sup>.

Sin olvidar la circunstancia en la que el sistema multinivel de la Unión Europea no está dotado de una verdadera Constitución, lo importante en este caso es que, en un sistema jurídico que reconoce a un tribunal en particular como el intérprete privilegiado del derecho positivo existente –que son, aunque con las debidas distinciones, tanto el sistema europeo como el estadounidense– tal control, si se llega a extremos, podría conducir a un indebido ‘panlegalismo’ judicial.

En otros terminos, esto podría conducir a que sólo el Tribunal con poderes nomofiláticos esté facultado para crear ‘derecho viviente’ en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, aquella que se define *judicial review* en los EE.UU. se diferencia de la supremacía judicial (*judicial supremacy*)<sup>63</sup>.

En el sistema de los Estados Unidos, el Congreso y el Presidente también están obligados constitucionalmente a defender la Constitución y, por lo tanto, primero deben interpretarla<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> U.S. Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).

<sup>63</sup> Se permita el aplazamiento a E. Andreoli, *Dialogo o judicial interpretation? La political question doctrine, tra giuridico e opportunità politica*, en D. Butturini, M. Nicolini (ed.), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, I, BUP, Bologna, 2017, p. 75 ss.

<sup>64</sup> Una variedad de actores, de hecho, pueden dar su propia interpretación constitucional, que no tiene por qué ajustarse necesariamente a la judicialmente reforzada articulada por la Corte Suprema: el presidente, el Congreso, los Tribunales Estatales, el pueblo en general. En la jurisprudencia estadounidense, se puede ver Supreme Court of the United States, *Graves v. New York*, 306 U.S. (1939): «although judicial exegesis is unavoidable [...] the ultimate touchstone of constitutionality is the Constitution itself and not what we have said about it». En la doctrina, L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, op. cit., p. 256. En tema de ‘interpretaciónismo’ y ‘non interpretaciónismo’, F.J. Díaz Revorio, *La «Constitución Abierta» y su Interpretación*, Palestra, Lima, 2004, p. 160 ss.; J.C. Bayon, *La interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana*, en *Rev. Cortes Gen.*, 4, 1985, p. 137 ss.; M. Beltran, *Originalismo e interpretación. Dworkin v. Bork: una polémica constitucional*, Civitas-Fac. de Derecho Un. Complutense, Madrid, 1988, p. 47.

Estas cuestiones se encuentran en el centro de un debate que a veces se caracteriza como una elección entre la supremacía judicial (*judicial supremacy*), que hace hincapié en la necesidad de que los poderes políticos remitan a la Corte como el intérprete último de la Constitución<sup>65</sup>, y el departamentalismo (*departmentalism*)<sup>66</sup>, que reconoce la autoridad de cada rama federal o 'departamento' para interpretar la Constitución de manera independiente: «Judicial supremacy requires deference by other government officials to the constitutional dictates of the Court, even when other government officials think that the Court is substantively wrong about the meaning of the Constitution and in circumstances that are not subject to judicial review»<sup>67</sup>.

El departamentalismo, descrito como «[t]he most significant historical and theoretical alternative to judicial supremacy», sostiene que «each branch, or department, of government has an equal authority to interpret the Constitution in the context of conducting its duties» y «is supreme within its own interpretive sphere»<sup>68</sup>.

De todas maneras, este debate puede parecer al menos atenuado en el derecho europeo, dado que no es posible hablar de un verdadero departamentalismo en el sentido que se acaba de describir: es el Tribunal de Justicia, de hecho, el órgano competente para interpretar el derecho europeo, mientras que los demás órganos 'constitucionales' de la arquitectura institucional europea —relativamente a la creación de un 'common law' continental— parecen limitarse a una mera tarea de información y control.

Sin embargo, el hecho de que el *departmentalism* no sea atribuible a los problemas del sistema jurídico europeo no parece que pueda afectar a la comparación entre los sistemas multinivel objeto de este análisis.

De hecho, si no podemos hablar de macrocomparación en un sentido amplio, podemos abordar la cuestión desde el punto de vista de la microcomparación<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Supreme Court of the United States, *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 704 (1974); *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

<sup>66</sup> D.E. Johnsen, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation: Who Determines Constitutional Meanings*, en *Law and Contemporary Problems*, 67, 3, 2004, p. 105 ss.; R. Post, R. Siegel, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, en *California Law Review*, 92, 4, 2004, p. 1027 ss.; K.C. Walsh, *Judicial Departmentalism: An Introduction*, en *William & Mary Law Review*, 58, 5, 2017, p. 1713 ss.

<sup>67</sup> K. Whittington, *Constitutional Construction. Divided Powers and Constitutional Meanings*, Harvard University Press, 1999, p. 784.

<sup>68</sup> *Id.*, pp. 782-783.

<sup>69</sup> L. Pegoraro, A. Rinella, *Derecho constitucional comparado*, op. cit., p. 189 ss.; B. Jaluzot, *Méthodologie du droit comparé: bilan et prospective*, en *Rev. int. dr. comp.*, 1, 2005, p. 46.

En particular, teniendo en cuenta los mecanismos operativos concretos de determinados procedimientos judiciales que implican una decisión 'a varios niveles': una decisión capaz de vincular las distintas identidades constitucionales de las entidades jurídicas del sistema.

## VI. RELACIONES ENTRE LOS TRIBUNALES NACIONALES Y SUPRANACIONALES: UNA INTERDEPENDENCIA NO SIEMPRE ACEPTADA

Dos competencias específicas de la justicia federal estadounidense, concretamente la *jurisdiction in diversity* y la *certification of question* son efectivamente mecanismos judiciales que pueden convertirse en un medio de comparación con la cuestión prejudicial del Tribunal de Justicia Europeo, si se acepta la comparabilidad de los datos federales europeos y estadounidenses.

En primer lugar, consideramos una institución típicamente federal del sistema de los EE.UU.: la *jurisdiction in diversity*<sup>70</sup>, que permite a una corte federal decidir casos que no se fundamentan en asuntos de leyes federales, sino que se basan enteramente en asuntos de leyes estatales.

Por esta razón, es un proceso que puede ser utilizado por los demandantes en la presentación del caso inicialmente en la corte federal o por los demandados que pueden tratar de retirar el caso de la corte estatal a la corte federal.

Una de las ventajas típicas de la jurisdicción federal es permitir que un caso sea juzgado por jueces que son nombrados de por vida por el gobierno federal y por lo tanto que no están sujetos a elección o retención por la gente del estado local<sup>71</sup>.

En segundo lugar, la *certification of question*<sup>72</sup> está diseñada en los EE.UU para mitigar el problema de la incapacidad de los tribunales estatales para deci-

<sup>70</sup> D.J. Sullivan, *Manufacturing Diversity Jurisdiction in Federal Courts*, en *Syracuse Law Review*, 20, 3, 1969, p. 681 ss.; L.L. Bagley, C.W. Brown, *Changes in Diversity Jurisdiction*, en *Texas Bar Journal*, 52, 11, 1989, p. 1258 ss.

<sup>71</sup> J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1980, p. 73 ss.; R. Dworkin, *A Matter of Principles*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1985, p. 9 ss.; H. Horn, *Jueces versus Diputados: La Revisión Judicial en América y la Unión Europea*, en *Revista Derecho del Estado*, 13, 2002, p. 3 ss.; L.B. Tremblay, *The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures*, en *I.CON*, 4/2005, p. 617 ss.

<sup>72</sup> E. Finley, *Certification Revisited*, en *Law Library Journal*, 54, 2, 1961, p. 131 ss.; P.M. Sfikas, C.H. Hyndman, *Federal Certification of Questions of State Law*, en *Chicago Bar Record*, 65, 4, 1984, p. 204 ss.; P.A. Lebel, *Legal Positivism and Federalism: The Certification Experience*, en *Georgia Law Review*, 19, 4, 1985, p. 999 ss.; I.P. Robbins, *Interstate Certification of Questions of Law: A Valuable Process in Need of Reform*, en *Judicature*, 76, 3, 1992, p. 125 ss.

dir definitivamente las cuestiones de la ley estatal que surgen en los casos que se conocen en la corte federal<sup>73</sup>.

El sistema federal a veces llama a los tribunales estatales para que escuchen casos que plantean cuestiones de la ley federal<sup>74</sup>, y a los tribunales federales para que escuchen casos que plantean cuestiones de la ley estatal<sup>75</sup>.

En la medida en que se recurra a los tribunales estatales para determinar cuestiones de derecho federal, la Corte Suprema de los Estados Unidos tiene la facultad de conocer las apelaciones de esas resoluciones, brindándole así la oportunidad de rectificar interpretaciones erróneas y asegurar la aplicación uniforme de la ley federal. Por lo tanto, la Corte tiene la prerrogativa de ser el árbitro final de las disputas que surjan bajo la ley federal.

La *certification* proporciona cierto remedio a los Tribunales superiores estatales en el sentido de que les da la oportunidad de proporcionar interpretaciones definitivas sobre asuntos de ley estatal en casos de tribunales federales. Bajo el procedimiento de *certification*, una corte federal 'certifica' a la corte superior de un estado una *question* de la ley estatal con la que se enfrenta y sobre la cual le gustaría que la corte estatal dictaminara.

La *certification* implica que un sistema judicial recurra a la ayuda de un segundo sistema judicial para resolver un caso, mientras que el segundo sistema judicial tiene la oportunidad de anunciar una *rule of law*. La jurisprudencia de la certificación refleja esta interdependencia judicial<sup>76</sup>.

Asumiendo que la *certification* sea una opción disponible, una o más de las partes en el caso federal pueden solicitar que el tribunal federal invoque la certificación, o el tribunal federal puede elegir esa opción sua espontánea. De cualquier manera, el tribunal federal tiene la discreción final sobre si emplear o no la certificación.

Y teníamos en debida cuenta, con las necesarias diferencias –entre otras, la obligatoriedad de la interpretación del Tribunal de Justicia para los Estados miembros– como se pueda observar un mecanismo similar a esos que se acaban de examinar en las relaciones entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales constitucionales nacionales.

En los Estados Unidos, la *jurisdiction in diversity* permite que un Tribunal federal sea llamado a juzgar en un caso que involucre una decisión sobre un caso propiamente estatal; la *certification of question*, en cambio, se basa

<sup>73</sup> J.R. Nash, *Examining the Power of Federal Courts to Certify Questions of State Law*, en *Cornell Law Review*, 88, 6, 2003, p. 1672 ss.

<sup>74</sup> Supreme Court of the United States, *Yellow Freight Sys., Inc. v. Donnelly*, 494 U.S. 820, 823 (1990).

<sup>75</sup> Supreme Court of the United States, *Mine Workers v. Gibbs*, 383 U.S. 715, 725 (1966); *Meredith v. Winter Haven*, 320 U.S. 228 (1943).

<sup>76</sup> J.R. Nash, *Examining the Power of Federal Courts*, op. cit., p. 1690.

en la suposición de que la ley federal –mejor, la *constitutional identity* federal– es igual al derecho –mejor, la *constitutional identity*– estatal (¿es lo mismo en el ordenamiento jurídico europeo?).

En ambos casos, el nivel judicial federal interviene en lugar del nivel estatal, basándose únicamente en que el principio o principios de derecho que aplican serán reconocidos y aceptados como propios por el nivel inferior.

Lo que importa, en otras palabras, es la circunstancia de que la ley aplicada por el nivel federal esté dotada del mismo marco jurídico que la estatal, lo que permite a la primera de interferir en una decisión que sería propia de la segunda, sin que ésta vea su propia identidad jurídica anulada –de hecho, fortaleciéndola.

Se habla, entonces, de identidades constitucionales comunes: se forja, en definitiva y no obstante lo que rotundamente afirma el Tribunal Supremo en el caso *Erie*<sup>77</sup>, un *common law* federal que impregna completamente y en el mismo sentido todos los niveles del sistema de los EE.UU.

Desde un punto de vista práctico, los órganos jurisdiccionales nacionales parecen estar recurriendo únicamente al ámbito judicial europeo porque están vinculados por los Tratados<sup>78</sup>, especialmente en lo que se refiere a la interpretación privilegiada del derecho positivo europeo a través de la acción del TJUE.

Sin embargo, desde el punto de vista procedimental la relación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y supranacionales, en particular mediante la institución de la cuestión prejudicial, puede parecer similar con respecto a la lógica subyacente de los mecanismos de aplicación de la *jurisdiction in diversity* y de la *certification of questions*.

Incluso en el caso de la cuestión prejudicial, nos encontramos ante un tribunal supranacional que decide –a través de la interpretación del derecho europeo– en un asunto que repercute en el derecho nacional; una vez más, ante un órgano jurisdiccional que ‘certifica’ no tanto la aplicación, sino la interpretación del derecho europeo en un sistema nacional.

Por lo tanto, ¿podría hablarse, a través de la cuestión prejudicial y de las relaciones entre los tribunales estatales y supranacionales, sobre la búsqueda de un *common law* continental europeo?<sup>79</sup>

A través del análisis de los mecanismos procesales propios de la justicia europea y de su relación con la de los Estados miembros, y comparándolos con el

<sup>77</sup> Supreme Court of the United States, *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

<sup>78</sup> Se vea, por ejemplo, A. Celotto, T. Groppi, *Diritti UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, en *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2004, p. 1309 ss.;

<sup>79</sup> La comparación analizada en el presente trabajo no es nueva para la doctrina estadounidense: M.G. Puder, *Supremacy of the Law and Judicial Review in the European Union: celebrating Marbury v. Madison with Costa v. Enel*, en *George Washington International Law Review*, 36, 3, 2004, p. 567 ss.

funcionamiento de las instituciones propias del federalismo judicial estadounidense, lo que puede derivarse de ella parece ser la misma propensión hacia la construcción cada vez más homogénea de una 'identidad constitucional' común.

Sin duda sigue siendo difícil, al menos por el momento, pretender no ver en el ámbito europeo la resistencia de las identidades constitucionales internas (*rectius*, de la interpretación de estas cumplida por los Tribunales constitucionales nacionales) hacia la aceptación pacífica de un derecho —aquello europeo— que a menudo se percibe como 'otra cosa' si no cuando impuesto<sup>80</sup>.

Sin olvidar, a pesar de no ser posible analizar aquí en profundidad este asunto, las a menudo conflictivas relaciones entre dos supuestos tribunales 'constitucionales' supranacionales y sus diferentes interpretaciones de un derecho que puede afectar a las legislaciones nacionales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y —en las competencias a este reservadas— el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Lo que se quiere decir es que en la construcción de un sistema jurídico común a todos los países de la Unión Europea se puede ciertamente ver el surgimiento de principios comunes, «en un proceso circular entre tribunales nacionales, Tribunal de Estrasburgo y de Luxemburgo»<sup>81</sup>: esencialmente, lo que de alguna manera puede parecer, aunque a menudo latente, una especie de 'common law' europeo.

En consecuencia, un examen jurídico comparativo del tipo de federalismo de los EE.UU. con 'aquello' de la UE, así como las relaciones entre los tribunales federales (o supranacionales) y los tribunales estatales, puede revelar cómo la identidad constitucional puede tener un impacto serio en la construcción del sistema jurídico, tanto nacional como supranacional, este último —para no parecer heterónimo, impuesto y, en esencia, respondiendo plenamente a las demandas asociativas federales —en la búsqueda constante de su propia legitimidad.

<sup>80</sup> Se puede considerar, por ejemplo, el uso muy limitado del instituto de la cuestión prejudicial por parte del Tribunal Constitucional español. En punto de supremacía del derecho europeo y de los contrastes entre niveles nacionales y nivel supranacional, P. Allott, *Supremacy of European Community Law*, en *The Cambridge Law Journal*, 38, 1, 1979, p. 21 ss.; G. Bianco, G. Martinico, *Il rapporto fra ordinamenti spagnolo e europeo alla luce del caso «Iberdrola»*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5-6, 2013, p. 1069 ss.; P. Gori, *Retrospectiva sulla genesi dei principi dell'applicabilità diretta e della preminenza del diritto comunitario: le sentenze Costa c. Enel e Van Gend & Loos*, en *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 2014, p. 653 ss.; F. Laffaille, *L'ordre constitutionnel français et l'ordre constitutionnel UE. Guerre des constitutions, guerre des juges?*, en *Osservatorio sulle fonti*, 2S, 2017, p. 15 ss.

<sup>81</sup> L. Pegoraro, A. Rinella, *Derecho constitucional comparado*, op. cit., p. 348; ID., *La codificazione dei diritti: dal formante culturale a quello normativo. Metodologia e linee per una ricerca*, en G. Cimbalo, F. Botti (ed.), *Libertà di coscienza e diversità di appartenenza religiosa nell'Est Europa*, BUP, Bologna, 2008, p. 35 ss.



# LA DECISIÓN MARCO 2005/212: ANTECEDENTE Y ORIGEN DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL COMISO COMO CONSECUENCIA ACCESORIA DEL DELITO\*

*The framework decision 2005/212: background and origin of the last reform of the confiscation as a consequence of crime accessory*

Itziar Casanueva Sanz  
Itziar.casanueva@deusto.es

Soledad Gil Nobajas  
sgil@deusto.es

Emilio José Armaza Armaza  
Emilio.armaza@deusto.es  
Universidad de Deusto (España)

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp397-434](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp397-434)

Recibido: 03.09.2018  
Aceptado: 21.01.2018

## **Resumen**

Este artículo analizará un aspecto que está cobrando cada vez una importancia mayor como mecanismo adecuado para evitar que el grupo organizado obtenga

---

\* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Casanueva, Itziar; Gil Soledad; Armaza Emilio José. 2018. «La decisión marco 2005/212: antecedente y origen de las últimas reformas del comiso como consecuencia accesoria del delito». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 397-434. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp397-434](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp397-434).

ningún tipo de beneficio por la comisión de infracciones penales, así como para permitir la recuperación y gestión económica de los activos procedentes del delito de un modo más eficaz: la figura del comiso. Para ello nos centraremos, básicamente, en dos documentos de capital importancia: La DM 2005/212, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito y la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

### ***Palabras clave***

Comiso; Europeización Derecho penal; Derecho penal económico.

### ***Abstract***

This article will analyze an aspect that is becoming increasingly important as an adequate mechanism to prevent the organized group from obtaining any type of benefit for the commission of criminal offenses, as well as to allow the recovery and economic management of assets derived from the crime of a more efficient way: the figure of confiscation. For this we will focus, basically, on two documents of capital importance: The DM 2005/212, of February 24, 2005, regarding the confiscation of the products, instruments and goods related to the crime and Directive 2014/42 / EU of the European Parliament and the Council of 3 April 2014 on the seizure and confiscation of instruments and proceeds of crime in the European Union.

### ***Keywords***

Confiscation, Europeanization Criminal law, Economic criminal law.

---

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA REGULACIÓN COMISO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL CON ANTERIORIDAD A LAS REFORMAS OPERADAS EN VIRTUD DE LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES ADQUIRIDOS. 2.1. *Introducción*. 2.2. *Regulación general: arts. 127 y 128 CP del Texto del CP anterior a la reforma penal de 2010*. 2.3. *Regulación especial del comiso*. 2.3.1. Blanqueo de bienes. 2.3.2. Tráfico de drogas. 2.3.3. Seguridad vial, cohecho y tráfico de influencias. III. DECISIÓN MARCO 2005/212 DEL CONSEJO, DE 24 DE FEBRERO DE 2005 RELATIVA AL DECOMISO DE LOS PRODUCTOS, INSTRUMENTOS Y BIENES RELACIONADOS CON EL DELITO. 3.1. *Introducción*. 3.2. *Decomiso de instrumentos y productos*. 3.3. *Potestad de decomiso ampliada*. 3.3.1. Características de la infracción. 3.3.2. Supuestos de aplicación del comiso ampliado. 3.3.3. Cuestiones que suscita el decomiso ampliado. 3.3.4. Otras previsiones sobre el comiso ampliado. IV. EL IMPACTO DE LA DM 2005/212 EN LA REFORMA PENAL DE 2010. 4.1. *Introducción*. 4.2. *Regulación general (arts. 127 y 128 CP)*. 4.2.1. Comiso y personas jurídicas. 4.2.2. El comiso en los delitos imprudentes. 4.2.3. El comiso ampliado. 4.3. *Regulación especial*. 4.3.1. Blanqueo de bienes. 4.3.2. Tráfico de drogas. 4.3.3. Seguridad vial.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Es una opinión asumida unánimemente que la Unión Europea no posee competencia penal. Sólo los Estados miembros, como Estados soberanos, pueden definir la materia criminal. Ciertamente es que esta idea resulta cada vez más resbaladiza en un mundo en el que la globalización y el desarrollo tecnológico ha alcanzado todos los ámbitos y en el que también el fenómeno de la delincuencia se ha empapado de esta tendencia. El prototipo de criminalidad de la sociedad post-moderna pasa por la actuación de grupos organizados, con una distribución de roles y funciones, que llevan a cabo sus actuaciones ilícitas en un marco transnacional, obteniendo beneficios que reinvierten en el ciclo delictivo o en sobornos a agentes y autoridades o, incluso, son utilizados para generar negocios lícitos; pero en todo caso se trata de actuaciones que ponen en jaque a la actuación policial y judicial de cada Estado miembro. La preocupante magnitud de los efectos de lo que se conoce como «criminalidad organizada» no ha pasado desapercibida por la Unión Europea ni por otras organizaciones regionales e internacionales que, conscientes de su amenaza, han centrado una de sus actuaciones prioritarias de los últimos años a la elaboración y aplicación de medidas destinadas a prevenir y controlar la delincuencia organizada que opera en su ámbito geográfico<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, hay que mencionar los Planes de Acción para luchar contra la delincuencia organizada aprobados por el Consejo Europeo de Ámsterdam de junio de 1997

Dentro de la Unión Europea, tales estrategias se integran en el llamado Tercer Pilar de cooperación intergubernamental, recogido en el Título VI TUE, para la creación de un «*espacio de libertad, seguridad y justicia*» y en el cual el Derecho Penal ocupa un papel fundamental<sup>2</sup>. Partiendo de este objetivo, son numerosos los Convenios y Decisiones Marco (en adelante DM) que tratan de incidir sobre el problema de la criminalidad organizada. Aunque esto no significa que las instituciones comunitarias hayan comenzado a ostentar competencia penal, es innegable la repercusión que estos instrumentos suponen para los ordenamientos jurídico-penales estatales, puesto que en el caso de las DM imponen, indirectamente, la obligación a los Estados miembros de legislar penalmente conforme a lo previsto en ellas.

No es nuestra intención hacer un recorrido sobre todas las iniciativas comunitarias impulsadas en la búsqueda de una respuesta eficaz a la delincuencia organizada. Solamente nos vamos a centrar en un aspecto muy concreto y que, considerado en un segundo plano en el Derecho Penal sustantivo, está cobrando cada vez una importancia mayor como mecanismo adecuado para evitar que el grupo organizado obtenga ningún tipo de beneficio por la comisión de infracciones penales, así como para permitir la recuperación y gestión económica de los activos procedentes del delito de un modo más eficaz: la figura del comiso. Para ello nos centraremos, básicamente, en dos documentos de capital importancia: La DM 2005/212, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito<sup>3</sup> y la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del

---

(BUE 6-1997), el Consejo Europeo de Viena de diciembre de 1998 (BUE 12-1998), y el Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999 (BUE 10-1999), la Decisión 2002/630/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2002, por la que se establece un programa marco sobre cooperación policial y judicial en materia penal-AGIS (DO L 203 de 1.8.2002), el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre el refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (DO C 198 de 12.8.2005), la Decisión 2007/124/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2007, por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico Prevención, preparación y gestión de las consecuencias del terrorismo y de otros riesgos en materia de seguridad, integrado en el programa general Seguridad y defensa de las libertades (DO L 58 de 24.2.2007), la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo por la que se establece un programa marco Seguridad y defensa de las libertades para el período 2007-2013 (DO L 58 de 24.2.2007), así como el más reciente Programa de Estocolmo - Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DO C 115 de 4.5.2010) que define los objetivos del espacio de libertad, seguridad y justicia para el período 2010-2014.

<sup>2</sup> En concreto, el art. 29 TUE habla de la «*aproximación, cuando proceda, en materia penal*», si bien el art. 31 e) TUE limita esta aproximación, precisamente, a los ámbitos de la delincuencia organizada, terrorismo y tráfico ilícito de drogas.

<sup>3</sup> DO L 68 de 15.3.2005

Consejo de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. En el presente artículo, analizaremos de forma específica el contenido de la DM 2005/212 con el fin de identificar las novedades y problemas técnico-jurídicos que su implementación (aunque tardía) supuso para nuestra legislación penal. No nos ocuparemos de las novedades que han sido introducidas en la figura del comiso en virtud de la reforma penal de 2015 (inspirada, en relación con este punto, en la Directiva 2014/42/UE)<sup>4</sup>.

## II. LA REGULACIÓN COMISO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL CON ANTERIORIDAD A LAS REFORMAS OPERADAS EN VIRTUD DE LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES ADQUIRIDOS

### 1. Introducción

Desde la publicación del texto original del CP vigente, la figura objeto de estudio se ha regulado, con carácter genérico, en los arts. 127 y 128 CP, aglutinando el comiso de efectos, bienes, medios e instrumentos y el comiso de las ganancias provenientes del delito<sup>5</sup>. Ambas modalidades de comiso presentan

<sup>4</sup> Sobre ello, véase con detalle y entre otros: De la Mata Barranco, N.J.: «Las distintas modalidades de decomiso después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo», en *La Ley*, 764/2017, pp. 1-13; Gorjón Barranco, M.C.: «El comiso ampliado como paradigma del moderno Derecho penal», en *Revista Penal*, N° 38, Julio 2016, pp. 127-144; Gómez Tomillo, M.: «El comiso de los instrumentos del delito propiedad de terceros no responsables criminalmente del delito», en *Estudios jurídico penales y criminológicos. En Homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 313-326; Díaz López, J.A.: «El partícipe a título lucrativo tras las reformas del decomiso», en *La Ley*, 7736/2015, pp. 1-25; Dolz Lago, M. J.: «Los decomisos: Aproximación a sus aspectos sustantivos y procesales tras la reforma del 2015», en *La Ley*, 1250/2017, pp. 1-28; Roig Torres, M.: «El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania: Interpretación jurisprudencial», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII (extr.), 2018, pp. 547-600; ROIG TORRES, M.: «La regulación del comiso. Modelo alemán y la reciente reforma española», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 2016, pp. 199-268.

<sup>5</sup> De ahora en adelante, hablaremos de comiso de efectos e instrumentos y de comiso de ganancias. Con ello nos unimos al sentir de una parte de la doctrina que entiende que los términos «medios» y «bienes», incorporados con la reforma del CP por LO 15/2003, de 25 de noviembre, no aportan nada nuevo a los conceptos «instrumentos» y «efectos», pues todo instrumento es medio y a la vez bien. En tal sentido, Gracia Martín, L.: «Las consecuencias accesorias», en Gracia Martín, L. (coord.): *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, P. 567. Igualmente, Aguado Correa, T.: «La regulación del comiso en el Proyecto de modificación del Código Penal», en *RECPC* 05-04 (2003), <http://criminnet.ugr.es/recpc>, p. 4, considerando que, incluso, basta-

ciertas particularidades específicas, aunque a los efectos de este trabajo se pretende contrastar la regulación española y comunitaria, sin entrar a un estudio pormenorizado de todas las cuestiones problemáticas que origina el instituto del comiso en nuestro sistema penal. Al margen de esta normativa general, existen también un número puntual de reglas especiales para los delitos de blanqueo de bienes, tráfico de drogas, seguridad vial y cohecho.

A lo largo de estos (ya) más de 28 años de vigencia del CP, el texto original<sup>6</sup> que regulaba la figura del decomiso ha sufrido únicamente tres modificaciones. La primera efectuada en el año 2003 (y que entró en vigor a partir del octubre de 2004) introdujo en nuestro sistema penal la posibilidad de efectuar el decomiso por el valor equivalente, así como la posibilidad de acordar el comiso aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido<sup>7</sup>. En los epígrafes

---

ba con el término «instrumento» como todo bien o medio utilizado para la ejecución o preparación del delito, pues así se seguiría la misma nomenclatura dispuesta en las normas internacionales sobre la materia; Puente Aba, L.A.: «La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal», *AP*, núm. 39, 2003, p. 991.

<sup>6</sup> El texto original de los artículos 127 y 128 del CP de 1995 era el que sigue: «*Artículo 127. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.*

*Artículo 128. Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente.*

<sup>7</sup> El texto del artículo 127 del CP, conforme a dicha modificación, disponía lo siguiente: «*1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. 2. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho. 3. El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita. 4. Los que se deco-*

siguientes procederemos a analizar la forma en la cual estaba regulada esta figura hasta antes de la entrada en vigor de las dos últimas modificaciones del CP (ambas, como se ha indicado, fueron introducidas de forma sucesiva y en virtud de sendos compromisos internacionales).

## 2. Regulación general: arts. 127 y 128 CP del Texto del CP anterior a la reforma penal de 2010

La regulación genérica del comiso aparece recogida en el Título VI del Libro I del CP, «De las consecuencias accesorias». De entrada, esta denominación viene dividiendo a la doctrina a la hora de esclarecer su naturaleza jurídica, si bien, mayoritariamente, se asume que se trata de una consecuencia jurídica de naturaleza penal, distinta de la pena y de la medida de seguridad y fundamentada en la peligrosidad objetiva de la cosa<sup>8</sup>. Sin embargo, la mayoría de la doctrina otorga al comiso de ganancias una naturaleza exclusivamente civil o, al menos, una doble naturaleza, civil y penal, puesto que su finalidad es impedir todo enriquecimiento o situación patrimonial ilícita que pudiera obtener un sujeto por la comisión de un delito<sup>9</sup>.

---

*misan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán».*

<sup>8</sup> De esta opinión, sólo respecto del comiso, Aguado Correa, T.: *El comiso*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 36 y 41; Choclán Montalvo, J.A.: *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 29 y 40; Manzanares Samaniego, J.L.: «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», en *AP*, 1997, p. 524; Mapelli Caffarena, B.: «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», en *Rev. Penal*, 1998, p. 51; Octavio de Toledo y Ubierto, E.: «El comiso», *La Ley*, núm. 5495, 2002, pp. 1567-1568.; Ramón Ribas, E.: «La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesorias», en *EPC*, 2002-2003, pp. 531-532, 538 y 547. La considera una auténtica pena, Bacigalupo Sagesse, S.: *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 87. Por el contrario, Gracia Martín le niega todo carácter sancionatorio, catalogándola como una medida administrativa coercitiva o civil. En «Las consecuencias...», op. cit., pp. 552 y 562.

<sup>9</sup> Así, con matices, Aguado Correa, T.: *El comiso...*, op. cit., pp. 79 y 81; Gracia Martín, L.: «Las consecuencias...», op. cit., pp. 552, 562, 569 y 573, este último en relación al comiso del valor equivalente; Manzanares Samaniego, J.L.: «Notas...», op. cit., p. 527, aunque no del todo claro; Mapelli Caffarena, B.: «Las consecuencias...», op. cit., p. 50; Ramón Ribas, E.: «La transformación...», op. cit., p. 539; Roca Agapito, L.: *El sistema de sanciones en el Derecho Penal español*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 578 sobre el comiso de ganancias y p. 584 respecto del comiso del valor equivalente.

Es importante diferenciar la naturaleza jurídica de ambas modalidades de comiso por la repercusión que este aspecto puede tener en cuanto a una posible flexibilización de la carga de la prueba que plantea el comiso ampliado de cara a una futura regulación penal.

Como veremos más adelante, tanto el comiso de los efectos e instrumentos como el comiso de ganancias, regulados en el art. 127, se identifican legislativamente con la previsión del art. 2 DM 2005/212 cuando habla del decomiso de los instrumentos y productos de infracciones penales. Fuera de estas líneas queda toda consideración al comiso ampliado del art. 3 DM. Pero incluso dentro de estos márgenes, el decomiso no es posible para toda infracción, sino únicamente para los delitos y faltas dolosos. Esto también se aleja, en parte, del contenido del art. 2 de nuestra DM, dado que la regulación española resulta, en algunos aspectos, más restrictiva, mientras que en otros puntos es más amplia.

Es más limitativa porque el art. 127 CP dejaba fuera (hasta la reforma del año 2010), explícitamente, a los delitos imprudentes<sup>10</sup>. Y también podría pensarse que es más amplia, debido a que acogía los delitos y a las -ya derogadas- faltas, mientras que la DM limita el comiso de instrumentos y productos a las infracciones que lleven asignada una pena privativa de libertad superior a un año. No obstante, este límite parece que debe interpretarse como la pena individualizada en sentencia, de manera que la DM permitiría excluir algunos delitos menos graves y las faltas, según la antigua clasificación de las infracciones penales en el Derecho Penal español. En todo caso, las diferencias no hacen incompatibles ambas regulaciones, pues la DM 2005/212 establece la obligatoriedad del comiso para las infracciones con una pena privativa de libertad de un año, pero no impide que, según el derecho interno de cada Estado, pueda extenderse también a las infracciones (en nuestro caso, delitos menos graves y faltas) con una penalidad inferior.

El comiso de los efectos e instrumentos y el comiso de ganancias es de preceptiva aplicación, *ex art.* 127.1, por la imposición de una pena por delito o falta doloso. Sin embargo, existían dos condiciones que pueden evitarlo: si los efectos, instrumentos o ganancias pertenecen a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente, no podrán ser decomisados<sup>11</sup> (art. 127.1 *in fine*). Pero además, aunque no se diera este supuesto, el órgano judicial podía decidir no decretar el comiso, o acordarlo parcialmente, cuando los efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su

<sup>10</sup> La exclusión de los delitos imprudentes del ámbito de aplicación del comiso surge del CP de 1995 y se mantiene hasta hoy. El viejo CP admitía el comiso (como pena accesoria) tanto para hechos dolosos como imprudentes lo cual, precisamente, era y es criticado por la doctrina. Vid., Landrove Díaz, G.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 205, pp. 129-130; Roca Agapito, L.: *El sistema...*, op. cit., p. 585. A favor del sometimiento de los delitos imprudentes a la regulación del comiso, Aguado Correa, T.: *El comiso...*, op. cit., p. 99, La misma: «La regulación...», op. cit., p. 16.

<sup>11</sup> Críticamente sobre este aspecto, Manzanera Samaniego, J.L.: «notas...», op. cit., pp. 532-533.

valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles (art. 128 CP). Esta última condición, no obstante, sólo afecta al comiso de efectos e instrumentos, no así al de ganancias.

Por otro lado, el comiso podía ser viable aun cuando no se imponga pena alguna. Así lo declaraba el apartado 3 del art. 127 CP, en virtud del cual el órgano judicial está facultado potestativamente para acordar el comiso aunque no se haya impuesto pena, sea por exención o por extinción de la responsabilidad penal, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita<sup>12</sup>.

La DM guarda silencio sobre cualquier excepción a la obligatoriedad del comiso (al margen del requisito de la pena de prisión superior al año) o sobre la posibilidad de decretarlo aunque no exista responsabilidad penal. No creemos que eso sea obstáculo para afirmar su compatibilidad con la regulación española, pues en la medida en que se respete la propuesta planteada en sus líneas fundamentales, los Estados miembros tienen margen para acoplar y ampliar las previsiones de conformidad a su derecho interno.

Siguiendo con la vieja regulación española, el comiso es factible a pesar de las transformaciones que hubieran podido experimentar los efectos, instrumentos y ganancias. Es decir, en caso de que no pudiera privarse de estos bienes (por haber desaparecido, haber sido destruidos, o por pertenecer a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente), el juez o tribunal decretará el llamado «comiso por valor equivalente», privando al condenado de otros bienes de origen lícito cuyo valor se corresponda con los anteriores<sup>13</sup>. Idéntica observación se realiza en el último inciso del art. 2.1 DM, aunque en este caso se habla de «*bienes cuyo valor*

---

<sup>12</sup> Como se ha indicado, este inciso fue incorporado al art. 127 CP por LO 15/2003, de 25 de noviembre. A raíz de su inclusión y teniendo en cuenta la caracterización del comiso como consecuencia accesorio, parece que quedaría zanjada la cuestión de si la accesoriidad se refiere a la pena, pues ya no se exigiría condena en todo caso para poder acordar estas medidas. Favorable a su inclusión, con carácter genérico, Gracia Martín, L.: «Las consecuencias...», op. cit., p. 563; en relación al art. 374 CP, Manzanares Samaniego, J.L.: «Notas...», op. cit., p. 535. Reconoce que tras la LO 15/2003 el comiso es accesorio del delito, Roca Agapito, L.: *El sistema...*, op. cit., p. 578. Una visión crítica del art. 127.3, con los problemas que plantea la ofrecen Aguado Correa, T.: «La regulación...», op. cit., pp. 7-8, Puente Aba, L.M.: «La nueva regulación...», op. cit., pp. 986 y ss.

<sup>13</sup> Esta previsión también se incluyó por la reforma del CP mediante LO 15/2003, dando así cumplimiento, tardío, al art. 2.1 Convenio de 1990 y al art. 3 DM 2001/500. Este último texto debería haberse incorporado al ordenamiento jurídico español, como fecha tope, el 31 de diciembre de 2002. Con una visión favorable de esta consagración, aunque resaltando sus aspectos criticables, Aguado Correa, R.: «La regulación...», op. cit., pp. 5-6.

*corresponda a tales productos*». Atendiendo a la definición de «productos» del art. 1 DM, en principio habría que entender que se limita a los «*beneficios económicos derivados de la infracción, lo que podrá consistir en cualquier clase de bienes*». Ahondando más en esta cuestión terminológica, la DM incluye en el concepto de bienes los materiales, inmateriales, muebles o inmuebles, «*así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la titularidad otros derechos sobre tales bienes*». Parece desprenderse, en consecuencia, que el comiso del valor equivalente se circunscribe exclusivamente a todo aquello que se haya obtenido con el delito, no a lo utilizado en su preparación o ejecución. Es decir, desde el punto de vista de la regulación española abarcaría los efectos y ganancias del delito, pero no los instrumentos<sup>14</sup>. A pesar de estas consideraciones, de nuevo no se plantea ningún problema de compatibilidad, puesto que el art. 127.3 CP supone un plus en este punto respecto de la DM, no una carencia sustancial.

Por último, aunque sobre esta cuestión no se pronuncie al DM, recordar que en nuestro Derecho Penal el destino de los bienes confiscados es cubrir las responsabilidades penales, mediante su venta si son de lícito comercio, a menos que la ley disponga otra cosa. Si no fueran de lícito comercio, habrá que estar a lo que se establezca reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán (art.127.4 CP)<sup>15</sup>.

### 3. Regulación especial del comiso

Las disposiciones comentadas de los arts. 127 y 128 CP no completaban toda la regulación penal española en materia de comiso. Determinados delitos de la Parte Especial del CP ya incorporaban una serie de reglas específicas sobre esta cuestión, algunas sustanciales, otras procedimentales y, en algunos casos, suponen simplemente una mera reiteración de la regulación general. Cuatro son los ámbitos delictivos que se ven afectados: blanqueo de bienes, tráfico de drogas, seguridad vial y cohecho y tráfico de influencias. De especial interés resultan los dos primeros, pues estamos ante dos infracciones penales que, de darse sus presupuestos, encajarían en las disposiciones del art. 3 DM 2005/212. No obstante, nuevamente conviene adelantar dos observaciones: tampoco en esta regulación especial encontraremos concordancia con

<sup>14</sup> Salvo que se interpretase teleológicamente el último inciso del art. 2.1 DM en el sentido de que al hablar de «productos» debe hacerse extensible a los instrumentos. Desde luego, tal interpretación sería más acorde con la finalidad pretendida por la DM de luchar contra la criminalidad organizada.

<sup>15</sup> Respecto de esta última cuestión, hay que tener presente lo que específicamente se prevé para el delito de blanqueo de bienes y tráfico de drogas del art. 374 CP en cuanto a tramitación y destino de los objetos confiscados.

las propuestas de la Unión Europea respecto del comiso ampliado. Y, en segundo lugar, la aplicación de estas normas específicas no desvirtúa lo dispuesto con carácter genérico en los arts. 127 y 128 CP, que rigen en todo aquello no cubierto por las reglas especiales.

### 3.1. Blanqueo de bienes

Parte de las propuestas de la Unión Europea en materia de blanqueo de bienes y capitales sobre confiscación ya se han visto incorporadas parcialmente en nuestro CP. En concreto, el comiso de valor equivalente previsto en el art. 3 DM 2001/500, disposición que fue incorporada, con carácter genérico, a la regulación penal española mediante LO 15/2003, de 25 de noviembre, modificadora del CP, con la introducción de un nuevo apartado 2 al art. 127, ya comentado. En cuanto a la mención expresa del comiso en el blanqueo de bienes, aparece reflejada en los arts. 301.1, párrafo segundo y art. 302.2 CP.

#### 3.1.1. Art. 301.1., segundo párrafo CP:

Este precepto contempla una agravación del tipo básico del blanqueo de capitales cuando la adquisición, conversión o transmisión de bienes o el encubrimiento real o personal a los que se refiere el primer apartado del art. 301 CP recaigan sobre bienes que proceden de alguno de los delitos de tráfico de drogas de los artículos 368 a 372 CP. En estos casos, además de imponerse la pena en la mitad superior a la persona condenada, el precepto remite expresamente al contenido del art. 374 CP, relativo a las reglas específicas del comiso en materia de tráfico de drogas.

