

Estudios de Deusto

ISSN 0423-4847 (papel)

ISSN 2386-9062 (digital)

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

Vol. 67/2 junio-diciembre 2019

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019](https://doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019)

Sumario

Monográfico: Five Centuries Sailing The Legal World (I)

Reexaminando la definición de trata de seres humanos del Protocolo de Palermo: la trata como forma de explotación

ANA B. VALVERDE CANO

¿Se puede lesionar a otra persona mediante una obra creativa?

Reflexiones inspiradas por la STC 51/2008, de 14 de abril

ANTONIO JOSÉ QUESADA SÁNCHEZ

Paying court to the future – has the time for an asean trade tribunal arrived?

ALLAN F. TATHAM

Familiar and Familial: Basque/ Spanish-Filipinos Vis-à-Vis, ASEAN, EU, and Euskadi

JOSÉ MARI TIROL URIONDO

Emerging legal issues: a bird's-eye-view

MARIA ISABEL TORRES CAZORLA

A different approach to the study of “forced shares” or “legitimas”, based on a comparative study of

Spanish and Philippine Succession Law

JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA

The populist rhetoric as a threat to human rights in europe: stance of the Supranational Institutions

ELENA AVILÉS HERNÁNDEZ

The Secession-remedy episodes. Massive and grave violations against the human rights of minorities and peoples

GASPAR GONZÁLEZ REPRESA

Estudios

Nación y libertades públicas en la Constitución española de 1812

MANUEL ÁLVAREZ TORRES

Voluntad política para un tiempo de reformas: Presupuestos previos para abordar una reforma constitucional

ALEXANDRE H. CATALA I BAS

Historia y fundamentos de la extensión de efectos de sentencias firmes como figura procesal autónoma

MARÍA LUISA DOMÍNGUEZ BARRAGÁN

Radiografía de una propuesta olvidada: la proposición de reforma constitucional de la Junta General asturiana sobre democracia semidirecta

DANIEL LÓPEZ RUBIO

La multa civil en el ordenamiento jurídico francés: “cuando las barbas de tu vecino...”

EFREN PÉREZ BORGES

Atticus Finch: inteligencia emocional y liderazgo, como herramientas de gestión, en el ejercicio de la abogacía. (Análisis de la película “Matar a un ruiseñor”)

MANUEL-ÓSCAR REMESEIRO FERNÁNDEZ

Premio Juan Churruca

La limitación a la deducibilidad de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: Evolución y análisis comparativo

IRENE MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Recensiones

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Fundada en 1904 / Founded in 1904

Vol. 67/2 julio-diciembre 2019

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019](https://doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019)

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
2019

Estudios de Deusto

Vol. 67/2 julio-diciembre 2019

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019](https://doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019)

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>>) 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
<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. 67/2 julio-diciembre 2019

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019](https://doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019)

Sumario

Monográfico

- Ana B. VALVERDE CANO, *Reexaminando la definición de trata de seres humanos del Protocolo de Palermo: la trata como forma de explotación* 15
- Antonio José QUESADA SÁNCHEZ, *¿Se puede lesionar a otra persona mediante una obra creativa? Reflexiones inspiradas por la STC 51/2008, de 14 de abril* 31
- Allan F. TATHAM, *Paying court to the future – has the time for an asean trade tribunal arrived?* 47
- José Mari TIROL URIONDO, *Familiar and Familial: Basque/Spanish-Filipinos Vis-á-Vis, ASEAN, EU, and Euskadi* 65
- María Isabel TORRES CAZORLA, *Emerging legal issues: a bird's-eye-view* 87
- José Manuel DE TORRES PEREA, *A different approach to the study of “forced shares” or “legítimas”, based on a comparative study of Spanish and Philippine Succession Law* 103
- Elena AVILÉS HERNÁNDEZ, *The populist rhetoric as a threat to human rights in europe: stance of the Supranational Institutions* 147
- Gaspar GONZÁLEZ REPRESA, *The Secession-remedy episodes. Massive and grave violations against the human rights of minorities and peoples* 163

Estudios

- Manuel ÁLVAREZ TORRES, *Nación y libertades públicas en la Constitución española de 1812* 183
- Alexandre H. CATALA I BAS, *Voluntad política para un tiempo de reformas: Presupuestos previos para abordar una reforma constitucional* 205
- María Luisa DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, *Historia y fundamentos de la extensión de efectos de sentencias firmes como figura procesal autónoma* 235
- Daniel LÓPEZ RUBIO, *Radiografía de una propuesta olvidada: la proposición de reforma constitucional de la Junta General asturiana sobre democracia semidirecta* 263
- Efrén PÉREZ BORGES, *La multa civil en el ordenamiento jurídico francés: “cuando las barbas de tu vecino...”* 297
- Manuel-Óscar REMESEIRO FERNÁNDEZ, *Atticus Finch: inteligencia emocional y liderazgo, como herramientas de gestión, en el ejercicio de la abogacía. (Análisis de la película “Matar a un ruiseñor”)* 321