En realidad, el art. 374 CP refleja más una regulación procesal que sustantiva. A nuestros efectos, merecen ser destacados dos aspectos (que también operan, por extensión, para los delitos de tráfico de drogas, como veremos). El objeto del delito en estos tipos penales (drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, equipos, materiales, etc) también serán objeto de comiso (art. 374.1 CP)<sup>16</sup>. Y como segunda consideración, el apartado 5º del

<sup>16</sup> Con ello se salva la objeción teórica, puesta de manifiesto por la doctrina, de que el objeto del delito no es ni instrumento, ni efecto, ni producto de éste y de que se necesita una regla específica que excepcione la regla general, Aguado Correa, T.: «La regulación...», op. cit., p. 16; Gracia Martín, L.: «Las consecuencias...», op. cit., p. 566; Manzanares Samaniego, J.L.: «notas...», op. cit., p. 534.

El resto del contenido del art. 374.1 CP, esto es, la sujeción de los bienes, medios, instrumentos y ganancias a lo dispuesto en el artículo 127 del Código no es más que un

art. 374.1 CP<sup>17</sup> nos recuerda que se aplicará el comiso del valor equivalente cuando los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito hayan desaparecido del patrimonio del penalmente responsable, lo cual no aporta nada nuevo al art. 127 CP como regulación general.

### 3.1.2. Art. 302.2 CP

Cuando el blanqueo de bienes se haya producido en el marco de una organización dedicada a esta actividad delictiva, además de la agravación correspondiente de las penas individuales se impondrá el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo. Otra vez estamos ante una especificación que trata de evitar lo que, en otro caso, quedaría fuera del ámbito de aplicación del art. 127 CP por ser considerado objeto del delito. Sobraría, por el contrario, la referencia a los productos y beneficios porque ya quedan cubiertos en la noción del comiso de ganancias con carácter genérico.

Al margen de esta precisión, nos encontramos ante un supuesto perfectamente encajable en el art. 3 DM 2005/212 (persona condenada por un delito de blanqueo de bienes cometido en el marco de una organización delictiva) sin la opción, según la legislación vigente, de que el juez decrete el comiso ampliado. Tampoco es de extrañar esta ausencia. Hasta el año 2003, año en que tuvo lugar la última reforma que afectó a estos delitos, la DM más reciente en materia de blanqueo de capitales era la 2001/500, cuyo art. 3 sobre el comiso del valor equivalente ya fue incorporado al CP, como ya se dijo.

### 3.2. Tráfico de drogas

Las reglas especiales sobre el comiso en el ámbito del tráfico de drogas se recogen en el art. 374 CP. Existen, no obstante, otras dos menciones al comiso en los artículos 369 y 371 que, por su particularidad, merecen una breve referencia unitaria.

---

añadido superfluo que no aporta nada, salvo dejar constancia de su sometimiento, además, a las normas especiales del art. 374 CP.

<sup>17</sup> El apartado 4º del mismo art. 374.1 CP habla igualmente del comiso del valor equivalente cuando, por cualquier circunstancia «no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior», es decir, en relación con el apartado 3º, el objeto del delito sea de lícito comercio. Es fácil apreciar que este apartado 4º dice lo mismo que el apartado 5º pero con diferentes palabras. Como bien señala Aguado Correa, lo deseable hubiera sido mantener sólo una regla con una mejor redacción. En « La regulación... », op. cit., p. 22.

### 3.2.1. Art. 374 CP

Sobre el contenido de este artículo nos remitimos a lo expuesto en el apartado 2.3.1 en relación al blanqueo de bienes del art. 301.1 CP, segundo párrafo. Recordemos brevemente que considera objeto decomisible al objeto del delito del tráfico de drogas (art. 374.1 CP) e igualmente incorpora el comiso del valor equivalente para esta materia (art. 374.1.5<sup>a</sup>), aspecto este último que supone un reiteración innecesaria al art. 127 CP por las razones aducidas en su momento.

### 3.2.2. Arts. 369.2 y 371.2 CP

Los delitos contenidos en estos preceptos parten de supuestos similares. El primero regula un tipo agravado del tipo base del tráfico de drogas (art. 368 CP) cuando concurren una serie de circunstancias descritas en el apartado 1. A nuestros efectos, hay que señalar la 2<sup>a</sup> (pertenencia a organización dedicada al tráfico de drogas), la 3<sup>a</sup> (participación del culpable en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito) y la 4<sup>a</sup> (los hechos se llevan a cabo en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos). Por su parte, el art. 371 CP se refiere al llamado tráfico de precursores, pero interesa la agravación que se recoge en su apartado 2 cuando las personas condenadas pertenezcan a una organización dedicada a esta finalidad.

A excepción del supuesto del art. 369.1.4<sup>a</sup>, todos ellos tienen en común la comisión de un delito de tráfico de drogas en el marco de una organización dedicada a esta actividad delictiva, lo que los acerca a los requisitos del art. 3.1 DM 2005/212 sobre el comiso ampliado, gran ausente de nuestra legislación. Lo curioso de la regulación española vigente es que en estos casos, conforme al art. 369.2, *«se impondrá a la organización, asociación o persona titular del establecimiento (...) el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo (...)»*. Es decir, cuando el delito lo cometa un sujeto perteneciente a una organización delictiva dedicada a tales fines, además del comiso de los efectos, instrumentos y ganancias que recaiga sobre dicha persona física, también la propia organización verá confiscada las ganancias que directa o indirectamente haya obtenido del hecho delictivo, así como de los bienes objeto del delito.

Aunque no es objeto de este trabajo valorar el alcance teórico y práctico de esta disposición, difícilmente puede asumirse que una organización criminal –¿con o sin personalidad jurídica?– pueda, sin más reflexiones, ser sujeto pasible de un comiso, en la medida en que nuestro Derecho Penal vigente no reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Hay que matizar el art. 369.2 permite también una pena de multa a la organización criminal –por cierto, ¿bajo qué condiciones y con qué fundamento?–, con lo que podría

### 3.3. Seguridad vial, cohecho y tráfico de influencias

Aunque poseen un interés particular, las referencias que se hace del comiso en estos ámbitos se alejan de la pretensión de la DM 2005/212 de dar una respuesta eficaz a la criminalidad organizada. El objetivo tanto del art. 381.3 CP<sup>19</sup>, en relación a los delitos contra la seguridad del tráfico, como del art. 431 CP, para el tráfico de influencias, es el mismo: permitir que lo que, en todo caso, sería objeto del delito, reciba el tratamiento de instrumento del delito. A quien comete el delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás del art. 381, apartados 1 y 2, se le castigará con las penas asignadas a estos delitos y, además el vehículo a motor o el ciclomotor utilizado ser considerará instrumento del delito a los efectos del art. 127 CP. Igualmente, las dádivas, presentes o regalos que se ofrezcan para influenciar a las autoridades, funcionarios o particulares, también serán objeto de confiscación.

## III. DECISIÓN MARCO 2005/212 DEL CONSEJO, DE 24 DE FEBRERO DE 2005 RELATIVA AL DECOMISO DE LOS PRODUCTOS, INSTRUMENTOS Y BIENES RELACIONADOS CON EL DELITO

### 1. *Introducción*

Partiendo de la idea de que uno de los principales objetivos de la delincuencia organizada es la obtención de beneficios económicos, la DM 2005/212 destaca el hecho de que para luchar eficazmente contra este tipo de delincuencia es necesario reforzar los mecanismos que posibilitan el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito. Uno de los principales obstáculos existentes en este ámbito son las divergencias existentes entre las legislaciones internas de los Estados miembros en relación con el blanqueo de capitales y el comiso. Debido a ello, la DM 2005/212 pretendió garantizar que los Estados dispongan de unas normas mínimas comunes que regulen el comiso de forma efectiva. De esta forma, obligó a los Estados miembros a introducir en sus ordenamientos dos aspectos de trascendental importancia para la materia: a) En primer lugar, la posibilidad de confiscar los bienes de una persona condenada en aquellos casos en los que la

---

pensarse que existiendo sanción penal, le acompañará el comiso. Pero este razonamiento se ve empañado por el mismo motivo aducido en el texto, y es que a pesar de este «peculiar» art. 369.2 permita imponer una multa a la organización, no se ha consagrado –todavía– la capacidad criminal de las personas jurídicas en el sistema penal español. Niega carácter penal a esta multa, otorgándole una naturaleza administrativa, Roca Agapito, L.: *El sistema...*, op. cit., p. 577.

<sup>19</sup> Modificado mediante LO 15/2007, de 30 de noviembre.

pena correspondiente al delito sea superior a un año de pena privativa de libertad. b) Por otro lado, la DM señalada, estableció que los Estados tenían la obligación de introducir normas dirigidas a mitigar la carga de la prueba en lo que se refiere al origen del patrimonio de una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada.

Antes de abordar el contenido de la DM 2005/212 cabe poner de manifiesto que, a pesar de que en su art. 6 la DM establecía la obligación de que los Estados miembros tomen las medidas necesarias para adaptar sus ordenamientos internos antes del 15 de marzo de 2007, el legislador español no consiguió incorporar dichas directrices a nuestra normativa penal hasta el año 2010<sup>20</sup>.

## 2. Decomiso de instrumentos y productos

El art. 2 DM 2005/212 establecía en su apartado primero que *«cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de los instrumentos y productos de infracciones penales que lleven aparejadas penas privativas de libertad de duración superior a un año, o de bienes cuyo valor corresponda a tales productos»*<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> En efecto, la adecuación de nuestro CP a las exigencias de la DM 2005/212 se materializó por medio de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En efecto, el apartado VIII del Preámbulo de tal LO establecía lo siguiente:

*«De singular importancia resulta la transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Como se recoge en el instrumento internacional, el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella.*

*Por ello, se ha completado la regulación existente del comiso encomendando a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal, o bien cuando se trate de delitos de terrorismo, con independencia de si estos últimos se cometen en el seno de una organización o grupo terrorista, tal y como se prevé en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el terrorismo. Para facilitar la medida, se establece una presunción de procedencia de actividades delictivas cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal. Asimismo, se faculta a los jueces y tribunales para acordar el comiso cuando se trate de un delito imprudente que lleve aparejado en la ley la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año.*

<sup>21</sup> El apartado segundo de dicho artículo se refiere a las infracciones fiscales estableciendo que, en relación con esas infracciones *«los Estados miembros podrán aplicar*

A su turno, el art. 1 DM establecía el contenido que en su articulado tienen los términos «productos», «bienes», «instrumentos» y «decomiso». Así, el «decomiso» fue definido como *«toda pena o medida dictada por un tribunal la raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tenga como consecuencia la privación definitiva de algún bien»*; por su parte, un «instrumento» de la infracción penal es *«todo bien utilizado o destinado a ser utilizado, de cualquier forma, total o parcialmente, para la comisión de una o varias infracciones penales»*; mientras que «producto» de la infracción penal es *«todo beneficio económico derivado de una infracción penal»* pudiendo consistir en *«cualquier clase de bienes»*. En las tres definiciones nos aparece el término «bienes», al que también se dota de contenido concreto en dicho artículo al decir que se puede tratar de *«los bienes de cualquier clase, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la titularidad u otros derechos sobre tales bienes»*<sup>22</sup>.

El Convenio del Consejo de Europa de 8 de noviembre de 1990 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito establecía en su art. 2 la posibilidad de formular reservas en relación con el comiso en delitos relativos al blanqueo de capitales, posibilidad a la que se acogieron algunos Estados miembros. Con el objetivo de armonizar las regulaciones internas de los Estados y así intensificar la lucha contra la delincuencia organizada, la DM 2001/500<sup>23</sup> en su art. 1 instó a los Estados miembros a *«adoptar las medidas necesarias a fin de no formular ni mantener ninguna reserva»* en relación con el art. 2 del Convenio de 1990 citado *«cuando los delitos lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año»* y el art. 6.1 de dicha DM daba de plazo hasta el 31 de diciembre de 2002 para que los Estados miembros llevaran a cabo las modificaciones necesarias en sus regulaciones internas. A la vista de que no todos los Estados miembros habían cumplido dicha obligación, la DM 2005/212 reiteró en su art. 2 la necesidad de llevar a cabo dichas modificaciones de modo que todas las regulaciones internas contemplen la

---

*procedimientos distintos de los penales con el fin de privar al autor del producto de la infracción»*. No vamos a tratar este punto por exceder el objeto de este trabajo.

<sup>22</sup> Estas definiciones coinciden con las utilizadas en otros instrumentos comunitarios como en el art. 1 del Convenio del Consejo de Europa de 8 de noviembre de 1990 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y el art. 3 de la DM 2001/500 de 26 de junio de 2001 relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (dicho art. 3 se remite al art. 1 del Convenio de 1990).

<sup>23</sup> Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo de 26 de junio de 2001 relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (DO L 182 de 5.7.2001).

posibilidad de decomisar los productos e instrumentos de todas las infracciones penales que lleven aparejadas penas privativas de libertad de duración superior a un año<sup>24</sup>.

Por su parte, el art. 2.1 *in fine* instó a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para poder llevar a cabo el comiso, no de los instrumentos y productos del delito, sino de «*bienes cuyo valor corresponda a tales productos*». Esta referencia al conocido como «comiso del valor equivalente» también se encontraba prevista en el art. 3 de la DM 2001/500 que exigía a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para permitir «*al menos en los casos en que dichos productos no puedan ser aprehendidos, el decomiso de bienes cuyo valor corresponda al de los productos*»<sup>25</sup>. Hay que destacar que la propuesta de regulación del comiso de valor equivalente realizada en dicha DM parecía referirse únicamente al valor equivalente de los productos, y no al valor equivalente de los instrumentos. Ahora bien, como se verá más adelante, la técnica legislativa adoptada por los redactores de esta DM -a diferencia de la utilizada por el legislador español de 2015, en la que prevé la posibilidad de proceder al decomiso del valor equivalente de los instrumentos utilizados para la comisión del delito- resulta compatible con aquella propuesta doctrinal que entiende que el comiso tiene una naturaleza jurídica estrictamente extrapenal. Como hemos señalado anteriormente, el art. 2 reiteraba, también en este punto, las obligaciones establecidas en la DM 2001/500 debido a su falta de cumplimiento por parte de algunos Estados.

### 3. Potestad de decomiso ampliada

La potestad de decomiso ampliada, a la que en adelante nos referiremos como «comiso ampliado», se regula en el art. 3 DM 2005/212 y es el punto más importante de la DM, debido a la novedad de dicha figura.

<sup>24</sup> Hay que señalar que este art. 2 se refiere únicamente a penas privativas de libertad, no a «*pena privativa de libertad o medida de seguridad*» como hacía la DM 2001/500 y, además, establece que dichas penas tengan una «*duración superior a un año*», lo que parece referirse a la pena concreta establecida en la sentencia, como veremos más adelante.

<sup>25</sup> La redacción completa del art. 3 de la DM 2001/500 es la siguiente: «*cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que su legislación y procedimientos sobre decomiso del producto del delito también permitan, al menos en los casos en que dichos productos no pueden ser aprehendidos, el decomiso de bienes cuyo valor corresponda al de los productos, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incoados a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero. No obstante, los estados miembros podrán excluir el decomiso de bienes de un valor que corresponda al producto del delito en los casos en que dicho valor sea inferior a 4000 euros*».

En efecto, la figura en cuestión consiste, básicamente, en la posibilidad de confiscar los bienes de una persona condenada por cometer un delito; pero no se trata de decomisar los instrumentos y productos de dicho delito (esto ya es posible mediante el comiso de instrumentos y productos), sino aquellos bienes que posea el condenado y que deriven de actividades delictivas distintas a aquella por la que ha sido condenado.

No es la primera vez que en el ámbito de la Unión Europea se pretende regular el comiso ampliado. Ya en el año 2000 el Consejo planteó la necesidad de estudiar si es necesario un instrumento que posibilite la mitigación de la carga de la prueba en los supuestos citados<sup>26</sup> y también en el seno de las Naciones Unidas nos encontramos con referencias a esta posibilidad; la Convención de las Naciones Unidas de 12 de diciembre de 2000<sup>27</sup> señala que los Estados parte pueden considerar la *«posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso en la medida en que ello sea conforme con los principios de su Derecho interno y con la índole del proceso judicial»*.

El objetivo de esta figura es, como se señala en los motivos de la DM, *«la posibilidad de mitigar la carga de la prueba en lo que se refiere al origen del patrimonio de una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada»*. Más adelante volveremos sobre esta cuestión de la carga de la prueba.

Básicamente, para poder aplicar el comiso ampliado, deben concurrir dos elementos: una condena por una infracción penal de las enumeradas en el art. 3.1 y, además, alguno de los tres supuestos recogidos en el art. 3.2. A continuación vamos a desarrollar cada uno de estos elementos para, posteriormente, plantear algunas cuestiones problemáticas que se suscitan.

No hay que olvidar que el art. 3 se refiere a las medidas que *«como mínimo»* tienen que adoptar los Estados miembros, por lo que no hay ningún problema en que los ordenamientos internos regulen esta figura dando cabida a más supuestos de los recogidos en la DM.

### 3.1. Características de la infracción

Como ya hemos adelantado, la DM recoge en el art. 3.1 las características que tiene que tener la infracción penal por la que ha sido condenada una

<sup>26</sup> Recomendación nº 19 del plan de acción de 2000: prevención y control de la delincuencia organizada –Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio (DO C 124 de 3.5.2000)

<sup>27</sup> Art. 12 sobre decomiso e incautación, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 12 de diciembre de 2000.

persona para poder privarle de sus bienes aplicando la figura del comiso ampliado que son las siguientes:

### 3.1.1. La infracción tiene que cometerse en el marco de una organización delictiva

El art. 3.1.a) nos remite a la definición de organización delictiva contenida en el art. 1 de la Acción Común 98/733<sup>28</sup> según la cual *«se entenderá por «organización delictiva» una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública»*.

### 3.1.2. La infracción cometida tiene que estar prevista en alguna de las siguientes DM

- DM 2000/383, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro<sup>29</sup>.
- DM 2001/500, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito<sup>30</sup>.
- DM 2002/629, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos<sup>31</sup>.
- DM 2002/946, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares<sup>32</sup>.
- DM 2004/68, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea (DO L 351 de 29.11.1998).

<sup>29</sup> DO L 140 de 14.6.2000

<sup>30</sup> DO L 182 de 5.7.2001

<sup>31</sup> DO L 203 de 1.8.2002

<sup>32</sup> DO L 328 de 5.12.2002

<sup>33</sup> DO L 13 de 20.1.2004

- DM 2004/757, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas<sup>34</sup>.

3.1.3. La infracción está prevista en la DM 2002/475, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo<sup>35</sup>.

3.1.4. Que la infracción según las DM citadas se castiguen con penas de prisión de al menos cuatro años en su grado máximo si se trata de blanqueo de capitales o con penas de prisión de al menos entre cinco y diez años en su grado máximo en los demás casos.

3.1.5. Que la infracción sea de tal naturaleza que pueda generar un beneficio económico.

## 3.2. Supuestos de aplicación del comiso ampliado

El art. 3.2 enumera los tres supuestos en los cuales, si una persona ha sido condenada por una infracción de las arriba citadas, tiene que ser posible proceder al comiso ampliado de sus bienes:

3.2.1 cuando un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes a los que se quiere aplicar el comiso ampliado provienen de actividades delictivas llevadas a cabo por el condenado durante un período anterior a la condena por alguna de las infracciones arriba citadas.

3.2.2. o cuando un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes a los que se quiere aplicar el comiso ampliado provienen de actividades delictivas similares llevadas a cabo por el condenado durante un período anterior a la condena por alguna de las infracciones arriba citadas.

3.2.3. o cuando se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales del condenado y un

<sup>34</sup> DO L 335 de 11.11.2004

<sup>35</sup> DO L 164 de 22.6.2002

órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que dichos bienes provienen de la actividad delictiva del condenado

### 3.3. Cuestiones que suscita el decomiso ampliado

Vamos a referirnos a continuación a algunas cuestiones problemáticas que plantean la lectura de los apartados 1 y 2 del art. 3 que estamos comentando.

En primer lugar, hay que señalar que, tal y como establece el apartado primero, tiene que haber una condena por alguna de las infracciones recogidas en las DM citadas. Esto quiere decir que los tipos penales concretos que dan lugar al comiso ampliado dependerán del modo en que cada Estado miembro incorpore dichas DM en su ordenamiento interno.

En segundo lugar, los dos primeros supuestos establecen que los bienes objeto de comiso ampliado tienen que provenir de actividades delictivas desarrolladas «*durante un período anterior a la condena*», pero no establecen un límite, por lo que, en principio, parece posible decomisar bienes provenientes de actividades delictivas llevadas a cabo en cualquier momento con el único límite de que se hayan realizado antes de la condena (no antes de cometer la infracción por la que ha sido condenado).

En la práctica pueden surgir cuestiones que merecen una reflexión, como por ejemplo, ¿qué ocurre si la actividad delictiva es una infracción penal ya prescrita? Quizás pueda entenderse como límite la referencia que se hace en ambos párrafos a que el órgano jurisdiccional lo considere «razonable» a la vista de las circunstancias del caso concreto. De todos modos, esta problemática, como se verá más adelante, ha sido resuelta por el legislador penal español de 2015 al haberse hecho expresa referencia al hecho de que, esta clase de decomiso no será acordada cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento<sup>36</sup>.

En tercer lugar, se señala que los bienes decomisados provengan de «*actividades delictivas*» y en el segundo supuesto, se hace referencia a actividades delictivas «*similares*», pero no se especifica nada más al respecto. Podría interpretarse que en el primer párrafo se refiere a bienes que provienen de

---

<sup>36</sup> En efecto dicha previsión se incluye en el nuevo artículo 127 bis del CP, que fue introducido en nuestra legislación penal por medio del número sesenta y dos del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

actividades delictivas del mismo tipo que la que ha dado lugar a la condena, es decir, alguna de las incluidas en el primer apartado, y en el segundo, al referirse a «*similares*» se incluyen otras infracciones distintas a la que es objeto de condena, pero también recogida en el apartado primero o bien podía interpretarse en otro sentido, entendiéndose que «*similares*» hace referencia a infracciones no recogidas en el apartado primero pero semejantes a ellas. En cualquier caso, la duda en cuestión se ha despejado en la nueva redacción del CP español, al haberse hecho referencia únicamente, en los distintos apartados referidos al comiso ampliado, a las actividades «delictivas», obviándose la referencia a las actividades delictivas «similares».

Otro aspecto a tener en cuenta en este punto es si esas actividades delictivas diferentes a las que motivan la condena tienen que haberse llevado a cabo en el marco de una organización delictiva o no, puesto que los tres supuestos no dicen nada al respecto. Habría sido conveniente, desde luego, que la DM haga expresa mención a este aspecto a fin de esclarecer esta duda que, desde nuestro punto de vista, parece encontrar solución en la interpretación de que dicha vinculación con organizaciones delictivas debe exigirse, puesto que la DM reitera constantemente que su objetivo es armonizar las legislaciones internas en relación con la delincuencia organizada y la interpretación contraria no parece que tenga mucho sentido.

En cuarto lugar, para aplicar el comiso ampliado, el órgano judicial tiene que estar plenamente convencido de que los bienes provienen de actividades delictivas, es decir, llegar al convencimiento pleno de que la persona condenada ha cometido con anterioridad a la condena otras infracciones penales que no están siendo objeto de proceso penal alguno, puesto que en ese caso dicho proceso finalizaría, en su caso, con una condena y se decretaría el comiso de instrumentos y productos correspondiente. Entonces, después de la aplicación del comiso ampliado, ¿se perseguirán esas infracciones penales iniciándose los correspondientes procesos? Y si resulta condenado por ellas, ya no se podrá decretar el comiso al menos de los productos, puesto que ya han sido previamente decomisados al aplicar el comiso ampliado. Y si se le absuelve, ¿se devolverá lo decomisado? ¿o se le indemnizará si ya se le ha dado destino? La reforma penal operada en el año 2015 ha abordado esta cuestión sin dar respuesta a todas estas interrogantes. En efecto, en el apartado número 4 del art. 127 bis se establece que, en caso de una posterior condena, se valorará el alcance del decomiso anteriormente acordado en el momento de resolver el comiso en el nuevo procedimiento. Como se ve, quedan diversas dudas por resolver.

En quinto lugar, el art. 3.2 establece la posibilidad de decomisar el patrimonio de un condenado por alguno de los delitos recogidos en el art. 3.1 si el mismo es desproporcionado, teniendo en cuenta cuáles son los ingresos legales de esa persona, y el juez o tribunal competente está plenamente convencido de

que proviene de actividades delictivas llevadas a cabo por el condenado. Este supuesto plantea una mitigación de la carga de la prueba a la hora de determinar el origen de algunos patrimonios que, como ya hemos mencionado anteriormente, es uno de los objetivos de la DM 2005/212. Conscientes de que esto puede suponer un conflicto con los principios básicos de los ordenamientos de algunos Estados miembros, principalmente en relación con la presunción de inocencia, el art. 5 DM establece que *«la presente Decisión no tendrá el efecto de modificar la obligación de respetar los derechos y principios fundamentales, incluida en particular la presunción de inocencia, consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea»* y el art. 4 señala que *«cada Estado miembro adoptará las disposiciones necesarias para garantizar que las partes interesadas afectadas por las medidas a las que se refieren los artículos 2 y 3 dispongan de vías de recurso efectivas para defender sus derechos»*<sup>37</sup>.

### 3.4. Otras previsiones sobre el comiso ampliado

El apartado 3 del art. 3 DM dice que *«cada Estado miembro podrá estudiar además la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan proceder, conforme a las condiciones fijadas en los apartados 1 y 2, al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados. La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica»*.

Por último, en el apartado 4 se deja a los Estados miembros la posibilidad de recurrir a procedimientos distintos de los penales para llevar a cabo el comiso.

## IV. EL IMPACTO DE LA DM 2005/212 EN LA REFORMA PENAL DE 2010

### 1. Introducción

Como se ha indicado, la regulación penal española del comiso, a pesar de la ampliación a que se vio sometida con la reforma del CP de 2003, tal vez

<sup>37</sup> También en los motivos de la DM nos encontramos con varias referencias a este punto que evidencian los problemas que pueden plantearse al transponer esta disposición a los ordenamientos internos. El motivo 11, por ejemplo dice que *«la presente Decisión marco no impide a ningún Estado miembro aplicar sus principios fundamentales en materia de garantías procesales, en particular la presunción de inocencia, los derechos de propiedad, libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión en otros medios de comunicación»*.

proporcionaba una normativa adecuada para dar respuesta a la delincuencia tradicional, pero no aportaba mecanismos suficientes para enfrentarse a uno de los fenómenos que más dificultades de persecución y sanción generan al Derecho Penal: la criminalidad organizada<sup>38</sup>. Como hemos tenido ocasión de comprobar, el CP español cumplía parcialmente con las disposiciones que emanan de las instituciones comunitarias, en concreto y con matices, con el art. 2 DM 2005/212, en lo que a comiso de efectos y productos se refiere (en terminología del CP, efectos, instrumentos y ganancias). Pero no ocurre otro tanto con el comiso ampliado del art. 3 de dicha DM a la hora de confiscar el llamado «patrimonio criminal» que obtenido por una actividad delictiva continuada en el seno de una organización delictiva.

En realidad, el legislador español no ha estado ocioso. Con fecha de 13 de julio de 2006 se aprobó por el Consejo de Ministros un Anteproyecto de Reforma del CP; reforma motivada precisamente por la necesidad, entre otros aspectos, de adaptar la normativa penal vigente a las exigencias de armonización de los ordenamientos jurídico-penales estatales surgidas en el ámbito comunitario e internacional. Tras los pertinentes informes dictados por el Consejo General del Poder Judicial<sup>39</sup> y del Consejo Fiscal<sup>40</sup>, se elevó al Congreso el texto del Proyecto de reforma<sup>41</sup> (en adelante PCP), que finalmente dio lugar a que en el año 2010 se publique y entre en vigor la segunda modificación en materia de comiso que ha tenido nuestro CP<sup>42</sup>. Cabe recordar que, durante la tramitación de esta reforma se rechazó una enmienda presentada a la totalidad<sup>43</sup>. De todos modos, y como ya se ha indicado, con la modificación de la regulación del comiso en el año 2010, España incumplió el plazo dispuesto en la DM 2005/212 de incorporación de las previsiones sobre el comiso, tanto de efectos y productos como ampliado, que era el 15 de marzo de 2007.

Aun con todo, debemos detenernos en las modificaciones que incluye la reforma penal de 2010 puesto que con estas sí pretendió dar cumplimiento a

---

<sup>38</sup> En el mismo sentido, Choclán Montalvo, J.A.: *El patrimonio criminal...*, op. cit., pp. 15-16.

<sup>39</sup> De 27 de octubre de 2006.

<sup>40</sup> De 21 de noviembre de 2006.

<sup>41</sup> BOCG-Congreso de los Diputados, serie A, núm. 119-1, de 15 de enero de 2007. En materia de regulación de comiso, aspecto al que se circunscribe este trabajo, el CP (reforma de 2010) no presenta ninguna modificación respecto del Proyecto. Por eso, valen igualmente las observaciones emitidas sobre esta regulación por los informes preceptivos del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal.

<sup>42</sup> En efecto, dicha modificación se produce en virtud de lo dispuesto por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>43</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, año 2007, núm. 281, de 13 de septiembre de 2007.

las disposiciones comunitarias. Las novedades que incorpora se ciñen, fundamentalmente, a la posibilidad de acordar el comiso también para delitos imprudentes y en el comiso ampliado. Antes de eso, es necesario detenernos brevemente en una cuestión que, aunque no se diga expresamente ni en la regulación genérica ni específica del comiso, incide directamente en su aplicación, como es la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP.

## 2. Regulación general (arts. 127 y 128 CP)

### 2.1. Comiso y personas jurídicas

Una de las novedades más trascendentes que supuso la reforma penal de 2010 para el Derecho Penal español fue, sin duda, el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que pasan a convertirse, junto a las personas físicas, en sujetos de imputación jurídico-penal. Con esta consagración se busca acomodar la regulación penal española a los numerosos instrumentos internacionales que la han venido proponiendo<sup>44</sup>, al margen de los problemas dogmáticos que inevitablemente plantea con nuestra Teoría del Delito, construida sobre la base de la actuación del ser humano individual<sup>45</sup>.

El sistema penal de las personas jurídicas se reguló en un nuevo art. 31 bis y se completó con las disposiciones de los arts. 33.7, 129 y 130 CP (insistimos, en su versión de 2010) en materia de penas imponibles a las personas jurídicas, consecuencias accesorias y extinción de la responsabilidad penal,

<sup>44</sup> En tales términos se expresa la propia Exposición de Motivos del Proyecto de reforma CP que da origen a la modificación de 2010, al justificar este cambio de regulación: *«Incide luego la reforma en el importante problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuya regulación penal encierra importantes dificultades generadas, como fácilmente se comprende, por el que hasta ahora pareciera infranqueable principio societas delinquere non potest. Pero la satisfacción de las obligaciones dimanantes de un amplio abanico de Decisiones Marco, como son por ejemplo las DM 2005/667, 2005/222, 2004/757, 2004/68, obliga a superar esa dificultad procurando además el máximo respeto a las garantías acumuladas por el derecho penal de la culpabilidad. (...) La coincidencia internacional en lo ineludible de que los sistemas penales acogieran esa clase de responsabilidad, ha venido impuesta, como fácilmente se puede comprender, especialmente por la necesidad de robustecer el marco jurídico en que se puede desarrollar con eficacia y garantía el principio de libre empresa, que ha de desarrollar su eficacia en un espacio que supera ampliamente el marco territorial y económico de los Estados»*.

<sup>45</sup> Por eso, sin negar la necesidad de incluir a las personas jurídicas en el sistema penal español, si estas previsiones se convierten finalmente en derecho vigente necesitarán, en todo caso, una profunda reflexión, doctrinal y jurisprudencial, en cuanto al fundamento, contenido del sistema que se propone.

respectivamente. No obstante, a efectos de este trabajo, únicamente vamos a detenernos en las implicaciones que este reconocimiento supone para la aplicación de la versión de 2010 del art. 127. Si persona física y persona jurídica pueden ser ambas castigadas por la comisión de un delito, también a esta última, a falta de otra previsión expresa, le son aplicables las reglas generales y específicas sobre el comiso. Si bien, hay que tener en cuenta que esto no vale para cualquier delito, sino únicamente para aquellos a los que el CP adscribe el sistema de imputación a la persona jurídica<sup>46</sup>. De ahí se deducen las siguientes hipótesis, atendiendo al juego simultáneo o exclusivo de responsabilidad penal entre persona física y jurídica<sup>47</sup>:

- Puede suceder que sólo la persona física sea castigada penalmente, bien porque se trata de un delito no circunscrito al ámbito de aplicación del art. 31 bis CP, bien porque, aun siendo un delito imputable a la persona jurídica, esta no es responsable conforme a las condiciones del mencionado precepto. En estos casos, la persona jurídica, al no ser sancionada penalmente, no es destinataria directa del comiso; pero puede verse afectada, indirectamente, por lo dispuesto en el último inciso del art. 127.1 CP (reforma de 2010). Es decir, cuando los efectos, instrumentos o ganancias hayan sido transmitidos a la titularidad de una persona jurídica. Aunque en tal hipótesis habrá que probar la buena o mala fe del ente, algo que casa mal con el propio concepto de «persona jurídica».
- También puede ocurrir que tanto persona física como jurídica sean penalmente responsables según los criterios del art. 31 bis CP (reforma de

<sup>46</sup> El CP (reforma de 2010) ha instaurado un sistema de *numerus clausus* al que ciñe la responsabilidad penal de la persona jurídica, tal como afirma el comienzo del art. 31 bis, apartado 1 («En los supuestos previstos en este Código...»). En concreto, se prevé para los siguientes delitos: art. 162, delitos relativos a la manipulación genética; art. 189.8, prostitución de menores; art. 264.4, daños a datos contenidos en soportes informáticos; art. 288 delitos contra la propiedad intelectual, industrial y contra el mercado y los consumidores; art. 294, obstaculización a las labores de inspección y supervisión de la Administración; art. 297 bis, creación o mantenimiento de sociedades ficticias; art. 302.2, tipo agravado del blanqueo de bienes; art. 310 bis, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, art. 318, delitos contra los derechos de los trabajadores, art. 319.3, delitos sobre la ordenación del territorio; art. 327, delitos contra el medio ambiente; art. 366, delitos contra la salud pública (sólo arts. 364 y 365); arts. 369.2, 369 bis, y 371, tráfico de drogas; art. 399 bis, falsificación, copia o reproducción de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje; art. 430, tráfico de influencias; art. 445.2, delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales; art. 520, asociación ilícita; art. 569, depósito de armas, municiones o explosivos.

<sup>47</sup> Simplemente dejaremos apuntadas estas hipótesis; no vamos a adentrarnos en los problemas específicos que se derivan particularmente en cada una de ellas.

2010). En esta hipótesis la pena de una y otra iría acompañada, directamente, del comiso (sólo para los delitos en que pueda ser responsable la persona jurídica, claro está). Aquí pierde sentido lo dicho en el apartado a), puesto que, en todo caso, los efectos, instrumentos y ganancias (e incluso para el comiso ampliado) serían decomisables como acompañamiento a la pena impuesta.

- La última hipótesis posible sería que sólo la persona jurídica, dentro del ámbito de aplicación de su responsabilidad, fuera condenada penalmente<sup>48</sup>. En principio, valdría lo dicho en la letra a) pero invirtiendo los términos. La pena a la entidad vendría acompañada del comiso y, en caso de que se hubieran transmitido los bienes a la persona individual, podría operar el último inciso del art. 127.1 CP (2010), con la salvedad de la buena fe del sujeto. No obstante, también podría entrar en juego el apartado 4 del art. 127 CP en relación a la persona física, de tal manera que el órgano judicial podría acordar el comiso aun cuando no existiera pena para el individuo por estar exento de responsabilidad o haberse extinguido esta.

Destacaremos, para finalizar, que el CP 2010 mantuvo, aunque con una nueva redacción, las consecuencias accesorias del art. 129 CP, que conviven con el art. 31 bis. Ante esta inexplicable relación entre penas y consecuencias accesorias, se nos plantea la siguiente pregunta<sup>49</sup>: si a una organización, con o sin personalidad jurídica, no se le impone una pena pero sí una consecuencia accesoria, ¿cabe acompañarla de comiso? En principio creemos que la respuesta debiera ser no, puesto que ya el comiso es una consecuencia accesoria. No obstante, esto puede ser válido para la actual regulación de las consecuencias accesorias, pero la pregunta se vuelve más compleja cuando hablamos de unas medidas que coinciden en su contenido con las penas previstas para la persona jurídica en el art. 33.7 CP 2010 y no se han aclarado los criterios que hacen que, ante la comisión de un mismo delito, se apliquen unas reacciones como penas según el art. 31 bis o, siendo las mismas, como consecuencias accesorias según el art. 129 CP.

<sup>48</sup> El art. 31 bis CP (reforma de 2010) no acoge expresamente esta posibilidad de castigo autónomo de la persona jurídica. No obstante, y a falta de un estudio en rigor sobre el tema, podría plantearse esta variante, conforme al sistema consagrado en el CP, si se admitiera que las causas que excluyen, al menos, la culpabilidad del sujeto individual no impide apreciar la responsabilidad penal de la entidad.

<sup>49</sup> Nos parece inexplicable porque la Exposición de Motivos del Proyecto de reforma del CP que da origen a la reforma penal de 2010 no ofrece argumentos convincentes para seguir manteniendo estas consecuencias accesorias una vez proclamada la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

## 2.2. El comiso en los delitos imprudentes

El CP (reforma de 2010) dio una nueva redacción al apartado 2 del art. 127, de modo que los anteriores apartados 2, 3 y 4, pasaron a ser los apartados 3, 4 y 5, sin sufrir ninguna modificación.

Este nuevo apartado segundo ya contempló la posibilidad de acordar el comiso cuando el delito cometido sea un delito imprudente y la pena impuesta sea una pena privativa de libertad superior a un año. Se trata, por lo tanto, de dar cumplimiento al art. 2 de la DM 2005/212, puesto que, como ya se ha visto en apartados anteriores, los bienes de los condenados por un delito imprudente a más de un año de prisión no pueden ser decomisados al limitarse el antiguo art. 127 a los delitos dolosos.

Conviene señalar que, mientras el comiso en el caso de los delitos dolosos es obligatorio, tal y como señala el art. 127.1 («llevará»), en el caso de los imprudentes castigados con más de un año de pena privativa de libertad, es potestativo («podrá») y serán los jueces o tribunales competentes en cada caso los encargados de valorar las circunstancias concurrentes y determinar qué es lo más adecuado<sup>50</sup>.

Este comiso tiene el mismo alcance que el que se lleva a cabo en los delitos dolosos (efectos, bienes, medios, instrumentos y ganancias), y también se contempla expresamente la posibilidad de confiscar los bienes «*cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar*»<sup>51</sup>.

## 2.3. El comiso ampliado

El CP (reforma de 2010) introdujo en nuestro ordenamiento la figura del comiso ampliado contemplada en el art. 3 de la DM 2005/212 y para ello añade el siguiente párrafo al art. 127.1: «*El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas*».

El objetivo de esta figura fue confiscar, no sólo los instrumentos y productos utilizados o derivados de la comisión del delito por el que una

<sup>50</sup> A tales efectos, el órgano judicial deberá guiarse, con mayor motivo que en los delitos dolosos, por los criterios establecidos en el art. 128 CP (reforma de 2010).

<sup>51</sup> En relación con estos aspectos, nos remitimos a lo visto en el punto 3.2. sobre el «comiso de valor equivalente».

persona ha sido condenada, sino también otros bienes procedentes de actividades delictivas distintas a las que han dado lugar a la condena para evitar cualquier tipo de beneficio económico derivado de la vinculación a una organización criminal. A continuación desarrollaremos el contenido de los requisitos que estableció el CP (reforma de 2010) para aplicar el comiso ampliado y comentaremos los puntos problemáticos.

### 2.3.1. Requisitos y contenido del comiso ampliado

Si bien en el Proyecto de reforma, tal y como ocurrió con el comiso en relación con delitos imprudentes, la aplicación del comiso ampliado se configuraba como una facultad que tiene el Juez o Tribunal correspondiente, y no como una obligación; en la versión definitiva del texto, esto es, la que finalmente fue adoptada por el legislador de 2010, esta modalidad de comiso era, en efecto, una obligación («*El Juez o Tribunal deberá ampliar el comiso...*»).

Para poder aplicar este comiso ampliado era necesario haber sido condenado por un delito cometido «*en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo*»<sup>52</sup>. La DM 2005/212 se refiere al mismo requisito, pero no define qué se entiende por organización delictiva, sino que se remite a la definición dada por la Acción Común 98/733<sup>53</sup>. Cabe resaltar que la definición de organización o grupo criminal fue incorporada, por primera vez, en la misma reforma de 2010. En efecto, con base en la redacción de los artículos 570 bis y 570 ter, se entendía que una organización criminal es la «*agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas*», mientras que un grupo criminal es el resultante de la «*unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas*».

La DM 2005/212, tal y como ya se comentó, contempla el comiso ampliado para aquellos supuestos en los cuales el delito cometido en el seno de una organización criminal sea alguno de los enumerados en su art. 3.1<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Aunque el art 3 DM 2005/212 se refiere a «*organización delictiva*», se entiende que son términos sinónimos.

<sup>53</sup> Véase la definición recogida en la página 6.

<sup>54</sup> Relativas a delitos de falsificación de moneda; blanqueo de capitales; trata de seres humanos; entrada, circulación y estancia irregulares; explotación sexual de niños y pornografía infantil; tráfico ilícito de drogas; terrorismo.