Premio Juan Churruga

- Irene MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *La limitación a la deducibilidad de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: Evolución y análisis comparativo* 355

Recensiones

- Luis JIMENA QUESADA, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de derecho*, por Amir Al Hasani Maturano 397
- Gabriel MORENO GONZÁLEZ, *Estabilidad presupuestaria y constitución: fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, por Juan Barroso Márquez 407
- Esther GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, *La “revolución constitucional”. Breve compendio de historia constitucional europea en perspectiva comparada*, por David Delgado Ramos 415
- José Luis GARCÍA GUERRERO y María Luz MARTÍNEZ ALARCÓN (dirs.), *Constitucionalizando la globalización*, por David Delgado Ramos 419

Estudios de Deusto

Volume 67, Issue 2, July-December 2019
DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019](https://doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019)

Table of Contents

Special Issue

- Ana B. VALVERDE CANO, *Unwrapping the Human Trafficking Definition of the Palermo Protocol: Trafficking as Harmful Exploitation* 15
- Antonio José QUESADA SÁNCHEZ, *Can anyone be damaged by a creative work? Thoughts inspired by a Judgment of the Spanish Constitutional Court* 31
- Allan F. TATHAM, *Paying Court to the Future – Ha llegado el tiempo para un Tribunal de comercio de la ASEAN?* 47
- José Mari TIROL URIONDO, *Familiar y de Familia: Vasco/Español-Filipinos vis-à-vis ASEAN, la Unión Europea, y Euskadi* 65
- María Isabel TORRES CAZORLA, *Cuestiones jurídicas emergentes: un análisis a vista de pájaro* 87
- José Manuel DE TORRES PEREA, *Un análisis alternativo sobre las legítimas a partir del estudio comparado del Derecho de sucesiones español y filipino* 103
- Elena AVILÉS HERNÁNDEZ, *La retórica populista como amenaza a los derechos humanos en Europa: Posicionamiento de las instituciones supranacionales* 147
- Gaspar GONZÁLEZ REPRESA, *Los episodios de secesión-remedio. Violaciones graves y sistemáticas de los Derechos Humanos de minorías y pueblos* 163

Studies

- Manuel ÁLVAREZ TORRES, *Nation and public freedoms in the spanish Constitution of 1812* 183
- Alexandre H. CATALA I BAS, *Political will for a time of reforms: Previous conditions to address a constitutional reform* 205
- María Luisa DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, *History and foundations of the extension of effects of final judicial sentences as autonomous procedural figure* 235
- Daniel LÓPEZ RUBIO, *Overview of a forgotten proposal: The proposal for constitutional reform by the General Council of Asturias on semi-direct democracy* 263
- Efrén PÉREZ BORGES, *The civil fine in the French Legal Order: “When your neighbor’s bears ...”* 297
- Manuel-Óscar REMESEIRO FERNÁNDEZ, *Atticus Finch: Emotional Intelligence and Leadership, as Management Tools, in the Exercise of the Legal Profession. (Analysis of the film “To kill a Mockingbird”)* 321

Juan Churruga Award

- Irene MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *The limitation on interest deductions in the Law of Spain and the Basque Country: Evolution and Comparison* 355

Book reviews

- Luis JIMENA QUESADA, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de derecho*, by Amir Al Hasani Maturano 397
- Gabriel MORENO GONZÁLEZ, *Estabilidad presupuestaria y constitución: fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, by Juan Barroso Márquez 407
- Esther GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, *La “revolución constitucional”. Breve compendio de historia constitucional europea en perspectiva comparada*, by David Delgado Ramos 415
- José Luis GARCÍA GUERRERO y María Luz MARTÍNEZ ALARCÓN (dirs.), *Constitucionalizando la globalización*, by David Delgado Ramos 419

Monográfico: Five Centuries Sailing The Legal World (I)

Primera parte del Monográfico que incluye una cuidada selección de trabajos presentados al V International Scientific Congress “Five Centuries Sailing The Legal World”, celebrado los días 17 a 19 junio 2019 en la Universidad de Deusto (Bilbao, España) en colaboración con el Ateneo Law School (Filipinas) y la Universidad de Málaga (España)

REEXAMINANDO LA DEFINICIÓN DE TRATA DE SERES HUMANOS DEL PROTOCOLO DE PALERMO: LA TRATA COMO FORMA DE EXPLOTACIÓN

Unwrapping the Human Trafficking Definition of the Palermo Protocol: Trafficking as Harmful Exploitation

Ana B. Valverde Cano
Doctoranda en Derecho penal
Universidad de Granada

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp15-29](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp15-29)

Recibido: 30.09.2019

Aceptado: 21.11.2019

Resumen

Tras el transcurso de casi dos décadas desde la aprobación del Protocolo de Palermo, estamos en condiciones de evaluar críticamente si se ha consolidado un régimen transnacional eficaz que permita la asistencia mutua eficaz en materia penal o si, por el contrario, continúa tratándose de un régimen fragmentado. A pesar de la armonización del concepto de trata, una defectuosa comprensión de su naturaleza abusiva ha dado lugar a lecturas muy singulares del fenómeno reflejadas en las normativas domésticas, por ejemplo, estableciendo un delito de trata donde no se exige el empleo de ciertos medios comisivos. El objetivo de este trabajo consiste en ofrecer una reformulación del paradigma de la trata, poniendo el foco en lo que convierte la trata en una práctica abusiva o «de explotación» *per se*: la utilización de ciertos medios y no únicamente las finalidades de explotación. Este cambio de paradigma, además de ser útil para acometer los desafíos que plantea la cooperación interestatal, nos ayuda a identificar las conductas relevantes en términos de explotación y permite abordar las críticas de los que –en ocasiones, acertadamente– ven en el régimen contra la trata una herramienta de control migratorio más.

Palabras clave

Trata de seres humanos. Explotación. Protocolo de Palermo. Cooperación interestatal.

Abstract

Almost two decades after the adoption of the Palermo Protocol, we are now able to critically assess whether an effective transnational regime has been consolidated to enable effective mutual assistance in criminal matters or whether, on the contrary, it remains a fragmented regime. Despite the harmonisation of the concept of human trafficking, a flawed understanding of its exploitative nature has led to very unique readings reflected in domestic regulations, for example by establishing a trafficking offence where the use of certain means of commission is not required. The aim of this paper is to reformulate the trafficking paradigm, focusing on what makes trafficking an abusive or exploitative practice per se: the use of certain means and not just the purposes of exploitation. This paradigm shift is useful for tackling the challenges posed by inter-state cooperation. Furthermore, it helps us to identify the relevant behaviours in terms of exploitation and allows us to address the criticisms of those who -sometimes rightly- see the anti-trafficking regime as yet another migration control tool.

Keywords

Human Trafficking. Human Exploitation. Palermo Protocol. International Cooperation.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. *La trata como práctica de explotación.* 1.1. ¿Por qué es necesario la redefinición del paradigma desde el que se aborda la trata de personas?. a. La trata de seres humanos: una definición imprecisa. b. Incorporación del delito de trata en las legislaciones nacionales: ¿estamos hablando de lo mismo?. c. La fragmentación del régimen contra la trata: ¿cuáles son las consecuencias?. d. La trata desde el paradigma de la explotación. II. CONCLUSIÓN. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde la década de 1990, la lucha internacional contra la trata de personas se ha visto notablemente intensificada y acompañada de una importante acción normativa e institucional (Milivojevic y Pickering 2013, 585-586; Atak y Simeon 2014, 1020; Pérez Alonso 2015, 1147-1194. Sobre el papel de los informes sobre trata de personas –*TIP Reports*– del Departamento de Estado de los Estados Unidos en la intensificación del régimen anti-trata: Kelley 2017, 12; Taylor e Isgro 2018, 48-60; Villacampa Estiarte 2011, 269-274).

En el año 2000, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Junto a esta Convención, se aprobaron otros tres Protocolos –instrumentos adicionales que complementan el instrumento principal– que se referían a la trata de personas, el tráfico de inmigrantes y el tráfico ilícito de armas de fuego. El Protocolo de Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (que se conoce como Protocolo de Palermo) tiene el propósito de fomentar la cooperación estatal para «prevenir y combatir eficazmente la trata de personas», y supone un hito en la consolidación de una definición internacional de trata de seres humanos (Kemp, 2001, 166; Heintze y Lülff 2016, 154-155).

Hasta entonces, el término había aparecido en diversos acuerdos internacionales durante el siglo XX, fundamentalmente vinculados a la «trata de blancas» o a la trata con fines de explotación sexual. No obstante, no había podido definirse adecuadamente por las importantes discrepancias sobre qué actos constitutivos debían quedar comprendidos en el ámbito de la trata, cuál era su verdadera naturaleza y otras cuestiones conexas, como su relación con la migración ilegal (Irwin 1996; Doezema 1998, 34-50; Grittner 1990; Obokata 2006, 13-17; Gallagher 2010, 12; Limoncelli, 2010, 46; Iglesias Skulj 2013, 56-57; Maqueda Abreu 2009, 9-13; Maqueda Abreu 2018, 1251-1253). Por ello, tras explicitar en el Preámbulo que «no hay ningún instrumento universal que aborde todos los aspectos de la trata de personas», el Protocolo de Palermo viene a colmar esta laguna.

Uno de los aspectos más relevantes del Protocolo de Palermo es su alto número de ratificaciones (174), que lo convierten en una herramienta privilegiada para la creación de un régimen transnacional efectivo contra la trata de personas (Rijken 2013, 17). No obstante, la indefinición del concepto ha supuesto que casi cualquier actividad pueda considerarse abusiva y encajar en el «propósito de explotación» de la trata, lo que cuestiona la propia eficacia del régimen transnacional. Esto puede deberse a que el foco se ha centrado, en gran medida, en el último de los elementos que conforman la definición internacional de la trata —el propósito de explotación—, y no tanto en los elementos que limitan la libertad de elección y que colocan a la persona en una posición en la que puede ser explotada (Allain 2019, 3-5).