El CP (reforma de 2010) dio mayor contenido al comiso ampliado puesto que se refiere a «*cualquier delito cometido en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas*». Esta mayor amplitud en la regulación no supone ningún problema porque, como hemos dicho en más de una ocasión, la DM 2005/212 establece unos límites mínimos, sin que exista obstáculo para que los Estados miembros realicen una regulación más amplia de esta figura.

Aunque la redacción pudo dar lugar a alguna duda, parece evidente que el objetivo de este comiso ampliado era el de confiscar el patrimonio de las personas condenadas, no de la organización<sup>55</sup>. Asimismo, el patrimonio que se decomisa tiene que provenir de actividades delictivas llevadas a cabo en el seno de la organización o grupo criminal (...).

Por lo tanto, el comiso ampliado consiste en confiscar a una persona condenada por cometer un delito en el seno de una organización delictiva bienes procedentes, no del delito por el que ha sido condenado (eso pertenece al comiso de ganancias), sino de otras actividades delictivas llevadas a cabo por esa persona en el seno de dicha organización. Son numerosas las voces que vienen exigiendo la posibilidad de dar este contenido al comiso, puesto que consideran que es la única manera de luchar de forma eficaz contra la criminalidad organizada. Para proceder al comiso de un bien en la actualidad es necesario demostrar que éste proviene del delito concreto enjuiciado, no de otro distinto, lo que resulta de gran dificultad en el ámbito de la delincuencia organizada<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Tanto el Consejo General del Poder Judicial como el Consejo Fiscal realizan esta interpretación del comiso ampliado en los informes citados *supra*.

Para evitar las dudas que a este respecto surgen de la lectura del segundo párrafo del 127.1 el Consejo Fiscal propone el siguiente cambio en su redacción: «*El juez o tribunal podrá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias relacionados o procedentes de cualquier actividad delictiva cometido en el marco de una organización criminal. A estos efectos se entenderá que proviene de actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización criminal cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas*».

<sup>56</sup> Gracia Martín, L.: «Las consecuencias...», op. cit., p. 569, afirma que tal y como está la regulación actual, el comiso de ganancias solo es posible respecto a «*ganancias ilícitas respecto de las que se prueba de un modo pleno que traen causa precisamente del hecho delictivo concreto que sea objeto de enjuiciamiento en cada caso, y no de aquellos otros respecto de los que no pueda probarse su vinculación directa con el delito enjuiciado por mucho que exista una convicción acerca de su procedimiento ilícito*». En el mismo sentido Choclán Montalvo, J.A.: *El patrimonio...*, op. cit., pp. 50 y 51, cree que es necesario que se pueda decomisar «*cualquier bien tenido ilícitamente por el acusado, aunque no pueda probarse su vinculación con el concreto delito enjuiciado*».

Es la primera vez que se reguló el comiso ampliado en el CP, pero no es la primera vez que se pretendió dar ese contenido al comiso. En relación con el tráfico de drogas, el Pleno de la Sala Penal del TS acordó el 5 de octubre de 1998 que «*El comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio*». Como puede verse, en relación con delitos de tráfico de drogas y sin exigir ninguna vinculación con organizaciones criminales, el TS ya está dando al comiso un contenido similar, si no igual, al del comiso ampliado. Desde que el Pleno del TS aprobó dar al comiso relacionado con delitos de tráfico de drogas el citado contenido hasta la actualidad, la jurisprudencia del TS<sup>57</sup> se ha consolidado en este sentido.

### 2.3.2. El problema de la presunción

Decía el último inciso del párrafo segundo del art. 127.1 CP (reforma de 2010) que «*se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas*».

De la lectura de este inciso parece derivarse que si el juez o tribunal que ha condenado a una persona por cometer un delito en el marco de una organización criminal comprueba que el patrimonio de dicha persona es desproporcionado teniendo en cuenta cuáles son sus ingresos legales, automáticamente ese patrimonio puede ser objeto de decomiso porque se considera que proviene de actividades delictivas distintas a la que ha sido juzgada y cometidas también en el marco de dicha organización.

Si interpretamos de esta manera la versión de 2010 del art. 127.1 CP parece discutible su constitucionalidad, puesto que se vulnera la presunción de inocencia al establecerse una inversión de la carga de la prueba, es decir, es el condenado el que tiene que demostrar que ese patrimonio ha sido conseguido de manera lícita<sup>58</sup>.

---

*ciado, pero sí con una habitual dedicación al delito*». De esta opinión también Bacigalupo Sagesse, S.: *Ganancias ilícitas...*, op. cit., p. 90 y Aguado Correa, T.: *El comiso...*, op. cit., pp. 112 y ss.

<sup>57</sup> Entre otras las SSTS 19-9-2006, 20-9-2005, 24-6-2005, 14-7-2004, 30-5-2003 y 20-9-2002.

<sup>58</sup> El CGPJ en el informe arriba citado, cuestiona la inconstitucionalidad de esta figura tal y como el legislador la regula en el PCP.

No parece que la interpretación que hay que hacer de este artículo no era esta que, efectivamente, plantearía graves problemas de constitucionalidad, sino una bien distinta. No creemos que los jueces o tribunales puedan, de manera automática, imponer el comiso ampliado por el simple hecho de que exista una desproporción entre el patrimonio del condenado y sus ingresos legales. La DM 2005/212 en sus motivos se refiere a la necesidad de crear mecanismos para lograr una «mitigación de la carga de la prueba» (no habla de «invertir» la carga de la prueba), y los supuestos recogidos en el art. 3.2 de dicha DM se refieren a que el órgano jurisdiccional, antes de decretar el comiso ampliado «*esté plenamente convencido*» «*basándose en hechos concretos*» de que los bienes provienen de la actividad delictiva del sujeto.

En un sentido parecido, el Pleno del TS arriba citado contempla la posibilidad de decomisar ganancias procedentes de operaciones de tráfico de drogas anteriores a la enjuiciada «*siempre que se tenga por probada dicha procedencia*» y que haya suficientes datos que permitan conectar dicho patrimonio con otras operaciones de tráfico de droga<sup>59</sup>.

Ya desde entonces parecía adecuado que para aplicar el comiso ampliado, además de existir la mencionada desproporción, el juez o tribunal que la decreta tendría que haber justificado su decisión explicando los motivos que le llevan a concluir, tras un razonamiento lógico-deductivo, que dicha desproporción se debe a que el patrimonio del condenado proviene de actividades delictivas. Se trataría, por tanto, de utilizar la denominada prueba indiciaria, que no plantea problemas de constitucionalidad según reiterada jurisprudencia<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Durante la discusión anterior a la aprobación en el Pleno algunos Magistrados planteaban la necesidad de valorar conjuntamente cuatro indicios para conectar el patrimonio del condenado con otras operaciones de tráfico de drogas: «a) *Intervención de una persona enjuiciada en una operación importante de tráfico de drogas*, b) *Ocupación de dinero en una cantidad desproporcionada a sus medios legales de vida*, c) *Anomalía en la tenencia de dicha cantidad de dinero por ser inusual en los usos modernos, como por ejemplo tener en metálico grandes cantidades en casa*, d) *Ausencia de explicación razonable de la procedencia lícita de dicho dinero*»

<sup>60</sup> Esta parece ser también la postura que mantiene el Consejo fiscal en su informe cuando afirma que se trata de presunción que será «*en todo caso objeto de valoración judicial*». En el mismo sentido. Aguado Correa, T.: *El comiso...*, op. cit., pp. 112 y ss y las SSTS mencionadas en la nota nº 38, entre otras.

Choclán Montalvo afirma que «*no cabe establecer en este campo inversiones de las reglas de la prueba, si con ello se pretende una posición extrema en el sentido de que en todo caso en que el sujeto no pueda ofrecer prueba sobre el origen del patrimonio se entiende que ésta tiene una procedencia ilícita*», y considera que, «*en realidad, cuando se proponen soluciones tendentes a la inversión de la carga de la prueba, probablemente no se pretenden estas consecuencias radicales, sino que se está haciendo referencia a una cuestión distinta, como es la de que el juez pueda llegar a la convicción sobre el*

Y, por supuesto, no hay ningún problema en admitir prueba en contrario, por lo que nos parece que con esta interpretación no se vulnera la presunción de inocencia ni se produce una inversión de la carga de la prueba.

Otro principio básico en nuestro ordenamiento jurídico-penal es el principio acusatorio que, sin dudas, también tendría que respetarse en relación con el comiso ampliado, es decir, tendría que haber una solicitud por parte de la acusación para que el juez o tribunal competente aplique esta figura<sup>61</sup>.

Algunas posturas quitan importancia a la posible vulneración de la presunción de inocencia y a la posibilidad de invertir la carga de la prueba puesto que en su opinión, la presunción que se establece en el art. 127.1 no se refiere a aspectos penales, sino que se trata de una presunción «*en el ámbito de las consecuencias civiles del delito*»<sup>62</sup>, «*que no incide ni en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento ni en la imputación de dicha acción a persona concreta y determinada; tal y como aparece configurada, opera respecto de personas condenadas en un proceso penal tramitado con todas las garantías y en las que el imputado ha podido ejercer debidamente su derecho a defenderse de las acusaciones formuladas contra él; sus consecuencias, por tanto, son exclusivamente de carácter patrimonial y económico, derivadas en todo caso de la acreditación de la comisión de actividades ilícitas relacionadas con el crimen organizado*»<sup>63</sup>. En sentido contrario, el CGPJ<sup>64</sup> afirma que la presunción pertenece al ámbito penal, puesto que lo que se presume es la previa comisión de un ilícito penal relacionado con los bienes a decomisar<sup>65</sup>.

---

*origen ilícito de un patrimonio por medio del juicio de inferencia en que consiste la prueba de indicios*». Choclán Montalvo, J.A : *El patrimonio...*, op. cit., pp. 33 y ss.

Si bien, Aguado Correa considera que en el ámbito de la delincuencia organizada el comiso de ganancias debería regirse por principios «*parcialmente distintos, sobre todo en los que se refiere a la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por un delito relacionado con la delincuencia organizada*». Y añade que «*no estaría de más que para estos casos se previese una especie de inversión de la carga de la prueba de la certificación de origen, de manera, que correspondiese al autor acreditar la procedencia lícita de los bienes. En definitiva*», concluye, «*una facilitación de la prueba muy cercana a una inversión parcial de la carga de la prueba*». Esta autora se refiere también a instrumentos supranacionales que parecen seguir esta línea. Aguado Correa, T.: «La regulación del comiso...», op. cit. pp. 11 y ss.

<sup>61</sup> En este sentido Choclán Montalvo, J.A : *El patrimonio...*, op. cit., p. 32, así como la decisión del Pleno del TS antes citada y, entre otras, las siguientes SSTS 19-9-06, 19-2-2004, 20-9-2002, 6-3-2001, 11-2-1999.

<sup>62</sup> Afirmación realizada por el Ministro de Justicia en el Congreso durante el debate de la enmienda da la totalidad. Véase nota 38.

<sup>63</sup> Informe del Consejo Fiscal.

<sup>64</sup> Informe del CGPJ.

<sup>65</sup> No estamos hablando en este punto de la naturaleza del comiso ampliado, sino del ámbito al que pertenece la presunción. Sobre la naturaleza del comiso recordemos que la

Creemos que esta segunda postura es la adecuada puesto que lo que se presume es que, además de la infracción penal cometida en el marco de una organización o grupo criminal por la que el sujeto ha sido condenado, este ha llevado a cabo otras actividades delictivas en el seno de dicha organización que son las que han dado lugar al aumento de patrimonio no justificado. Por lo tanto, se está presumiendo la comisión de actividades delictivas, de infracciones penales, por lo que, a nuestro entender, la presunción sí pertenece al ámbito penal.

En relación con este punto hay otro aspecto ya señalado al tratar la DM 2005/212 que nos parece no quedó resuelto en la redacción del CP (reforma de 2010) y que pudo haber dado lugar a problemas prácticos. Hemos dicho que el comiso ampliado se decretará cuando el juez o tribunal llegue a la convicción de que el patrimonio del condenado proviene de la realización de actividades delictivas en el marco de una organización o grupo criminal. Entonces, ¿se dará inicio a un proceso penal para condenar esos hechos?, ¿y si han prescrito?, y si en un futuro juicio relativo a esos hechos se absuelve al acusado, ¿se le devolverá los bienes decomisados?

Por estas y otras cuestiones que hemos ido apuntando era necesaria una mayor reflexión por parte del legislador para poder dar con una técnica legislativa que supere las deficiencias apuntadas. En relación con la última de ellas, en la reforma penal de 2015, se procedió a introducir una mejora que soluciona parte de los problemas apuntados. En efecto, en la actualidad se señala que el comiso ampliado no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absoluta o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada. Todavía quedan patentes, como se puede ver, las dudas relacionadas con las demás preguntas que nos hemos planteado.

### 3. *Regulación especial*

La reforma penal de 2010 también introdujo ciertos cambios en algunas de las reglas especiales del comiso previstas en la Parte Especial del CP.

---

doctrina asumía mayoritariamente una naturaleza penal (véase nota 22). Podría pensarse que tal vez no se darían tantos escrúpulos en cuanto a una posible inversión de la carga de la prueba (con independencia de lo dicho en el texto sobre la naturaleza de la presunción) si admitiésemos que esta modalidad de comiso se trata de una medida civil o compensatoria, dirigida a impedir un enriquecimiento ilícito, tal como afirma un sector doctrinal respecto del comiso de ganancias (véase nota 23). No obstante, tanto nuestro TC como TS han mantenido la tesis de la naturaleza penal del comiso (entre otras, SSTC 159/85, 23/86, 21/87 y 92/1997 y STS de 27 de enero de 1997). Igualmente el propio TEDH ha declarado la naturaleza sancionatoria o punitiva del comiso (STEDH de 9 de febrero de 1995) y los propios instrumentos internacionales consideran el comiso como «sanción».

Estas menciones permanecen en los mismos ámbitos delictivos hasta ahora vigentes, si bien las modificaciones más destacables se centran en el blanqueo de bienes y en el tráfico de drogas y, específicamente en estos ámbitos, en los supuestos de comisión de dichos delitos en el marco de una organización o grupo delictivo. Al igual que hemos visto que sucede con el art. 127 CP, la reforma trató de adecuar la regulación a las provisiones de la DM 2005/212, principalmente en relación con el comiso ampliado, aunque pueda ser discutible, claro está, la mayor o menor fortuna con que dicha adecuación se ha llevado a cabo, como vamos a ver.

### 3.1. Blanqueo de bienes

#### 3.1.1. Art. 301.1, segundo apartado CP (reforma 2010)

Este artículo fue modificado con la reforma penal del año 2010 (ni tampoco en la reforma de 2015), por lo que valen las consideraciones apuntadas en su momento al art. 301 CP vigente.

#### 3.1.2. Art. 302.2 PCP

La variación de este precepto no proviene del delito en sí, puesto que su apartado 1 mantiene la tipificación del blanqueo de bienes cuando se produzca en el marco de una organización dedicada a esta actividad delictiva. Lo que sí se modifica es el segundo apartado, al introducir expresamente la responsabilidad penal de la propia organización, en caso de cumplirse con las condiciones de imputación dispuestas en el art. 31 bis<sup>66</sup>. Como ya hemos dicho, si hay condena conjunta a persona física y jurídica se acordará el comiso acompañando a la pena de ambos sujetos (o, en su caso, acorde al art. 127.4 CP en su versión de 2010).

No se explica por qué se ha suprimido la referencia a que los bienes objeto del delito son decomisables, tal como hacía el viejo art. 302.2 CP e incluso el art. 301.1, segundo apartado (que remite al art. 374 CP). Esto nos llevaría a la paradoja de que tratándose de una agravación del art. 301

---

<sup>66</sup> Art. 302.2 CP (reforma de 2010): «2. *En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33*».

Vemos que para este delito también existe la posibilidad de que el juez aplique las medidas del art. 129, según la versión de 2010 del CP.

resultaría más benévola en este aspecto. Creemos que lo adecuado, acorde a una interpretación sistemática y teleológica, sería entender que, al igual que el tipo base del art. 301 CP, debe extenderse la consideración de bienes decomisables al objeto del delito del tipo agravado.

Por remisión a la regulación genérica del art. 127 PCP vemos que el art. 302.2 CP reúne las condiciones para poder aplicar el comiso ampliado, con los problemas y consideraciones que hemos anunciado anteriormente. Nos remitimos, por tanto, a lo dicho anteriormente.

### 3.2. Tráfico de drogas

En materia de tráfico de drogas las modificaciones producidas vienen de la mano del art. 369, que se somete a algunas alteraciones (y que no fueron modificadas en la reforma penal de 2015). Además, se incluye un nuevo art. 369 bis, de especial importancia para la posibilidad de acordar el comiso ampliado. Por su parte, los arts. 371.2 y 374 CP no sufren ninguna variación de redacción, aunque algunos aspectos, por remisión a otros preceptos, deben ser reinterpretados.

#### 3.2.1. Art. 369.2 PCP

Recordemos que el art. 369 regula un tipo agravado del tráfico de drogas cuando nos encontramos ante alguna de las circunstancias numeradas en el apartado 1<sup>67</sup>. De las tres mencionadas en su momento el CP elimina la segunda de ellas («*el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o*

<sup>67</sup> Art. 369 CP (versión vigente): «1. *Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio. 2.ª El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito. 3.ª Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos. 4.ª Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación. 5.ª Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior. 6.ª Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud. 7.ª Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades. 8.ª El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.»*

*productos aun de modo ocasional»*), que pasa a convertirse en un tipo autónomo en el art. 369 bis CP, como veremos. Las demás circunstancias (de particular interés la referida a la participación del culpable en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito y comisión de los hechos en establecimientos abiertos al público por los responsable o empleados de los mismo) se mantienen, en cuyo caso la referencia al comiso del art. 374 (conforme a la versión de 2015 del CP) siguen siendo respecto de la organización (o persona titular del establecimiento).

Aunque no se mencione expresamente el art. 31 bis CP, hemos de suponer que estamos ante un supuesto en el que se puede imputar el delito, junto a la persona física, también a la propia organización<sup>68</sup>, puesto que sólo entonces tendría sentido que se sometiese a confiscación el objeto del delito cuando este lo comete la entidad, de forma paralela a lo que el art. 374 CP dispone en relación a las personas físicas.

### 3.2.2. Art. 369 bis CP

El legislador de 2010 introdujo en el CP un novedoso art. 369 bis en el que se tipifica la conducta de tráfico de drogas cuando esta se lleva a cabo en el marco de una organización delictiva dedicada a tal fin, con la agravación de las penas individuales que conlleva<sup>69</sup>. Merecen ser destacados dos aspectos de este nuevo tipo penal: primero, nos encontramos ante un supuesto más de

<sup>68</sup> Aunque tampoco queda del todo claro porque también podía ser que se refiriera al sistema de consecuencias accesorias del art. 129 PCP que, como dijimos, pervive junto al art. 31 bis PCP. Pero de ser así, entonces sería más difícil justificar coherentemente la referencia al comiso para la organización.

<sup>69</sup> Art. 369 bis CP (que no ha sido modificada en las reformas posteriores a 2010, por lo que a la fecha se encuentra vigente): *«Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruple del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.*

*A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.*

*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:*

*a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*

*b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.*

imputación jurídico-penal a la organización, pero sólo si esta ostenta personalidad jurídica, con lo que ello implica de cara a la posibilidad de acordar el comiso directamente contra ella. Y, segundo, derivado de lo anterior, el art. 369 bis nos vuelve a especificar que el comiso que acompañe a la pena de la entidad también incluirá a los bienes objeto del delito y a los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente por el delito.

### 3.2.3. Art. 371.2 PCP

El legislador de 2010 no plantea ninguna modificación al texto del art. 371 CP. A pesar de todo, habrá que tener en cuenta la remisión que hace este artículo al art. 369.2, precepto que sí se ha visto modificado, con las repercusiones ya comentadas respecto de la persona jurídica, por un lado, y del comiso ampliado, por otro.

### 3.2.4. Art. 374 PCP

Las reglas específicas del art. 374 CP en materia de tráfico de drogas no sufren reforma, con lo que se mantienen las luces y sombras de dicha regulación. No obstante, a la vista de la inclusión del art. 31 bis CP habrá que entender que estas reglas especiales también son de aplicación a la persona jurídica, en caso de ser condenada penalmente, puesto que el apartado 1 de este artículo extiende su aplicación a los arts. 368 a 372 y tanto el delito recogido en el art. 369.2 como en el art. 369 bis es imputable a la persona jurídica, como hemos visto.

## 3.3. Seguridad vial

En este ámbito delictivo tampoco se han introducido variaciones de fondo en aquello que pudiera afectar al comiso. No obstante, cabe señalar que, en el marco de los delitos contra la seguridad vial, se reordena y corrige la técnica legislativa utilizada en el suprimido art. 381.3, que pasa a estar ubicado en el nuevo art. 385 bis («*El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128*»). Con ello quedaron zanjadas las dudas respecto de las posibilidades de aplicación del comiso a todas las figuras previstas en el capítulo o, por el contrario, solo a las modalidades de conducción temeraria previstas en el art. 381.

---

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».*

EL DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN VERAZ  
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL.  
EL EJERCICIO PROFESIONAL DEL PERIODISMO  
COMO GARANTÍA DEMOCRÁTICA \*

*The right to receive faithful information in the constitutional  
system. The professional exercise of journalism  
as a democratic guarantee*

Jesús López de Lerma Galán  
Universidad Rey Juan Carlos (España)  
jesus.lopezdelema@urjc.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp435-459](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp435-459)

Recibido: 30.10.2018

Aceptado: 21.11.2018

**Resumen**

El reconocimiento del derecho a la información en la Constitución de 1978 ha sido determinante para la formación de una opinión pública libre y plural, así como la consolidación del Estado social y democrático de Derecho. Este artículo estudia el principio de veracidad como garantía jurídica, analizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y diferentes posicionamientos doctrinales en relación a esta materia. Una investigación centrada en el ejercicio activo del derecho a la información, que también analizará la figura del periodista y su obligación de actuar de forma diligente, al objeto de obtener la protección constitucional.

---

\* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): López de Lerma Galán, Jesús. 2018. «El derecho a recibir información veraz en el sistema constitucional. el ejercicio profesional del periodismo como garantía democrática». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 435-459. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp435-459](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp435-459).

***Palabras clave***

Constitución; Veracidad; Libertad; Honor; Intimidad; Opinión pública.

***Abstract***

The recognition of the right to information in the 1978 Constitution has been decisive for the formation of a free and plural public opinion, as well as the consolidation of the social and democratic State of Law. This article studies the principle of veracity as a legal guarantee, analyzing the jurisprudence of the Constitutional Court and different doctrinal positions in relation to this matter. An investigation focused on the active exercise of the right to information, which will also analyze the journalist's role and his obligation to act diligently, in order to obtain constitutional protection.

***Keywords***

Constitution; Veracity; Freedom; Honor; Intimacy; Public opinion.

---

**SUMARIO:** I. INFORMACIÓN VERAZ COMO GARANTÍA JURÍDICA EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS. 1. *El concepto de veracidad. Significado y naturaleza jurídica.* 2. *Veracidad frente a verdad.* II. EL PRINCIPIO DE VERACIDAD. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN. 1. *La veracidad como objeto de la información.* 2. *La distinción de la realidad fáctica. Información, opinión y juicios de valor.* 3. *La formulación de la información veraz en el periodismo. Elementos y características.* III. EL VALOR JURÍDICO DE LA VERACIDAD, LA COLISIÓN DE DERECHOS Y EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN. 1. *La veracidad como límite del derecho a la información.* 2. *Diligencia profesional y responsabilidad del autor.* 3. *La protección constitucional en el ejercicio del derecho a la información.* BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. LA INFORMACIÓN VERAZ COMO GARANTÍA JURÍDICA EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

### 1. *El concepto de veracidad. Significado y naturaleza jurídica*

El derecho a la información a la vez que constituye un derecho subjetivo de libertad cumple una función de garantías en las sociedades democráticas. Así, podemos defender que las Constituciones de los Estados democráticos tienden a concebir el derecho a la información o la libertad de expresión como auténticos derechos humanos, reconociéndolos y protegiéndolos con sistemas específicos de garantías<sup>1</sup>. La veracidad ha sido uno de los elementos que mayor complejidad ha generado en el estudio del derecho a la información desde la disciplina jurídica y periodística. La propia redacción que hace el art. 20. 1 d) de la Constitución española puede incrementar la confusión, al aludir a la expresión «información veraz», una noción cercana a la verdad<sup>2</sup>, que exige un desarrollo posterior para dotarlo de sentido.

El derecho a recibir información veraz se ha convertido en uno de los principales fundamentos de la realidad democrática, que nos ha permitido consolidar una opinión pública plural y libremente formada, contribuyendo a la consolidación del Estado social y democrático de derecho. La veracidad, se convierte así en el elemento garante de la constitucionalidad de un derecho tan básico como es el de informar. Un término objeto de controversia, cuya

---

<sup>1</sup> Gutierrez David, M.<sup>a</sup> Estrella: *Justicia y medios de comunicación. Claves para la buena praxis de los derechos informativos*, Editorial Fragua, Madrid, 2007, p. 56.

<sup>2</sup> Azurmendi Adarraga, Ana: «De la verdad informativa a la «información veraz» de la Constitución española de 1978. Una reflexión sobre la verdad exigible desde el derecho de la información», *Comunicación y Sociedad*, Vol. XVIII, Núm. 2, 2005, p. 9.

naturaleza jurídica debemos de definir, puesto que lo que realmente se defiende es propiamente una información verídica, comprobada y contrastada según los cánones de la profesión informativa. Ese deber de contrastar la información por parte del periodista, será lo que nos determine la veracidad de una noticia.

El propio término «veraz», que utiliza la Constitución, puede generar cierta imprecisión, como venimos defendiendo. En este sentido se debe matizar que la verdad o falsedad debe predicarse de la información mientras que la veracidad o su ausencia deberá serlo frente a la actuación del informador<sup>3</sup>. Todo ello hace de la veracidad un presupuesto necesario para que el ejercicio de este derecho se beneficie de la tutela constitucional<sup>4</sup>. Además, debemos añadir que los medios de comunicación tienen una clara función social y política, pues no son sino una red de poderes que se controlan y contrapesan mutuamente<sup>5</sup>, haciendo de las noticias su núcleo de actuación.

En un primer momento la jurisprudencia del Tribunal Constitucional consideró que el derecho a comunicar información era una concreción del derecho a la libertad de expresión, y que el derecho a recibir la información era un simple reverso el derecho a transmitirla. Posteriormente, la jurisprudencia estableció matizaciones en su interpretación, destacando lo que se entiende como libertad de expresión en sentido estricto consistente en «aquella que expresa y difunde libremente pensamientos, ideas y opiniones...» (20. 1 a) CE), y aquella otra más relacionada con el derecho a la información que establece «el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» (20. 1 d) CE). Esto nos permite diferenciar entre una libertad de expresión cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones, y por otro lado el derecho a la información más relacionado con los hechos y las noticias, que debe ser concreto y objetivo<sup>6</sup>. A todo ello no debemos obviar, tal y como señala Habermas, que en el periodismo podemos encontrar que información y opinión pueden entrelazarse<sup>7</sup>. La distinción entre la libertad de expresión en un sentido más universalista, y el derecho a

<sup>3</sup> Torres del Moral, Antonio: *Principios de derecho constitucional español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2010, p. 446.

<sup>4</sup> Navas Castillo, Florentina: «Libertad de expresión y derecho a la información» en Torres del Moral, Antonio: *Libertades informativas*, Editorial Colex, Madrid, 2009, p. 103.

<sup>5</sup> Escobar de la Serna, Luis: *Principios de derecho de la información*, Editorial Dykinson, Madrid 2000, p. 64.

<sup>6</sup> García Guerrero, José Luis: «Una visión de la libertad de comunicación desde la perspectiva de las diferencias entre libertad de expresión, en sentido estricto, y libertad de información», *Teoría y realidad constitucional* n.º. 20, UNED, 2007, pp. 370 - 371.

<sup>7</sup> Habermas, Jürgen: *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Gustavo Gili, Barcelona, 1981, p. 210.

la información mucho más particular, centrado en la actividad periodística, supone un parámetro de interpretación más adaptado a la realidad práctica que ha exigido a la jurisprudencia constitucional desarrollar una completa doctrina en relación al principio de veracidad, como iremos explicando en esta investigación.

## 2. *Veracidad frente a verdad*

Hay que señalar que cuando se habla del «derecho a la información» hay autores que entienden que, implícitamente, se está introduciendo la referencia a la verdad<sup>8</sup>, aunque no siempre es así. La doctrina ha destacado que la «verdad única» no existe, ya que el pluralismo implica una diferente visión de análisis de la realidad social. Eso significa que un mismo hecho puede ser explicado de diversas y plurales maneras, en un ejercicio de la libertad informativa, dejando patente que todas esas formas son veraces<sup>9</sup>. Hay que defender que el requisito democrático de la veracidad implica la necesidad de entender que ante un mismo hecho pueden existir diversos criterios de interpretación y explicación, aunque la realidad fáctica sea única. Esa pluralidad de análisis de la realidad es lo que hace que la actividad informativa y plural esté llena de matices, por eso es más correcto incidir en el concepto de veracidad en vez de una única e inalterable verdad.

Si hacemos una retrospectiva histórica podemos encontrar que la verdad se imponía acallando al que la discute o la niega, porque la verdad, ese bien preciado de la teoría clásica, su búsqueda, descubrimiento y posesión, es la sustancia del Estado, y a su luz alumbraba la Justicia. Será la Ilustración la que mina esa profunda fe en la verdad única e indiscutible para todos los órdenes de la vida, afirmando que en política no hay verdad sino opinión<sup>10</sup>. Todo ello nos lleva a entender que la búsqueda de la verdad, como principio universal, nace en la Ilustración, y de esos conceptos utópicos de verdad, se desarrollará posteriormente el concepto de «veracidad».

Hay sectores doctrinales que consideran que la verdad puede ser entendida como una categoría metafísica que no constituye un límite al derecho a la información sino en su fundamento, siendo considerada como la adecuación

<sup>8</sup> Brajnovic, Luka: *El ámbito científico de la Información*, Eunsa, Pamplona, 1979, p. 60.

<sup>9</sup> De Carreras Serra, Lluís: *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996, p. 47.

<sup>10</sup> Viillaverde Menéndez, Ignacio: «Introducción histórica a las libertades de información y expresión», en VV. AA: *La libertad de información y de expresión*. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 13-14.

aceptable entre el hecho y el mensaje<sup>11</sup>. En épocas más actuales se abrirá todo un debate sobre el concepto de verdad en una información, y sobre todo se verá la diferenciación entre la elaboración de una noticia, donde se busca la verdad de los hechos, y la opinión que podamos tener sobre esa misma noticia, en la que entrarían elementos más valorativos y subjetivos. Es aquí donde encontramos como el derecho evoluciona desde una concepción clásica de «verdad», hacia un posicionamiento más cercano al actual donde utilizamos el término «veracidad», que sin ser una verdad absoluta puede acercarse a la realidad más cercana de los hechos que conforman una noticia.

La verdad es un valor supremo de la información, aunque debemos matizar que tanto la generación de debate y crítica, desde los medios de comunicación, como la difusión de opiniones y hechos cuando atañen a personas o asuntos públicos, son valores que gozan de una mayor protección, según señala Muñoz Machado. Esto nos hace entender la difusión de la información como un acto que no puede prescindir de la verdad al divulgar los hechos. Esa trascendencia constitucional del derecho de información, exige al periodista o personas que hayan divulgado la información, una actitud positiva hacia la verdad, de manera que se pueda probar que ha tratado de encontrarla agotando las fuentes disponibles. Si esta actitud se da, aunque la información no sea totalmente exacta, quedaría protegida por la Constitución<sup>12</sup>. Avanzamos de un presupuesto jurídico esencial para dilucidar posibles conflictos, al analizar la naturaleza de la verdad como justificación de la actuación informativa.

La tesis que ha justificado más prolongadamente la existencia de la libertad de comunicación señala que sólo el debate libre permite el descubrimiento de la verdad<sup>13</sup>. Si un profesional de la información busca la verdad, como prioridad en su actuación, estará respondiendo a los criterios de protección que le otorga la Constitución, pero si lo que busca es alterar esa realidad con informaciones no contrastadas, la protección de la norma constitucional se pierde.

El Tribunal Constitucional ha profundizado en el análisis de los conceptos de veracidad y verdad. El artículo 20. 1 d) no protege la narración de hechos verdaderos o judicialmente probados, sino la veracidad, es decir que quien informa ha realizado un comportamiento diligente en la comprobación de los hechos que desea narrar, entendiendo esta circunstancia cuando la

---

<sup>11</sup> Cremades, Javier: *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, Ley-Actualidad, Madrid, 1995, p. 234.

<sup>12</sup> Muñoz Machado, Santiago: *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988, pp. 154-155.

<sup>13</sup> García Guerrero, José Luis: «Publicidad y libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *Derecho Privado y Constitución*, N.º. 10, 1996, p. 129.

información ha sido suficientemente contrastada<sup>14</sup>. El Tribunal Constitucional así lo expone en la STC 105/1990, de 6 de junio cuando explica que «información veraz es aquella información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa»<sup>15</sup>. La jurisprudencia marca uno de los requisitos fundamentales para dotar de contenido al artículo 20. 1 d) que es la exigencia de veracidad. No podemos entender un ejercicio profesional del derecho a la información sin este requisito, tal y como lo determina la jurisprudencia al definirlo como un comportamiento diligente en la comprobación de los hechos objeto de la noticia.

## II. EL PRINCIPIO DE VERACIDAD. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

### 1. *La veracidad como objeto de la información*

El objeto que la Constitución española protege con el derecho a la información es la información veraz, que no siempre podemos identificar con información exacta. Esto exige la necesidad de probar que el periodista, el medio de comunicación actuó de una forma responsable, tal y como el Tribunal Constitucional ha ido consolidando con los años, estableciendo una regla de veracidad que no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos<sup>16</sup>. Este posicionamiento nos lleva a realizar un análisis sobre la doctrina constitucional en relación al principio de veracidad.

La libertad de información tendría por objeto la veracidad, es decir mensajes cuyo contenido único o fundamental son descripciones valorativas de los hechos, tal y como lo explica la STC 105/1983, de 23 de noviembre. Sin embargo, cuando hablamos de libertad de opinión, entendemos el derecho a expresar juicios de valor. En estos casos el juicio valorativo no puede someterse a las pruebas de la veracidad, puesto que no puede contrastarse con supuesto fáctico alguno. Esta doctrina ha sido formulada en contextos muy diferentes por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias como la STEDH caso *Lingens* de 8 de julio de 1986. Aunque debería ser objeto de un análisis más pormenorizado que trasciende al objeto de esta investigación, si al menos citar que el TEDH ha reconocido en su jurisprudencia que la

<sup>14</sup> Fernández Montalvo, Rafael: «Las libertades de información y expresión en el ámbito administrativo» en VV. AA: *La libertad de información y expresión*. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 127.

<sup>15</sup> STC 105/1990 de 6 de junio, FJ 5º.

<sup>16</sup> Azurmendi Adarraga, Ana: *Derecho a la información: guía jurídica para profesionales de la comunicación*, Ceunsa, Navarra 2001, p. 81.

libertad de expresión en sentido amplio constituye uno de los pilares fundamentales de la sociedad democrática y una de las condiciones para que ésta progrese<sup>17</sup>. Este posicionamiento ha ayudado a los Estados democráticos a matizar su propia jurisprudencia constitucional, determinando los límites entre la libertad expresión e información, así como las diferencias en relación a la opinión y el hecho noticioso.

Respecto a la evolución que se ha producido en el desarrollo del principio de veracidad, debemos señalar que no será hasta finales de los años ochenta el momento en el que el Tribunal Constitucional, desarrolle el contenido de la expresión de «información veraz». Anteriormente había mantenido una línea de interpretación coherente con los planteamientos de la verdad informativa característicos del ámbito periodístico<sup>18</sup>. La Sentencia 6/1988, de 21 de enero, supuso un cambio en el concepto establecido pues supone entender que la «veracidad» no equivale a verdad, sino que se trata de un deber de diligencia del informador que contrasta los datos<sup>19</sup>, es decir una actuación profesional que enfrenta varias fuentes para reconstruir la realidad.

Hay que explicar que la doctrina jurisprudencial sobre la veracidad ha sido elaborada principalmente para los profesionales de la información, pero es aplicable a los demás titulares que la ejercen. Además, después de la sentencia citada, la veracidad se convierte en una exigencia intrínseca de la protección constitucional de la información, dejando de ser una garantía del pluralismo informativo<sup>20</sup>, para tener un mayor significado jurídico.

La información rectamente obtenida y difundida queda protegida constitucionalmente, y aunque son inevitables las informaciones erróneas en el debate libre, hemos de tener en cuenta como destaca Torres del Moral, que «si se impusiera la verdad como condición del derecho a informar, la única garantía de seguridad jurídica sería el silencio»<sup>21</sup>. Así lo ha mantenido el Tribunal Constitucional en diversas sentencias como la referida STC 6/1988<sup>22</sup>, que defiende la información rectamente obtenida, dejando claro que el

<sup>17</sup> Véase entre otras STEDH de 8 de julio de 1986 «*caso Lingens*»; STEDH de 2 de marzo de 1987, «*caso Mathieu-Mohin y Clerfayt*»; STEDH de 19 de febrero de 1998 «*caso Browman*» y STEDH de 27 de febrero de 2001, «*caso Jerusalem*»;

<sup>18</sup> Azurmendi Adarraga, Ana: «De la verdad informativa a la «información veraz» de la Constitución...», op. cit., p. 28.

<sup>19</sup> STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5º.

<sup>20</sup> García Guerrero, José Luis: «La libertad de comunicación» en García Guerrero, José Luis: *Los derechos fundamentales. La vida, la igualdad y los derechos de libertad*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2013, p. 171.

<sup>21</sup> Torres del Moral, Antonio: «Límites de la libertad de comunicación pública y censura», en Torres del Moral, Antonio: *Libertades informativas*, Editorial Colex, Madrid, 2009, p. 164.

<sup>22</sup> STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5º.

ordenamiento no ampara a quien actúa negligentemente o comunica rumores, invenciones o insinuaciones, o la STC 171/1990, de 5 de noviembre, que impone el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad<sup>23</sup>. En un sentido similar, la sentencia del Tribunal Constitucional 183/1995 establece que la exigencia constitucional de la veracidad de la información, a la que se refiere el artículo 20.1 d) de la Constitución, significa que el informador tiene un especial deber de contrastar las fuentes de la información<sup>24</sup>, en orden a comprobar la veracidad de los hechos.

## 2. *La distinción de la realidad fáctica. Información, opinión y juicios de valor*

La veracidad no implica una conformación exacta con la realidad fáctica, sino más bien una aproximación que implica un comportamiento adecuado y diligente del profesional de la información. Como ha destacado la jurisprudencia, la Constitución va a proteger también la información errónea, o aquella que no ha sido probada en juicio. Esto implica un deber de diligencia del informador, que le lleva a contrastar esa información, llegando incluso a dejar sin protección constitucional a aquel que menosprecie la verdad. La difusión de informaciones falsas, así como la transmisión de rumores o invenciones insidiosas haría decaer en la información su protección constitucional, pues en cierta manera esta viciando el derecho a la información<sup>25</sup>. Así lo han mantenido en sentencias como STC 172/1990, de 12 de noviembre<sup>26</sup>, en el que ese deber de diligencia y comprobación razonable de la veracidad no queda satisfecho solo con remitirnos a las fuentes, sino que lo convierte en un deber propio del informador.

Lógicamente al entender así ese requisito nos aboca a la necesaria distinción entre hechos y lo que son pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, puesto que en esa delimitación teórica reside el contenido de los derechos de libertad de expresión e información. Sentencias como STC 223/1992, de 30 de marzo, incidirán en esa distinción tan determinante para resolver las controversias entre derechos<sup>27</sup>. El Tribunal Constitucional admite el error en la información, que puede ser excusable si la información ha sido contrastada o rectamente obtenida, frente a quien obtiene la información con un claro menosprecio de la verdad.

<sup>23</sup> STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 8º.

<sup>24</sup> STC 183/1995 de 11 de septiembre, FJ 3º.

<sup>25</sup> Torres del Moral, Antonio: *Principios de derecho constitucional...*, op. cit., p. 446.

<sup>26</sup> Véase STC 172/1990, de 12 noviembre FJ 3º.

<sup>27</sup> La STC 223/1992, de 30 de marzo, en su FJ 2º establece la diferencia entre hechos y opiniones. Una cuestión sobre la que profundiza el Tribunal Constitucional en las SSTC 107/1988, 6/1988 y 105/1990.

El Tribunal Constitucional ha destacado que la libertad de expresión se refiere a juicios y opiniones, mientras que el derecho a la información es la manifestación de los hechos y solo protege la información veraz. Esto implica que la información errónea no está exenta de protección y que las emisiones de apelativos injuriosos son innecesarias para el ejercicio de la labor informativa y no son reconocidos constitucionalmente, tal y como explica la STC 105/1990, de 6 de junio<sup>28</sup>, o la STC 158/2003, de 15 de septiembre<sup>29</sup>, entre otras. Si el informador quiere situarse bajo la esfera de la protección del artículo 20. 1 d), debe comprobar la veracidad de los hechos que expone, aunque esa información pueda ser errónea. Lo que no sería admisible sería una injuria o descalificación en el contenido informativo, pues en ese caso se perdería la protección de la norma constitucional.

Insistir que la separación entre hechos y opiniones es importante para resolver los posibles conflictos tal y como destaca la STC 79/2014, de 28 de mayo, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud. Esto implica que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional<sup>30</sup>. Además, como justifica Cremades mientras que los hechos son susceptibles de prueba por su materialidad, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor no se prestan por su naturaleza abstracta a una demostración de su exactitud<sup>31</sup>, lo que hace que entendamos que el límite interno de la veracidad no es por tanto aplicable a la libertad de expresión y sí a la libertad de información.

A todo ello, debemos añadir que la consolidación de una información veraz también contribuye a la definición de la opinión pública. En este sentido, tal y como señala Magdaleno, es de vital importancia determinar un marco adecuado en el que se desarrollen determinadas libertades para el funcionamiento del Estado social y democrático de Derecho. Esto significa que la efectiva realización del instituto de la opinión pública necesita mantener la actual preponderancia de la libertad de expresión e información<sup>32</sup>, aunque eso tampoco signifique dotarles de un carácter absoluto dada las

<sup>28</sup> STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 5º.

<sup>29</sup> STC 158/2003, de 15 de septiembre, FJ 4º.

<sup>30</sup> STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 4º. Asimismo podemos citar también SSTC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2; 174/2006, de 5 de junio, FJ 3; 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, y 50/2010, FJ 4.

<sup>31</sup> Cremades, Javier: *Los límites de la libertad de expresión...*, op. cit., p. 236.

<sup>32</sup> Magdaleno Alegría, Antonio: «Libertad de expresión, terrorismo y límites de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, N.º. 69, UNED, 2007, p. 187.

particularidades y casuística existente. Por otro lado, sentencias como la STC 219/1992, de 3 de diciembre, defienden la veracidad como un requisito de constitucionalidad que impera en la información y que debe asumirse para redundar en la formación de una opinión pública libre y plural, propia de un Estado democrático<sup>33</sup>. Esta sentencia señala que la prevalencia de la libertad de información frente a otros derechos requiere que la información transmitida sea veraz y que se diferencie si es información o juicio de valor. Un elemento que consideramos determinante para contribuir a una adecuada formación de la opinión pública.

### 3. *La formulación de la información veraz en el periodismo. Elementos y características*

El concepto de veracidad se compone de varios elementos según reconoce la doctrina constitucional. La información debe versar sobre hechos objetivos y reales, que no pueden ser manipulados ni desvirtuados. Además, esa realidad fáctica debe ser comprobada razonablemente, no puede estar basada en rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas. A todo ello debemos añadir que no hace falta que el hecho sea exacto o incontrovertible, pero si existe esa actitud diligente del profesional en la averiguación de la realidad de los hechos, es decir una actitud positiva hacia la verdad, con objeto de dar una información lo más correcta posible<sup>34</sup>. La noticia, basada en la objetividad y la neutralidad, debe ser contrastada con otros datos y fuentes, que permitan corroborar su veracidad, comprobando que no existe una base documental formada por rumores o insidias, que desvirtúen la realidad fáctica.

El periodista no sólo tiene la obligación de establecer la verdad sobre los hechos que investiga, sino que tiene también el deber de contar lo que sabe como cierto y lo que resulte noticiable. Esto se puede traducir bajo la premisa de que el periodista tiene la obligación de no callarse lo que sabe, siempre que sea de interés público. El destinatario de la información es el ciudadano, y la protección constitucional que se le otorga al periodista le permite acceder a la información que la fuente posee sobre los asuntos que maneja. Todo ello nos lleva a hablar de la ley, del ejercicio del poder cuya principal tendencia es permanecer, lo que genera una proclividad instintiva de los poderes hacia el oscurantismo, ya que la transparencia supone por sí misma un límite al

<sup>33</sup> STC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 2º. Asimismo y respecto a la formación de una opinión pública libre y plural propia de un Estado democrático debemos citar entre otras las SSTC 107/1988, 171/1990, 214/1991, 40/1992 y 85/1992.

<sup>34</sup> DE Carreras Serra, Lluís: *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios...*, op. cit., p. 48.

ejercicio del poder<sup>35</sup>. Por tanto, es competencia del profesional de la información encontrar ese punto de equilibrio entre la verificación necesaria que una noticia requiere, y su fugacidad en la transmisión, actuando en defensa de ese interés público de una forma diligente. Las estructuras de poder tienden a conservar su control evitando filtraciones sobre su ejercicio, sin embargo, el amparo constitucional permite al periodista investigar y buscar información en el ejercicio de su profesión. La veracidad y la protección que le otorga la Constitución le va a servir para desarrollar adecuadamente su función, de ahí que fuera determinante, con la llegada de la democracia, la creación de una serie de instrumentos jurídicos que amparase la labor del profesional de la información. Unos medios de comunicación plurales, que permitan un ejercicio del derecho a la información, dentro de las bases constitucionales creadas para ello, permitiendo la formación de una opinión pública libre y el fomento de una sociedad democrática.

En relación con el contenido de la información debemos explicar que la noticia es el producto terminativo, el resultado del proceso comunicativo-informativo, que se abre con la captación de un hecho o acontecimiento y se cierra con la elaboración de un mensaje para conocer lo que pasa. El lenguaje empleado en la redacción de esa noticia exige referirse a unos hechos, datos y redactar un relato tendente a reflejar la realidad, en tal sentido el acto informativo es una forma de acto de justicia, con las implicaciones que ello tiene. Por tanto, la información se convierte en un acto de justicia que consiste no solo en dar información sino en analizar como la ofrecemos, redundando en la calidad informativa<sup>36</sup>. La veracidad se convierte aquí en un elemento intrínseco en el propio acto informativo, desde el mismo momento que la recogida de datos exige una relación de los hechos que describimos con la realidad. Todo ello conlleva una interpretación del sentido clásico del término de justicia, así, desde el momento que el periodista transmite la realidad tal y como es, se produce un acto de justicia con el receptor de esa información.

La jurisprudencia ha instaurado una obligación general de la veracidad en la tarea periodística, que define su actuación. Esto implicaría que en cualquier caso, en el que una información resultara ser falsa, podría ser motivo para fundamentar una demanda contra su autor. Es decir, no habría que alegar un daño sufrido, sino que el mero hecho de que sea inveraz podría ser considerado como daño público<sup>37</sup>, que motiva la actuación

<sup>35</sup> Gavela Avella, Daniel: «Derecho a la información y medios de comunicación» en *Boletín de la ANABAD, Tomo 49, n.º. 3 - 4, 1999, pp. 77-78.*

<sup>36</sup> Fernández Areal, Manuel: «La protección de la verdad en la libre comunicación de los mensajes informativos», en *Poder Judicial, N.º. Especial XIII, 1990, pp. 202.*

<sup>37</sup> Urias, Joaquín: *Lecciones de derecho a la información*, Editorial Tecnos, 2ª edición, Madrid, 2009, p. 127.

judicial. En esos términos lo recoge la STC 336/1993, de 15 de noviembre, cuando la libertad de expresión colisiona con otros derechos como el honor<sup>38</sup>. Con esta medida se está determinando un modo de actuar para el profesional de la información, en el que la búsqueda de la veracidad lo protege frente a lo publicado.

La STC 176/1995, de 11 de diciembre reconoce que la afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa. Nuestro juicio ha de ser en todo momento ajeno al acierto o desacierto en el planteamiento de los temas o a la mayor o menor exactitud de las soluciones propugnadas, desprovistas de cualquier posibilidad de certeza absoluta o de asentimiento unánime por su propia naturaleza, sin formular en ningún caso un juicio de valor sobre cuestiones intrínsecamente discutibles, ni compartir o discrepar de opiniones en un contexto polémico<sup>39</sup>. El Tribunal Constitucional viene a reconocer la exigencia de la veracidad en las informaciones, con una definición muy diferente a los conceptos de verdad absoluta en las que pueden caer determinados sectores, que ejercen la censura. Las opiniones pueden ser variables, diferentes y no deben ser un asentimiento absoluto, sino que pueden ser cuestionables y discutibles.

El aumento cuantitativo de información y el incremento de la rapidez de los procesos de comunicación exige que los datos que reciben los ciudadanos estén dotados de significado<sup>40</sup>. En el mundo informativo, tal y como nos explica la STC 297/2000, de 11 de diciembre o la STC 99/2011, de 20 de junio, la presentación de una noticia constituye por lo general el resultado de una reconstrucción o interpretación de hechos reales en la que intervienen distintos factores, que pueden conducir a versiones dispares sobre una misma realidad, que además servirá para su contraste con aquellas otras versiones vertidas en el mismo espacio público informativo a efectos de la pertinente formación de la opinión pública<sup>41</sup>. En esas versiones evidentemente debe imperar el principio de la veracidad, para que puedan ser admitidas y gozar de garantías jurídicas.

<sup>38</sup> STC 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 7º : «...la prevalencia del derecho a comunicar libremente información sobre el derecho al honor sólo opera cuando existe relevancia pública de lo comunicado y, además, se trata de información veraz. En particular, por lo que respecta al segundo de estos requisitos, se ha declarado que a los profesionales de la información incumbe el «deber de comprobación razonable de la veracidad de la información», pues al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia «también asume personalmente su veracidad o inveracidad» (SSTC 172/1990, 40/1992 y 219/1992, entre otras)».

<sup>39</sup> STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2º.

<sup>40</sup> Azurmendi Adarraga, Ana: «De la verdad informativa a la «información veraz» de la Constitución...», op. cit., p. 13.

<sup>41</sup> STC 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 10º; STC 99/2011, de 20 de junio, en su FJ 5º.

A ello debemos añadir que, aunque la veracidad es un requisito para disfrutar de la protección constitucional, no podemos determinarla como una condición de legitimidad de cualquier información pues atentaría contra el principio de libertad del artículo 20 de la CE. Por un lado, se defiende que la Constitución ampara las informaciones veraces, pero eso tampoco implicaría que todas las inveraces queden automáticamente prohibidas. Esto nos abocaría a reprimir la falta de veracidad cuando afectase a otros bienes y derechos de terceros<sup>42</sup>. Por ello, es de gran importancia que el Tribunal Constitucional marque claramente esos criterios en los que debemos apreciar la falta de veracidad de una información, pues ahí residen los motivos de una condena o no a un profesional, cuya noticia genere perjuicios o colisión de derechos.

En ocasiones se observa que la jurisprudencia se refiere solo a la veracidad en general sin descender a otros detalles, concediendo a los términos usados el sentido que tienen en el contexto en el que se encuentran. En otras circunstancias cuando la información difundida se refiere a las declaraciones de un tercero, su veracidad debe ser contrastada, es decir la verdad o falsedad de la información se consideraría sólo con respecto a la difusión de las declaraciones, pero no con respecto al contenido de las declaraciones mismas. Y en aquellos casos en los que la cuestión de la veracidad se dilucida en una sede jurisdiccional, cobra especial importancia la dimensión procesal de su prueba<sup>43</sup>. Incluso el propio Tribunal Constitucional ha reconocido ese diferente tratamiento de la veracidad en función de la colisión de derecho que se ha producido. Elementos de conflictos, que son objeto de una casuística muy variada, llena de matices donde el factor probatorio adquiere una importante definición.

Solozábal mantiene que la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, supone que de un ejercicio lícito de los mismos no puede, de conformidad con la doctrina del TC, derivarse sanción alguna. El derecho fundamental de transmisión de información, es decir comunicación de hechos o conductas, ámbito a que se refiere el artículo 20 de la CE, es una garantía constitucional que no cubre a toda la información, sino exclusivamente a la veraz, entendiendo por veracidad no solo la calidad de la información que se corresponde con la realidad, sino también aquella vertida por el comunicante. En este sentido hay que matizar que incluso aunque la información puede ser inexacta, siempre debe ser obtenida de acuerdo con un

<sup>42</sup> URIAS, Joaquín: *Lecciones de derecho...*, op. cit., p. 127- 128.

<sup>43</sup> Rodríguez, Ángel: «Libertades Públicas I: La libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación» en VV. AA: *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, 6ª edición, Madrid, 2015, p. 510.

canon razonable de cuidado profesional<sup>44</sup>, que quede amparada en la protección de la norma constitucional.

Para que el ejercicio del derecho a la información sea conforme con la Constitución tienen que concurrir varios elementos. Así, es necesario la veracidad de la información, con un carácter de interés general, que además pueda servir a la formación de una opinión pública libre. También demanda que el mensaje se transmita por profesionales de la información a través de un medio de comunicación institucionalizado. En consecuencia, todo ello va a contribuir a la formación de la opinión pública, convertida en un eje en torno al cual gira el derecho a la información<sup>45</sup>. La actuación de diligencia del profesional se verificará teniendo en cuenta varios elementos destacados jurisprudencialmente como el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la información, así como la comprobación de datos, contrastando las fuentes de la noticia<sup>46</sup>. Lo que se pretende con ello, es crear un marco de desarrollo del derecho a la información, acudiendo a criterios como la veracidad, la formación de la opinión pública o la profesionalidad en su ejercicio, a través de una actuación diligente. Partiendo de estos posicionamientos, podemos entender el amparo y la tutela que ofrece la norma constitucional en el ejercicio del derecho a la información.

### III. EL VALOR JURÍDICO DE LA VERACIDAD, LA COLISIÓN DE DERECHOS Y EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN.

#### 1. *La veracidad como límite del derecho a la información.*

El requisito de la veracidad puede ser analizado según se trate del derecho al honor o el derecho a la intimidad. La veracidad puede funcionar como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, mientras que, en el derecho a la intimidad, esa veracidad es presupuesto necesario para que la intromisión se produzca. Se puede por tanto afirmar que, la legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas se debe a la relevancia pública del hecho divulgado, es decir su comunicación debe ser justificada en función del interés público del asunto del que se informa y no solo por el hecho de que los datos sean veraces, tal y como lo han reseñado sentencias como

<sup>44</sup> Solozábal Echevarria, Juan José: «Libertad de expresión, información y relaciones laborales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º. 26, Mayo-Agosto 1989, p. 168.

<sup>45</sup> Pérez Royo, Javier: «Derecho a la información» en *Boletín de la ANABAD*, Tomo 49, n.º. 3-4, 1999, p. 26.

<sup>46</sup> Navas Castillo, Florentina: «Libertad de expresión y derecho...», op. cit., p. 104.

STC 197/1991, de 17 de octubre<sup>47</sup>, donde observamos que la veracidad adquiere una definición determinante en función del derecho con el que colisiona.

Desde la perspectiva del ordenamiento constitucional español toda limitación de un derecho fundamental tiene que estar justificada en la propia Constitución<sup>48</sup>. Eso significa que cuando se producen colisiones entre el derecho a la información y el derecho al honor, intimidad y propia imagen, el TC acude a ciertos criterios para resolver las controversias que se pueden suscitar. Así, podemos matizar que el requisito de veracidad no justifica intromisiones en el derecho a la intimidad si una noticia carece de relevancia pública, en un claro intento de extender la protección de las estructuras más íntimas de nuestra esfera personal y familiar. Lo explica entre otras, la STC 115/2000, de 5 de mayo, en la que la filtración de informaciones íntimas y familiares a medios de comunicación por parte de personas que trabajan en la vivienda personal, aun siendo verdaderas no exime de responsabilidad jurídica<sup>49</sup>, lo que abre todo un posicionamiento doctrinal en este sentido.

La exigencia constitucional de la información veraz nos lleva a establecer una serie de diferencias entre el derecho a la información y la libertad de expresión, como hemos ido destacando en la investigación. Si bien es conveniente señalar que mientras que el derecho a la información versa sobre hechos, residiendo en el campo de lo objetivo, la libertad de expresión lo hace sobre opiniones, entrando en el campo subjetivo<sup>50</sup>. El derecho a la libertad de expresión versa por tanto sobre pensamientos, ideas y opiniones, en tanto que el derecho a la libertad de información se basa en la comunicación informativa de hechos veraces y noticiables, haciendo precisamente de esa

<sup>47</sup> STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 2º.

<sup>48</sup> Magdaleno Alegría, Antonio: «Libertad de expresión y partidos políticos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *AFDUDC*, N° 11, 2007, p. 449.

<sup>49</sup> La STC 115/2000, de 5 de mayo, explica en el FJ 7º, el requisito de veracidad en la colisión de derechos. El Tribunal Constitucional señala que: «...el requisito de la veracidad de la información merece distinto tratamiento «según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que mientras la veracidad funciona en principio como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad actúa en principio, en sentido diverso. El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que informa», como hemos declarado en la STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2º.»

<sup>50</sup> Ortega Gutiérrez, David: *El Derecho a la comunicación*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008, p. 126.

distinción entre lo objetivo y lo subjetivo las fronteras para marcar límites y diferencias en un contenido informativo.

Una de las mejores aportaciones en el ejercicio de la libertad informativa es el que encontramos en el periodismo de investigación, interesado en una indagación plural, convenientemente profesionalizada en lo que atañe a sondeos y encuestas, rigurosa en el análisis de datos y centrada en la verdad. El destinatario de esa información puede sentirse atraído por un proceso periodístico, que despierta su curiosidad y que tiene una información contrastada y con pruebas<sup>51</sup>. El problema surge cuando se da como válido el rumor sin contrastar y además, el medio de comunicación difunde esa información carente de verificación. Podemos defender que la falta de rigor informativo supone falsear la realidad, vulnerando también el derecho del receptor del mensaje a recibir esa información veraz. Pese a todo lo dicho, no podemos obviar que la falta de veracidad puede, en ocasiones, suponer también una clara difamación, especialmente y desde un punto de vista práctico cuando se emiten informaciones de hechos falsos, que ofenden a la reputación de una persona<sup>52</sup>. Ese daño que provoca la publicación de una información falsa, exige una respuesta jurídica o sanción, produciendo la excepción de veracidad y por tanto, perdiendo la protección que la norma constitucional ofrece. Llegados a este punto debemos avanzar en la investigación, analizando el concepto de diligencia profesional en el principio de veracidad.

## 2. *Diligencia profesional y responsabilidad del autor*

Tal y como desarrolla el Tribunal Constitucional en sentencias como la STC 61/2004, de 19 de abril o STC 53/2006, de 27 de febrero lo relevante para la veracidad informativa no es que a posteriori se pruebe en un proceso la realidad de los hechos, sino el grado de diligencia observado para la comprobación con anterioridad a la publicación de aquéllos<sup>53</sup>. En consecuencia, se establece la obligación de contraste como una forma de comprobar la veracidad de los hechos y un claro respeto a la difusión de una información ante la opinión pública.

Asimismo, debemos destacar que también las exigencias de la veracidad serán diferentes según el tipo de publicación. No es lo mismo hablar de cartas al director, declaraciones de tercero o reportajes neutrales, en los que no es el periodista quien informa y opina sino otras personas. En estos supuestos

<sup>51</sup> García Alcalde, Guillermo: «El valor social de la información un concepto a objetivar», en *Poder Judicial, N.º. Especial XIII*, 1990, p. 119.

<sup>52</sup> Gardini, Gianluca: *Le regole dell'informazione. Principi giuridici, strumenti, casi*, Paravia Bruno Mondadori, Milano, 2005, pp. 64-66.

<sup>53</sup> STC 61/2004, de 19 de abril FJ 5º; STC 53/2006, de 27 de febrero, FJ 4º.

bastaría con una diligente comprobación del autor de la carta o las declaraciones, y que lo publicado responde fielmente a lo declarado por él, independientemente de que refleje la realidad de los hechos<sup>54</sup>. Con esta medida, el profesional de la información traslada la responsabilidad de la declaración y su veracidad a la fuente que transmite unos hechos. Algo que la jurisprudencia constitucional destaca en la STC 336/1993, de 15 de noviembre, cuando señala que la autorización de la publicación de una carta posibilita el ejercicio de la libertad de expresión de su autor y su derecho a comunicar una opinión ajena al medio, aunque se insiste en la necesidad de salvaguardar el derecho constitucional de los lectores a recibir una información veraz<sup>55</sup>. No obstante, el Tribunal Constitucional determina una diligencia mínima exigible al medio de comunicación, que le impone por una parte la identificar al sujeto que emite las opiniones o noticias, así como la exigencia de cierto control del fundamento de la información proveniente de sujetos externos<sup>56</sup>. Por otro lado, como insiste la STC 22/1995, de 30 de enero, constatada la verdad del hecho de una declaración por ejemplo en un reportaje de una revista, el Tribunal insiste que no sería responsable el medio de la veracidad de lo declarado, pues tal responsabilidad sólo sería exigible al autor de la declaración<sup>57</sup>. Esa distribución del grado de responsabilidad que involucra al autor emisor de la opinión y al medio, permite dilucidar muchos de los problemas que se plantean en la justicia ordinaria.

Todo ello, debe ser completado con las referencias que establece el Tribunal Constitucional al tratar la cuestión de la veracidad y la diligencia, en numerosos ejemplos como la STC 41/1994, de 15 de febrero o la STC 158/2003, de 15 de septiembre. En estas sentencias el Alto Tribunal insiste en la necesidad de una veracidad, que no equivale a una «realidad incontrovertible de los hechos». Es decir, implícitamente es una exigencia para el que la difunde, que consiste en un deber de buscar la verdad, y que evita que constitucionalmente se otorgue protección a insinuaciones o invenciones<sup>58</sup>. El Derecho Constitucional debe dar protección a aquel que lo merezca, y ensalzar las virtudes implícitas del derecho a la información, en un ejercicio profesional frente a la difusión de infundios que carecen de veracidad.

Para disfrutar de la tutela constitucional, la libertad de información debe cumplir con la exigencia de veracidad, siempre que entendamos esa correspondencia entre hechos transmitidos y realidad. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, refiriéndose a esa información periodística, considera en

<sup>54</sup> Torres del Moral, Antonio: *Principios de derecho constitucional...*, op. cit., p. 446.

<sup>55</sup> STC 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 7º.

<sup>56</sup> STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 5º; STC 158/2003 de 15 de septiembre, FJ 4º.

<sup>57</sup> STC 22/1995, de 30 de enero, FJ 3º.

<sup>58</sup> STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 3º.

un primer momento que la pluralidad de fuentes informativas era garantía de veracidad de la información. Más adelante consideró la veracidad como una exigencia intrínseca para obtener la tutela constitucional, equiparándose esa veracidad con una razonable diligencia profesional en la obtención de la información, admitiendo que las noticias erróneas son inevitables en un debate libre<sup>59</sup>. Hay que señalar que para resolver muchos de los conflictos señalados el Tribunal Constitucional desde mediados de noventa introdujo la doctrina del reportaje neutral en la STC 41/1994, de 15 de febrero<sup>60</sup>, que posteriormente generó un desarrollo en sentencias como STC 144/1998, de 30 de junio, STC 134/1999, de 15 de julio, STC 76/2002 de 8 de abril, STC 54/2004, de 15 de abril, STC 1/2005 de 17 de enero o STC 53/2006, de 27 de febrero, entre otras. Esta jurisprudencia destaca que se ejerce la libertad de información cuando el contenido transmitido sea literal y fiel reproducción de lo escrito o dicho por un tercero, considerando por tanto que la información es veraz<sup>61</sup>. Este criterio permite recoger el criterio de veracidad con total exactitud recayendo en el autor original o tercero la responsabilidad de lo escrito. Un planteamiento científico de gran interés, merecedor de un tratamiento más detallado y particular en otra investigación.

Dentro de los problemas suscitados con la libertad de expresión y el derecho a la información, entendemos de gran interés y nos aporta una perspectiva novedosa en el análisis del artículo 20 de la CE y en el estudio de la veracidad informativa, la STC 86/2017, de 4 de julio. Esta sentencia viene motivada por el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con diversos preceptos de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña. Así, la sentencia señala que el art. 80 f) de la Ley 22/2005 plasma la exigencia constitucional de que la información sea veraz, entendiéndola como el resultado de una investigación diligente<sup>62</sup>. Si bien el acierto de esta sentencia reside en el profundo estudio de la actitud de diligencia, que exige que el profesional con carácter previo a la difusión de la noticia indague los hechos y los verifique. No se trata por tanto de buscar una verdad absoluta sino más bien de una forma de proceder tal y como señala la referida sentencia.

Sin embargo, esa actitud procedimental debe partir de forma individual pues carecemos de fórmulas de regulación del ejercicio profesional periodístico. A diferencias de otros países democráticos, el periodismo en países como España carece de mecanismos de autorregulación de la profesión, que

<sup>59</sup> García Guerrero, José Luis: «Una visión de la libertad de comunicación...», op. cit., p. 374.

<sup>60</sup> STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 5º.

<sup>61</sup> Fernández Montalvo, Rafael: «Las libertades de información...», op. cit., p. 127.

<sup>62</sup> STC 86/2017, de 4 de julio, FJ 5º.

vigile los abusos que le perjudican. La verdad como materia prima de la información está devaluada. El trabajo de los periodistas sufre un descrédito importante, un fenómeno que muestra hasta qué punto está divorciada la profesión periodística de una parte importante de la sociedad<sup>63</sup>. No obstante, las instituciones reconocen en la información veraz la necesidad para verificar el cumplimiento de derechos<sup>64</sup>. Actualmente el periodismo ha perdido la fuerza intrínseca que en otros tiempos tuvo, y que lo convirtió en el Cuarto Poder. La figura del periodista se ha visto afectada por un descrédito social, y una mezcla de intereses que han perjudicado su imagen, creando un periodismo artificioso y maniqueísta.

### 3. *La protección constitucional en el ejercicio del derecho a la información*

Desde la lógica jurídica, un derecho genérico a la veracidad llevaría inaceptables restricciones de la libertad de información. No debemos olvidar que el derecho a la información veraz, exige un contraste de datos que en muchos casos se cumple con la publicación de distintas versiones contrapuestas y no con la exigencia de veracidad de cada una de las informaciones. Lo que el Tribunal Constitucional consolida es el derecho de los ciudadanos a recibir una información veraz, sin existir cauces para exigir su cumplimiento<sup>65</sup>, quedando más como una aspiración a realizar más que un verdadero objetivo logrado.

Sentencias como la STC 139/2007, de 4 de junio inciden en la necesidad de que el medio informativo sea un mero transmisor de las narraciones o que el objeto de la noticia incluya declaraciones puestas en boca de personas determinadas responsables de sus expresiones, dentro de un contexto informativo<sup>66</sup>. Es indiscutible que siempre tenemos que analizar una actitud responsable para gozar de la protección constitucional, pero tampoco el uso de un importante número de fuentes puede ser considerado como garantía de veracidad. Un mal enfoque informativo puede derivarnos a múltiples fuentes que, evidentemente, tampoco nos dan certeza absoluta, aunque siempre será una garantía para el periodista cuando justifique la diligencia debida en la búsqueda de información. Esta línea de la diligencia y responsabilidad del

<sup>63</sup> De la Cuadra Fernández, Bonifacio: «El ejercicio de la libertad de expresión en los medios de comunicación social y sus límites», en *Poder Judicial*, N<sup>o</sup>. Especial XIII, 1990, p. 246

<sup>64</sup> Luna Pla, Issa: «Empoderamiento pro-desarrollo humano con información pública» en VV. AA: *Derecho Comparado de la Información*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Científicas, México, 2013, p. 88.

<sup>65</sup> Urias, Joaquín: *Lecciones de derecho...*, op. cit., p. 128.

<sup>66</sup> STC 139/2007, de 4 de junio, FJ 11<sup>o</sup>.

profesional de la comunicación en el tratamiento informativo, puede ser más acorde con la actitud que debemos exigir, pero también no debemos obviar que pueden surgir informaciones poco exactas o contrastadas cuando hablamos de un flujo informativo tan complejo como el que vivimos en la actualidad. El gran problema en el que nos encontramos en los tiempos contemporáneos son las líneas informativas tan variadas; esa inmediatez de la información, a través de publicaciones digitales o formatos similares, que ha contribuido a un periodismo caracterizado en algún momento por la falta de rigurosidad y de fuentes contrastadas en el tratamiento informativo.

El profesional de la comunicación debe ser consciente de su derecho como ciudadano y de la obligación inherente como profesional que debe servir la verdad al público. Aun así, el periodista comprende que su trabajo tiene limitaciones y por ello, los libros de estilo de los medios de comunicación inciden en la necesidad de presentar la información con objetividad, impersonalidad y amenidad, siempre bajo el respeto a la intimidad individual y material, que marcará el límite de la permisible intromisión informativa<sup>67</sup>. No hay que obviar que la libertad de información es necesaria en una sociedad democrática y que la jurisprudencia internacional la ha considerado como una «necesidad social imperiosa», en la que es determinante un equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la imagen y reputación de la persona, siendo una cuestión delicada determinar los límites por parte de los tribunales<sup>68</sup>, lo que inevitablemente nos lleva a utilizar el criterio de veracidad.

Como hemos explicado en el desarrollo de esta investigación, el Tribunal Constitucional ha subrayado la dificultad de separar la expresión de opiniones de la simple narración de hechos, pues la expresión de ideas y opiniones se apoya constantemente en la narración de los hechos y, a la inversa, en la narración se aprecia casi siempre algún elemento valorativo tendente a la formación de una opinión<sup>69</sup>, una situación que le exige analizar cada caso concreto atendiendo a las especiales particularidades. Sin embargo, al definir el concepto de «información veraz» o «diligencia profesional» el Tribunal lo ha determinado con criterios profesionales periodísticos, lo que nos

<sup>67</sup> Fernández Areal, Manuel: «El derecho a la información como garantía de libertad» en VV. AA: *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho a la información*, Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, Valencia, 2002, p. 133.

<sup>68</sup> Cardone, Andrea: «L'incidenza della libertà d'espressione garantita dall'art. 10 CEDU nell'ordinamento costituzionale italiano» en VV. AA: *L'informazione il percorso di una libertà*, Volume II, Passigli Editori, Firenze, 2012, p. 203.

<sup>69</sup> STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5º; STC 174/2006, FJ 3º; STC 29/2009, FJ 2º; STC 50/2010, FJ 4º, y STC 79/2014, FJ 4º.

hace entender que, quien ejerza el derecho a la información, aunque no sea profesional, se le exigirá un cumplimiento diligente y veraz como a un periodista.

La comprobación de la correspondencia de los hechos noticiables con la realidad, reposa sobre el mismo fundamento de la libertad de información. Sin embargo, también debemos referirnos a la posible protección constitucional de la información falsa pero diligente, que lesiona otros bienes jurídicos y que respondería al «principio de riesgo permitido justificado», aseverada en la función que desarrolla la opinión pública en nuestros modelos sociales. Por tanto, entenderíamos como veraz la imputación que se corresponda con la realidad, aunque esa realidad pueda ser errónea, siempre que se haya realizado el cumplimiento de los deberes de comprobación<sup>70</sup>. El principio de riesgo permitido justificado, se convierte en un eximente de responsabilidad para el periodista que asume el riesgo de que la información sea falsa, a pesar de haber realizado todo lo posible para verificar y contrastar la noticia. De todos modos, la protección constitucional lleva unos requisitos tasados por la jurisprudencia en los que podemos encontrar si realmente un profesional de la información ha verificado sus hechos noticiables, a través de ese contraste de fuentes. Es por ello que la jurisprudencia en los últimos años, ha establecido todo un canal de presupuestos de comprobación de los hechos objeto de noticia, en donde el elemento fáctico de la redacción de la noticia debe responder a un componente real de verificación.

A pesar de la imperfección de los sistemas democráticos y de los textos constitucionales, que exigen ciertas reformas<sup>71</sup>, hemos de destacar las virtudes que han traído a nuestras sociedades contemporáneas, desarrollando derechos tan básicos como la libertad de expresión y el derecho a la información. Tal y como señala Carrillo, la veracidad es un valor jurídico que opera como límite constitucional de la información<sup>72</sup>, algo de gran importancia en el consenso democrático. La comprensión que hace el Tribunal Constitucional del elemento de veracidad no como un reflejo de la verdad sino más bien siendo un reflejo de la necesaria vigilancia en la búsqueda de lo cierto o de la especial diligencia cuando se contrastan las informaciones<sup>73</sup> ha sido determinante.

<sup>70</sup> Álvarez García, Francisco Javier: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 96-97.

<sup>71</sup> Vera Santos, José Manuel: «La reforma del procedimiento de reforma constitucional», *Revista de Derecho Político* n.º 96, mayo-agosto 2016, p. 17.

<sup>72</sup> Carrillo, Marc: «Derecho a la información y veracidad informativa», *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 23, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988, p. 191.

<sup>73</sup> STC 51/1997, de 11 de marzo, FJ 5º; STC 129/2009, de 1 de junio, FJ 2º y STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4º.

También es importante reseñar la insistencia que la jurisprudencia muestra en la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, negando la protección constitucional a aquellos que transmiten como verdaderos, hechos sin comprobar su veracidad<sup>74</sup>. El Alto Tribunal marca los criterios de protección que deben amparar al informador, desde el momento que hace una fiel vigilancia de la noticia, acercándose a la veracidad de los hechos, o al menos al más alto factor de verdad dentro de las fuentes que contrasta.

El Tribunal Constitucional ha procurado en sus veredictos proporcionar una categoría fundamental a la libertad de expresión y de información en su colisión con otros derechos, al considerarlo como un derecho básico para el reconocimiento y garantía institucional como es la opinión pública libre. Además, conforme ha ido avanzando y desarrollándose los valores democráticos, el Tribunal Constitucional ha definido con mayor profundidad sus fundamentos jurídicos siendo más riguroso en el análisis de estas cuestiones<sup>75</sup>, especialmente cuando la información veraz y los juicios de valor se combinan en un mismo texto periodístico.

En estas reflexiones finales debemos insistir que la veracidad es el presupuesto para considerar que nos encontramos ante una información constitucional protegida, pero en la ponderación de las circunstancias concurrentes, es decir cuando esa libertad de información entra en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales, será el Tribunal Constitucional quien tendrá en cuenta ese interés público de la información. De hecho, no debemos obviar que en líneas generales hemos condicionado la protección constitucional de la libertad de información a que ésta se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz<sup>76</sup>. Con ello, destacamos la función que el Tribunal Constitucional está determinando para definir el concepto de veracidad, así como los elementos subyacentes que caracterizan una información. Una labor de interpretación que, en los momentos actuales, cada vez es más necesario para consolidar un modelo constitucional y democrático, fomentando con ello un ejercicio activo del periodismo con plenas garantías jurídicas.

<sup>74</sup> Véase STC 320/1994, de 28 de noviembre en cuyo FJ 3º se establece que «el derecho a emitir información veraz» ha sido subrayada por este Tribunal en reiteradas sentencias como las SSTC 105/1983, 51/1985, 107/1988, 143/1991, 178/1993. Junto a estas referencias también en un sentido similar podemos citar STC 28/1996 de 26 de febrero; STC 190/1996, de 25 de noviembre y STC 51/1997, de 11 de marzo, entre otras».

<sup>75</sup> Rodríguez Gómez, Eduardo F.: «El Tribunal Constitucional y el conflicto entre la libertad de información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen: revisión jurisprudencial», *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, Vol. 20, Núm. 2, 2014, p. 1212.

<sup>76</sup> STC 68/2008, de 23 de junio, FJ 3º y STC 139/2007, de 4 de junio, FJ 7º.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998
- AZURMENDI ADARRAGA, A. «De la verdad informativa a la «información veraz» de la Constitución española de 1978. Una reflexión sobre la verdad exigible desde el derecho de la información», *Comunicación y Sociedad*, Vol. XVIII, Núm. 2, 2005, pp. 9-48.
- *Derecho a la información: guía jurídica para profesionales de la comunicación*, Ceunsa, Navarra 2001.
- BRAJNOVIC, L. *El ámbito científico de la Información*, Eunsa, Pamplona, 1979.
- CARDONE, A. «L'incidenza della libertà d'espressione garantita dall'art. 10 CEDU nell'ordinamento costituzionale italiano» en VV. AA: *L'informazione il percorso di una libertà*, Volume II, Passigli Editori, Firenze, 2012.
- CARRILLO, M. «Derecho a la información y veracidad informativa», *Revista Española de Derecho Constitucional n.º 23*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988, pp. 187-206.
- CREMADES, J. *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, Ley-Actualidad, Madrid, 1995.
- DE CARRERAS SERRA, L. *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996.
- DE LA CUADRA FERNÁNDEZ, B. «El ejercicio de la libertad de expresión en los medios de comunicación social y sus límites», en *Poder Judicial, N.º. Especial XIII*, 1990, pp. 243-250.
- ESCOBAR DE LA SERNA, L. *Principios de derecho de la información*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ AREAL, M. «El derecho a la información como garantía de libertad» en VV. AA: *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho a la información*, Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, Valencia, 2002.
- «La protección de la verdad en la libre comunicación de los mensajes informativos», en *Poder Judicial, N.º. Especial XIII*, 1990, pp. 201-222.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, R. «Las libertades de información y expresión en el ámbito administrativo» en VV. AA: *La libertad de información y expresión*. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- GARCÍA GUERRERO, J.L. «La libertad de comunicación» en GARCÍA GUERRERO, José Luis: *Los derechos fundamentales. La vida, la igualdad y los derechos de libertad*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2013, pp. 151-209.
- «Una visión de la libertad de comunicación desde la perspectiva de las diferencias entre libertad de expresión, en sentido estricto, y libertad de información», *Teoría y realidad constitucional n.º 20*, UNED, 2007, pp. 359 - 399.
- «Publicidad y libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *Derecho Privado y Constitución, n.º 10*, 1996, pp. 117-146.
- GARCÍA ALCALDE, G. «El valor social de la información un concepto a objetivar», en *Poder Judicial, N.º. Especial XIII*, 1990, pp. 117-122.

- GARDINI, G. *Le regole dell'informazione. Principi giuridici, strumenti, casi*, Paravia Bruno Mondadori, Milano, 2005.
- GAVELA AVELLA, D. «Derecho a la información y medios de comunicación» en *Boletín de la ANABAD, Tomo 49, n.º 3 - 4, 1999*, pp. 77-82.
- GUTIERREZ DAVID, M<sup>a</sup>.E.: *Justicia y medios de comunicación. Claves para la buena praxis de los derechos informativos*, Editorial Fragua, Madrid, 2007.
- HABERMAS, J. *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Gustavo Gili, Barcelona, 1981.
- LUNA PLA, I. «Empoderamiento pro-desarrollo humano con información pública» en VV. AA: *Derecho Comparado de la Información*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Científicas, México, 2013.
- MAGDALENO ALEGRÍA, A. «Libertad de expresión, terrorismo y límites de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político, N.º 69*, UNED, 2007, pp. 181-218.
- «Libertad de expresión y partidos políticos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *AFDUDC, N.º 11*, 2007, pp. 431-449.
- MUÑOZ MACHADO, S. *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988.
- NAVAS CASTILLO, F. «Libertad de expresión y derecho a la información», en Torres del Moral, Antonio: *Libertades informativas*, Editorial Colex, Madrid, 2009.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, D. *El Derecho a la comunicación*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008.
- PÉREZ ROYO, F. «Derecho a la información» en *Boletín de la ANABAD, Tomo 49, n.º 3-4, 1999*, pp. 19-34.
- RODRÍGUEZ, A. «Libertades Públicas I: La libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación» en VV. AA: *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, 6ª edición, Madrid, 2015.
- RODRIGUEZ GÓMEZ, E.F. «El Tribunal Constitucional y el conflicto entre la libertad de información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen: revisión jurisprudencial», *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, Vol. 20, Núm. 2, 2014, pp. 1209-1224.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, J.J. «Libertad de expresión, información y relaciones laborales», en *Revista Española de Derecho Constitucional, N.º 26*, Mayo-Agosto 1989, pp. 165-179.
- TORRES DEL MORAL, A. «Límites de la libertad de comunicación pública y censura», en Torres del Moral, Antonio: *Libertades informativas*, Editorial Colex, Madrid, 2009.
- *Principios de derecho constitucional español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2010.
- URIAS, J. *Lecciones de derecho a la información*, Editorial Tecnos, 2ª edición, Madrid, 2009.
- VERA SANTOS, J.M. «La reforma del procedimiento de reforma constitucional», *Revista de Derecho Político n.º 96*, mayo-agosto 2016, pp. 13-48.
- VILLAVARDE MENÉNDEZ, I. «Introducción histórica a las libertades de información y expresión», en VV. AA: *La libertad de información y de expresión*. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios y Constitucionales, Madrid 2002.



LAS FUNCIONES DE GOBIERNO EJERCIDAS  
POR LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.  
¿ES ACEPTABLE UNA MODIFICACIÓN DE LA  
TEORÍA DE SEPARACIÓN DE PODERES POR  
UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL? EL CASO DE LA  
SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE JUSTICIA DE VENEZUELA 2016-2018\*

*The Government functions exercised by the constitutional  
jurisdiction. Its an acceptable modification of the Theory  
of powers separation by a Constitutional Chamber?  
The Case of the Constitutional Chamber of the Supreme  
Court of Justice of Venezuela 2016-2018*

Emilio J. Urbina Mendoza  
Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela)  
eurbina2005@gmail.com

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp461-497](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp461-497)

Recibido: 30.10.2018

Aceptado: 21.11.2018

---

\* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Urbina Mendoza, Emilio J. 2018. «Las funciones de gobierno ejercidas por la jurisdicción constitucional. ¿Es aceptable una modificación de la teoría de separación de poderes por un Tribunal Constitucional? El caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela 2016-2018». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 461-497. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp461-497](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp461-497).

## **Resumen**

La presente investigación revisa con detenimiento, desde 2016 hasta nuestros días, la reinterpretación al principio de separación de poderes realizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, asumiendo ésta última, funciones gubernamentales exclusivas del Ejecutivo, empleando para ello, mecanismos clásicos de la jurisdicción constitucional. Esta forma de reinterpretación, ha generado actos de gobierno revestidos con las formalidades y consecuencias propias de la sentencia como acto jurisdiccional. A través de la iurisdictio, la Sala Constitucional nos introduce otra vez a la tantas veces criticada manifestación del Poder: el gobierno de los jueces.

## **Palabras clave**

Sala Constitucional; Actos de Gobierno; Sentencias; Jurisdicción constitucional.