El objetivo de este trabajo es ofrecer una reformulación del paradigma de la trata de personas, explorando la verdadera naturaleza de este fenómeno, para facilitar la consecución del objetivo de cooperación interestatal del Protocolo de Palermo. Para ello, en primer lugar, se identificarán los principales desafíos que plantea la falta de seguridad jurídica, por ejemplo, con relación a la institución de la extradición y el principio de doble incriminación penal. En segundo lugar, se argumentará que la naturaleza misma de la trata como práctica de explotación está determinada por el uso de ciertos medios (coercitivos, engañosos, etc.), y no únicamente por el propósito de explotación.

1. *La trata como práctica de explotación*

1.1. ¿Por qué es necesario la redefinición del paradigma desde el que se aborda la trata de personas?

a. La trata de seres humanos: una definición imprecisa

La trata se define en el artículo 3 del Protocolo de Palermo como un fenómeno que incluye tres elementos: en primer lugar, una serie de acciones relacionadas con el movimiento de personas, que permiten incriminar a distintos actores dentro de un sistema complejo (captación, transporte, traslado, acogida o recepción); en segundo lugar, el recurso a mecanismos que implican coacción y/o el abuso de poder, que limitan la libertad de elección (amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, raptos, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra); y en tercer lugar, el «propósito de explotación». A continuación, indica que «esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos» (análisis de la definición del

Protocolo de Palermo en: Pérez Alonso 2008, 173-188; Gallagher 2010, 25-42; y de forma más general, en: Rodríguez López 2016).

Este delito presenta algunas particularidades cuando la víctima es menor de edad, pero por ahora vamos a centrarnos en la definición básica, que requiere que tenga lugar la transferencia de una persona –coercitiva, engañosa o abusiva– con *intención* de explotarla, pero sin que sea necesario que se materialice la explotación (Chuang 2014, 628-629; Stoyanova, 2017, 33-43).

Es preciso llamar la atención sobre el elemento «propósito de explotación». En la práctica, el Protocolo establece un umbral mínimo de protección, por encima del cual admite la posibilidad de ampliar el concepto para incluir una infinidad de prácticas que dependerán de la decisión de cada Estado (Pérez Alonso 2008, 181). En consecuencia, a cada Estado parte le corresponde decidir, por un lado, la medida en que adoptará disposiciones destinadas a prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, y por otro, la forma en que definirá la «trata de personas» dentro de su propia jurisdicción nacional y respetando ciertos márgenes (Allain 2014, 116; Rijken 2013, 13).

b. Incorporación del delito de trata en las legislaciones nacionales:
¿estamos hablando de lo mismo?

La situación anterior ha provocado que los Estados hayan incorporado la definición de trata de forma muy diversa, como demuestra el hecho que algunas legislaciones nacionales prescindan de la utilización de unos determinados medios comisivos (coacción, engaño, amenazas, etc.) en el tipo básico. Por ejemplo, el artículo 2 de la *Modern Slavery Act* de 2015, para Inglaterra y Gales, establece que «Una persona comete un delito si organiza o facilita el viaje de otra persona (V) con miras a la explotación de V», con independencia del consentimiento de V y sin que tenga que certificarse el recurso a la violencia, amenazas, engaño o abuso de situación de necesidad.

De una forma idéntica lo regula Irlanda del Norte (artículo 2 de la *Human Trafficking and Exploitation (Criminal Justice and Support for Victims) Act* de 2015) y Escocia (artículo 1 de la *Human Trafficking And Exploitation Act*, de 2015). En ese mismo sentido, Argentina castiga con una pena de cuatro a ocho años a aquel que «ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediere el consentimiento de la víctima» (artículo 145 bis del Código Penal). En este caso, el empleo de los medios comisivos a los que se refiere el Protocolo de Palermo actúa como circunstancia agravante (artículo 145 ter). Podemos nombrar otros ejemplos similares en Eslovenia (artículo 113 del Código Penal), Ecuador (artículo 91 del Código Penal), Hungría (artículo 192 del Código Penal), México (artículo 10 del Código Penal), Uruguay (artículo 78 y 79 de la Ley No. 18250 sobre migraciones), o Filipinas (artículo 4 de la Ley No. 9208), entre otros.

Por el contrario, las normativas nacionales han tendido a prestar mucha atención al último de los elementos de la definición del Protocolo: el elemento «propósito de explotación», incluyendo minuciosas y extensas listas de prácticas que pretenden ampliar el ámbito de protección respecto al mínimo marcado en el Protocolo de Palermo. Aunque un estudio detallado de cómo se ha transpuesto la definición de trata en las legislaciones nacionales excede el ámbito de este trabajo, vamos a ilustrarlo con algunos ejemplos.