## **Abstract**

That investigation carefully reviews, from 2016 to the present day, the reinterpretation of the principle of separation of powers carried out by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, assuming the latter, exclusive governmental functions of the Executive, using mechanisms classics of the constitutional jurisdiction. This form of reinterpretation, has generated acts of government covered with the formalities and consequences of the sentence as a jurisdictional act. Through the iurisdictio, the Constitutional Chamber introduces us again to the so often criticized manifestation of Power: the government of the judges.

## **Keywords**

Constitutional Chamber; Government acts; Statements; constitutional jurisdiction.

---

**SUMARIO:** I. ¿ES ACEPTABLE PARA EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO QUE EL PODER JUDICIAL GOBIERNE A TRAVÉS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL? 1. *La interpretación jurídica en la jurisdicción constitucional como herramienta para disfrazar Actos Gubernativos de Sentencias.* 2. *Actos de gobierno y su configuración en el Derecho administrativo.* 3. *La función jurisdiccional y la incompatibilidad epistemológica con el ámbito de acción de lo «gubernamental».* 3.1. Las relaciones exteriores. El insólito caso del amparo constitucional contra el Reino de los Países Bajos. 3.2. Los estados de excepción. 3.3. Las amnistías. 4. *La Jurisdicción constitucional y las funciones constituyentes. Una Sala Constitucional que se sustituye en la función constituyente.* II. RECAPITULANDO: ¿PUEDE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL GOBERNAR UN ESTADO? BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. ¿ES ACEPTABLE PARA EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO QUE EL PODER JUDICIAL GOBIERNE A TRAVÉS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL?

El siglo XXI debía representar para todo el orbe una regalía de civismo, virtudes y madurez en sus instituciones jurídicas. Venezuela tras haber experimentado, entre 1959 y 1999, sucesivos gobiernos constitucionales, alternativos y democráticos; respetuosos de los períodos constitucionales de la Jefatura de Estado ha terminado por generar polémicas en cuanto a la visión «heterodoxa» del principio de separación de poderes. Tras un ensayo democrático (Brewer-Carías, 2015a) durante el último tramo del siglo XX, la nación suramericana debía enrumbarse hacia estadios propios del «neoconstitucionalismo» (Bernal Pulido, 79 y ss), según el cual, la Constitución más allá de un texto tradicional debe caracterizarse por su denso contenido sustantivo y su omnipresencia en todas las esferas normativas enfocadas hacia los derechos humanos y la democracia. Como anota PRIETO-SANCHÍS (2007), es la *Constitución de los derechos fundamentales donde no hay espacios exentos para su materialización* (Prieto-Sanchis 2016, 263-279; García Figueroa, 2009: 73-97). Este corolario debió acompañar las nuevas tendencias como piedra angular ante las amenazas de los reduccionismos y tentaciones totalitarias del nuevo cuño (Peces-Barba, 1996), donde los custodios de la Constitución deberían conformar un Poder Judicial progresivamente tecnificado y comprometido con los valores democráticos.

Esta debía ser la realidad de una república globalizada, social, democrática y de Derecho. Sin embargo, para finales de la segunda década de este siglo, hemos terminado por desconstitucionalizarnos, desjuridificarnos,

desjudicializarnos y desdemocratizarnos en la precisa y compleja denuncia formulada por el profesor BREWER-CARÍAS (2014a: 534). Salvando las realidades históricas, los últimos 15 años han representado para el venezolano promedio una tensión evidente entre sus libertades y la forma en que el gobierno emplea todos los medios del Estado para intervenirlas porque desea volverlas «revolucionarias» sin ningún respeto a la pluralidad. Millones de páginas se han escrito sobre las carencias en las últimas dos décadas, más creemos que, la descripción que realizó HAFFNER (2009, 11-12) sobre las inclemencias de la Alemania Nazi, son aplicables sin amortizaciones de ningún tipo a los despojos institucionales que todavía queda en pie<sup>1</sup>.

Desde 1999 la jurisdicción constitucional en Venezuela ha sido la encrucijada predilecta entre quienes propugnan la visión bolivariana y el antagónico modelo democrático de partidos y estamentos técnicos. Dos sentencias judiciales iniciaron el proceso constituyente de 1999 (Hernández Carmargo, 2011; Brewer-Carías, 2018), modificando principios básicos en todo estado de Derecho contemporáneo, como es el respeto al principio de separación de poderes. En enero de 1999, la entonces Corte Suprema de Justicia resolvió un recurso de interpretación legal permitiéndole al recién electo Hugo Chávez la celebración de una Asamblea Nacional Constituyente, mecanismo tumultuario que no estaba textualmente consagrado como dispositivo para modificar la Constitución de 1961. Los jueces de la otrora cúspide del Poder Judicial venezolano, comprometidos a la democracia participativa, decidieron realizar una «(...) *interpretación constitucional privilegiando al principio de soberanía popular sobre el principio de supremacía constitucional* (...)».

La jurisdicción constitucional cumple funciones vitales para la estabilidad del estado de Derecho en cualquier país (García-Belaúnde 1999, 121-156; Häberle 2001, 169-182). Es el cauce por el cual los ciudadanos pueden emplear los recursos necesarios para hacer valer la Constitución ante actos estatales contrarios a aquélla. Ha sido desde 1945 un pilar fundamental para el cumplimiento del Derecho, razón por la cual buena parte de la doctrina la bautiza como la jurisdicción de la libertad. En Venezuela dicha jurisdicción posee acciones procesales muy bien delimitadas, a saber:

<sup>1</sup> Señala Haffner: «(...) Dicho Estado exige a este particular, bajo terribles amenazas, **que renuncie a sus amigos, que abandone a sus novias, que deje a un lado sus convicciones y acepte otras preestablecidas, que salude de forma distinta a la que está acostumbrado, que coma y beba de forma distinta a la que le gusta, que dedique su tiempo libre a ocupaciones que detesta, que ponga su persona a disposición de aventuras que rechaza, que niegue su pasado y su propio yo y, en especial, que, al hacer todo ello, muestre continuamente un entusiasmo y agradecimiento máximos** (...)» (Negrillas y subrayado nuestro).

- *El Control Concentrado de la constitucionalidad de los actos estatales* (nulidad de leyes, actos administrativos, reglamentos, ordenanzas municipales, etc.), de conformidad con el modelo de Hans Kelsen.
- *La interpretación constitucional* sobre normas previstas en el texto de la Constitución y sus principios.
- *La acción de omisión legislativa*, donde se le solicita a la jurisdicción que ordene al Parlamento nacional para que dicte una ley en ejecución del principio de reserva legal. De igual manera, en razón del principio federal, la acción sirve para obligar a los parlamentos regionales (Consejos Legislativos de los estados, equivalentes a los Parlamentos autonómicos) para que dicten leyes en mora, así como también, para los Concejos Municipales y sus ordenanzas.
- *La acción de revisión constitucional*, en el cual la Sala Constitucional anula las sentencias del resto de tribunales, cuando sean definitivamente firmes y con autoridad de cosa juzgada, así se hayan agotado los recursos ordinarios (Apelación) y extraordinarios (Vgr. Casación, Invalidez y Nulidad) previstos.
- *El Control Difuso de la constitucionalidad*, mediante el cual todo juez de la República sea cual sea su competencia o grado puede desaplicar una norma legal si en un proceso específico, la misma sería contraria a la Constitución. La Sala Constitucional debe confirmar su aplicación correcta, una vez que cualquier juez de la república haya hecho uso de la técnica.
- *El Amparo constitucional*, instrumento por excelencia para la defensa de los derechos fundamentales conculcados.

Ahora bien, ¿qué sucedería si la propia jurisdicción constitucional decide, en nombre de valores insertos en la Constitución, modificar principios y mecánicas institucionales del funcionamiento del Estado, entre ellos, el principio de separación de poderes sin que pueda ser controlado? ¿Sería constitucional? Intentaremos responder la interrogante en el presente estudio, a la luz de lo previsto en la Teoría Constitucional contemporánea y los dispositivos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano.

La Corte Suprema de Justicia quedó eliminada en la Constitución vigente, dando paso a la creación del Tribunal Supremo de Justicia, cuya Sala Constitucional, ha venido justificando y apropiándose de argumentaciones para responder asertivamente la pregunta supra formulada. Muchos han visto en este accionar contradictorio el contexto del *todo vale postmoderno* (Martínez-Carrasco, 181) cuya principal característica es la desconexión entre las ideas y concepciones sistematizadas por un pragmatismo

capaz de transmutar hasta el concepto mismo del lenguaje jurídico<sup>2</sup>. Se ha comprobado –con la perplejidad de toda la comunidad jurídico-académica nacional e internacional– desviaciones tales como yuxtaponer autores con posiciones claramente definidas y antagónicas, pero, que en los fallos del TSJ terminan formando parte de una adventicia «hermandad» doctrinal, agravada por un reeditado *ius respondendi edicendi con sabor a la bolivariana*<sup>3</sup>. Aunado a esta ligereza en el empleo de técnicas de interpretación constitucional universalmente admitidas, restringe en los justiciables un lacerante «adanismo» capaz de descubrir la «novedosa, fresca, genuina y

<sup>2</sup> La Sala Constitucional ha dejado a un lado esta realidad, para introducir una evidente contaminación de la terminología jurídica venezolana. En este orden de ideas, el 26 de enero de 2006, el entonces magistrado de la Sala Constitucional, Eduardo Cabrera Romero, fue enfático en su discurso de apertura del año judicial venezolano 2006, al catalogar la justicia nacional como un instrumento para que «(...) el pueblo ávido de un cambio social de justicia lo solicitó y fue complacido con la implementación de una legislación acorde con su clamor, en el cual el Estado garantizará el estado de derecho, la equidad y un excelente desarrollo social (...)» (Cursivas nuestras). Posteriormente, durante la apertura del año judicial venezolano 2007 (26/01/2007), el orador de orden en esa oportunidad fue el entonces Presidente del TSJ, Magistrado Omar Mora Díaz. En su discurso logró colar la subordinación del Poder Judicial venezolano a los designios del entonces Presidente de la República, al aceptar un llamado que hiciera el propio Hugo Chávez Frías a todos los órganos del Estado, acerca del ejemplo revolucionario. En la apertura del año judicial venezolano de 2008 (28/01/2008), la entonces Magistrada Luisa Estela Morales señaló la importancia del rumbo judicial que garantice «(...) como un ideal de igualdad y de paz, que los excluidos de la justicia logren encontrarse con sus jueces (...)». Acto seguido, el orador de orden, Magistrado Francisco Carrasquero, fue enfático en la legitimidad que tienen los jueces –sobre todo los que ejercen competencia constitucional– «(...) Especialmente la Sala Constitucional como máxima intérprete de la Constitución Bolivariana. Hoy como nunca la sociedad venezolana tiene un *ampuloso acceso a la justicia humana e igualitaria* para dilucidar los conflictos jurídicos sociales en función de las *necesidades del pueblo (...)*» (Cursivas nuestras). Los discursos citados pueden ser recuperados en la web-site del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, específicamente en el link que archiva las «Notas de Prensa» [<http://www.tsj.gov.ve>]

<sup>3</sup> El *ius respondendi edicendi* era la facultad otorgada por el Emperador en Roma para agraciarse a los juristas cercanos al Estado, donde, sus dictámenes doctrinales tenían el mismo peso y valor que la «leges». En Venezuela, las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, en todas sus salas, llevan una numeración correlativa por año. Además, se las identifica con la fecha y el nombre de la parte actora. Por ejemplo, la sentencia n° 9 (Sala Constitucional), de fecha 01/03/2016 (*Caso: Gabriela Flores Ynserny y otros y la interpretación de los artículos 136, 222, 223 y 265 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*), imprime una fuerza a las opiniones doctrinales de los autores citados en el fallo, llegando a ensamblar una suerte de amalgama de teorías y citas textuales de libros tan extensas, que prácticamente pareciera el dispositivo judicial una suerte de capítulo adicional de las obras invocadas.

necesaria» justicia constitucional revolucionaria<sup>4</sup>. Cualquier disidencia o la más mínima crítica, inmediatamente se cubre con el velo de la censura y la interdicción profesional (Brewer-Carías 2011, 197-204), olvidándose los Magistrados que la crítica de toda decisión judicial es elevado deber ciudadano (Loreto, 403).

Así *–von zeit zu zeit–* es como la Sala Constitucional cincela una peculiar forma dentro de la arquitectura del Estado venezolano, concibiendo la jurisdicción constitucional como el espacio predilecto para coadyuvar en funciones propias de Gobierno, que en nuestro sistema presidencial, le corresponde exclusivamente al Presidente de la República, y en menor medida, al Poder Legislativo Nacional (Asamblea Nacional). Desde 2012, nuestro máximo tribunal ha secuestrado la voluntad popular alegando cualquier tipo de tecnicismo inaceptable para cualquier doctrina constitucional. Ha administrado los tributos y su forma de regulación contraria a las leyes tributarias aprobadas por el parlamento (Brewer-Carías 2007, 193-209). Ha legislado en forma positiva, e inclusive, modificado reglas de la naturaleza como fue el caso de la continuación de un período constitucional presidencial cumplido (2007-2013), estando su titular (Hugo Chávez) ausente para su juramentación<sup>5</sup>. Se ha instaurado así una dictadura judicial (Brewer-Carías 2016).

<sup>4</sup> Por ejemplo, la Sentencia n° 1683 de fecha 4.11.2008 (Caso: *Nulidad Parcial de la Ley Orgánica de la Defensoría Pública Nacional*), representa la más acabada expresión del «adanismo jurídico», al afirmar sin mayor pudor que desde que se constituyó la Sala Constitucional del TSJ, la justicia constitucional ha logrado avances tan significativos, que hasta el troncal principio de separación de poderes es una expresión «conservadora», propia de una anacrónica justicia constitucional.

<sup>5</sup> La Constitución venezolana de 1999 contempla que la fecha *carpe diem* para la toma de posesión del Presidente de la República como Jefe del Estado venezolano. El artículo 231 contempla: «(...) El candidato elegido o candidata elegida tomará posesión del cargo de Presidente o Presidenta de la República el diez de enero del primero año de su período constitucional, mediante juramento ante la Asamblea Nacional. Si por cualquier motivo sobrevenido el Presidente o Presidenta de la República no puede tomar posesión ante la Asamblea Nacional, lo hará ante el Tribunal Supremo de Justicia (...)». El Presidente Hugo Chávez viajó a Cuba en fecha 08/12/2012, en razón de su delicado estado de salud. Había ganado las elecciones en octubre de 2012, comenzando su nuevo período el 10 de enero de 2013 hasta el 10 de enero de 2019 (6 años). Sin embargo, una ciudadana supuestamente preocupada, introduce ante la Sala Constitucional un recurso de interpretación constitucional del artículo 231. La sentencia fue la n° 02 del 09.01.2013 (Caso: *Recurso de Interpretación incoado por Marelys D'Arpino*), estableciendo que por razones de «continuidad administrativa», podía el Vicepresidente encargado (Nicolás Maduro) asumir el cargo de Hugo Chávez sin estar presente el titular. En fin, fue un dilate de monumentales dimensiones, pues, confundió *–ex profeso–* los conceptos de continuidad administrativa a los límites que implica la finalización o inicio de un período constitucional.

Con la jurisdicción constitucional, el máximo tribunal venezolano incursiona de forma nada sutil en las labores propias de gobierno. Es decir, ha invadido las competencias constitucionales atribuidas exclusivamente al Presidente de la República y a la Asamblea Nacional para asumir funciones políticas, como es gobernar. Ha trasmutado algunas de sus sentencias en actos gubernativos, aunque conceptualmente no se verifique así en la doctrina constitucional más autorizada. De esta manera, siendo la Asamblea Nacional víctima de una justicia política –en el sentido formulado por OTTO KIRCHHEIMER–, cobra sentido hablar del *gobierno judicial venezolano*, como forma para naturalizar la más temida de las desviaciones tiránicas estudiadas y denunciadas desde el TALMUD hebreo<sup>6</sup> hasta MONTESQUIEU: el «Gobierno de los Jueces» (Lambert 2009; López Daza 2011: 169-193).

Ahora, más allá de cuestionarnos la politización evidente del Poder Judicial venezolano –*que sería un mal menor presente en casi todas judicaturas* (Zagrebelsky 2008: 37-41) *comparado con el Gobierno de Jueces*– lo que debemos abordar es cómo y el por qué se permite que la jurisdicción constitucional sea el territorio donde la Sala Constitucional co-gobierna con el Gobierno Nacional, valga la redundancia, en el término estricto de la palabra. Es decir, se emplea la «*iurisdictio*» para etimológicamente «(...) *Mandar con autoridad o regir algo* (...)» (DLE 2001, 1141) y no precisamente materias propias de una Litis en el sentido procesal del vocablo. Entonces, ¿cómo la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes (MONTESQUIEU DIXIT 1995, 111), terminan por no sólo torcer esas leyes sino gobernar, es decir, mandar políticamente sobre una nación?

Si partimos que en Venezuela la Sala Constitucional comparte el gobierno con el Presidente de la República y la Nomenclatura del partido gobernante, entonces, buena parte de sus sentencias, ¿podrían considerarse actos gubernamentales?. La pregunta resulta capital. En España se ha buscado respuestas sin agotar la materia para la temática conexas, como en su día, por citarlo, el profesor GREGORIO PECES-BARBA argumentara el tema del gobierno de los jueces:

«(...) A ese fenómeno [gobierno de los jueces] que ha consolidado el poder de los jueces hay que añadir otros más actuales, como la tendencia del legislador a delegar en los jueces decisiones complejas que comprometen a los representantes políticos y que prefieren no resolver. También la ampliación de los procedimientos judiciales y de los ámbitos de decisión judicial en materias tradicionalmente atribuidas a la Administración, en lo que los americanos llaman la expansión del *due process of law*, y la juris-

<sup>6</sup> «(...) *Desgraciada la generación cuyos jueces merecen ser juzgados* (...)» (TALMUD).

dicción universal, en los casos de genocidios, delitos contra el Derecho de Gentes o contra la Humanidad, han incrementado aún más el poder de los jueces (...)

(...) Los análisis sobre el crecimiento del poder, sobre su tendencia a abusar hasta que encuentra límites, sobre la arrogancia y sobre el despotismo que puede resultar de la falta de control, ahora, en este umbral del tercer milenio, **se han trasladado al Poder Judicial**, y aparecen ya en la realidad fenómenos concretos de ese abuso y de esa corrupción. También ese sentimiento de poder que siente el colectivo de los jueces y las demás instituciones y la sociedad entera potencia el corporativismo y el espíritu de cuerpo. **Hemos pasado de la nada al todo, y la nueva situación exige reflexiones sobre la limitación de ese poder desbordado y sin control.** (...)

(...) El imperdonable exceso del Tribunal Constitucional, opinando en su sentencia sobre el tema y prefiriendo ese sistema, frente al que declararon constitucional, es otro signo de ese abuso de posición dominante de unos jueces que carecen de control y de vigilancia y que por eso deberían extremar su rigor. Los jueces ordinarios se apoyan en esa opinión incompetente de los jueces constitucionales y unos y otros confirman nuestra preocupación y nuestro diagnóstico. En el horizonte se atisba un poder excesivo por la rebelión de los vigilantes. En los orígenes del mundo moderno, en el primer Estado estamental, el despotismo se inició de manera similar (...)» (Peces-Barba 2000) (Negrillas y subrayado nuestro)

Del texto resaltamos dos notas características que arrojan pistas en la construcción de nuestra argumentación sobre el empleo de la jurisdicción constitucional como instrumento para ejercer funciones políticas de gobierno.

Primero, la delegación por pigracia, conveniencia o comodidad del legislador. El Ejecutivo Nacional venezolano ha cedido de una forma *sui generis* a la Sala Constitucional del TSJ, materias «políticas» propias de la Presidencia de la República. Pudiera ser una arista paradójica de la sociedad del pensamiento cínico (Sloterdijk 1989, 32) donde por «comodidad» delegan responsabilidades y potestades que pueden ser perturbadoras al Poder Judicial (Nieto García 2007, 153-154). En relación a la comodidad del legislador, vale la pena resaltar el comportamiento del grupo parlamentario mayoritario (PSUV) de la Asamblea Nacional durante los períodos constitucionales 2006-2011 y 2011-2016, donde se delegaba, sin la escrupulosa selección, las facultades normativas para que el Ejecutivo dictara Decretos-Leyes<sup>7</sup> o bien,

<sup>7</sup> La Constitución venezolana contempla, en su artículo 236.8 estatuye: «(...) Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: (...) Omisión (...) 8. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley (...)». Cinco han sido las denominadas Leyes que autorizan al Presidente de la República para dictar Decretos con fuerza de ley en la materia que se delegan durante los últimos años (1999-2018). Ya en vigencia de la Constitución Bolivariana de 1999, se publicaron cuatro leyes habilitantes, tres para el fallecido Presidente Hugo Chávez Frías (1999-2013) y una para el

mediante el empleo ofensivo de la acción de omisión legislativa para designar por sentencia a los Rectores del Consejo Nacional Electoral<sup>8</sup>, lo que en doctrina no dudó en calificarse como un genuino «golpe de Estado» (Brewer-Carías 2014b, 495-518).

Es innegable que al incursionar en ámbitos competenciales propios de la Asamblea Nacional, se asumen también parte de las funciones propias que pudieran implicar funciones políticas por la composición del órgano constitucionalmente competente para designar. Es como si el Tribunal Constitucional Español, en razón de una Omisión del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), decida, mediante una sentencia, el nombramiento de los ocho (08) vocales Magistrados que integran la Junta Electoral Central, a pesar de contemplarse un procedimiento en la vigente Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General (Art. 9.1)

Segundo, esta delegación ha envilecido al máximo órgano del Poder Judicial venezolano, al creerse en el imaginario judicial una supremacía sobre el resto de los órganos del Poder Público, lamentablemente transformado en ethos corporativo a través del mecanismo del precedente jurisprudencial (Escovar 2005, 17-18; Trapet 2003, 117-135) y que se sabe difícilmente ser controlado, resaltando la vieja interrogante en materia constitucional: *Quis Custodiet Ipsos Custodes*.

Cuando la Sala Constitucional se arroga estas potestades para gobernar y complacer las directrices del alto gobierno nacional, empleando sentencias, sin prestar las más mínima atención a los fundamentos consolidados del constitucionalismo y la hermenéutica moderna donde sus poderes jurisdiccionales sólo deben circunscribirse a la interpretación de normas y principios de la Constitución; queda al descubierto su debilidad institucional tras la aparente voracidad activista y propagandística. Creerse ser el más fuerte cumpliendo los caprichos y designios de quien ejerce el gobierno imprime una forma sutil de esclavitud que lamentablemente la terminamos pagando todos los ciudadanos al ver con sospecha cualquier actuación en y los tribunales (Canovas et. al, 2014).

---

Presidente Nicolás Maduro Moros, estas fueron publicadas en las siguientes Gaceta Oficiales: 1.- N° 37.076 del 13 de noviembre de 2000. 2.- N° 38.617 del 1 de febrero de 2007. 3.- N° 6.009 del 17 de diciembre de 2010, y 4.- N° 6.112 del 19 de noviembre de 2013.

<sup>8</sup> En Venezuela, el Consejo Nacional Electoral es el órgano rector que se encarga constitucionalmente de ser el garante de todos los procesos electorales válidamente celebrados. Existe un procedimiento previsto en la Constitución para su designación (Art. 296). Sin embargo, la última designación se realizó vía una sentencia de la Sala Constitucional. En la sentencia n° 1865 de fecha 26.12.2014 (Caso: *Diosdado Cabello Rondón*), el accionante en su condición de Presidente de la Asamblea Nacional para ese momento, solicitó la designación de los Rectores del Consejo Nacional Electoral en virtud de una omisión legislativa de la propia Asamblea que presidía.

Expuesto así un sumario de lo que se abordará en las próximas páginas, nos circunscribiremos en la revisión del problema sobre la ruptura del principio de separación de poderes cuando el Poder Judicial, en uso de la jurisdicción constitucional, decide *co-gobernar por vía de sentencias y procedimientos de control constitucional*. No pretendemos abordar el quid del problema desde la crítica al activismo del TSJ o la creación judicial que acaparó la atención de investigaciones iusfilosóficas durante la década pasada (Canivet 2006, 7-32; Horn 2010, 183-192; Asis Roig 1994; 913-928; Gascón 2016, 204-215). Tampoco lo estudiaremos como vicio de usurpación de funciones, éste último, pieza indispensable del consolidado discurso del contencioso-constitucional global. Ambos ejes temáticos han sido abordados con la rigidez metodológica exigida para las ciencias jurídicas por la doctrina consolidada a cuyos estudios me remito.

Debemos advertir que este problema de usurpación funcional de gobierno por la Sala Constitucional, ha venido empleándose desde hace una década, acelerándose en los últimos cinco años desde el ascenso a la Presidencia de la República de Venezuela por Nicolás Maduro Moros en diciembre de 2012. Además, aunque suene contradictorio, la propia Sala Constitucional en uno de sus pocos fallos ajustados a Derecho (Sentencia n° 2.036 de fecha 19.08.2002, Caso: *Plaza Suite I, C.A.*), fue enfática al sostener que:

«(...) la **función jurisdiccional es una actividad reglada**, que **debe adecuarse** a ciertos parámetros interpretativos establecidos de **manera previa y formal por el Legislador**, donde la aplicación indefectible por el Juzgador de ciertas consecuencias jurídicas se impone, ante determinados presupuestos de hecho. Esta actividad reglada previene fórmulas de actuación para la magistratura en virtud de la cual si bien el Juez dispone de la posibilidad de emitir juicios de opinión que obedezcan a su particular manera de comprender las situaciones sometidas a su conocimiento y posee un amplio margen interpretativo, debe, sin embargo, ceñirse en su actividad decisoria a los postulados legales que regulan tal actividad (...)»(Negrillas y subrayado nuestro)

Dilucidado el asunto metodológico sobre cómo abordaremos la temática desarrollada, es necesario exponer nuestra óptica. Trabajaremos el problema partiendo de los límites epistemológicos de la Sala Constitucional como órgano del Poder Público con sus restricciones funcionales, es decir, hasta dónde puede éste tribunal decantarse por una decisión interpretativa que se volverá sentencia sin que la misma implique inmiscuirse en la función de gobierno con alto componente político-ideológico. Es un tópico evidentemente hermenéutico, producto quizá del abandono del discurso estructural hegemónico que giraba en torno a la teoría de la ley, para ahora mover el péndulo del koiné jurídico hacia la hermenéutica (Vattimo 1988, 101-103). En

fin, busquemos que el TSJ retorne a su misión única y exclusiva: Hacer valer la Constitución en su esencia democrática.

### 1. *La interpretación jurídica en la jurisdicción constitucional como herramienta para disfrazar actos gubernativos de Sentencias*

El problema de la interpretación jurídica como mecanismo de gobierno jurisprudencial no puede considerarse única patología de la Sala Constitucional del TSJ venezolano. Ya la discordia salió a relucir a finales de 2000 con motivo de una sentencia que pudiéramos calificar de «escandalosa» por el evidente empleo de conceptos político-ideológicos para seleccionar la decisión interpretativa finalmente asumida como ejecutoria. Hacemos referencia al célebre caso *George W. Bush et al, petitioners Vs. Albert Gore Jr. et al. On writ of certiorari to the Florida Supreme Court*. (10/12/2000)<sup>9</sup> de la Suprema Corte de los Estados Unidos donde los jueces terminaron por sustituirse en los electores imponiendo como ganador del 43º Presidente de los EEUU al candidato del partido republicano. Con este fallo, el mítico sayo del más elevado y ejemplar garante constitucional en el mundo libre (Sutherland 1963, 5), terminó por desnudar una realidad que en nada se diferencia con la actividad judicial de la Venezuela bolivariana.

Desde entonces, en varios países se ha vivido una suerte de neojudicatura donde inclusive, como ha ocurrido en el caso venezolano, la cabeza del poder judicial haya acariciado y defendido la idea de erradicar la separación de poderes por entender que esta teoría *debilita la acción misma del Estado* como de forma insólita fue sugerida por la entonces Presidenta del TSJ venezolano, Magistrada Luisa Estela Morales Lamuño<sup>10</sup>. También, manifestación apologética del populismo judicial, está en la nueva terminología jurisdiccional vinculada a conceptos como «justicia funcional y popular» (Urbina 2010, 363-375) o «antiformalismo jurídico», acuñados en medio de un proceso de

<sup>9</sup> Sentencia consultada en: Cornell University. Legal Information Institute: *Supreme Court Collection* [En línea] En: <<http://www.sup.law.cornell.edu/supct>>

<sup>10</sup> Véase el discurso de la ex-magistrada y ex-presidenta del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Luisa Estela Morales Lamuño, con motivo a la inauguración del I Congreso Internacional 10º aniversario de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (08/12/2009). En su intervención textualmente señaló «(...) *el Alto Juzgado del país se enaltece con la presencia del Primer Mandatario Nacional [Hugo Chávez]. Por primera vez un Jefe de Estado venezolano asiste a esta sede para exponer su mensaje en el marco de un acto de esta naturaleza, pero importante es señalar que le invitamos, Presidente, a traspasar esa barrera que deriva de una odiosa separación o división de poderes, creada para impedir que el encuentro constante para discernir sobre los temas que por ser de interés para el Estado nos son comunes, en esta oportunidad la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, su primera década y su vigencia (...)*».

ideologización donde la «anomalía» termina siendo el referente y los valores jurídicos inmutables y universales (Vgr. Principio de la legalidad, seguridad jurídica, etc.) son intrusiones o reliquias colonizadoras, o lo que es igual: ¡El mundo alrevés!

Paralelamente, y quizá siendo lo más paradójico para justificar el anterior estatus quo judicial, se ha tomado la iniciativa por enfatizar en la hermenéutica jurídica no tanto como efecto de la quiebra del discurso estructuralista para el abordaje de las instituciones y realidades –incluyendo las propias del Derecho– sino como el poder jurisdiccional para justificar cualquier dispositiva en una sentencia que presume ser válida a los ojos de un régimen político que poco importa si cumple estándares técnicos. Lo importante es ser útil y sostener los cometidos revolucionarios. Así, la hermenéutica termina transformándose como el instrumento donde la ley o cualquier orden normativo son meros obstáculos para la misión activista judicial, donde, según las advertencias de OTTO BACHOF (1987, 61) «(...) *no es posible una separación clara entre las cuestiones políticas y jurídicas, a que en las decisiones sobre actos políticos triunfa necesariamente la vinculación política del que juzga y avasalla al Derecho (...)*».

No es cándido este comportamiento del TSJ, más allá del análisis de la hermenéutica jurídica como la prototípica función constitucional, o bien, en el concepto más tuciorista de la ética judicial. Con la interpretación se logra acallar toda voz disidente del actual modelo político, donde, la Asamblea Nacional electa democráticamente en diciembre de 2015, es el objetivo a derribar porque sus 2/3 partes son parlamentarios antagónicos al socialismo chavista. Por más que el órgano legislativo nacional intente establecer un diálogo con la jurisdicción, como bien expone el profesor CASAL HERNÁNDEZ (2015, 469-490), ésta última termina golpeándola con una contundencia tal hasta llegar al absurdo de anular todas las decisiones que tome hacia el futuro (cfr. sentencia n° 808 de fecha 02.09.2016), olvidando el TSJ que las nulidades sólo operan sobre actos que efectivamente se hayan materializado y sean contrarios a Derecho.

Con estas herramientas discursivas, la Sala Constitucional va imponiendo una concepción del estado de Derecho donde la jurisprudencia también sirve para gobernar. Siendo así la realidad, de nada nos servirá cristalizar el juez «incorruptible», inclusive, si el modelo político revolucionario logra de una vez por todas que todos los magistrados de dicha Sala sean éticamente correctos y no sucumban a la tentación monetarista. Vamos a pensar que nos encontramos en ese jauja prometido donde los jueces sean herméticos a las dádivas y se comporten como el más virtuoso de los ciudadanos. Cabría también hacernos la misma pregunta que hace más de una década formuló EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (2001) ¿por qué todavía –y quizá agravada– las soluciones a una cuestión de aplicación del Derecho admita una interpretación política –o al menos, normalmente–?

## 2. Actos de gobierno y su configuración en el Derecho administrativo

La Sala Constitucional ha incursionado en sus sentencias contra la Asamblea Nacional ejerciendo impropriamente funciones de gobierno, o también denominadas políticas, como explicaremos más adelante. Este comportamiento ya venía siendo preparado, primero, allanando un camino discursivo muy maleable en relación a cómo entender conceptos básicos como hermenéutica e interpretación, para después, irrumpir de forma abierta sobre actividades políticas. Desde la sentencia n° 1.309 de fecha 19.07.2001 (Caso: *Recurso de Interpretación Constitucional accionado por Hermann Escarrá Malavé*), la Sala muestra sus inclinaciones sobre cómo:

«(...) El carácter tópico o retórico de la nueva teoría de la interpretación permite constatar, sin dificultades, que el problema de los límites de los derechos fundamentales y del posible conflicto entre éstos (libertad contractual / protección al consumidor, libertad de expresión / protección al honor, pacta sunt servanda / rebus sic stantibus, libertad de expresión / derecho de réplica, favor libertatis / favor Constitutione, por ejemplo), requiere la identificación del criterio con que deba resolverse el problema según el proyecto axiológico de la Constitución, aparte del reconocimiento de la diferencia entre la teoría normativa de la interpretación y sus variantes ideológicas (J. Wróblewski, Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica, Madrid, Civitas, 1985, pp. 57 y ss.).

Como la interpretación está **condicionada material e ideológicamente**, una teoría descriptiva de ella es algo muy distinto de las ideologías interpretativas. Para aproximarnos a un tratamiento lo más objetivamente posible del asunto, es necesario hacer una teoría normativa de la interpretación jurídica y de sus métodos. Ello significa que una tal teoría normativa ofrece **opciones hermenéuticas que la decisión política maneja para decidir**.

Aunque haya una tipología consistente de esas opciones, la dimensión política (la opción por la mejor teoría política immanente al sistema como dice Dworkin) del escogimiento es un compromiso pragmático y axiológico. Los intereses y los valores forjan la decisión dentro de su marco de posibilidades técnicas y es necesario hacer valer buenas razones para justificarla. En el juego hermenéutico, por supuesto, **la ideología es importante, pese a que la oportunidad de poder juzgar y el juego de fuerzas que opera tras el conflicto, restringe el impacto del elemento ideológico**. Por eso, hablar de interpretación estática (segura y predictiva) o dinámica (variable y progresiva) tendientes, respectivamente, a la seguridad y a la justicia, no forma parte de la teoría normativa de la interpretación sino de una **teoría ideológica de la función judicial**.

Con razón se ha dicho que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución), y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con **la mejor teoría política que subyace tras el**

**sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (interpretatio favor Constitutione) (...)**  
(Negrillas y subrayado nuestro)

Este primer adelanto que si bien no pasó tan desapercibido, debió generar todo tipo de alarmas en la comunidad jurídica de su tiempo. Se cruzó una frontera que anteriormente, ni la extinta Corte Suprema de Justicia ni los tribunales decimonónicos venezolanos controlados por caudillos militares se habían atrevido siquiera mencionar que con la política se construían decisiones judiciales. La Sala Constitucional nacida en 1999, impuso, cual zafia novedad interpretativa, un modelo hermenéutico que favorecería no sólo la intromisión política, sino también, que la jurisdicción mangoneara en los asuntos del Gobierno donde ni siquiera estaba planteado cuestionamiento alguno de su constitucionalidad.

En este punto queremos expresar que los actos políticos del Estado si bien es cierto no están exentos de control jurisdiccional como ha sido su origen en el Derecho público francés, la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia venezolana<sup>11</sup> había trazado una nítida línea argumental sobre qué es en sí lo que se controla. Sólo debía la CSJ revisar si el acto mismo fue dictado bajo los estándares y dispositivos previstos en la Constitución. Los méritos políticos *no son controlables por cuanto los jueces están obligados a decidir conforme a Derecho, no conforme a estándares políticos*.

Este límite hermenéutico será erosionado en la medida que todo el país caía bajo el discurso hegemónico del chavismo, así como, nuevos magistrados sucedían los despachos. De manera que, lo que sería un tímido pero firme inicio de la «nueva teoría de la interpretación», incrementaría sus decibeles tras la sentencia n° 301 de fecha 27.02.2007 (Caso: *Adriana Vigilancia García y Otros, Nulidad de la reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta*), la cual, fue objetada de forma categórica y sin reservas políticas de ningún tipo por la Asamblea Nacional de ese entonces (2006-2011)<sup>12</sup>, curiosamente, controlada sin oposición alguna por el mismo oficialismo chavista. Posteriormente serían las sentencias n° 1.889 del 17.10.2007 (Caso: *Ramón Alfredo Aguiar y otros, Nulidad de la Ley Orgánica del Trabajo*), la n° 1.368 del 13.08.2008 (Caso: *Héctor Zerpa Arcas, Nulidad del decreto presidencial n°*

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia/Sala Plena. Sentencia del 11.03.1993 (Caso: *Nulidad de los Decretos Presidenciales dictando estados de excepción*). Consultada *Revista de Derecho Público*, n° 53/54 (1993): 155.

<sup>12</sup> Asamblea Nacional. *Acuerdo mediante el cual esta Asamblea rechaza de la manera más categórica, el numeral 2, del dispositivo de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 01-2862 de fecha 27 de febrero de 2007*. Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (equivalente al BOE), n° 38.651 de fecha 23.03.2007.

2.387 del 29.12.1983) y la n° 1.049 del 23.07.2009 (Caso: *Rafael Badell Madrid y otros, Nulidad de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*), las que prepararían el camino para que el actual TSJ gobierne con sus sentencias enfiladas hacia la escocedura del poder constitucional de la Asamblea Nacional actual y asuma decisiones políticas que sólo le corresponden al Presidente de la República. Todos estos fallos fueron relajando las fronteras funcionales del Poder Público, haciéndonos creer que luego de 1999, se introducía una novedosa colaboración orgánica entre los órganos del Estado (Brewer-Carías 2012b, 201-213), donde es aparentemente normal que los tribunales también puedan «gobernar».

Con una década completa de antecedentes de atenuación paulatina de los confines epistemológicos del discurso jurisprudencial, una vez consumada la victoria electoral de la oposición democrática en diciembre de 2015 asumiendo la mayoría de la horquilla de curules en la Asamblea Nacional (mayoría calificada de 2/3 partes); los mecanismos de conservación del poder político fueron activados por el chavismo. Por eso, las sentencias que aparecen en 2016 y 2017, no deben considerarse una sorpresa. Hoy, es indudable que cogobierna la Sala Constitucional junto al Presidente Nicolás Maduro Moros. Ha dictado *actos de gobierno disfrazados de fallos judiciales*, combinando los elementos propios de ambos actos estatales, los cuales, pueden ser una mortal concordancia para el régimen republicano y democrático instaurado en la Constitución de 1999.

Los actos de gobierno han estado presentes en Venezuela no sólo en la discusión doctrinal del Derecho administrativo, sino en la propia jurisprudencia constitucional de la antigua Corte Suprema de Justicia anterior a la Constitución de 1999. Doctrinalmente «(...) *el acto de gobierno no ha sido definido expresamente, ni por la Constitución, ni por ninguna ley (...)*» (Alfonzo 1992, 9). Esta ausencia permitiría introducirlos de forma *sui generis* en Venezuela, a pesar de su mocedad como actos donde el principio de la legalidad sufría restricciones según el profesor ELOY LARES MARTÍNEZ (2001, 174-175) al comentar la doctrina francesa del Acto de Gobierno.

Así, la teoría del acto de gobierno que en Europa ha servido para explicar y fundamentar ciertas actuaciones estatales marginales exentas de control judicial (Jèze 1948; Hauriou 1927; Duguit 1928; Vedel et Devolvé 1980), que sufriría tres etapas nítidamente distinguibles (*período del móvil político, período de la naturaleza política del acto y el período de lista jurisprudencial*) terminó amoldándose a características que sólo están presentes en Venezuela, y que a pesar de la negativa del maestro LARES MARTÍNEZ por supuesta inutilidad de la noción (2001, 179); sí ha resultado imprescindible para justamente controlar la constitucionalidad de los actos donde el móvil no está sujeto a las hipótesis legales, sino, a los principios de la Constitución.

Por acto de gobierno, se entiende en Venezuela como el acto estatal que, por ser dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución por el Presidente de la República, en ejercicio de *funciones políticas*, sólo puede ser controlado jurisprudencialmente por razones de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Brewer-Carías 2012c, 11-16). Según la definición propuesta por el profesor BREWER-CARÍAS —empleando preponderantemente el criterio formal—inclusive, citada textualmente por la propia Sala Constitucional en alguna oportunidad haciéndola como suya (Sentencia n° 880 de fecha 01.08.2000, Caso: *Domingo Palacios Acosta*), tres notas caracterizan a esta tipología de actos estatales:

- Es dictado en *ejecución directa e inmediata de la Constitución*, por lo tanto, su jerarquía normativa está al mismo nivel que la Ley, sea dictada por el Parlamento venezolano o por Decreto-Ley del Presidente. En este aspecto BREWER advierte que el legislador no tiene competencia para regular los actos de gobierno, salvo, los estados de excepción (Brewer-Carías 2012c, 16) porque así lo dispone expresamente el artículo 338 de la Constitución.
- Sólo puede dictarlo el *Presidente de la República* en uso de sus atribuciones conferidas expresamente por la Constitución.
- Sus méritos se encuentran fundamentados en la *función política atribuida al ejercicio del gobierno*, en el sentido estricto de la palabra. La función política o de gobierno forma parte de las cinco funciones que conforman el modelo divisorio horizontal del Poder Público venezolano según el texto constitucional de 1999 (normativa, política, jurisdiccionales, contraloras y administrativas) (Brewer-Carías 2012a, 134-139). Se caracteriza por el móvil que se circunscribe a la noción histórica conocida como «razones de Estado» (Brewer-Carías 2012c, 161-164) ajenas al control parlamentario o legal ordinario, quedando sólo la sumisión de los mismos a la Constitución y sus principios rectores.

A simple vista luce inconcebible, tanto en Europa como en Venezuela, que una sentencia de la Sala Constitucional se equipare a un acto de gobierno. A ello debe sumársele que la propia Sala decidió suspender cautelarmente algunos artículos del Código de Ética del Juez Venezolano, autoexcluyéndose de la aplicación de sus preceptos, es decir, los magistrados actúan como si no fueran jueces<sup>13</sup>. Aunque a veces pareciera no aceptarlo el TSJ, sus

<sup>13</sup> Sentencia n° 516 de fecha 07.05.2013 (Caso: *Nancy Castro de Várvaro, Nulidad del Código de Ética del Juez y Jueza Venezolana*). Expediente 09-1038. La Sala ratificó

sentencias son dispositivos judiciales caracterizados por el ejercicio de la función jurisdiccional. A pesar de la colaboración orgánica de los poderes, sólo los tribunales dictan sentencia según los requisitos del Código de Procedimiento Civil (Art. 243).

Las sentencias se fundamentan en las premisas mayores del silogismo judicial clásico, es decir, se encuentran subordinadas a las disposiciones legales (legalidad formal), siendo nula toda sentencia que sea fundamentada fuera del bloque de legalidad<sup>14</sup>. Estos fallos sólo pueden dictarse al existir una controversia bien sea de naturaleza patrimonial, personal, o inclusive, de ausencia de certeza (sentencias mero-declarativas) según lo previsto en los artículos 16 y 243 del CPC venezolano (TSJ/SC, sentencia n° 904 de fecha 14.05.2007, Caso: *La Quinta Urbina Bienes Raíces, S.A. Vs. Ministerio del Ambiente y Recursos Naturales Renovables*). Lo fundamental para justificar la función jurisdiccional sería entonces la existencia permanente de un interés procesal. Inclusive, en las actuaciones de oficio, lo que motora al juez para actuar inquisitoriamente es la existencia de un interés procesal público que debe ser tutelado. Finalmente, las decisiones judiciales, una vez agotado los recursos ordinarios y extraordinarios para su revisión, gozan de la garantía de la *cosa juzgada*, es decir, que las materias decididas según lo alegado y probado en autos, no puede volver a ser reexaminada jurisdiccionalmente.

---

la suspensión cautelar en su sentencia n° 6 del 04.02.2016 dada la reforma del citado Código en diciembre de 2015. Existe también aclaratoria a la sentencia n° 6, en la sentencia n° 235 del 29.03.2016 solicitada por el Presidente del Tribunal Disciplinario Judicial.

<sup>14</sup> Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil Venezolano. En este sentido, la propia Sala Constitucional en sus primeras etapas establecería (sentencia n° 625 del 09.05.2001, Caso: *CANTV*) «(...) la función jurisdiccional implica un proceso de cognición realizado por los jueces, que persigue la aplicación del Derecho, en su sentido más amplio, a determinadas situaciones o relaciones fácticas que le son sometidas para su comprensión. Entendida así tal función, es necesario precisar que en la ejecución de su misión, los tribunales gozan de independencia, no sólo con respecto a los demás órganos del Poder Público, sino que además los jueces son autónomos e independientes cuando conocen y deciden un caso concreto, siendo soberanos en sus decisiones y en la apreciación de los hechos en que se fundamentan. De tal afirmación se desprende que, la inferencia desarrollada por el juez en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas –*quaestio iuris*– a los hechos comprobados –*quaestio facti*–, elementos a los cuales se encuentra vinculado, lo mantienen al margen de cualquier intromisión exterior, y en tal sentido, el ordenamiento jurídico le permite establecer con absoluta independencia las soluciones jurídicas que encuentre más adecuada para resolver el conflicto planteado, a través de una libre actividad intelectual que desarrolla en la realización del derecho, dentro de los límites impuestos por ese mismo conjunto normativo (...).».

### 3. *La función jurisdiccional y la incompatibilidad epistemológica con el ámbito de acción de lo «gubernamental»*

Pero, muy a pesar de la claridad doctrinal expresada en las líneas anteriores, y sabiendo que nosotros los abogados pensamos y trabajamos con «realidades» de este mundo con instrumentos racionales que «no son de este mundo» (De Ángel 2008, 243), pudiéramos plantearnos una interrogante: ¿Qué ocurriría si la Sala Constitucional en uso de sus poderes jurisdiccionales amplísimos no resuelve un conflicto de intereses sino que a través de algunas de sus sentencias «crea el conflicto», es decir, «construye desde la nada una Litis hipotética» abusando de la actuación de oficio dentro de la jurisdicción constitucional?

Estas sentencias sólo tendrían el interés procesal de proteger al gobierno (Poder Ejecutivo), ayudándolo para que desarrolle actos propios de la función gubernamental. Su fundamento nunca subyacería de un problema de constitucionalidad, sino que originan un conflicto procesal inexistente para así tomar decisiones que sólo están reservadas al Presidente de la República y en menor medida a la Asamblea Nacional (Parlamento) en el *ejercicio de funciones políticas*, entendidas éstas últimas como aquellas que no se encuentran condicionadas legalmente, y que como dice BREWER, *exceden de la administración normal de los asuntos del Estado* (Brewer-Carías 2012c, 29).

La doctrina (Brewer-Carías 2012c, 27) numera estos actos de gobierno dictados exclusivamente por el *Presidente de la República*: a. Indultos, b. Relaciones exteriores, c. Decisiones como Jefe de las Fuerzas Armadas, d. Estados de excepción, e. Restricción de garantías y disolución de la Asamblea Nacional en el caso que se produzcan tres votos de censura contra el Vicepresidente<sup>15</sup>. También, la *Asamblea Nacional*, así no dicte actos de gobierno, comparte la función política cuando pondera el mérito para discutir y sancionar la legislación, dictar amnistías y ejercer el control político al

<sup>15</sup> El artículo 240 de la Constitución venezolana de 1999 contempla una extraña forma de intromisión del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo: «(...) *La aprobación de una moción de censura al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, por una votación no menor de las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, implica su remoción. El funcionario removido o funcionaria removida no podrá optar al cargo de Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, o de Ministro o Ministra por el resto del periodo constitucional. La remoción del Vicepresidente o Vicepresidenta Ejecutiva en tres oportunidades dentro de un mismo periodo constitucional, como consecuencia de la aprobación de mociones de censura, faculta al Presidente o Presidenta de la República para disolver la Asamblea Nacional. El decreto de disolución conlleva la convocatoria de elecciones para una nueva legislatura dentro de los sesenta días siguientes a su disolución. La Asamblea no podrá ser disuelta en el último año de su periodo constitucional (...)*»

gobierno (Brewer-Carías 2012c, 18). Como puede apreciarse, todas estas materias son fáciles para diferenciarlas de la actividad administrativa rutinaria de la administración pública.

Sin embargo, sabiendo de antemano que estos actos de naturaleza política no se encuentran exentos del control judicial, la Sala Constitucional del TSJ ha entrado no sólo a anular decisiones legal y legítimamente adoptadas por la Asamblea Nacional, sino que ha incluso sugerido fórmulas sustitutivas de las mismas al Ejecutivo Nacional, es decir, imponiendo su criterio para ejecutar actos de gobierno, específicamente, en aquellos casos donde por imperativo constitucional debe consultarse previamente su constitucionalidad<sup>16</sup> como los decretos de estados de excepción.

### 3.1. Las relaciones exteriores. El insólito caso del amparo constitucional contra el Reino de los Países Bajos.

Son competencia exclusiva del Presidente de la República como Jefe del Estado venezolano según lo establece el artículo 236.4 del texto constitucional. Sin embargo, esta facultad no es inmune al control político que la Asamblea Nacional puede y debe ejecutar cuando se desvía las rectas relaciones con la comunidad internacional para premiar afiliaciones ideológicas o intereses bilaterales con naciones preferentes (Art. 187, numerales 3, 9 y 18 de la Constitución de 1999).

La jurisdicción constitucional venezolana dio al mundo un precedente insólito donde la Sala Constitucional del TSJ decidiera con lugar una acción de amparo contra el Reino de los Países Bajos (Holanda) para proteger al ciudadano venezolano HUGO CARVAJAL (Sentencia n° 937 de fecha 25.07.2014), quien fuera detenido por averiguaciones en territorio holandés caribeño ultramarino (Aruba) donde ejercía funciones consulares. El fallo alega argumentos que perfectamente calzan con las denominadas Notas de Protesta que sólo pudiera haberlo efectuado el Presidente de la República como Jefe del Estado venezolano a través de la Cancillería, no el Tribunal Supremo de Justicia que no posee cualidad para la actuación internacional. La Sala Constitucional resolvió de oficio un recurso de amparo constitucional en Caracas, dictando sentencia que condenaba al Reino de los Países Bajos, como

---

<sup>16</sup> Artículo 339 de la Constitución de 1999. Véase Sala Constitucional, sentencia n° 02 de fecha 08.01.2016 (Caso: *Decreto Presidencial n° 2.071, sobre declaratoria del estado de excepción*). Sentencia n° 07 de fecha 11.02.2016 (Caso: *Hernán Toro y otros solicitando la interpretación constitucional del artículo 339*). De esta sentencia es necesario destacar cómo la Sala Constitucional derogó la potestad de la Asamblea Nacional para controlar los decretos contentivos de estados de excepción.

agraviante de derechos fundamentales, para que dejara en libertad al venezolano Hugo Carvajal. La Sala esgrimió:

«(...) En el presente caso constituye un hecho público, notorio y comunicacional que la detención del Cónsul General de Venezuela se produjo a su llegada a Aruba, por parte de las autoridades de ese país, coartando el ejercicio de las funciones inherentes a su cargo y contrariando abiertamente el mandato del artículo 40 de la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares (contenido en la Sección II, referida a las *«facilidades, privilegios e inmunidades relativos a los funcionarios consulares de carrera y a los demás miembros de la oficina consular»*), según el cual los Estados deberán *«tratar a los funcionarios consulares con la debida deferencia y adoptará todas las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad»* (resaltado de este fallo).

Como puede observarse, las autoridades de Aruba están obligadas a garantizar todas las facilidades, privilegios e inmunidades que ostenta el Cónsul General de esta República en ese país, circunstancia que no ocurrió en esta oportunidad, por cuanto la principal autoridad consular de Venezuela en ese país, ciudadano Hugo Carvajal, se encuentra privado de su libertad, no sólo en flagrante violación a la referida Convención, a otras fuentes del derecho internacional, a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a los derechos humanos del mismo, sino también a la soberanía de la República Bolivariana de Venezuela, pues el hecho lesivo recae sobre un legítimo representante de la misma ante esa Nación.

De allí que esta Sala debe condenar del modo más enérgico la restricción de la libertad de la cual ha sido víctima el funcionario del servicio exterior de más alto rango que cumple funciones en Aruba. Ello amerita tal moción de esta Sala, pues las agresiones a las que puedan ser sometidos los funcionarios consulares y diplomáticos de la República Bolivariana de Venezuela, suponen una afrenta al propio orden institucional patrio, en cuyo caso el Estado está en la obligación de ejercer sus competencias para la justa reivindicación de su soberanía, máxime cuando pueden estar vinculados elementos en materia de seguridad y defensa, cometido esencial del Estado en procura de la soberanía nacional, la cual ha sido el fundamento de decisiones como las contenidas en las sentencias nros. 1942/2003 y 1939/2008.

Apreciando las circunstancias presentadas en el presente caso, observa esta Sala que en el sistema de fuentes del Derecho Internacional Público, no resultaría admisible que las supuestas ejecutorias amparadas en un pre-sunto tratado o convenio bilateral suscrito por un Estado con otro en determinada materia, puedan ser de aplicación preferente frente a un convenio multilateral que reúne la voluntad de un auténtico concierto de naciones, como lo es la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. De allí que asumir lo contrario, brindando preferencia a un convenio, tratado o instrumento internacional bilateral antes que a uno multilateral, constituye

una inobservancia al Derecho Internacional Público; máxime cuando debe aplicarse la reciprocidad en cuanto al tratamiento de los funcionarios del servicio exterior (...)). (Negrillas y cursivas originales de la sentencia. Subrayado nuestro)

Pero, si este incidente con Holanda fue escandaloso, mayor perplejidad genera la sentencia n° 478 del 14.06.2016 (Caso: *Procuraduría General de la República Vs. Asamblea Nacional*), donde la Sala no elevó protesta a ningún Estado de la Comunidad Internacional, sino que procedió a suspender cautelarmente –*previa modificación de oficio de la calificación de acción de amparo a controversia constitucional*– un Acuerdo de la Asamblea Nacional de fecha 10.05.2016 donde entre sus dispositivos establecía instar a la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, al Alto Comisionado de la ONU para los DDHH, a la OEA, UNASUR, MERCOSUR, Parlamento latinoamericano, la Unión Interparlamentaria mundial, la Nunciatura Apostólica del Vaticano y Parlasur para que emitan pronunciamiento sobre la «vigencia efectiva de los derechos fundamentales en Venezuela. En fin, era una suerte de «exhorto» para que los organismos internacionales examinaran el caso de las violaciones a la Constitución en Venezuela.

Pues bien, la Sala en franca incoherencia con la realidad, determinó que *sólo el Presidente de la República puede instar a los órganos multilaterales de Derechos Humanos para que puedan cumplir los cometidos de su creación*. Consideró que instar a dichos organismos es una actividad propia de las relaciones internacionales, y no una facultad procesal (Blanco-Urbe 2012, 726; Morales 2011, 738) para enfrentar a los Estados que han suscrito los Tratados y que sistemáticamente violan los derechos humanos. Es más, el tenor de advertencia de la sentencia fue mucho más allá de la mera interpretación, dejando entrever la posibilidad de accionar penalmente contra la directiva de la Asamblea Nacional:

«(...) Ahora bien, visto que en la presente acción de controversia constitucional, luego de la ponderación preliminar de las denuncias formuladas en el mismo, así como de la revisión de los referidos actos emanados del parlamento, se observan indicios de los cuales pudiera desprenderse que el órgano legislativo ha asumido atribuciones que constitucionalmente son propias del Poder Ejecutivo, por lo que esta Sala, en ejercicio pleno de sus amplios poderes cautelares, y con el propósito de asegurar que los actos que hasta ahora han sido emanados desde la Asamblea Nacional y sus actos futuros no impliquen probables usurpaciones de funciones atribuidas al Ejecutivo Nacional, dicta medida cautelar, en ejercicio de su prudente arbitrio, razón por la que se suspenden los efectos de los actos parlamentarios de fechas 10 y 31 de mayo de 2016 (...)

(...) De igual forma, se ordena a la Asamblea Nacional, a su Presidente, a su Junta Directiva y a sus miembros en general, **abstenerse de preten-**

**der dirigir las relaciones exteriores de la República y, en general, desplegar actuaciones que no estén abarcadas por las competencias que les corresponden conforme al ordenamiento jurídico vigente, y que, por el contrario, constituyen competencias exclusivas y excluyentes de otras ramas del Poder Público;** so pena de incurrir en las responsabilidades constitucionales a que haya lugar, todo ello con especial sujeción a las disposiciones previstas en los artículos 137 y 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según los cuales «*La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen*», y «*Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos*». Así se decide. (...)» (Negrillas y subrayado nuestro)

### 3.2. Los estados de excepción

Constituye uno de los más reservados y delicados espacios dentro del Derecho constitucional, donde la acción de gobierno se hace más efectiva y gravita casi todo su peso. Históricamente los estados de excepción han sido fuentes permanentes de polémicas con muy larga y fructífera data (Brewer-Carías 2015b, 17-50). Los estados de excepción, sea cual sea su categoría como se clasifican en Venezuela<sup>17</sup>, están motivados por un *núcleo político duro*, es decir, su concreción es para la preservación de la integridad de la Nación, del Estado, sus instituciones y las mismas libertades ciudadanas que pueden verse en determinados momentos en peligro y que por vía administrativa ordinaria es imposible abordar.

Sólo puede dictar este Decreto el Presidente de la República (Art. 337) como Jefe del Estado, y únicamente el primer magistrado nacional tiene la competencia para calificar la situación no sólo bajo la subsunción de los hechos con las reglas jurídicas, sino más que todo, a su libre apreciación (calificación política). Este decreto, una vez publicado en Gaceta Oficial (BOE) deberá ser consultado dentro de los ocho (08) días siguientes a la Asamblea Nacional para su *consideración y aprobación*, como textualmente expresa el artículo 339 constitucional. Si se revisa con cuidado los verbos empleados por el constituyente, es claro en atribuirle también a la Asamblea Nacional la capacidad de evaluar la situaciones fácticas evidentes y las

<sup>17</sup> Capítulo II, Título VIII de la Constitución. Artículos 337 al 339. La Constitución de 1999, a diferencia de la Constitución del 61, contempla tres categorías específicas de estados de excepción: 1. Estado de alarma para el caso de catástrofes o calamidades públicas (Art. 338, encabezado), 2. Estado de emergencia económica (338, primer párrafo) y 3. Estado de conmoción (338, segundo párrafo) para los casos de conflictos internos o externos y se vea comprometida la seguridad de la Nación, sus ciudadanos o las instituciones.

subyacentes que dieron pie al Decreto presidencial, pudiendo inclusive, negar la validez política de dicho Decreto.

En pocas palabras, ambos órganos (Presidencia y Parlamento) en estos casos co-gobiernan, pues «considerar», implica ponderar la realidad, inclusive, empleando móviles irracionales más no desproporcionados ni contrarios a los principios y valores que nos caracterizan como sociedad (ethos). También, el texto constitucional obliga la intervención de la Sala Constitucional del TSJ, pero, únicamente para que se «(...) *pronuncie sobre su constitucionalidad (...)*». Lingüísticamente estamos en presencia de una norma que ha sido confeccionada (enunciados normativos) con claridad (estándares de racionalidad terminológica común) (Gadamer 1993, 397; Aarnio 1990, 29-31) cuya única vía para interpretarlo era cotejar la coherencia o contradicción del tenor gramatical de la norma con el texto del Decreto Presidencial y del Acuerdo de la AN.

En estos casos, el único resultado que pudiera haber arrojado a la Sala Constitucional para que en su interpretación del artículo 339 llegara a conclusiones diferentes, era que en efecto se hubiese comprobado las equivocidades propias del idioma castellano (Casares 1951, 700-784; Caro y Cuervo 1972, 690-768). Sin embargo, la Sala entró a buscar problemas semánticos donde no los hay, ya que, no encontramos en el texto constitucional bajo revisión, ninguna de aquellas equivocidades, al contrario, basta con la sola comprensión gramatical (De la Vega, 1976; Balaguer 1997, 94) para desenrañar lo perseguido por el constituyente.

El constituyente determinó que la revisión que sólo puede hacer el TSJ al decreto presidencial indica si el Decreto se encuentra apegado o no a la Constitución. Esto implica sólo la revisión del acto de gobierno en dos niveles:

Primero, sobre el cumplimiento de las formalidades y demás aspectos del procedimiento constitucional para dictarlos, inclusive, si cumple con lo previsto en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción (2001). Es más, el artículo 33 de esta Ley Orgánica establece: «(...) *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia omitirá todo pronunciamiento, si la Asamblea Nacional o la Comisión Delegada desaprobare el decreto de estado de excepción o denegare su prórroga, declarando extinguida la instancia (...)*». Para evitar ese control político, la Sala Constitucional por medio del control difuso de la constitucionalidad (American Review) (Art. 20 CPC venezolano), decidió «suspender» dicho artículo en la Sentencia n° 07 de fecha 11.02.2016 (Caso: *Consejo Comunal «San Antonio de Galipán y otros*), paradójicamente, cuando esa sentencia resolvía una interpretación constitucional del artículo 339 solicitado por ciudadanos organizados en consejos comunales que en nada tienen legitimación procesal para peticionar una interpretación de ese precepto constitucional según los propios criterios asentados por la Sala.

Segundo, para analizar el alcance de la suspensión de las garantías constitucionales involucradas, a los fines de ponderar si el decreto va más allá y termina generando mayores daños que las causas que lo motivaron (utilidad, proporcionalidad, tempestividad, adecuación, estricta necesidad para solventar la situación presentada y de completa sujeción a los requisitos constitucionales). Bajo esta dirección debería moverse la Sala Constitucional en pleno ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Pero, a raíz de las declaratorias de estados de excepción dictados por el Presidente de la República en las entidades federales fronterizas de Venezuela con Colombia y Brasil; la Asamblea Nacional de forma legítima, dentro de su capacidad para «considerar» el mérito de esas prórrogas, decidió dentro de su facultad de ponderación, *negar la extensión de la misma*. En franca desproporción a sus potestades, la Sala Constitucional en su sentencia n° 615 de fecha 19.07.2016 (Caso: *Constitucionalidad del Decreto de Estado de Emergencia Económica n° 2.371 del 12.07.2016*) valora a través de la tesis del «Hecho Comunicacional» ciertos elementos informativos que a su juicio deberían sustentar el Decreto de estados de excepción. Amén de las incoherencias epistemológicas presente en el fallo, la Sala aborda los hechos y sustancia una suerte de expediente para «fortalecer el Decreto Presidencial» (SIC), subsanando probatoriamente las carencias en las motivaciones que debió explicar el Gobierno Nacional como única autoridad para tomar la decisión de suspender las garantías constitucionales.

Sin mayor cuidado, la Sala Constitucional en esta materia ha mezclado considerandos sobre lo que implica un decreto de emergencia económica con otras circunstancias que ponen en peligro la salud misma de la población, sobre todo, en aquella considerada sensible (adultos mayores, discapacitados y niños). Ejemplo palmario de la inutilidad e intromisión en las funciones de gobierno, vía jurisdiccional, tiene cabida en el siguiente pasaje de la Sentencia n° 460 del 09.06.2016 que anuló la LEY SOBRE CRISIS HUMANITARIA DE SALUD, que por la incongruencia y fuerte jerga ideológica que pudiéramos considerarla «*anacrónica*» para estos tiempos de globalización, pasamos a transcribir parcialmente. Señaló entonces:

«(...) La Sala no puede dejar de observar que, consecuente con el mandato constitucional, Venezuela ha desarrollado una política internacional que busca privilegiar las relaciones con los países «nuestroamericanos», liderando las políticas de unión e integración latinoamericana y caribeña, prueba de lo cual son la participación activa y protagónica de nuestro país en la fundación y consolidación de organizaciones e instrumentos internacionales, como la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR), la Alternativa Bolivariana para las Américas (ALBA-TPA), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y PETROCARIBE, entre otros, con lo cual se ha desa-

rollado una institucionalidad que busca promover un nuevo orden internacional basado en la multipolaridad a través del impulso de la cooperación Sur-Sur, para abordar con mayor eficacia las desigualdades sociales y los altos niveles de pobreza que afectan a los países de la región, consolidando y diversificando los intercambios internacionales con otras regiones y países, no como un archipiélago de naciones sino como un centro de poder político y económico para fortalecer la posición de nuestro país y de la región en la economía internacional y en la toma de decisiones mundiales, en búsqueda de un mundo cada vez más justo y más humano. (...)

(...) Producto de la orientación que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece para el funcionamiento del Estado en el concierto internacional de naciones, nuestro país ha actuado apegado a los principios de derecho internacional acuñados en la Carta Fundacional de la Organización de las Naciones Unidas y ha puesto especial énfasis en la necesaria democratización de las organizaciones internacionales, coordinando con los grupos regionales y multilaterales como el Grupo Latinoamericano y Caribeño (GRULAC), el Movimiento de los No Alineados (NAM) y el Grupo de los 77 más China, el apoyo a la revitalización de la Asamblea General de Naciones Unidas, a la modificación del régimen del Consejo de Seguridad, la Coherencia del Sistema de Naciones Unidas y al Examen Completo de las Operaciones de Paz, entre otros, para evitar que estas últimas se conviertan en mecanismos de intervención de los Estados en situaciones de conflictos, para superar las viejas estructuras heredadas del fin de la Segunda Guerra Mundial, mejorar la eficiencia de todo el sistema internacional y avanzar hacia un mundo cada vez más integrado. (...)

(...) Establecido lo anterior, resulta necesario indicar que, en lo que respecta a la cooperación internacional, nos enfrentamos a una realidad mutable y cambiante, en la cual debe existir un balance entre la visión internacional, fijada desde el ideario emancipador de toda la América del Libertador Simón Bolívar, y el pragmatismo propio, vinculada a la naturaleza de la misma, conforme a la cual, si bien deben responder a los elementos sustantivos antes señalados y al cumplimiento de las formalidades correspondientes, no pueden limitarse de forma tal que nieguen –o vacíen de contenido– el carácter particularmente discrecional que le atribuye el propio Texto Fundamental, a la atribución del Presidente de la República para dirigir las relaciones exteriores.

En este sentido, es de especial significación, el único aparte del artículo 6 de la Ley sancionada por la Asamblea Nacional objeto del presente control preventivo de constitucionalidad, por cuanto, establece la obligación del Ejecutivo Nacional de aceptar la cooperación internacional, **incluso cuando no haya mediado una solicitud previa, lo que implica una cesión de parte de la soberanía del Estado venezolano a los organizaciones internacionales y países cooperantes, que tendrían la potestad de decidir en qué va a consistir dicha cooperación y con qué calidad y condicionalidad es entregada la misma y el Ejecutivo Nacional estaría**

**obligado a prestar las condiciones necesarias para recibirla de forma impuesta desde el exterior, sin haberla requerido.**

La situación descrita **podría implicar la recepción obligatoria de productos medicinales en etapa de investigación o pre comerciales o medicinas que han sido incluidas en la lista de sustancias susceptibles de afectar la salud y de prohibida administración en seres humanos o productos que pudieran fabricarse en nuestro territorio y que, por el hecho de su libre ingreso a nuestro país, afecten la economía nacional, sin que el Ejecutivo Nacional previamente haya evaluado si los mismos son necesarios para enfrentar la situación de abastecimiento que se quiere solventar.**

(...) Esta circunstancia es uno de los problemas que ha enfrentado la cooperación internacional y que ha sido objeto de discusión en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, **como lo es dejar en manos de los cooperantes o donantes la decisión de la determinación de las necesidades de los países receptores, que se ha prestado para que sean enviadas por esta vía productos que no son necesarios o que constituyen un riesgo para la organización, el país o la empresa transnacional detrás de ellos, bien sea por razones económicas o de salubridad, trasladando un problema en forma de cooperación internacional, tal como sucedió en Guatemala entre los años 1946 y 1948, cuando 1.300 personas, entre ellas mujeres y niños, fueron deliberadamente infectados con los virus de la Sífilis y la Gonorrea, en un experimento avalado por la Secretaría de Salud de los Estados Unidos, para estudiar los efectos de la penicilina, lo que conllevó a que el Presidente Barack Obama llamara al Presidente Álvaro Colom para pedir perdón «por hacer creer a la población que lo que parecía una vacuna para estudiar los efectos de la penicilina era en realidad una agresiva bacteria que primero destruye los tejidos blandos y los huesos, que después provoca insuficiencia cardíaca, y finalmente llena el cuerpo de horribles llagas amarillentas»** <http://www.aporrea.org/actualidad/n180410.html>. (Cursivas originales de la Sala) (Negrillas y Subrayado nuestro)

El OBITER DICTUM en este caso, consustanciado erróneamente con las declaratorias de estados de excepción por emergencia económica, no sólo indica una parcialidad política con valoraciones de naturaleza ideológica; sino que transforma a la Sala Constitucional en una suerte de **asesor jurisdiccional fiable** y leal en el campo ideológico del Gobierno bolivariano.

### 3.3. Las amnistías

Es una de las facultades políticas monopólicas del Parlamento venezolano (Art. 187.5). La amnistía como privilegio tradicional y excepcional del órgano legislativo nacional (Brewer-Carías 2016, 278), implica un perdón general de ciertas conductas que la legislación los considera punible.

Este perdón no compromete per sé una derogación de los tipos penales que consagran las sanciones a quien incurra en estos delitos, sino, que por determinado tiempo y en determinados casos, deja de ser conducta antijurídica porque así lo considera el pueblo representando por sus diputados en parlamento. Las motivaciones generales de las amnistías son en esencia de «tipo político», como en efecto ocurrió con la LEY DE AMNISTÍA Y RECONCILIACIÓN NACIONAL sancionada el 29.03.2016, materialización de la oferta electoral realizada por los factores que integran la oposición política del chavismo, y que una vez obtenida la mayoría calificada del Parlamento Nacional, sancionaron el instrumento para procurar la liberación de presos políticos y reducir los elevados niveles de intolerancia y desencuentro nacional. En fin, la amnistía era para borrar toda punibilidad a la disidencia contra el Gobierno Bolivariano, y de esta manera sembrar las bases de un diálogo y paz.

La ley en cuestión fue objetada, como era de esperarse, por el Presidente de la República ante la Sala Constitucional. Previamente se generó un ambiente político de pugnacidad contra dicha ley, alegándose desde la vocería del partido gobernante (PSUV) que sería un instrumento para «(...) *liberar asesinos, narcotraficantes y delincuentes de lesa humanidad ... una ley de amnesia criminal parecida a la que dictó Pinochet (...)*»<sup>18</sup>.

La Sala Constitucional, con una celeridad inconmensurable, procedió a sentenciar en un lapso de dos semanas (*Sentencia n° 264 del 11.04.2016*), con un fallo tan extenso que termina perdiéndose el hilo argumental hacia temas inconexos como la hermenéutica y norma de interpretación prevista en el artículo 4 del Código Civil Venezolano que va dirigido hacia la jurisdicción ordinaria. El fallo incurre en lo ya denunciado en páginas anteriores

<sup>18</sup> En este sentido el Vicepresidente del Partido Socialista Unido de Venezuela, Diosdado Cabello, en entrevista televisada señaló que el proyecto será para generar una «(...) *Es una ley de amnesia criminal, porque lo que propone es que nos olvidemos de todo*», advirtió el parlamentario. Además, este instrumento legal legitima delitos como el terrorismo, la corrupción y el tráfico de drogas. «Sabemos que es cada artículo se ha convertido en una mercancía (...)». Venezolana de Televisión. «Ley de Amnistía ampara golpe de Estado al gobierno de Nicolás Maduro». *Nota de prensa de La Noticia*, edición del día 16.02.2016. El Presidente de la República, Nicolás Maduro Moros, también emitiría juicios de valor contra el proyecto de Ley, más allá de sus facultades propias de consulta prevista en el artículo 214 de la Constitución de 1999. «(...) *Esto no lo sacan porque para mañana ya tienen los titulares: 'Aprobada ley criminal'. La están aprobando en la Asamblea hoy. Me metieron un fast track de un día para otro y me metieron una ley para proteger asesinos, criminales, narcotraficantes y terroristas. Es la verdad. Tengan la seguridad que esa ley por aquí no pasa, caballero. Lo sepa la derecha nacional e internacional. Por aquí no pasan. Hagan lo que hagan (...)*» «Maduro advirtió que no aceptará ley de amnistía». En: *Diario El Nacional*, Caracas, edición del 29.03.2016.

sobre la reedición de un tosco *ius respondendi edicendi*, haciendo largas citas de autores –*inclusive en obra original titulada en alemán, inglés o italiano pero transcrita en castellano sin saber el origen de la traducción*– que a pesar de su amplia y comprobada reputación dentro del derecho público, no puede un tribunal llegar a sostener sus razonamientos sólo con la doctrina por los inconvenientes peligros que acarrearía para el sistema judicial (Zagrebelski 2008, 98-109).

Pero más allá de estas consideraciones metodológicas, debemos enfocarnos sobre la forma en que a través de la sentencia n° 264, la Sala incurre en actividades propias de gobierno reservadas a la Asamblea Nacional. De entrada el razonamiento del fallo pareciera respetar la línea delicada que implica controlar constitucionalmente un acto político entre la intromisión con el mismo, sea para avalarlo, modificarlo o suprimirlo como es el caso de marras. Señala el TSJ:

«(...) En este sentido, aunque se sostiene que el control que realiza esta Sala no se basa en el cuestionamiento de **los criterios de oportunidad y conveniencia**, se reitera la idea de que no existen actos de los órganos que ejercen el Poder Público fuera del control jurisdiccional, y la actividad legislativa no es la excepción, ya que la misma no puede desarrollarse al margen del derecho.

Ciertamente, el órgano legislativo es **indudablemente libre, en los extensos límites de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para optar entre todas las posibles alternativas por la vía que considere en cada caso más conveniente, así como de escoger las razones que mejor puedan justificar su elección**; no obstante, tal desenvolvimiento debe producirse igualmente en el marco de las razones que concreta y racionalmente permita la norma que le sirva de fundamento jurídico (v. gr. la Constitución) (...)» (Negrillas y subrayado nuestro)

El razonamiento es preciso y no entendemos cómo la Sala en vez de fortalecerlo, termina por desvirtuarlo al introducir condicionamientos éticos donde no debía hacerlo, pues, el proyecto de Ley de Amnistía era claro, dirigido sólo a quienes se encuentren privados de libertad por delitos considerados «políticos». En ningún momento la AN quiso concebir un instrumento de tal magnitud ni para liberar homicidas, ni narcotraficantes, ni mucho menos para genocidas u otros imputados o condenados por delitos de lesa humanidad. Pero, a pesar de ello, se mezclaron dos aspectos que era impertinente formularlo. Introdujo por contrabando argumental el concepto que en doctrina se llama el «derecho de la víctima» de esta forma:

«(...) En este sentido, el análisis de la amnistía conlleva también a asumir una postura ética determinada en relación con los victimarios y perjudicados (víctimas) de los hechos punibles objeto de la misma, en la que sin lugar a dudas la opción moral por la reivindicación de las víctimas

es la que se pone de parte del más débil en búsqueda del equilibrio social que se pretende reestablecer.

(...) **La prohibición de desconocer a las víctimas directamente vinculadas con la determinación de los autores, no se justifica en una mera actividad de tipo abstracta-racional vinculada con los principios universales** –que ubica el ejercicio de la actividad legislativa, jurisdiccional y administrativa en un limbo ahistórico–, **por el contrario la memoria de las experiencias vitales** –vrg. Los testigos de las atrocidades, personas mutiladas, quemadas o discapacidades de diverso grado, generadas por los hechos delictivos que afectan a su entorno familiar y social– **que sólo pueden incorporarse al mundo jurídico a través de un filtro epistemológico que las categoriza en los supuestos de la norma jurídica; que si bien permite racionalizar el concepto de dignidad humana vulnerada que es garantizada mediante la correspondiente sanción; funge en realidad como el único puente real de la sociedad para evitar que se vuelvan a cometer tales atrocidades, la negación de la memoria histórica y de la debida sanción de los crímenes ajenos a los límites de las amnistías, es propia de los regímenes absolutistas que pretender borrar la historia, lo cual se resume en el cuestionamiento atribuido a ADOLF HITLER: «¿Quién se acuerda todavía hoy de los armenios?» (cfr. MARGALIT, AVISHAI. *Ética del recuerdo*. Herder, Barcelona, 2002, p. 67), que podría reformularse hoy, en los siguientes términos: ¿Quién se acuerda todavía hoy de las víctimas?, y cuya respuesta no puede ser otra que el Estado, sus instituciones y particularmente esta Sala Constitucional. (...)**» (Negrillas y cursivas originales de la sentencia)

#### 4. *La Jurisdicción constitucional y las funciones constituyentes. Una Sala Constitucional que se sustituye en la función constituyente*

Durante 2016, la guerra judicial por acallar al Parlamento se hizo palpable a través de la jurisdicción constitucional tal y como explicamos ut supra y en otros estudios (Urbina 2017, 515-568). Este nuevo escenario dentro de la actividad judicial venezolana, cercenó al parlamento nacional, invocando impropriamente un neoconstitucionalismo. Se creó una dudosa tesis del DESACATO IN ABSTRACTO DEL PARLAMENTO NACIONAL, obviando los pasos lógicos elementales para su declaratoria in concreto de conformidad con las normas penales. Con esa sanción jurisdiccional pretoriana del desacato, todos los actos de la Asamblea Nacional fueron declarados nulos. Léase bien, todos han sido DECLARADOS NULOS, inclusive, LOS QUE DICTE en hasta terminar el período constitucional el 4 de enero de 2021.

En la imposición de una defraudada INTENTIO LECTORIS de la Constitución (Eco 2000, 29), –que fue poco a poco vaciando las competencias constitucionales de la Asamblea Nacional como explicamos en las línea precedentes– se le desnaturalizó cualquier intento por materializar sus potestades, desde el control

político de la Administración, la revisión de los estados de excepción, la iniciativa para proponer enmiendas constitucionales e insólitamente, pulverizar su quehacer funcional propio: **LEGISLAR** (Sentencia n° 259 de fecha 31.03.2016, Caso: *Nulidad de la reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela*).

Las tensiones comienzan a tomar forma totalitaria, y ante un agregado inesperado de agudización de la crisis fiscal del gobierno, se decide usar este móvil saltar cualquier control por el Parlamento de las finanzas públicas, comenzando por la incomprensible aprobación de un procedimiento sui generis sobre cómo elaborar, presentar y aprobar el presupuesto público nacional (Sentencia n° 814 de fecha 11.10.2016, Caso: *Aclaratoria de la Sentencia n° 810 sobre el régimen financiero del Estado*) que terminaría desembocando en los inescrutables fallos 155 y 156 de fecha 28 y 29 de marzo de 2017, respectivamente. Así, la Sala Constitucional del TSJ terminó aprobando los presupuestos generales del Estado para el ejercicio fiscal 2017, justificando esta actitud en razón que la Asamblea Nacional se encuentra en «estado de desacato permanente». El aprobar o no un presupuesto lleva consigo una labor política que sólo puede apreciarla tanto el Ejecutivo que lo elabora como el Legislativo que en occidente es quien termina aprobando el presupuesto anual que se traduce en la Ley del Ejercicio Presupuestario para el Año Fiscal.

Previa al tema de la constituyente, hubo dos sentencias de la Sala Constitucional que desbordaron cualquier lógica comprensible de los fallos dictados en 2016. Por ejemplo, la sentencia n° 155 de fecha 28.03.2017 (Caso: *Héctor Rodríguez Castro Vs. Asamblea Nacional*) introduce un insólito concepto de *superpresidencia imperial*, pues, reasigna funciones constitucionales, desvalijando al constituyente. Expresamente la Sala indica:

«(...) **5.1.1.- Se ORDENA** al Presidente de la República Bolivariana de Venezuela que, en atención a lo dispuesto en el artículo 236.4, en armonía con lo previsto en los artículos 337 y siguientes *eiusdem* (ver sentencia n.º 113 del 20 de marzo de 2017), entre otros, proceda a ejercer las medidas internacionales que estime pertinentes y necesarias para salvaguardar el orden constitucional, así como también que, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y para garantizar la gobernabilidad del país, **tome las medidas civiles, económicas, militares, penales, administrativas, políticas, jurídicas y sociales que estime pertinentes y necesarias para evitar un estado de conmoción; y en el marco del Estado de Excepción y ante el desacato y omisión legislativa continuada por parte de la Asamblea Nacional, revisar excepcionalmente la legislación sustantiva y adjetiva (incluyendo la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, la Ley Contra la Corrupción, el Código Penal, el Código Orgánico Procesal Penal y el Código de Justicia Militar –pues pudieran estar cometiéndose delitos de naturaleza militar–), que permita conjurar los graves riesgos que amena-**

**zan la estabilidad democrática, la convivencia pacífica y los derechos de las venezolanas y los venezolanos**; todo ello de conformidad con la letra y el espíritu de los artículos 15, 18 y 21 de la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción vigente. (...)» (Negrillas y subrayado nuestro)

Esta suma de concentración de poderes constitucionales ni está prevista en la Constitución ni mucho menos existen principios democráticos que la pudieran sustentar, ni siquiera en los estados de excepción. La sentencia es clarísima: le ordenan al Presidente de la República para que «TOME» (decida) las medidas de toda índole, incluyendo, la revisión de toda la legislación «sustantiva y adjetiva». La sentencia n° 156 de fecha 29.03.2017 (Caso: *Corporación Venezolana del Petróleo (CVP) recurso de interpretación del artículo 187,24 de la Constitución y 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos*) va más allá, precisamente, por el problema creado en la 155. En un arrebatado constituyente, la Sala impuso:

4.4.- Se advierte que mientras persista la situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional, esta Sala Constitucional garantizará que **las competencias parlamentarias sean ejercidas directamente por esta Sala o por el órgano que ella disponga, para velar por el Estado de Derecho**. (Negrillas y cursivas nuestras)

Un solo párrafo bastó para suprimir la Constitución, asumiéndose las funciones de la Asamblea Nacional con el agregado peligroso que la Sala puede atribuírselas a otro órgano que ella disponga. Los escándalos de ambos fallos no se hicieron esperar. Los actores políticos de la oposición hicieron lo propio, condenando las sentencias. Sin embargo, ese 31.03.2017, un pronunciamiento disparó las alarmas, así como fundamentó las protestas posteriores. La entonces Fiscal General de la República, abogada LUISA ORTEGA DÍAZ, afirmarí textualmente: «(...) *las sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia constituyen una ruptura del orden constitucional, así como el modelo de Estado consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (...)».