El StGB alemán prohíbe la trata de seres humanos (*Menschenhandel*) en el artículo 232, siguiendo la estructura de acción, medios comisivos (aprovechamiento de la situación personal o económica de la víctima, o de su impotencia en relación con su estancia en un país extraño), si se realiza con el objetivo de explotarla: 1. (a) En el ejercicio de la prostitución o en la realización de actos sexuales sobre o delante del delincuente o de una tercera persona o en la aquiescencia de actos sexuales contra uno mismo por parte del delincuente o de una tercera persona; (b) en el empleo;¹ (c) en el ejercicio de la mendicidad; o (d) en la comisión de actos sancionados con una pena; 2. Si se mantiene a la persona en esclavitud, servidumbre, servidumbre por deudas o en circunstancias análogas o similares a la esclavitud; o 3. Si se le extrae ilegalmente algún órgano (Spitzer 2018).

Por otro lado, el Código Penal francés prohíbe la trata de personas (*traite des êtres humains*) en el artículo 225-4-1 de una forma similar: acción, medios comisivos y propósito de explotación, que incluye: proxenetismo, agresión o abuso sexual, esclavitud, trabajos o servicios forzados, servidumbre, extracción de órganos, explotación de la mendicidad, la imposición de condiciones de trabajo o de alojamiento que sean contrarias a la dignidad humana, u obligar a la víctima a cometer un delito o una falta (Bourgeois 2017).

Las diferencias se acentúan si nos alejamos de los Estados de la Unión Europea a los que les ha repercutido la normativa europea sobre trata (Pérez Alonso 2015, 1147-1194, Villacampa 2011, 203-229) y el mecanismo de la orden europea de detención y entrega (Satger 2019, 45-46). Así, los Estados han establecido como prácticas abusivas conductas muy singulares. Filipinas, por ejemplo, establece una prolija lista de posibles propósitos de explotación, entre los que incluye la prostitución voluntaria o el turismo sexual (párrafos (e) y (d) del artículo 4 de la Ley No. 9208, respectivamente); Moldavia incluye «el uso de una mujer como madre subrogada o para otros propósitos reproductivos» (artículo 2.3 de Ley para Prevenir y Combatir la Trata

¹ En el propio artículo especifica que se considera que existe explotación «en el empleo» si se impone con el fin de obtener un beneficio implacable en condiciones de trabajo que sean manifiestamente desproporcionadas con respecto a las condiciones de trabajo de dichos empleados que se dedican a la misma ocupación o a una ocupación comparable.

de Seres humanos, de 2005); Bulgaria se refiere, entre otras finalidades, al «libertinaje» (artículo 159a del Código Penal); el artículo 182 del Código Penal nicaragüense a la «experimentación biomédica clínica o farmacológica ilícita»; Uruguay a la realización de «cualquier otra actividad que menoscabe la dignidad humana» (artículo 78 de la Ley No. 18250 sobre migraciones), y el Código Penal boliviano se refiere al «matrimonio servil» o al «turismo sexual» (artículo 281 bis), entre otras finalidades de una larga lista.²

En definitiva, a pesar de los avances hacia una armonización penal que allanan el camino de la cooperación interestatal, el amplio margen de discrecionalidad de los Estados no ha impedido, en la práctica, la subsistencia de un régimen fragmentado en la lucha contra la trata. En otras palabras: a pesar de tratarse de una definición fijada a nivel internacional, no puede olvidarse que su verdadera aplicación tiene lugar a nivel nacional, donde los Estados parte del Protocolo de Palermo han ofrecido lecturas muy singulares del delito de trata.

c. La fragmentación del régimen contra la trata: ¿cuáles son las consecuencias?

El Protocolo de Palermo crea únicamente un marco de actuación que permite y facilita la cooperación interestatal, porque es un instrumento de naturaleza transnacional que se diferencia de los instrumentos internacionales en que no existe una autoridad central de naturaleza internacional que controle su aplicación, sino que funciona de manera puramente anárquica (Kobrin 2008, 252; Boister 2012). En este contexto, la armonización de las definiciones desempeña un papel fundamental, puesto que la fragmentación dificulta la consecución del objetivo de asistencia mutua en los asuntos penales y afecta a la eficacia del régimen transnacional.

Uno de los aspectos principales en el objetivo de asistencia mutua en asuntos penales es la extradición, donde entra en juego el principio de la doble tipificación de los hechos:³ no basta con que los crímenes tengan el

² 1. Venta u otros actos de disposición del ser humano con o sin fines de lucro. 2. Extradición, venta o disposición ilícita de fluidos o líquidos corporales, células, órganos o tejidos humanos. 3. Reducción a esclavitud o estado análogo. 4. Explotación laboral, trabajo forzoso o cualquier forma de servidumbre. 5. Servidumbre costumbrista. 6. Explotación sexual comercial. 7. Embarazo forzado. 8. Turismo sexual. 9. Guarda o adopción. 10. Menedad forzada. 11. Matrimonio servil, unión libre o de hecho servil. 12. Reclutamiento de personas para su participación en conflictos armados o sectas religiosas. 13. Empleo en actividades delictivas. 14. Realización ilícita de investigaciones biomédicas.