La respuesta de la Sala Constitucional ante los excesos fue inmediata. El 01.04.2017 (día sábado y sin despacho), procedió a publicar las sentencias n° 157 y 158, ambas, como asombrosas *Aclaratorias* de las sentencias 155 y 156. El principal argumento de la Sala para «Aclarar» los polémicos fallos fue: «(...) *En fecha 31 de marzo de 2017, en virtud de algunas consideraciones y opiniones emitidas en relación con la sentencia antes mencionada, el Tribunal Supremo de Justicia atendió a una convocatoria del ciudadano Nicolás Maduro Moros, en su condición de Jefe de Estado y Presidente del Consejo de Defensa de la Nación, a una reunión extraordinaria ante dicha instancia constitucional, conforme a lo dispuesto en el artículo 323 del Texto Fundamental y en la Ley Orgánica de la Seguridad de la Nación*. (...)»

Este pretexto permitiría a la Sala, violando lo dispuesto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que contempla el principio de intangibilidad de las decisiones judiciales, «aclarar» la sentencia eliminando parte de la dispositivas de ambos documentos judiciales. En este caso, se reinterpreto el 252 del CPC, permitiéndose que inconstitucionalmente se revocaran dispositivas. Las aclaratorias de sentencias, como bien lo señala la norma adjetiva rectora venezolana, son para: «(...) *aclaras puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, que aparecieren de manifiesto en la sentencia, o dictar ampliaciones (...)*». Ahora, se lee en los fallos 157 y 158 lo siguiente «(...) *esta Sala procede de oficio a aclarar que ... se revocan en este caso la medida contenida en el dispositivo 5.1.1, así como lo referido a la inmunidad parlamentaria (...)* (Sentencia 157)» «(...) *esta Sala procede de oficio a aclarar ... se revocan, en este caso, las medidas cautelares contenidas en los dispositivos 4.3 y 4.4. Así se decide (...)*» (Sentencia 158).

Lo más resaltante de estas sentencias, es que ya la propia Sala durante más de 14 años, había negado enfáticamente la posibilidad de emplear el mecanismo de aclaratoria para modificar sus propios fallos (Sentencia nº 438 de fecha 06.05.2013, Caso: *Gilberto Rúa e interpretación del artículo 233 de la Constitución*), pues, implicaría abrir una «(...) *una vía de impugnación no consagrada legal ni constitucionalmente (...)* porque ello sería emitir un nuevo fallo (...)»:

## II. RECAPITULANDO: ¿PUEDE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL GOBERNAR UN ESTADO?

Haciendo una recapitulación, hemos observado entonces que si bien el concepto de acto de gobierno está muy bien definido en Europa y Venezuela por la doctrina y la jurisprudencia, excluyendo claramente a los órganos jurisdiccionales porque en teoría no están habilitados constitucionalmente para ejercer funciones de gobierno; sí podemos encontrar una base para sostener que la jurisdicción constitucional venezolana co-gobierna con la Presidencia de la República. En pocas palabras, tenemos el primer caso mundial donde el ejercicio de la jurisdicción constitucional gobierna un Estado.

Cuando un Tribunal Supremo se constituye más allá de ser garante de la constitucionalidad de un país, y termina trasgrediendo las fronteras de su poder jurisdiccional para gobernar, que como dice LÓPEZ DAZA (2011, 176), a veces pudiera ser posible en algunas situación de protección de algún derecho ciudadano donde no existan políticas públicas; se resiente la Constitución misma al tensarse indebidamente la estructura democrática. Los jueces no están llamados para resolver conflictos políticos que sólo le compete al liderazgo partidista o a cada sector de la sociedad según su grado de pertinencia.

Hacerlo es incurrir en uno de los mayores temores del Constitucionalismo, tanto el histórico-moderno como el contemporáneo: *que nos terminen gobernando los jueces, el peor gobierno de todos los imaginados.*

## BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, J. «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico». *Doxa*, n° 8, 1990.
- ALFONZO PARADISI, J. D. «Los actos de gobierno». *Revista de Derecho Público*, n° 52, 1992.
- ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE. «El mundo del jurista: hechos, conceptos y soluciones». *Estudios de Deusto*, Vol. 56/2, 2008.
- ASÍS ROIG, R. F. de. «Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial». *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, n° 15-16, 2, 1994.
- BACHOF, O. *Jueces y Constitución* (Trad. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Civitas, 1987.
- BALAGUER-CALLEJÓN, M. L. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Tecnos, 1997.
- BERNAL PULIDO, C. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Ediciones de la Universidad Externado de Colombia, 2009.
- BLANCO-URIBE BRICEÑO, A. «La denuncia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Retiro de la Convención Americana de Derechos Humanos a la Luz de la Ética y del Derecho». *Revista de Derecho Público*, n° 129, 2012.
- BREWER-CARÍAS, A. R. *Usurpación constituyente (1999, 2017): La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*. Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2018.
- *Dictadura judicial y pervisión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana, 2016.
- *Instituciones del Estado Democrático de Derecho. Constitución de 1961*. En: *Tratado de Derecho Constitucional*. Editorial Jurídica Venezolana, 2015a.
- «La masacre de la Constitución y la aniquilación de las garantías de los derechos fundamentales». *Revista de Derecho Público*, n° 143-144, 2015b.
- *Estado Totalitario y desprecio a la ley*. Editorial Jurídica Venezolana, 2014a.
- «El golpe de Estado dado en diciembre de 2014, con la inconstitucional designación de las altas autoridades del Poder Público». *Revista de Derecho Público*, n° 140, 2014b.
- «Una nueva creación de la Sala Constitucional: el amparo contra Estados extranjeros y el fuero privilegiado de su competencia a favor de los Altos Funcionarios Públicos». *Revista de Derecho Público*, n° 139, 2014c.
- *Los actos de gobierno y los actos preeminentemente discrecionales*. En: (Hernández-Mendible, Víctor R. Dir.). *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana, 2012a.
- «Sobre la mutación del principio de la separación de poderes en la jurisprudencia constitucional». *Revista de Derecho Público*, n° 132, 2012b.

- «El principio de la formación del derecho por grados en la distinción entre el acto de gobierno y el acto administrativo, y el principio de universalidad del control judicial de los actos estatales». *Revista de Derecho Público*, nº 131, 2012c.
- «La Sala Constitucional del Tribunal Supremo reformando leyes como jurisdicción constitucional, autoproclamándose, sin límites, como legislador positivo». *Revista de Derecho Público*, nº 128, 2011.
- «El Juez constitucional en Venezuela como legislador positivo de oficio en materia tributaria». *Revista de Derecho Público*, nº 109, 2007.
- «Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la Interpretación Constitucional a la Inconstitucionalidad de la Interpretación». *Revista de Derecho Público*, nº 105, 2006.
- BREWER-CARIÁS, A. R Y GARCÍA SOTO, C. (Dir). *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Editorial Jurídica Venezolana, 2017.
- CANIVET, G. «Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale. *Archives de Philosophie du Droit*, nº 50, 2006.
- CÁNOVAS GONZÁLEZ, A. ET. AL. *El TSJ al servicio de la Revolución*. Editorial Galipán, 2014.
- CARO, M. y CUERVO, R. *Gramática de la lengua latina*. Instituto Caro y Cuervo, 1972.
- CASAL HERNÁNDEZ, J. M. *Respuestas del legislador ante la interpretación judicial de la Constitución*. En: AAVV. *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación. 1915-2015*. Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015.
- CASARES, J. *Diccionario ideológico de la lengua española*. Editorial de Gustavo Pili, 1951.
- DUGUIT, L. *Traité de Droit Constitutionnel*. Ancienne Libraire Fontemoring & Cie, 1928.
- ECO, U. *Los límites de la interpretación*. Editorial Lumen, 2000.
- ESCOVAR LEÓN, R. *El precedente y la interpretación constitucional*. Editorial Sherwood, 2005.
- GADAMER, H. G. *Verdad y Método*. Ediciones Sígueme, 1993.
- GARCÍA BELAÚNDE, D. «De la jurisdicción constitucional al Derecho procesal constitucional», *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, nº 3, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Derecho, política y subjetivismo». *Diario ABC de Madrid*, edición del 27 de febrero de 2001.
- *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Civitas, 1999.
- GARCÍA FIGUEROA, A. *Neoconstitucionalismo y Ponderación*. (Coord. por Ortega Álvarez, Luis Ignacio y Sierra Morón Susana de la) *Ponderación y derecho administrativo*. Marcial Pons, 2009.
- GASCÓN ABELLÁN, M. «Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces? *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 20, 2016.
- HÄBERLE, P. «La Jurisdicción Constitucional institucionalizada en el Estado constitucional», *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, nº 5, 2001.
- HAFFNER, S. *Historia de un alemán. Memorias 1914-1933*. (Traducción de Belén Santana). Ediciones Destino, 2009.

- HAURIOU, M. *Principios de derecho público y constitucional*. Reus, 1927.
- HERNÁNDEZ, J. I. «Éstas son las nuevas 7 limitaciones que impuso el TSJ a la AN». *Prodavinci* (Caracas: edición del 23.04.2016a)
- «Sala Constitucional del TSJ: el nuevo superpoder vs. la Ley de Amnistía». *Prodavinci* (Caracas: edición del 12.04.2016b)
- «La Asamblea Nacional negó el decreto de emergencia. ¿Y ahora?». *Prodavinci*, (Caracas: edición del 22.01.2016c)
- HERNÁNDEZ CAMARGO, L. *El proceso constituyente venezolano de 1999. Una exhortación por la limitación del poder como razón de ser de la norma constitucional*. Editorial Académica Española, 2011.
- HORN, H. R. «Activismo judicial versus gobierno democrático». *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, nº 14, 2010.
- JÈZE, G. *Principios generales de derechos administrativo*. Depalma, 1948.
- KIRCHHEIMER, O. *Political Justice*. Princeton University Press, 1961.
- LAMBERT, E. *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*. Tecnos, 2009.
- LARES MARTÍNEZ, E. *Manual de Derecho Administrativo*. Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 2001.
- LÓPEZ DAZA, G. A. «El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un Gobierno de los Jueces?. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº 24, 2011.
- LORETO, L. *Crítica de las decisiones judiciales. Ensayos jurídicos*. Editorial Jurídica Venezolana, 1987.
- MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C. *Postmodernidad y Derecho Público*. Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Tecnos, 1995.
- MORALES-ANTONIAZZI, M. «¿La cláusula democrática del Mercosur en la encrucijada? Algunas reflexiones sobre el ingreso de Venezuela». En: *Revista de Derecho Público*, nº 128, 2011.
- NIETO GARCÍA, A. *Crítica de la razón jurídica*. Trotta, 2007.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *Jueces, Derecho y Política. Los poderes del Juez en una Sociedad Democrática*. Editorial Elcano, 2004.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de derechos fundamentales*. Ediciones de la Universidad Carlos III, 1996.
- «Poder de los jueces y gobierno de los jueces». En: *Diario El País*, Madrid, edición del 1º de mayo de 2000.
- PRIETO-SANCHÍS, L. «Neoconstitucionalismo y positivismo». *Crónica Jurídica Hispalense: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 14, 2016.
- *El constitucionalismo de los derechos*. Carbonell Manuel (ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Trotta, 2007.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española* RAE, 2001.
- SLOTERDIJK, P. *Crítica de la razón cínica. (Introducción de Fernando Savater)*. Taurus, 1989.
- SUTHERLAND BATES, E. *The Story of the Supreme Court*. Charter Books Editors, 1963.
- TRAPET, M. D. «L'hypothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire». *Archives de Philosophie du Droit*, nº 47, 2003.

- URBINA MENDOZA, E. J. *El juez constituyente como patología del gobierno «a la criolla» de los jueces. La crucifixión de la Constitución, el pueblo y la democracia «en su nombre» por la Sala Constitucional Constituyente*. BREWER-CARÍAS, A. R Y GARCÍA SOTO, C. (Dir.). *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Editorial Jurídica Venezolana, 2017.
- «La influencia de la voluntad popular sobre la interpretación constitucional judicial en Venezuela: ¿Abuso de los conceptos jurídicos indeterminados?». *Estudios de Deusto*, Vol. 58/2, 2010.
- VATTIMO, G. «La hermenéutica como Koiné». *Revista de Occidente*, nº 80, 1988.
- VEDEL, G. ET DELVOLVÉ, P. *Droit Administratif*. Presses Universitaire de France, 1980.
- VEGA BENAYAS, C. DE LA. *Teoría, aplicación y eficacia de las normas del Código Civil*. Civitas, 1976.
- ZAGREBELSKY, G. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Trotta, 2008.



# Recensiones



David DELGADO RAMOS. *Problemas actuales del Derecho Parlamentario*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, 244 pp.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp501-507](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp501-507)

1. La disposición que el autor presenta del marco jurídico-político de las relaciones Gobierno-Parlamento en nuestro régimen parlamentario se confirma de manera impecable en la obra, al asumir un encaje pragmático mediante un análisis novedoso de los acontecimientos acontecidos en estos últimos años. Entre ellos, la metamorfosis de los actos y funciones parlamentarios, al carecer los partidos políticos de mayoría parlamentaria amplia en las últimas elecciones generales. Originando, como así resalta el autor, el mayor período de Gobierno en funciones en los cuarenta años de vigencia constitucional.

Desde esta situación multipartidista en el Parlamento, el autor ofrece una visión esclarecedora de cuestiones trascendentales desde el punto de vista del derecho parlamentario, como: el control del Parlamento a un Gobierno que se encuentra en funciones, es decir, con el apoyo de la Cámara de la legislatura previa hasta la sucesiva legislatura; la práctica del «préstamo parlamentario» para poder formar Grupo, a partir del estudio de una discutible Sentencia del TC; y, por último, la congruencia o no del

uso del veto presupuestario por parte del Gobierno.

Desde su trabajo, considera que las disconformidades manifestadas por el pasado Gobierno en funciones, entre otras, mediante la figura del veto presupuestario colaboran «*como un eje central de la función de indirizzo político del Gobierno y motor de su acción política*», no obstante, recalca el «*uso indebido del mismo con una vis expansiva*». Por ende, en la relación Parlamento-Gobierno se ha producido «*una evidente restricción de las funciones legislativas y de control del Parlamento*». Cuestión distinta es la situación producida como consecuencia de la «*larga interinidad gubernamental del Gobierno en funciones*», en la que el Gobierno, en lugar de ser el garante del presupuesto en vigor mediante el freno de las iniciativas y enmiendas de contenido presupuestario, se encuentra cesado y carente de la confianza parlamentaria.

En el ámbito del veto presupuestario, pese a varias proposiciones de reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados para fortalecer la posición del Parlamento, Delgado Ramos propone utilizar la no *usada* Oficina Presupuestaria. En cualquier caso,

entiende que esta proposición debe ser tomada con cautela «toda vez que existen dudas constitucionales en torno al alcance de la limitación del veto presupuestario del Gobierno dada su intrínseca conexión con la función de *indirizzo* político».

En esta línea, también se subrayan otros hechos, como el hecho de que el Gobierno interpusiera contra el Parlamento un conflicto de atribuciones ante el Tribunal Constitucional, para no incluir en el orden de día y debatir unas iniciativas de la oposición parlamentaria. Igualmente el autor atiende a otra problemática recurrente desde los inicios de la democracia parlamentaria, en concreto, al préstamo de diputados y senadores en la constitución de los grupos parlamentarios, que supone una *desvirtuación* del sentido de la representación.

En el mismo prólogo, el profesor Vidal Prado reconoce la actualidad del problema y la visión crítica pero resolutive del autor de la obra; asimismo, el rigor jurídico y práctico ante cuestiones que quieren dibujar una «nueva» política. Mencionado la situación política presente, donde hay ausencia de mayorías claras, o lo

El libro se articula en un prólogo, tres capítulos y un anexo jurisprudencial, por lo que la estructura es acorde a las cuestiones que se dirimen, a efectos explicativos esta agrupado en: el estudio del control parlamentario del Gobierno en funciones, haciendo hincapié en la XI Legislatura; posteriormente el «préstamo» parlamentario en la constitución de los grupos parlamentarios de las Cortes Generales, incluyendo un análisis a la STC 76/2017; y, por último, el veto presupuestario

del Gobierno, con especial estudio a la XI Legislatura. En suma, el empeño de Delgado Ramos, es una reflexión profunda, acerca del modelo de relaciones Gobierno-Parlamento.

2. En atención al control parlamentario del Gobierno en funciones, el autor inicia su exposición aludiendo a la más breve legislatura de la historia democrática, la XI Legislatura, origen del extenso Gobierno en funciones, y causa del debate en torno al posible control parlamentario del Gobierno en *prorrogatio*.

Se entiende que el Gobierno en funciones es una institución típica en las formas parlamentarias de gobierno, originado en circunstancias singulares y debido al principio de responsabilidad de las instituciones y de continuidad del Estado. Entre estas funciones primordiales del Gobierno en funciones, la doctrina destaca el elemento del despacho ordinario de los asuntos públicos, conocido como *affaires courantes* en Francia, o *amministrazione ordinaria* en Italia.

Pues bien, este Gobierno en *prorrogatio* «de honda limitación jurídica y fáctica», estaba en una situación extraña, al carecer «de la confianza parlamentaria del Congreso de los Diputados», y que «no debía someterse al control parlamentario de una Cámara que no le había otorgado su confianza». En contraposición, el poder legislativo, consideraba que el Gobierno «debía someterse a su control, dado que la situación de interinidad gubernamental no suspendía el ejercicio de la función de control». Esta confrontación conllevó un conflicto de atribuciones ante el TC, que sigue sin resolución. Ciertamente, por

un lado, al estar en funciones el Gobierno, entendía que al no poseer la competencia para fijar la orientación política, carecía de sentido de control parlamentario; al tener limitada su actuación al despacho ordinario. En contraposición, por otro lado, el Parlamento comprendía que no podía exigir responsabilidad política, pero sí, la función de control.

El autor, examinando el alcance y consecuencias del control parlamentario, comienza por el marco jurídico del Gobierno en funciones. Ahí, entiende que el Gobierno cesante *«está sometido a una fuerte limitación en su actuación»*, al carecer de relación fiduciaria con quien legitima su razón de ser.

Otro punto destacable es que el control parlamentario en la situación jurídico-política del Gobierno en funciones carece de regulación constitucional, por lo que fue la legislación ordinaria quien articuló y delimitó las competencias de ese Gobierno en dos: facilitar el traspaso de poderes al nuevo Gobierno y el despacho ordinario de los asuntos públicos. De este modo, el constituyente no mencionó nada acerca de las atribuciones del gobierno en sus funciones, y peor aún, sus límites. Tuvo que ser el legislador ordinario el que concretase las limitaciones, recogidas en el art. 21.3 de la Ley de Gobierno, entre las que se puede clasificar: a) facilitar el normal desarrollo del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes; b) gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos y c) casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general puede adoptar medidas.

La función de traspaso de poderes es una función plausible y propia de la

cultura institucional democrática de lealtad institucional. En cambio, la fórmula de limitar la gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, es un concepto ambiguo que obliga a discernir que es despacho ordinario, aunque mucho más ambigua resulta la invocación de razones de interés general cuya acreditación así lo justifique. En este punto, es donde la relación del Parlamento hacia el Gobierno en *prorrogatio* podría producir mayores choques, si el Gobierno se excede de forma notoria.

Atendiendo a los hechos acontecidos que presenta el autor, la gran cuestión de alcance suscitada es el pendiente pronunciamiento del control parlamentario del Gobierno en funciones, en concreto la negativa del entonces Gobierno en funciones someterse a las distintas fórmulas de control parlamentario, que suscitó el aún no resuelto conflicto entre órganos constitucionales en el Tribunal Constitucional. Para el autor, el control parlamentario resulta imprescindible por la *«naturaleza fiduciaria entre Gobierno y Parlamento que constituye el eje sobre el que pivota la legitimidad política en la democracia»*, aunque reconoce, también que la ausencia de alguna o algunas de estas figuras *«no presupone la inexistencia de dicho control al Ejecutivo»*.

En conclusión, Delgado considera que *«la situación de interinidad gubernamental no excluye en absoluto, el control político ejercido por la Cámara, que no puede verse »coartado»*. Las previsiones constitucionales no justifican la cesación de la función de control, antes al contrario. Ahora bien, no puede ser ejercido *«en sentido*

*amplio sino que, habida cuenta de las propias limitaciones legales establecidas por la Ley de Gobierno, debe amoldarse a las muy acotadas funciones que puede ejercer el Ejecutivo».* En suma, es un control restringido, en el sentido de circunscrito a la función ordinaria y de trámite del despacho ordinario de los asuntos públicos, lo que exige un análisis particular. Por ello, le parece lógico que a «*un Gobierno limitado le corresponde, naturalmente, un control limitado*», aunque «*la ausencia de relación fiduciaria entre el Ejecutivo cesante y la nueva Cámara surgida de las elecciones no puede suprimir la función del control parlamentario, sólo restringirlo a las limitaciones funcionales y competenciales que la ley establece para el Gobierno en funciones, adaptando el control político parlamentario al marco jurídico del Gobierno*».

3. En lo concerniente al préstamo de parlamentarios en la constitución de los Grupos Parlamentarios de las Cortes Generales, el profesor Delgado considera que constituye una práctica parlamentaria que ha derivado en un auténtico fraude de ley, justificable para los grupos por las sustanciales ventajas políticas y materiales que supone.

En ese sentido, y aunque analiza prolijamente todos los precedentes parlamentarios, se centra especialmente en la XII Legislatura, con la negativa de la Mesa del Senado a no respaldar la constitución del Grupo Parlamentario Catalán (CDC), sosteniendo que no cumplía los requisitos del Reglamento del Senado, pese a que contaban con cuatro senadores y lograron otros seis senadores para alcanzar los diez

exigidos reglamentariamente para poder constituirse en grupo.

Para el autor, pesa a la aparente claridad de los requisitos formales y materiales de los arts. 23 y 24 del Reglamento del CD, no ha supuesto obstáculo para sortearlos «*bien sea por vía del cociente nacional del cinco por ciento, o bien por medio de la representatividad territorial en determinadas circunscripciones aunque, en la práctica, su aplicación no haya sido especialmente problemática*».

Por otro lado, entre las variaciones al préstamo de senadores, la introducción de la cifra mínima de seis senadores para ser grupo introduce dos notas señaladas por el autor: «*el umbral mínimo es fijo, no variable, lo cual exige siempre el mismo número de senadores a prestar, –cuatro–*», y «*debe existir una identidad del grupo común bajo la cual se engloban los senadores*».

Por ello, a pesar de que la STC 76/2017 determine su plena constitucionalidad, ello no evita que deba reconsiderarse la necesidad de interpretar sistemáticamente y teleológicamente el espíritu de la norma, puesto que saltándose los criterios cuantitativos exigidos se estaban formando grupos mediante el préstamo parlamentarios, produciéndose, en expresión del autor, una subversión de «*la representación al disociar de forma manifiesta la representatividad electoral obtenida con la representatividad parlamentaria expresada en la Cámara*».

En ese sentido, el autor propone una modificación del art.23.1 Reglamento del CD y del art. 27.1 del RS, con este planteamiento: a) reduciendo el número de diputados exigidos – aunque considera que conllevaría

una fragmentación excesiva del arco parlamentario—; b) evitando la adscripción temporal de diputados que irían al Grupo Mixto, a un grupo parlamentario en formación —con lo que se evitaría la sobrerepresentación de formaciones políticas y aumentaría la del Grupo Mixto—; c) y, por último, mediante una modificación normativa que establezca que un parlamentario proveniente de una candidatura mayoritaria que se asocia a un grupo distinto en el momento de darse de baja, no pueda en toda la legislatura ser adscrito más que al Grupo Mixto —lo que alteraría el estado de fuerzas—.

5. Al tratar el mecanismo del veto presupuestario, entiende que la naturaleza de la Ley de Presupuestos Generales del Estado reviste un especial carácter político, además de estar relacionada —como eje central— con la función del *indirizzo* político del Gobierno. Así, el mecanismo constitucional del art.134.6 CE, es decir, el veto presupuestario, colabora a este fin en defensa de la integridad del presupuesto aprobado, limitando el control del Parlamento.

En esta línea, ha de reconocerse el uso indebido que se ha hecho del mismo con una *vis* expansiva, por parte del Ejecutivo, ya que ha producido clarividentes restricciones a las funciones legislativas y de control del Parlamento, que se suma a los conflictos antes reseñados en el ámbito de las relaciones Gobierno-Parlamento, y que se ha podido observar en este período de interinidad gubernamental del Gobierno en funciones.

Así, se ha manifestado con mayor incidencia el choque en las relaciones Gobierno-Parlamento, pese a que en su origen fue diseñado para evitar ese tipo

de confrontaciones. La naturaleza del Presupuesto, debido a su configuración anual y ductilidad normativa, se concibe para equilibrar los poderes, dado que la competencia en la elaboración y ejecución corresponde al Ejecutivo, mientras que la aprobación y control al Legislativo (responsabilidad desdoblada, según la STC 27/1981 de 20 de julio). Con ello, permite definir las políticas de gasto público al Gobierno; y por la otra, favorece una implicación especial del Parlamento.

Precisamente por ello, la importancia radica en el impacto político-económico de cualquier alteración en su articulado, ya que puede constituir un cambio en la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera del país, y funda el sentido del veto presupuestario del Gobierno a la tramitación de iniciativas del Parlamento, siempre que suponga un aumento de créditos o disminución de ingresos presupuestarios, como un mecanismo de defensa —sistema de contrapesos, favorable al Ejecutivo—. Ahora bien, como reconoce el autor, a *sensu contrario*, no «*puede vetar su tramitación cuando implique una reducción de créditos o incremento de ingresos*».

Por lo tanto, la potestad gubernamental parece resultar infinita, puesto que los órganos de gobierno de la Cámara carecen de réplica ante la negativa de tramitación por parte del Ejecutivo. Algo que, indirectamente, produce una esfera de aplicación *vis expansiva* del veto, a cualquier iniciativa de incidencia al impacto financiero. En el fondo, sólo hay un decisor, ese es el Gobierno. Ahora bien, como apunta el autor, esa potestad del Gobierno, debe ser justificada, en el sentido de razonar su negativa.

Por estos motivos, Delgado Ramos considera que con este criterio de oportunidad política, mediante el veto, ha limitado a las Cortes «*en su triple vertiente funcional: presupuestaria, legislativa y de control*».

Respecto al veto, que motivaría la interposición de un conflicto de atribuciones ante el TC, sucedieron los siguientes hechos concretos: el Ejecutivo rechazó la tramitación de numerosas proposiciones de ley presentadas por los grupos de la oposición, asimismo a varias asambleas legislativas de las CCAA, haciendo uso de su facultad de veto presupuestario. Debido a ello, la Mesa del Congreso, tras el examen de dichas negativas de conformidad por parte del Gobierno, consideró que la proposición para mejorar la condición de subcontratados y la proposición educativa, resultaban injustificadas. Al respecto, el Gobierno, al constatar la voluntad del Congreso de no aceptar la negativa de conformidad a la tramitación de las mencionadas proposiciones, fue agotando el procedimiento, antes del sucesivo recurso ante el TC por un conflicto de atribuciones.

Debido a que se exige el consentimiento del Gobierno con carácter general, para la tramitación de todas las enmiendas o proposiciones de ley que supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios, son los Reglamentos de las Cámaras los que velan por el trámite legislativo del veto. En concreto, en el Congreso de los Diputados, a diferencia del Senado, se establece un procedimiento diferenciado, según se trate de proposiciones o enmiendas. Si se trata de proposiciones, según el art.126.2 del Reglamento, la Mesa de

la Cámara será el órgano encargado de enviar al Ejecutivo todas las proposiciones presentadas. Por el contrario, si se trata de enmiendas, como regula el art.111.2 del Reglamento, será la Ponencia de la Comisión la encargada de redactar el informe por conducto del Presidente del Congreso, siendo la que remita aquellas enmiendas a un proyecto de ley que supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios (art.111.1).

Igualmente, han merecido un análisis exhaustivo por el autor las SSTC 223/2006 y 242/2006, que resolvían recursos de inconstitucionalidad en los que el conflicto entre Gobierno-Parlamento a causa del veto. Aquí, el autor, junto a la mayor parte de la doctrina, considera el veto presupuestario como una característica definitoria del parlamentarismo racionalizado que garantiza la dirección y ejecución por parte del Gobierno. Observando la doctrina constitucional, en concreto, la STC 223/2006, que se suscita en un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Extremadura y por senadores del Grupo Socialista contra una reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura que incidía en la tramitación de proposiciones de ley con alcance presupuestario. Pues bien, la solución ofrecida de la reforma que se proponía, consistía en la atribución a la Mesa, una función de filtro previo, ante posibles discrepancias con las decisiones del Gobierno, dejando en última instancia la decisión al Pleno de la Cámara. En la referida Sentencia se declara inconstitucional la reforma operada, al suponer una vulneración de las competencias atribuidas a la Junta mediante su Estatuto de Autonomía.

Similar caso, aunque dispar solución, depara la STC 242/2006, debido un recurso interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular en el Parlamento Vasco por el hecho de inadmitir a trámite la proposición de ley sobre la modificación de un artículo del régimen presupuestario. En primer lugar, la Mesa admite a trámite la proposición, pero tras recibir el criterio del Gobierno respecto de la toma en consideración, adoptó un nuevo acuerdo gracias al voto de calidad del Presidente, no admitiéndolo a trámite. La cuestión que alegaban los recurrentes era el ámbito temporal indeterminado, al considerar que la decisión inadmitida no estaba fundamentada, debido a que la proposición de ley afectaba a ejercicios presupuestarios futuros. Así, el TC entendió en su pronunciamiento que la Mesa del Parlamento vasco sí tenía margen de decisión y control frente al veto, en especial a su interpretación sobre cuándo producirá el impacto.

En esta línea Delgado Ramos propone una propuesta de reforma, acotando el veto presupuestario del Gobierno con cautela, *«utilizando para ello la Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales –en vigor, pero no en funcionamiento–, que ejercería, en consonancia con lo establecido en su ley de creación, para el “asesoramiento técnico en materia de seguimiento y control de la ejecución de los Presupuestos Generales del Estado”»*.

6. En conclusión, el autor, en esta interesantísima obra sobre los *«Problemas actuales del Derecho parlamentario»*, el autor ha puesto de

relieve algunos dilemas trascendentales de los sistemas parlamentarios racionalizados. Sabemos que los sistemas constitucionales se edifican sobre el principio de separación de poderes, aunque quizás fuese más idóneo hablar de división de funciones. El motivo de esta separación, como es conocido, radica en evitar la excesiva concentración de poder en un órgano determinado. En los sistemas parlamentarios, el Ejecutivo emana del Legislativo, a cambio de controlar su actuación. En esta línea de parlamentarismo racionalizado, existen en nuestro ordenamiento, mecanismos para que cada uno desarrolle de forma adecuada sus funciones constitucionalmente asignadas y evite situaciones de vacíos de poder o haga inviable la gobernabilidad.

Pues bien, en dos de los tres casos reseñados por el autor, –el control parlamentario del Gobierno en funciones y el veto presupuestario del Gobierno–, se ha producido un «choque de trenes» político entre ambas Cámaras, que ha supuesto la interposición de un conflicto entre órganos constitucionales ante el Tribunal Constitucional. Conflictos que podrían ser resueltos, como propone el autor, con sendas modificaciones normativas que contribuyesen a perfilar y limitar ambos institutos.

Por último, en relación con el préstamo de parlamentarios, y pese a la sentencia del TC, la praxis ha devenido en una fraudulenta costumbre que en nada contribuye a mejorar la calidad de la representación parlamentaria y, por ende, la democracia.

*Amir Al Hasani Maturano*  
(Universidad de las Islas Baleares)



María José ROCA FERNÁNDEZ. *La libertad religiosa negativa. La apostasía en el Derecho confesional y comparado*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. 185 pp. ISBN. 978-84-9053-531-8.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp509-512](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp509-512)

En su nueva monografía, la Profesora Roca Fernández, catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, ha ofrecido al lector especializado un estudio sistemático sobre las implicaciones jurídicas de la apostasía de una manera sumamente inteligente por su planteamiento, por su metodología y por su oportunidad. Por su planteamiento porque la obra aborda la apostasía no desde la clásica visión confesional –sin duda interesante en la perspectiva de las confesiones religiosas– sino desde el ángulo más amplio de la libertad religiosa como libertad fundamental en sus dimensiones positiva y negativa, consiguiendo integrar la cuestión de las declaraciones de apostasía en el debate sobre los derechos fundamentales y extendiendo el estudio de este fenómeno a las confesiones minoritarias en Europa. La autora ha logrado con ello que su obra resulte de interés no solo en una perspectiva eclesial sino también desde la óptica del estudio de los derechos y libertades públicas fundamentales.

Por su metodología, la monografía aborda la cuestión no solo a la luz de la legislación española, sino atendiendo también a la regulación de la apostasía

desde una óptica de Derecho extranjero, estudiando exhaustivamente la cuestión en los ordenamientos jurídicos alemán, austriaco y suizo, objetivando el alcance del tema tratado, aumentando la perspectiva de sus soluciones normativas e introduciendo al lector especializado en la regulación de la apostasía en ordenamientos jurídicos que, probablemente, no le sean del todo conocidos.

Por su oportunidad, la presente obra viene a abordar de manera rigurosamente novedosa en la doctrina española un problema aún no resuelto ni por los tratadistas, ni por la jurisprudencia, pero de plena actualidad jurídica. La polémica se inició en su actual configuración cuando hace ya casi una década el Tribunal Supremo tuvo la ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de la apostasía en relación con el tratamiento de los datos contenidos en los libros sacramentales de la Iglesia Católica. El alto Tribunal conoció un expediente que culminó en una resolución de la Agencia Española de Protección de Datos inicialmente confirmada por sentencia la Audiencia Nacional, que resultó finalmente anulada por la Sala Tercera del Tribunal

Supremo tras la estimación de un recurso de casación interpuesto por la Iglesia Católica. En este caso se determinó la ilegalidad de imponer a esta confesión religiosa la obligación administrativa de anotar marginalmente las declaraciones de apostasía en sus libros sacramentales. Asunto administrativo primero y judicial después que lejos de agotar el interés de la cuestión desde la perspectiva de los derechos fundamentales, dejó abiertas numerosas cuestiones –bastantes de las cuales han venido a ser solucionadas por el nuevo *Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea 2016/679, de 27 de abril*, que entró en vigor el 25 de mayo de 2018– y que ratifican la plena actualidad de la materia abordada.

La obra analiza, en fin, la controversia entre los derechos de los ciudadanos que ejercen su libertad individual y las confesiones que ejercen su libertad organizativa como faceta irreductible de la libertad religiosa; cuestiones a las que este libro viene a ofrecer una solución solvente y conciliadora desde la perspectiva de los derechos fundamentales y de la lógica de la convivencia. La monografía recensionada reviste por ello un interés y una actualidad evidentes no solo en una perspectiva teórica sino también práctica, por lo que su manejo como obra pionera en la materia será no solo frecuentado por estudiosos de las libertades públicas sino también por juristas de vocación práctica.

El contenido de esta obra científica está muy sólidamente construido partiendo de un *capítulo I* en el que se realiza un análisis detallado de la cuestión de la apostasía en el Derecho

Canónico como ordenamiento jurídico primario y como sistema normativo aplicable indirectamente en España –y en muchos Estados europeos– merced a los diferentes acuerdos internacionales suscritos por la Santa Sede. El *capítulo II* analiza la cuestión de la apostasía desde la perspectiva de los derechos de las confesiones minoritarias y de los ciudadanos que confiesan estas creencias, incluyendo un interesante estudio sobre la naturaleza de los sistemas de organización jurídica de las confesiones minoritarias –que en muchos casos desborda el estricto ámbito de un ensayo sobre la apostasía y del que pueden extraerse conclusiones generales de gran interés– incluyendo un pormenorizado estudio desde la perspectiva del Derecho de la Iglesia Evangélica, del Derecho de la confesión judía y también del Derecho islámico.

En un tercer capítulo se aborda el fenómeno de la apostasía en el ordenamiento jurídico español enfocando este acto como parte integrante de esa «libertad religiosa negativa» que subtitula la integridad de la obra, estableciendo una interesante y muy clara división de las implicaciones del acto de apostatar en las esferas del Derecho Público –relativa por ejemplo a protección de datos, o a la autonomía de las confesiones religiosas– y del Derecho Privado, en relación a cuestiones como el matrimonio o las relaciones laborales. Supuestos que implican hechos, actos o negocios relativos a la esfera de intereses privados del sujeto, pero que son también contemplados desde la perspectiva del orden público constitucional y de la protección de los derechos fundamentales.

En un último capítulo IV la monografía aborda el régimen jurídico y la problemática específica de la apostasía en algunos Estados centroeuropeos como Alemania, Austria y Suiza –en cuyos ordenamientos jurídicos la autora se ha destacado ya en obras anteriores como una consumada especialista– donde además de exhibir un sólido conocimiento de sus diferentes tradiciones jurídicas, se enfoca esta misma cuestión desde la perspectiva de otras legislaciones, con el ánimo de objetivar desde una perspectiva constitucional el problema de la apostasía como una cuestión de suma actualidad administrativa y jurisprudencial en el seno de una sociedad europea crecientemente diversa y plurirreligiosa. Realidad social multicultural en la que el frecuente abandono por un ciudadano de una creencia religiosa hecho oficial mediante la apostasía reviste indudables implicaciones relativas al ejercicio de su derecho fundamental individual, pero también relativas a las libertades públicas colectivas o corporativas de las confesiones religiosas respecto de quien ha dejado de pertenecer a ellas, especialmente si ocupaba en una de estas entidades algún cargo de responsabilidad. Particularmente interesantes resultarán al lector no especialista los numerosos supuestos prácticos cuidadosamente abordados en este capítulo que ayudan a enriquecer la actualidad de la problemática estudiada y a amenizar la lectura de la obra. Por último, el libro aporta una serie de reflexiones calificadas de «consideraciones finales» que se vienen a sumar a las oportunas síntesis conclusivas de algunos

de sus capítulos, constituyendo también estas reflexiones finales una aportación que desborda el mero contenido de esta monografía e introduce algunas ideas de alcance general en torno al ordenamiento jurídico que van mucho más allá de una mera recopilación de lo escrito.

Finalmente, el libro incorpora también una serie de anexos entre los que se encuentran diversos documentos confesionales sobre la apostasía, varios de ellos personalmente traducidos por la autora –lo cual dota de un mérito añadido a la obra y, sobre todo, define su exhaustividad como investigadora– acompañándose asimismo el texto de una vasta referencia a fuentes normativas y jurisprudencia extranjera unida a una extensa bibliografía que, sin duda, será de gran utilidad a quienes se acerquen a este estudio científico con el ánimo de profundizar en cualquiera de las materias tratadas en el mismo. Bibliografía que por su amplitud, atinada selección e inusual extensión retrata el talante metodológico de la autora. Cabe también destacar el valioso prólogo de la Profesora Zoila Combalía Solís, catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Zaragoza, que certeramente resume algunos de los principales valores de esta obra destacando como «*La autora ha sabido dar las claves para salvar el equilibrio, instando a buscar la protección de los derechos subjetivos sin menoscabo de uno de los pilares que sustentan nuestro sistema como es la autonomía de las confesiones, que no es amenaza sino, al contrario, andamiaje necesario que sostiene la construcción de tales derechos*».

En suma, la obra recensionada aborda con sumo rigor investigador el fenómeno de la apostasía como parte irreductible de la libertad religiosa negativa de los ciudadanos, pero también como fenómeno que otorga derechos a las confesiones religiosas abandonadas por sus practicantes. Se ha conseguido así una obra de temática eclesiástica pero de interés constitucional, enfocada desde la perspectiva de la protección y de la conciliación de los derechos fundamentales y libertades

públicas de los ciudadanos en una dimensión española y europea. Obra a la que, por todo ello, auguramos una larga vida como fuente de consulta en torno al alcance de la libertad religiosa en general y a las cuestiones conexas con la apostasía en particular, así como prevemos que será de gran utilidad para todos los agentes del foro en cuya actividad profesional diaria se cruce la necesidad de conocer mejor cualquier cuestión relacionada con los aspectos legales de la apostasía.

*José María Coello de Portugal*  
(*Universidad Complutense de Madrid*)

Mónica MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ. *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, 206 pp. ISBN. 978-84-9169-985-9

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp513-518](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp513-518)

I. El pasado 25 de mayo entraba en vigor entre nosotros (y en toda Europa) el 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.

Todavía las Sentencias que está dictando el TJUE se refieren a esta última, es decir, a la Directiva 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 (DO 1995, L 281, p. 31)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Es el caso de las Sentencias recaídas en el último año en materia de derecho de protección de datos, que han resuelto cuestiones prejudiciales que afectaban a dicha Directiva, concretamente de las SSTJUE de 27 de septiembre de 2017, asunto C-73/16, *Peter Puskas c. Dirección de Tributos de la República Eslovaca y Unidad de Delitos de la Administración*

Recientemente, la revista «The Economist»<sup>2</sup>, publicaba un artículo señalando que si bien es imposible que la Unión Europea supere a las dos grandes potencias en inteligencia artificial (EEUU y China), esta puede jugar un papel en la regulación de la

*Tributaria de Eslovaquia*; de 20 de diciembre de 2017, asunto 434/16, *Peter Nowak c. Comisario de Protección de Datos de Irlanda*; de 5 de junio de 2018, asunto C-2010/16, *Autoridad Independiente de Protección de Datos de Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH* (sociedad de derecho privado especializada en el ámbito de la educación); de 10 de julio de 2018, asunto C-25/17, *Supervisor de Protección de Datos de Finlandia* y de 2 de octubre de 2018, asunto C-207/16, *Ministerio Fiscal c. Juzgado de Instrucción nº 3 de Tarragona* (que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial relativa a la interpretación de la Directiva 2002/58/CE, aprobada en el marco de la Directiva 95/46/CE).

<sup>3</sup> En su número correspondiente a la semana del 22 al 28 de septiembre de 2018, pp. 12 y 13

protección de datos y en general de los derechos respecto de las nuevas tecnologías, aportando una orientación garantista que rectifique la de los dos superpoderes mencionados, orientado uno a maximizar el beneficio (Estados Unidos) y el otro a minimizar la discrepancia (China). De hecho, dice que el Reglamento europeo se está aplicando fuera de Europa en calidad de buena práctica.

En este contexto, tiene pleno sentido un análisis del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal que revise el punto en que nos encontramos y los retos y dificultades que se plantean para asegurar una efectiva protección de los derechos fundamentales (viejos y nuevos) frente, o en el contexto de, la informática. Y esto es lo que nos ofrece el libro que comentamos de Mónica Martínez López-Sáez que, como dice el profesor Jimena en su prólogo, es el firme exponente de la brillante carrera universitaria de la autora.

II. El estudio se centra en analizar los desarrollos recientes, tanto en el ámbito normativo como jurisprudencial, relativos al régimen constitucional del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, reconocido como tal por nuestro Tribunal Constitucional con base en el art. 18.4 CE, pero luego enunciado explícitamente en el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El trabajo se sitúa en el marco de los estudios que, desde la primera década de este siglo, enfocan el análisis de las instituciones y figuras jurídicas del Derecho de la Unión Europea con un enfoque jurídico constitucional.

II.2. La primera parte del libro realiza una serie de consideraciones introductorias que, aludiendo a los retos que plantea la cibernética en la actualidad y las respuestas que vienen recibiendo en los últimos años, anuncia su orientación y objeto, centrando el trabajo en la perspectiva de los derechos fundamentales.

En efecto, siguiendo a la autora, entre los fenómenos resultantes de la revolución tecnológica de los últimos años y que se prevé durante los próximos, interesa destacar lo que S. Rodotà ha descrito como una relación entre ser humano, ciencia y tecnología más estrecha, de la que surge la obligación para el legislador y el juez de las respuestas a los riesgos para los derechos fundamentales y en particular para el derecho a la intimidad.

Entre los derechos emergentes está el derecho a la protección de datos de carácter personal, que han estudiado entre nosotros los profesores Lucas Murillo de la Cueva, Troncoso Reigada<sup>3</sup> y Rebollo Delgado (entre otros) con gran brillantez y detalle.

El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal se ha emancipado del derecho a la intimidad, tanto en el ámbito de la doctrina científica (S. Rodotà), como nada menos que en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que dedica su

---

<sup>3</sup> V. «Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales», en *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 43, julio-septiembre 2012, pp. 25 y ss.; «Autoridades de control independientes», en Piñar Mañas, J. L. (Dir.) *Reglamento General de Protección de Datos*, Reus, Madrid, 2016, pp. 461 y ss.

artículo 7 al derecho a la intimidad y su artículo 8 al derecho a la protección de los datos personales.

Sobre todo, ha de destacarse que la autora, con buen criterio, hace referencia a la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos, como hace la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la mejor tradición constitucional, en la que se sitúan la Ley Fundamental de Bonn y el art. 10.1 de nuestra Constitución. Si esto es cierto con referencia a todos los derechos fundamentales, resulta particularmente claro en relación con aquellos vinculados a la protección de la personalidad. Sin tener presente este fundamento como criterio de orientación, es fácil perder el rumbo.

La segunda parte de la monografía (capítulos tercero y cuarto) se ocupa del proceso de consolidación del derecho a la protección de datos en la Unión Europea. Primero analiza la cuestión en el ámbito normativo, desde la aparición de una regulación específica en algunos estados federados alemanes al reciente Derecho programático, pasando por la consitucionalización en algunos países, por algunas directrices de la OCDE, el Convenio 108 del Consejo de Europa, el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Directiva 95/46 CE (y algunas otras normas de derecho derivado) y sobre todo por el Reglamento General de Protección de Datos de 2016. A continuación dedica un capítulo a la evolución de la jurisprudencia del TJUE en la materia, refiriéndose a los aspectos más relevantes de la misma, a los hitos más destacados y

ofreciendo a lo largo del capítulo una síntesis y valoración de las sentencias-testigo que se han dictado. Se cierra el estudio de la jurisprudencia con una referencia a un ámbito en el que tienen que incidir el TJUE y el TEDH y, en consecuencia, pueden aflorar divergencias: las exclusiones previstas en el Reglamento general de 2016 en materia de persecución de delitos que, no obstante, se regulan por otras normas de la Unión Europea, como la Directiva 2016/681, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de delincuencia grave, y por normas estatales en la materia. En este ámbito, recuerda la autora que en su Dictamen 1/15, de 26 de julio de 2017, el TJUE declara la incompatibilidad del texto del acuerdo UE-Canadá con el Derecho europeo argumentando que aunque la transferencia sistemática, la retención y el uso de todos los datos de los pasajeros se permite, en esencia, varias disposiciones del proyecto de acuerdo no cumplen los requisitos derivados de las obligaciones y derechos fundamentales de la Unión Europea, por ser una injerencia grave en el derecho fundamental al respeto de la vida privada y al derecho fundamental a la protección de datos personales.

Se cierra esta parte de la obra con una referencia a otros mecanismos de garantía distintos de los jurisdiccionales: la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA) y el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), autoridad independiente, a nivel europeo, encargada de

garantizar que las instituciones y los organismos de la Unión Europea respeten el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. La SEPD coopera con las autoridades nacionales que tienen el mismo cometido en el ámbito interno de los estados y no es jerárquicamente superior a estas.

II.3. La tercera parte del libro hace una breve referencia al Consejo de Europa. Examina las sentencias más destacadas y originarias en las que se basa en el ámbito del Consejo de Europa el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, así como las sentencias más recientes y relevantes que, poco a poco, se van acercando a un reconocimiento directo de un derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. En la STEDH de 18 de septiembre de 2014, asunto *Brunet c. Francia*, el TEDH reafirmaría que la protección de datos de carácter personal «juega un papel fundamental» en el ejercicio del derecho al respeto a la vida privada y familiar consagrado en el art. 8 del CEDH. En definitiva, este derecho fundamental lleva en la boca del TEDH desde los años ochenta del siglo pasado y ha encontrado un importante pronunciamiento en la STEDH de 5 de septiembre de 2017, asunto *Barbulescu c. Rumanía*, en el que la Gran Sala consideró que se había vulnerado la legislación internacional y europea en materia de protección de datos.

Continúa el estudio de este derecho en el ámbito del Consejo de Europa haciendo referencia a algunas novedades en el Derecho programático y a

convenios que, teniendo por objeto otra materia, tienen repercusión en el ámbito objeto de la monografía, como el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Varsovia, 16 de mayo de 2005), el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Lanzarote, 25 de octubre de 2007) y Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.

Especial interés tiene la referencia a la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, y en particular, a la decisión de fondo de 25 de junio de 2010 sobre la *Reclamación n.º 58/2009 (Centre on Housing Rights and Evictions c. Italia)*, que estimó el reproche dirigido a las autoridades italianas en el sentido de que la legislación de emergencia adoptada para hacer frente a la situación de personas gitanas habría sometido a éstas a un discurso racista y xenófobo, considerando que se había violado el art. E de la Carta Social Europea revisada en relación con el art. 16 (protección de la familia) por el modo en que se había producido el censo e identificación de dichas personas en los campamentos, jurisprudencia que realza el principio de indivisibilidad y es elaborada por analogía con respecto a la jurisprudencia del CEDH sobre el art. 8 CEDH<sup>4</sup>.

También se refiere a la contribución del Comisario de Derechos

<sup>5</sup> Como señala Jimena Quesada, Luis, «Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales – 2010», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 16, pp. 385-407.

Humanos, que ha coadyuvado, no sólo a promover, sino indirectamente a proteger los derechos humanos gracias a los esfuerzos en la materialización de un derecho programático propio para aclarar cuestiones relevantes en esta materia, concluyendo que los esfuerzos del Comisario y del Consejo de Europa en analizar y reconsiderar los problemas inherentes a la innovación tecnológica y a la digitalización ponen de relieve una nueva dimensión del desarrollo de un derecho fundamental a la protección de datos.

II.4. La cuarta parte del estudio se centra en los retos y propuestas de la regulación para la protección efectiva del derecho fundamental a la protección de datos. Señala que el actual desarrollo de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (NTIC) posibilita la recogida, almacenamiento y utilización de información sobre las personas de manera ilimitada. Y esto, así como la pluralidad de ordenamientos que regulan las mismas, hace necesaria una revisión de su papel en la sociedad, de su relación con el derecho y de las limitaciones que se les deben de aplicar para evitar injerencias desproporcionadas en los derechos y libertades de las personas.

Subraya que las NTIC no están ya vinculadas a un sector determinado, sino que constituyen la base desde la cual se construyen los modernos sistemas económicos innovadores. Es decir, todo actor económico que pretende perdurar en un mercado competitivo, globalizado y versátil debe hacer de las NTIC su columna vertebral. Es necesaria una respuesta del derecho a estos retos que se plantean, que aproveche las posibilidades económicas y los

beneficios que proporcionan estas tecnologías y a la vez garantice de manera eficaz la dignidad y los derechos fundamentales de la persona. Desde este punto de vista, el Reglamento de Protección de Datos significa una europeización del Derecho constitucional de los estados miembros y una constitucionalización del derecho de la Unión Europea.

La tecnología no debe ser contemplada solamente como problema, sino también como solución e instrumento para proporcionar soluciones a las cuestiones que ella misma plantea. A ello se dedica el capítulo 8º del libro, que se refiere a técnicas como la «anonimización» o la «seudonimización» de datos y a la adopción de un modelo de privacidad desde el diseño y por defecto. Lo que implica evolucionar hacia una situación en la que, aunque los titulares de los datos personales no emprendan ningún tipo de acción para proteger sus datos, el sistema, por su propia estructura, garantice la confidencialidad de la información de carácter personal.

En este sentido, se considera como una de las metas a alcanzar el establecimiento de un modelo uniforme de protección de datos a nivel europeo e internacional. Existe una necesidad de estándares universales de protección de datos que permitan flujos internacionales de información con garantías efectivas. En esta línea están avanzando organismos internacionales como el Consejo de Europa y la OCDE.

III. En definitiva, el libro estudia la normativa y jurisprudencia del sistema europeo del derecho a la protección de datos personales, estudiando el surgimiento y la razón de ser de este

derecho, su evolución, su naturaleza, delimitación y relevancia jurídica, valora el impacto de la regulación europea en el marco de los desafíos que afronta esta última y aborda los retos que debe afrontar este derecho intentando aportar soluciones efectivas.

Concluye que el derecho a la protección de datos nace de la necesidad de proteger la dignidad de la persona, que existe ya una praxis consolidada en Europa en cuanto a este derecho fundamental, valora positivamente la Directiva de Protección de Datos y el nuevo Reglamento General de Protección de Datos, señala la necesidad de avanzar en la regulación más compleja y exhaustiva del bien jurídico que se pretende proteger, indica que se trata de un derecho en sí pero que además tiene gran relevancia para la protección de la dignidad e invita a que se haga un esfuerzo para que la regulación vaya acompañada a los avances tecnológicos y no retrasada respecto de los mismos, concluyendo con una valoración positiva sobre todo de la labor realizada por el TJUE. A todo

ello añade como bibliografía empleada una extensísima referencia a obras españolas y también en lengua inglesa.

IV. En suma, el libro no es solamente resultado de un esfuerzo investigador y de sistematización extraordinario, sino que ofrece con éxito una síntesis acabada del estado de la cuestión. Es muy recomendable para los estudiosos del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y también para aquellos que busquen un resumen y orientación en un ámbito en el que continuamente se multiplica el número de publicaciones, lo que dificulta el seguimiento. Se trata de un trabajo que hay que agradecer a la autora, en un momento en que, como dice el Profesor Jimena en su prólogo, la ubicuidad de la tecnología en nuestras vidas diarias y la transversalidad de la informática en nuestras relaciones jurídicas abren perspectivas inabarcables. Y constituye un excelente punto de partida para posteriores trabajos en los que se analice la evolución futura de la materia.

*Pedro Tenorio Sánchez*  
(Universidad Complutense de Madrid)

EN ESTE NÚMERO  
DE *ESTUDIOS DE DEUSTO* COLABORAN

Amir AL HASANI MATURANO es Doctorando en Derecho en la Universidad de las Islas Baleares (España).

José J. ALBERT MÁRQUEZ es Profesor Contratado Doctor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Córdoba (España).

Marta ALBERT MÁRQUEZ es Profesora Contratada Doctora de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos (España).

Enrico ANDREOLI es investigador predoctoral del Departamento de Ciencias Jurídicas (área de Derecho comparado) de la Universidad de Verona (Italia).

Carlos ARCE JIMÉNEZ es Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba (España).

Emilio ARMAZA ARMAZA es Profesor «Ramón y Cajal» de Derecho penal en la Universidad de Deusto (España).

Julio BANACLOCHE PALAO es Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid (España).

Estela CAMUS GARCÍA, doctora en Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Barcelona, es Profesora asociada del Departamento de Relaciones Internacionales de la Universidad Loyola-Andalucía (España).

Itziar CASANUEVA SANZ es Profesora de Derecho penal en la Universidad de Deusto (España).

María José CATALÁN CHAMORRO es Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Córdoba (España).

Juan CIANCIARDO es Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Navarra (España).

José María COELLO DE PORTUGAL es Profesor de Derecho constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

Ignacio José CUBILLO LÓPEZ es Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universidad de Córdoba (España).

Soledad GIL NOBAJAS es Profesora de Derecho penal en la Universidad de Deusto (España).

Montserrat HERMOSÍN ÁLVAREZ es Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario (Acreditada a Titular de Universidad) de la Universidad Pablo de Olavide (España).

Jesús LÓPEZ DE LERMA GALÁN es Profesor Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos (España).

Pilar PEITEADO MARISCAL es Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid (España).

Leonor RAMS RAMOS es Profesora contratada-doctora (acreditada a Titular de Universidad) de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos (España).

Pedro TENORIO SÁNCHEZ es Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid (España)

Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS es Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba (España).

Emilio J. URBINA MENDOZA, Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto, es Profesor de postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela).

**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 público.
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, teléfono de contacto y en su caso el identificador de orcid.
  - 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.
  - El texto del trabajo irá precedido de un breve sumario de las diferentes partes en que esté estructurado el trabajo en castellano o en inglés dependiendo del idioma en que esté redactado el trabajo.
  - Igualmente se incluirá una propuesta de título en inglés (si el trabajo se presenta en idioma castellano) o en castellano (si el trabajo se presenta en idioma inglés).
  - El trabajo deberá incluir en la última página un listado completo de las referencias bibliográficas empleadas.
  - La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras), tamaño DinA 4.
  - Los párrafos estarán en interlineado sencillo (1), justificado y primera línea sangrada en un tabulador.
    - Ejemplo:  
«La última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr) ha sido la operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y ...»
  - El tipo y el tamaño de la letra será Times New Roman 12. En las notas a pie de página el tipo y tamaño de la letra será de Times New Roman 10.
  - El título del artículo en Times New Roman 14, mayúscula, negrita y centrado.
    - Ejemplo: **LAS CAUSAS DE CONEXIÓN PENAL**
  - Los títulos de los distintos apartados:
    - Primer rango de apartado: Times New Roman 12, mayúscula y negrita.
      - Ejemplo: **I. DE LA NECESIDAD A LA CONVENIENCIA DEL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS CONEXOS**
    - Segundo rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula y negrita.
      - Ejemplo: **1. Objeto principal de la reforma de 2015 en materia de conexión delictiva**
    - Tercer rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula y cursiva.
      - Ejemplo: *1.1. La llamada conexión objetiva o instrumental*
    - Cuarto rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula.
      - Ejemplo: 1.1.1. La conexión subjetiva
    - Los siguientes rangos de apartados si fuese necesario en Times New Roman 12, minúscula y precedidos primero por una letra en mayúscula seguido por un paréntesis, y segundo por una letra en minúscula seguido por un paréntesis.
      - Ejemplo: A) La conexión indirecta

- a) Una de las perspectivas de la conexión indirecta
- El sumario que deberá figurar antes del texto principal deberá incluir un apartado de conclusiones, así como de bibliografía.
  - Ejemplo: SUMARIO: I. DE LA NECESIDAD A LA CONVENIENCIA DEL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS CONEXOS. 1. Objeto principal de la reforma de 2015 en materia de conexión delictiva. 2. Razones para acumular o no el enjuiciamiento de delitos conexos. II. LOS NEXOS DE CONEXIÓN TRAS LA REFORMA. 1. Nexos de conexión que se mantienen: las llamadas conexión subjetiva y conexión objetiva. 1.1. La llamada conexión subjetiva. 1.2. La llamada conexión objetiva o instrumental. 1.2.1. Los nuevos nexos de conexión. 1.2.2. Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto del delito antecedente. III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.
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’.

### Notas y bibliografía: ejemplos

Cada vez que se cita una obra por primera vez se deben dar en nota todos los detalles. Sin embargo, las posteriores citas que se hagan de esa obra solo requieren una forma abreviada. En la bibliografía se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En la mayoría de los ejemplos que siguen a continuación se ofrece la cita completa, la abreviada y la entrada bibliográfica (resaltada en nuestros ejemplos en color gris).

#### 1. Libro

##### Un autor

<sup>1</sup> Lluís Duch, *Mito, interpretación y cultura* (Barcelona: Herder, 1998), 56-58.

<sup>18</sup> Duch, *Mito...*, 15.

<sup>21</sup> Santiago Segura, *Gramática latina* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2012), 74-76.

<sup>22</sup> Segura, *Gramática...*, 75.

Duch, Lluís. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder, 1998.

Segura, Santiago. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

##### Dos autores

<sup>2</sup> Orfelio G. León e Ignacio Montero, *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación* (Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993).

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993.

##### Tres autores

<sup>3</sup> Julio Borrego Nieto, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos, *El subjuntivo...*

Borrego Nieto, Julio, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.

##### Cuatro o más autores

En la nota se cita solo el nombre del primer autor, seguido de *et al.* Sin embargo, en la entrada de la bibliografía se citan todos los autores.

<sup>72</sup> Natalia Ojeda et al., *La predicción del diagnóstico de esquizofrenia...*

<sup>101</sup> Ojeda et al., *La predicción...*

### **Editor, traductor o compilador en lugar de autor**

<sup>2</sup> Irene Andrés-Suárez, ed., *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo* (Madrid: Cátedra, 2012), 15-16.

<sup>3</sup> Andrés-Suárez, *Antología del microrrelato...*

Andrés-Suárez, Irene, ed. *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo*. Madrid: Cátedra, 2012.

### **Editor, traductor o compilador además de autor**

<sup>1</sup> Salvador Fernández Ramírez, *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Ed. por José Polo (Madrid: Arco/Libros, 1985), 145-46.

<sup>18</sup> Fernández Ramírez, *La enseñanza...*, 33

Fernández Ramírez, Salvador. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros, 1985.

### **Capítulo u otra parte de un libro**

<sup>1</sup> Josefina Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», en *La ciudad del futuro*, ed. por Antonio Bonet Correa (Madrid: Instituto de España, 2009), 177-217.

<sup>19</sup> Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», 180.

Gómez Mendoza, Josefina. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España, 2009.

### **Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro**

<sup>1</sup> James Rieger, introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley (Chicago: University of Chicago Press, 1982), XX-XXI.

<sup>2</sup> Rieger, introducción, XXXIII.

Rieger, James. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press, 1982.

### **Libro publicado electrónicamente**

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado. En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

#### *Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería*

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.

<sup>1</sup> Jane Austen, *Pride and Prejudice* (Nueva York: Penguin Classics, 2008), edición en PDF, cap. 23.

<sup>14</sup> Austen, *Pride and Prejudice*, cap. 23.

Austen, Jane. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics, 2008. Edición en PDF.

#### *Libro consultado en línea*

<sup>1</sup> Salvador Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica: Aproximación funcional* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

<sup>2</sup> Philip B. Kurland y Ralph Lerner, eds., *The Founders' Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1987), acceso el 28 de febrero de 2010, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

<sup>3</sup> Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica*.

<sup>4</sup> Kurland y Lerner, *Founder's Constitution*, cap. 10, doc. 19.

Gutiérrez Ordóñez, Salvador. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo:

Universidad de Oviedo, 1981. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press, 1987. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

## 2. Artículo de revista

### Artículo en una revista impresa

Para la nota a pie de página o final de capítulo, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la bibliografía, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

<sup>1</sup> María José Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», *Meta* 56, n.º 1 (2011): 112-13.

<sup>34</sup> Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», 115.

Hernández Guerrero, María José. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1 (2011): 101-118.

### Artículo en una revista en línea

<sup>1</sup> Ángeles Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española», *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 470, doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

<sup>15</sup> Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional», 475.

Feliu Albadalejo, Ángeles. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

## 3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010,...») en lugar de en una nota y, normalmente, se omiten en la bibliografía. Los siguientes ejemplos muestran una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo.

<sup>2</sup> Sheryl Gay Stolberg y Robert Pear, «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote», *New York Times*, 27 de febrero de 2010, acceso el 28 de febrero de 2010, <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

<sup>4</sup> Stolberg y Pear, «Wary Centrists...».

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero de 2010. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

## 4. Reseña del libro

<sup>1</sup> David Kamp, «Deconstructing Dinner», reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan, *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review, <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

<sup>2</sup> Kamp, «Deconstructing Dinner».

Kamp, David. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

## 5. Tesis o tesina

<sup>1</sup> Francisco José Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro» (tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2010), 145, <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

<sup>3</sup> Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo», 130-132.

Hernández Rubio, Francisco José. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia, 2010. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

## 6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

<sup>2</sup> Silvia Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo» (conferencia, Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012).

<sup>4</sup> Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción».

Rodríguez Vázquez, Silvia. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012.

## 7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en el texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...») o en una nota. Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación. Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir una fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

<sup>2</sup> «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts», McDonald's Corporation, acceso el 19 de julio de 2008, <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

McDonald's Corporation. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio de 2008. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

## 8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012,...») en lugar de en una nota y, generalmente, se omiten en la bibliografía. No es necesario añadir *seud.* después del nombre aparentemente ficticio.

<sup>3</sup> José Luis Ramírez, 17 de marzo de 2012 (21:28), comentario a Alberto Bustos, «Hacer los deberes», *Blog de Lengua española*, 13 de marzo de 2012, <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

*Blog de Lengua española*. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

## 9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») o se dan en nota; raramente se incluyen en la bibliografía.

<sup>2</sup> Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011.

<sup>7</sup> Mike Milanovic (director ejecutivo de Cambridge ESOL), en conversación con el autor, septiembre de 2011.

En lo que se refiere a las entrevistas, sea cual sea su forma, la cita normalmente comienza por el nombre de la persona entrevistada. El entrevistador, en caso de mencionarse, figura en segundo lugar.

<sup>8</sup> Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

<sup>9</sup> Spock, entrevista.

## 10. Obra registrada en bases de datos

Para los documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de la base de datos y, entre paréntesis, el número de identificación proporcionado o recomendado por la base de datos.

Choi, Mihwa. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago, 2008. ProQuest (AAT 3300426).

## 11. Documento legal y jurisprudencia

En los documentos legales y públicos, las menciones a la documentación se hacen generalmente en el cuerpo del texto. En otras materias, especialmente académicas, que usan como fuente documental textos legales y públicos, se mencionan tanto en el cuerpo del texto como en nota.

### Norma jurídica

<sup>2</sup> Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (*BOJA* núm. 248 de 19 de diciembre de 2007).

<sup>3</sup> Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (*BOE* núm. 213 de 5 de septiembre de 2007).

### Jurisprudencia

Debe citarse haciendo referencia al órgano que la dicta, el número —si lo hay— y la fecha, usando abreviaturas para el término *sentencia* y la mención del órgano que la dicta.

El texto de la STC 185/2012, de 17 de octubre, se refiere, en sus Antecedentes...

## Autor-fecha: ejemplos

Los siguientes ejemplos ilustran las citas que se utilizan en el sistema autor-fecha. Cada ejemplo de una entrada de la lista de referencia va acompañado de un ejemplo de su correspondiente cita entre paréntesis en el texto. En las entradas de la lista de referencia se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En los casos en los que el sistema autor-año se complementa con notas a pie de página o final de capítulo, la mención de la fuente en las notas se realiza igual que cuando se hace en el cuerpo del texto. Para más detalles y ejemplos, véase el capítulo 15 del *Manual de Estilo de Chicago-Deusto*. Para ver ejemplos de las mismas citas utilizando el sistema de notas y bibliografía, véase el capítulo 14.

### 1. Libro

#### Un autor

Duch, Lluís. 1998. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder.  
Segura, Santiago. 2012. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto.  
(Duch 1998, 99-100)  
(Segura 2012, 74-76)

#### Dos autores

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. 1993. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España.  
(León y Montero 1993, 25)

#### Tres autores

Borrego Nieto, Julio, José J. Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. 1986. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.  
(Borrego Nieto, Gómez Asencio y Prieto de los Mozos 1986)

### **Cuatro o más autores**

En la entrada de la lista de referencias se incluye a todos ellos. El orden y la puntuación son los mismos que en el caso de los libros con dos o tres autores. En el texto se da solo el apellido del autor que aparece en primer lugar, seguido de *et al.*

(Ojeda et al. 2009, 128-129)

### **Editor, traductor o compilador en lugar de autor**

Notario Ruiz, Antonio, ed. 2005. *Contrapuntos estéticos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

(Notario Ruiz 2005, 24)

### **Editor, traductor o compilador además de autor**

Fernández Ramírez, Salvador. 1985. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros.

(Fernández Ramírez 1985, 112-23)

### **Capítulo u otra parte de un libro**

Gómez Mendoza, Josefina. 2009. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España.

(Gómez Mendoza 2009)

### **Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro**

Rieger, James. 1982. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press.

(Rieger 1982, XX-XXI)

### **Libro publicado electrónicamente**

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado. En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

#### *Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería*

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.

Austen, Jane. 2008. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics. Edición en PDF.

(Austen 2008)

#### *Libro consultado en línea*

Gutiérrez Ordoñez, Salvador. 1981. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo: Universidad de Oviedo. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. 1987. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

(Gutiérrez Ordoñez 1981)

(Kurland y Lerner, cap. 10, doc. 19)

## **2. Artículo de revista**

### **Artículo en una revista impresa**

En el texto, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la entrada de la lista de referencias, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

Hernández Guerrero, María José. 2011. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1: 101-118.

(Hernández Guerrero 2011, 115)

### Artículo en una revista en línea

Indique el DOI (*Digital Object Identifier*, «Identificador Digital de Objetos»), si la revista utiliza alguno. En caso contrario, señale el URL y la fecha de acceso.

Feliu Albadalejo, Ángeles. 2011. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66: 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

Feliu Albadalejo, Ángeles. 2011. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66: 454-481. Acceso el 2 de febrero de 2015. [http://www.revistalatinacs.org/11/art/941\\_Alicante/20\\_Feliu.html](http://www.revistalatinacs.org/11/art/941_Alicante/20_Feliu.html).

(Feliu Albadalejo 2011, 470)

### 3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010,...»), y, normalmente, se omiten en la lista de referencias. El siguiente ejemplo muestra una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo.

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. 2010. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

(Stolberg y Pear 2010)

### 4. Reseña del libro

Kamp, David. 2006. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

(Kamp 2006)

### 5. Tesis o tesina

Hernández Rubio, Francisco José. 2010. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

(Hernández Rubio 2010)

### 6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

Rodríguez Vázquez, Silvia. 2012. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre.

(Rodríguez Vázquez 2012)

### 7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...»). Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación. Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir la fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

McDonald's Corporation. 2008. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

(McDonald's 2008)

### 8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012,...») y, generalmente, se omiten en la lista

de referencias. Si es necesaria una entrada en la lista de referencias, cite la entrada del blog, pero mencione los comentarios solo en el texto. (Si se requiere una fecha de acceso, añádala antes del URL).

Ramírez, José Luis. 2012. «Hacer los deberes». *Blog de Lengua española*. Acceso el 17 de marzo. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

(Ramírez 2012)

## 9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») y raramente se incluyen en la lista de referencias.

(Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011)

Nótese que la cita de una comunicación personal o entrevista puede también complementarse con una nota a pie de página o final de capítulo.

(«Según señala Benjamin Spock en una entrevista realizada por Milton J. E. Senn el 20 de noviembre de 1974,<sup>8</sup>...»).

<sup>8</sup> Spock, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

(Spock, entrevista por Senn, 20 de noviembre de 1974)<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

## 10. Obra registrada en bases de datos

Para documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de dicha base y, entre paréntesis, el número de identificación recomendado en la misma.

Choi, Mihwa. 2008. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago. ProQuest (AAT 3300426).

## 11. Documento legal y jurisprudencia

La mayoría de los escritos legales y públicos citan la documentación en el propio cuerpo, más que en notas, y prácticamente no incluyen bibliografía. Todo escrito legal que necesite algo más que mencionar una fuente en el texto tendrá que recurrir a notas a pie de página o final de capítulo. Para más detalles y ejemplos, véase el capítulo 14 del *Manual de Estilo de Chicago-Deusto*.

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 (± 20 páginas escritas a espacio simple, 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 reseña 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 publicado 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 (disponible en <revista-estudios.revistas.deusto.es>) 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.

## Código ético

Estos compromisos están basados en las políticas de actuación de Elsevier, así como en las pautas o buenas prácticas recomendadas por COPE (*Committee on Publication Ethics*).

### 1. Obligaciones generales de la dirección de la Revista

El director de la Revista deberá:

1. Velar por la continua mejora de la Revista;
2. Asegurar la calidad de los artículos que se publican;
3. Mantener la integridad académica del contenido de la Revista;
4. Respetar la libertad de expresión;
5. Estar dispuesto a publicar las correcciones, y a hacerlo si se detectan errores, así como a publicar las retractaciones, y las disculpas que en su caso sean necesarias. Al respecto, se seguirán las recomendaciones publicadas al respecto por COPE
6. Preservar el anonimato de los evaluadores designados en cada caso para la evaluación de los artículos.
7. No anteponer en ningún caso intereses comerciales a los compromisos intelectuales y éticos que asume la Revista.
8. Revisar continuamente y asegurarse del cumplimiento de los compromisos éticos asumidos por la Revista junto con el Consejo de Redacción.

## 2. Relación con los autores

### 2.1. Promoción de conductas éticas

La dirección de la Revista deberá asegurarse de adoptar las medidas oportunas para asegurar la calidad del material publicado, y evitar la publicación de plagios y de trabajos no originales.

### 2.2. Obligaciones específicas de los autores

#### 2.2.1. Originalidad y plagios

Los manuscritos que envíen los autores para su publicación en la Revista deberán contener los datos necesarios para permitir su cita ulterior por otros autores.

Los autores deberán enviar artículos completamente originales, y si los autores han utilizado el trabajo y/o las palabras de otros, éstos deberán estar convenientemente citados en el trabajo. Los plagios en las distintas formas en que se pueden manifestar, como puede ser la reproducción del trabajo de otro como si fuese un trabajo propio, copiar o parafrasear partes sustanciales de otro/s trabajo/s sin citarlos, se consideran conductas no éticas e inaceptables. La Dirección de la Revista adoptará en semejantes casos las medidas oportunas, que incluirá generalmente la comunicación al autor de las quejas o reclamaciones planteadas, así como inclusive posteriores comunicaciones a las instituciones u organismos de investigación correspondientes. Si la conducta no ética se confirma y se descubre tras la publicación del artículo, aunque hayan pasado años, se procederá a publicar una corrección, retractación u otro tipo de nota que deje constancia del acto producido.

#### 2.2.2. Publicación múltiple, redundante o simultánea

Los autores deberán procurar en general no publicar la misma investigación en más de una publicación. El envío del mismo original a más de una revista simultáneamente se considera una conducta inaceptable. La publicación de un artículo en más de una Revista podrá encontrarse excepcionalmente justificada, y en cualquier caso se deberá mencionar adecuadamente la primera referencia publicada en la segunda publicación.

#### 2.2.3. Reconocimiento de fuentes

Se deberá reconocer el trabajo de otros autores, por lo que los autores deberán citar en sus manuscritos los trabajos que hayan sido relevantes para su propio trabajo. Informaciones obtenidas por vías distintas a trabajos publicados previamente de forma pública solo podrán usarse con el permiso expreso del autor correspondiente. Si un autor descubre un error o inexactitud relevante en su propio trabajo ya publicado, deberá notificárselo inmediatamente al director de la Revista y colaborar con este último en la corrección o retractación del error cometido. Si el director de la Revista tiene conocimiento de un error relevante en un trabajo publicado a través de una tercera persona, el autor deberá lo antes posible enviar la correspondiente retractación o corrección, o acreditar ante el director de la Revista la veracidad y corrección del artículo original.

#### 2.2.5. Autoría

La autoría de los artículos deberá estar limitada a las personas que han contribuido de forma significativa a la determinación, diseño y elaboración del trabajo. Todos los que hayan contribuido de forma significativa deberán ser citados como coautores.

Si otras personas hubiesen participado en algunos aspectos sustantivos del trabajo, deberán ser reconocidos adecuadamente en el artículo.

Igualmente, todos los autores deberán haber visto y aprobado la versión final del trabajo y su envío para su publicación

#### 2.2.6. Conflictos de interés de los autores

Los autores deberán manifestar en el manuscrito cualquier conflicto de interés financiero o sustantivo que puedan tener y que pueda incidir en su publicación y en su valoración. Todas las fuentes de financiación del proyecto deberán ser indicadas en el manuscrito.

#### 2.3. Normas de publicación para los autores

Se publicará y se mantendrá debidamente actualizado el proceso de publicación en la Revista con el fin de que los autores puedan tener toda la información que necesiten al respecto, y que solamente por causas debidamente justificadas se podrá alterar. En particular, se publicará el funcionamiento del proceso de revisión por pares de los artículos recibidos al que deberán someterse todos los autores.

#### 2.4. Decisiones respecto a la publicación

Las decisiones relativas a la aceptación o al rechazo de un artículo para su publicación deberán basarse única y exclusivamente en la calidad del artículo, esto es, en su claridad, originalidad, e importancia, así como en su adecuación a los objetivos y al ámbito de la Revista. El director de la Revista será el responsable de decidir en última instancia qué artículos enviados a la Revista se publicarán finalmente en ella.

En ningún caso, se rechazarán artículos debido a las críticas u opiniones divergentes de posturas mayoritarias y/o manifestadas por miembros de la Revista, siempre que se trate de artículos de calidad que justifiquen sus posturas sin caer en la descalificación.

Igualmente, la decisión, bien de aceptación, bien de rechazo, se comunicará siempre al autor en el tiempo indicado en las normas de publicación, y deberá ser motivada, especialmente en caso de rechazo. Esta decisión no deberá modificarse posteriormente, salvo que se hayan producido serios problemas en el proceso de publicación que deberán justificarse debidamente. En cualquier caso, los cambios en la estructura de la Revista no afectarán a las decisiones adoptadas previamente en cuanto a la aceptación o al rechazo de los artículos enviados para su publicación.

#### 2.5. Confidencialidad y conflictos de interés de la dirección, de la subdirección y del Consejo de Redacción

La dirección de la Revista, así como la subdirección y el Consejo de Redacción, no deberán proporcionar información sobre los artículos enviados para su eventual publicación a ninguna persona que no sea el autor correspondiente, los potenciales o actuales evaluadores del artículo y los miembros del Consejo Asesor de la Revista, si fuese conveniente.

Los artículos no publicados no podrán usarse bajo ninguna circunstancia en investigaciones de la dirección de la revista, de la subdirección, del Consejo de Redacción o de cualquiera otra de las personas que puedan tener acceso al mismo en virtud del párrafo anterior, salvo que se cuente con el expreso consentimiento del autor. La información o las ideas obtenidas a través de la evaluación por parte de los evaluadores deberán mantenerse en secreto y no deberá ser usada bajo ninguna circunstancia en beneficio personal. La dirección de la Revista, así como la subdirección, se deberán abstener de evaluar manuscritos respecto a los cuales puedan encontrarse en una situación de conflicto de interés a consecuencia de la existencia de estrechas relaciones o conexiones con los autores o con sus instituciones de adscripción. Los autores deberán manifestar sus intereses relevantes, y el director de la Revista deberá publicar las correcciones correspondientes en caso de que no se hayan revelado algunos de ellos antes de la publicación.

### 3. Proceso de revisión por pares

#### 3.1. Contribución a las decisiones editoriales

La adecuada revisión por pares de los artículos se considera un elemento esencial de la Revista. Los evaluadores asisten al Director de la Revista en las decisiones sobre la publicación de los artículos, y a través de la comunicación con el autor también contribuyen a la mejora del artículo.

Los artículos serán revisados por dos evaluadores, recurriéndose a la opinión de un tercer evaluador en caso de que haya discrepancias respecto a la publicación o no del artículo entre las dos evaluaciones realizadas.

#### 3.2. Conducta debida

Los evaluadores deberán actuar objetivamente, y emitir juicios y evaluaciones claras y precisas, suficientemente argumentadas e imparciales. Igualmente, se evitarán los conflictos de intereses del tipo que fuere (personales, académicos, comerciales, etc.). En particular, los evaluadores deberán señalar las publicaciones relevantes no citadas por el autor en el manuscrito, así como posibles similitudes o identidades parciales o totales del manuscrito con otros artículos ya publicados de los que tenga conocimiento personal el evaluador.

Si un evaluador no se considera suficientemente capacitado para evaluar un determinado manuscrito, o sabe que no lo podrá hacer en un tiempo razonable, deberá comunicárselo inmediatamente a la dirección de la Revista.

#### 3.3. Confidencialidad de los evaluadores

En cualquier caso, el proceso de evaluación quedará sujeto a estrictas condiciones de confidencialidad. Ni los evaluadores ni los autores conocerán sus respectivas identidades, evitando de esta forma los conflictos de intereses que se pudiesen producir. Al respecto, la dirección de la Revista ostentará un estricto deber de confidencialidad. Igualmente, los evaluadores deberán tratar los manuscritos recibidos como información confidencial, y no deberán mostrarlos o discutirlos con terceras personas, salvo autorización expresa del Director de la Revista.

#### 3.4. Conflictos de interés de los evaluadores

Los artículos no publicados no podrán usarse bajo ninguna circunstancia en investigaciones de los evaluadores, sin el expreso consentimiento del autor. La información o las ideas obtenidas a través de la evaluación por parte de los evaluadores deberán mantenerse en secreto y no deberá ser usada bajo ninguna circunstancia en beneficio personal. Los evaluadores se deberán abstener de evaluar manuscritos respecto a los cuales puedan encontrarse en una situación de conflicto de interés a consecuencia de la existencia de estrechas relaciones o conexiones con los autores o con sus instituciones de adscripción.

## Declaración de privacidad

Los nombres y direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

Más información: <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/index>

All this information is available in English on the following web page:  
<http://revista-estudios.revistas.deusto.es/>





# Estudios de Deusto

Volume 66, Issue 2, July - December 2018

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018](https://doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018)

## Table of contents

### Special Issue: Fundamental rights, between justice and public administration

Guest Editors: Manuel Rodríguez  
Portugués and Ignacio Cubillo López

#### General theory of fundamental rights

The development of fundamental  
rights by the legislative power,  
the judiciary and the  
Constitutional Court

Julio BANACLOCHE PALAO

Proportionality in the Law and  
reasonableness in the interpretation  
of the law: tensions and relations

Juan CIANCIARDO

The net neutrality principle on the  
internet. A contribution to the  
freedom of communication on the  
internet from the thought of  
Francisco de Vitoria

José J. ALBERT MÁRQUEZ

Fundamental Rights: conceptual  
indeterminacy, legal embodiment  
and interpretation

Estela CAMUS GARCÍA

#### Public administration and fundamental rights

The fundamental right to the  
protection of personal data as a

(impassable) boundary for  
administrative transparency

LEONOR RAMS RAMOS

The role of Public Administration  
on the establishment of the  
content of health care professionals  
right to conscientious objection in  
the context of "new rights": The  
cases of abortion and euthanasia

Marta ALBERT MÁRQUEZ

The extent to sanctioning  
Administrative Law of the Human  
Right to be compensated because  
of firm conviction reversed

Manuel RODRIGUEZ PORTUGUÉS

Defense rights and the duty of  
collaboration with the Tax  
Administration

Monserrat HERMOSÍN ÁLVAREZ

Right to suffrage, administration  
and principle of equality

Carlos ARCE JIMÉNEZ

#### Due process rights

Considerations on the relationship  
between the right to effective  
judicial protection and the  
mandatory mediation

Pilar PEITEADO MARISCAL

The Fundamental Right of Access  
to Justice for Consumers

María José CATALÁN CHAMORRO

The right to effective judicial  
protection and the right to

execution in constitutional  
jurisprudence

Ignacio CUBILLO LÓPEZ

## Studies

Federal features, Constitutional  
Justice and the search for an  
European 'Common Law'

Enrico ANDREOLI

The framework decision 2005/212:  
background and origin of the last  
reform of the confiscation as a  
consequence of crime accessory

Itziar CASANJEVA, Soledad GIL and  
Emilio José ARMAZA

The right to receive faithful  
information in the Constitutional  
system. The professional exercise  
of journalism as a democratic  
guarantee

Jesús LÓPEZ DE LERMA GALÁN

The Government functions  
exercised by the constitutional  
jurisdiction. Its an acceptable  
modification of the Theory of  
powers separation by a  
Constitutional Chamber? The Case  
of the Constitutional Chamber of  
the Supreme Court of Justice of  
Venezuela 2016-2018

Emilio J. URBINA MENDOZA

## Book reviews