³ Es preciso señalar que el principio de la doble tipificación en el contexto de la trata tiene relevancia fuera del contexto de la Unión Europea. Esto se debe a que la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros en los países (Euroor-

mismo nombre o que ambos Estados sean parte del Protocolo Palermo, sino que se requiere una cierta simetría entre el derecho interno del Estado que solicita la extradición y del Estado requerido respecto al delito en concreto (Williams 1991, 581-583; Edmonds-Poli y Shirk 2018, 216-220). El principio de doble tipificación, dirigido a proteger la soberanía de los Estados (Blakesley 2000, 4), se basa en una caracterización recíproca de los delitos y en una especie de mutualidad de las obligaciones entre Estados (Bassiouni 1974, 314).

Por lo tanto, el juez nacional tendrá que asegurarse de que, de hecho y de derecho, lo que se denomina trata en otro país también se corresponde con la caracterización de la trata de personas en su jurisdicción. En este contexto, el hecho de que los Estados hayan incorporado en su derecho interno distintas versiones del delito de trata de personas y los elementos que lo componen dificulta la creación de un régimen transnacional. Por ejemplo, en Filipinas se castiga la conducta de captar, transportar, recibir, etc., con *cualquier medio*, con fines de prostitución.⁴ No obstante, hay países, como Holanda, donde la prostitución voluntaria es legal. En este caso, si Filipinas quiere procesar a los miembros de una red de trata que afecta a su ámbito territorial –de acuerdo con su propia definición del delito– pero que se encuentran en Holanda, en principio no sería posible la extradición.

d. La trata desde el paradigma de la explotación

El argumento que pretendo desarrollar parte de que, en lugar de poner el foco en los distintos tipos de explotación que pueden estar englobados en el elemento «intención o propósito de explotación», es preciso centrarse en qué es lo que convierte la trata en una práctica abusiva o «de explotación» por sí misma. Si bien es cierto que suele ser el paso previo a la explotación, no se trata simplemente de un proceso inocuo o «un delito de peligro respecto del de explotación subsiguiente» (Lloria García 2019, 370). ¿Pero por qué?

Con carácter preliminar, es preciso señalar que la afirmación de que la trata es una práctica de explotación no supone admitir que la trata *equivale* a sus finalidades. Algunos autores han identificado la trata con la esclavitud o el trabajo forzoso (Koettl 2009, 6; Gallagher 2009, 814; Gallagher 2010, 30-31; Roth 2012, 73), basándose en el carácter amplio de las acciones del

den) garantiza la extradición y entrega, sin control de la doble tipificación, en los casos de trata de seres humanos (artículo 2.2). Ver: Bachmaier 2016.

⁴ Artículo 4(a) de la Ley No. 9208, reformada por la Ley No. 10364, sobre trata de personas: «Captar, obtener, contratar, proporcionar, ofrecer, transportar, transferir, mantener, albergar o recibir a una persona por cualquier medio, incluidos los realizados con el pretexto de empleo o formación o aprendizaje en el país o en el extranjero, con fines de prostitución, pornografía o explotación sexual.

delito de trata, especialmente la «recepción». No obstante, pueden esgrimirse cuatro motivos que nos llevan a rechazar esta interpretación: en primer lugar, el más evidente, por el sentido literal de los términos de la definición de trata de personas, que indican expresamente que el traslado debe producirse con la *finalidad* de explotación (elemento subjetivo del injusto), sin que se tenga que materializar (Obokata 2006, 20).⁵ En segundo lugar, porque iría en contra del sentido de los propios *travaux préparatoires* del Protocolo de Palermo, de donde se deduce que en la trata de seres humanos debe existir algún tipo de *movimiento*, la preparación de este o la recepción de las personas después del movimiento (Chuang 2014, 630-631). En tercer lugar, porque la convergencia completa entre la trata y la subsiguiente explotación sería contraria al propósito del resto de tratados que prohíben la explotación, entre los que se inserta este Protocolo. Estos tratados, que se crean durante el siglo XX para prohibir la esclavitud y otras formas de explotación, nunca pretendieron abarcar las prácticas que actualmente se asocian con la trata de personas y que tenían un régimen aparte. Por último, porque se vaciaría de contenido práctico al delito de trata y sería posible calificar como trata un gran número de situaciones, como los casos de violación o abuso sexual (Stoyanova 2017, 38).

Partiendo de estas consideraciones, es preciso recordar que no existe un concepto unificado de explotación a nivel internacional (Rijken 2013, 12). En la mayoría de los casos, la naturaleza abusiva o «de explotación» de la relación va a venir determinada por el incumplimiento de la normativa laboral estatal (Lousada Arochena 2018, 158-159), que proporciona seguridad jurídica sobre los contornos de las conductas permitidas y las que no. No obstante, a la hora de valorar qué condiciones hacen que, en general, un comportamiento sea «de explotación», Jean Allain propone utilizar el marco teórico elaborado por Alan Wertheimer en su obra *Exploitation* (Wertheimer 1996; Wertheimer 1997; Zwolinski, y Wertheimer 2016), que continúa siendo el estudio más profundo sobre los contornos de las conductas de explotación (Allain 2019, 5).

El estudio de la explotación ha sido un tema recurrente en la literatura científica, especialmente en economía y sociología, y se ha tendido a prestar mayor atención al estudio de las condiciones generales que hacen que una sociedad sea «justa», respondiendo fundamentalmente a preguntas sobre cómo deben distribirse los recursos escasos o cuáles son las libertades o derechos básicos (Wertheimer 1996, 8). No obstante, el hecho de que una

⁵ Como indica la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, «un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de estos, y teniendo en cuenta su objeto y fin» (artículo 31).

sociedad tenga las condiciones adecuadas para que puedan producirse transacciones justas, no impide que también pueda existir explotación a nivel particular (Shklar, 1989, 1135; Barry, 1989, 305).

Esta explotación a nivel micro es la que examina Wertheimer, y concretamente qué condiciones intervienen para que una conducta sea abusiva o de explotación. De las principales definiciones normativas de explotación que ponen el énfasis en distintos aspectos, como la instrumentalización del explotado, la coacción, el daño o el refuerzo de la inequidad entre las partes (Tormey 1974, 207-208; Munzer, 1990, 171; Buchanan 1985, 87; Sample 2003, cap. 4; Feinberg 176-179; Zwolinski 2012, 154-179), Wertheimer extrae el mínimo común múltiple de todos ellos:

A explota de forma perjudicial/abusiva a B cuando obtiene una ventaja injusta de B (Wertheimer 1996, 16).

Con esta definición, la clave para saber cuándo la explotación es abusiva residirá en la determinación de que la ventaja que obtiene A es *injusta*. ¿Y cuándo es injusta? Wertheimer señala las siguientes categorías para determinarlo:

- a) Defecto en el proceso: una transacción será injusta si A utiliza o crea un defecto en el proceso de la transacción con B que le beneficie a expensas de B (Wertheimer 1996, 25-28). Este defecto en el proceso puede producirse cuando existe coacción o engaño, o cuando B tiene unas condiciones de partida injustas o desesperadas que le impiden consentir de una forma válida. Por ejemplo, si A amenaza con un daño a B o a alguien de su familia para que acepte, o si A se aprovecha de una situación –o defecto– preexistente, aunque no exista coacción o engaño.
- b) Efecto en los intereses de B: esto se produce, a grandes rasgos, cuando la compensación de B es demasiado baja o se trata de una tarea que se considera objetivamente degradante (Wertheimer 1997, 898). En definitiva, cuando la situación de B empeora notablemente en relación con lo que tenía antes de relacionarse con A y como consecuencia de dicha relación.

Vamos a centrarnos en el primer aspecto. En una situación de explotación, A obtiene un beneficio que daña a B, aprovechándose normalmente de una situación de vulnerabilidad personal, derivada de sus características físicas, o de otros factores. En la conceptualización de la trata de personas, el Protocolo de Palermo no pone el foco en el beneficio que obtiene A, sino en *el proceso de traslado* de B que se realiza de una determinada manera: mediante amenazas, uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, etc.

Estos «defectos en el proceso» llevan a un resultado injusto, que es la capacidad de aprovecharse de B de una manera abusiva. No obstante, si bien

está claro que la coacción, el engaño o las amenazas convierten la trata en un fenómeno abusivo, el siguiente paso lógico será plantearse cuál es el umbral a partir del cual el abuso de una situación de vulnerabilidad es relevante. ¿Basta con que exista una situación de vulnerabilidad *objetiva* para que sea operativa en el contexto de la trata?

El paradigma de la explotación obliga a que debamos adoptar un enfoque restrictivo del concepto de abuso de situación de vulnerabilidad que sea equiparable a la coacción, engaño o amenazas en su capacidad de provocar un «defecto en el proceso» que lleve a un resultado injusto. Es decir, que no es suficiente con probar que hay una situación de vulnerabilidad de forma objetiva, de naturaleza lo suficientemente grave, sino que es preciso demostrar que se ha producido un *abuso* de esta, y que ese abuso ha sido relevante y suficiente para situar a la persona en el contexto de la trata, al menos de una forma equiparable al resto de medios (UNODC 2016, 75-76).

La naturaleza de las condiciones impuestas en el país de recepción puede ayudar a evaluar la existencia de un abuso específico de una situación de vulnerabilidad, puesto aunque se alegue que la persona conocía que en el Estado receptor iba a dedicarse, por ejemplo, a la prostitución, un resultado claramente contrario a los intereses de B –porque las condiciones impuestas sean manifiestamente inferiores a los estándares de la normativa laboral del país– constituye un indicio de que ha existido un «defecto en el proceso», y por ende, trata de personas.

Por último, el foco en la naturaleza abusiva o de explotación *per se* de la trata de personas también nos permite evaluar críticamente aquellas legislaciones que omiten el elemento de la utilización de los medios comisivos para la configuración del tipo básico de trata, así como las afirmaciones que ponen en tela de juicio la importancia de la distinción entre la trata y el tráfico ilícito de migrantes (Salt and Stein 1997; Salt 2000. Campana y Varese realizan una descripción crítica de estos planteamientos en: Campana y Varese 2016, 90-92). La eliminación de los medios comisivos de la estructura del delito de trata distorsiona la naturaleza autónoma del fenómeno de trata y difumina las fronteras con la inmigración ilegal y, en definitiva, dificulta el establecimiento de un régimen efectivo de cooperación transnacional.

II. CONCLUSIÓN

Tras el transcurso de casi dos décadas desde la aprobación de la primera norma transnacional que unifica la lucha contra la trata de personas, podemos evaluar críticamente si se ha consolidado un régimen transnacional que permita la asistencia mutua eficaz en materia penal o si, por el contrario, continúa tratándose de un régimen fragmentado. A pesar de la armonización del concepto de trata, una defectuosa comprensión de la naturaleza abusiva de la trata

ha dado lugar a lecturas muy singulares del fenómeno que se ha reflejado en la normativa doméstica. En este sentido, algunos Estados han incorporado un delito de trata prescindiendo de los medios comisivos en la estructura típica —es decir, sin que tenga que recurrirse a la coacción, engaño o abuso de situación de vulnerabilidad— (por ejemplo, Reino Unido), o han incorporado prolijas listas de lo que se considera «explotación» a efectos de trata, incluyendo prácticas como la prostitución voluntaria (por ejemplo, Filipinas).

Las distintas lecturas de la naturaleza de la trata de personas pueden tener su reflejo en la eficacia del régimen transnacional respecto a instituciones de cooperación interestatal como la extradición, donde se requiere que exista una cierta simetría entre el derecho interno del Estado que solicita la extradición y del Estado requerido en relación al delito en concreto (principio de doble tipificación): no es suficiente con que los delitos tengan el mismo nombre o que ambos Estados sean parte del Protocolo Palermo.

Una reformulación del paradigma de la trata puede ser útil para acometer los desafíos que plantea la creación y el mantenimiento de cualquier régimen transnacional. Así, el principal argumento de este trabajo reside en que, en lugar de poner el foco en los distintos tipos de explotación que pueden estar englobados en el elemento «intención o propósito de explotación», es preciso centrarse en qué es lo que convierte la trata en una práctica abusiva o «de explotación» por sí misma. La conceptualización de la explotación como una forma injusta de aprovechamiento de otra persona (Wertheimer 1996) y el reconocimiento de que en la trata esto se manifiesta a través los medios comisivos que obligan al movimiento, con la finalidad de colocar a la persona en una situación en la que puede ser explotada, permite forjar un espacio legal claro para la trata. Es decir, lo que convierte la trata en una conducta de explotación es la existencia de un «defecto en el proceso» que debe tener una entidad suficiente, y donde las condiciones finalmente impuestas son indicadores de la existencia de dicho defecto.

Este enfoque también nos ayuda a identificar las conductas relevantes en términos de explotación y permite abordar las críticas de los que —en ocasiones, acertadamente— ven en el régimen contra la trata una herramienta de control migratorio más. En definitiva, este trabajo continúa en la línea de reflexión de un fenómeno complejo y multifacético como la trata de personas, y está dirigido a promover la tarea de asistencia mutua en asuntos penales y transfronterizos y a captar la esencia de la trata como una conducta de explotación.

BIBLIOGRAFÍA

ALLAIN, Jean. 2019. «Conceptualizing the exploitation of human trafficking». En *The SAGE handbook of Human Trafficking and Modern Day Slavery*, editado por Jennifer Bryson Clark y Sasha Poucki, 3-17. Londres: SAGE Publications Ltd.

- 2014. «No Effective Trafficking Definition Exists: Domestic Implementation of the Palermo Protocol». *Albany Government Law Review* 7, n°. 1: 111-142
- ATAK, Idil y James C. SIMEON. 2014. «Human Trafficking. Mapping the Legal Boundaries of International Refugee Law and Criminal Justice». *Journal of International Criminal Justice* 12, n°. 5: 1019-1038.
- BACHMAIER, Lorena. 2016. *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea (Tomo VIII)*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- BARRY, Brian. 1989. *Theories of Justice*. Berkeley: University of California Press.
- BLAKESLEY, Christopher L. 2000. «Autumn of the Patriarch: The Pinochet Extradition Debacle and Beyond-Human Rights Clauses Compared to Traditional Derivative Protections Such as Double Criminality». *Journal of Criminal Law and Criminology* 91, n°. 1: 1-98
- Boister, NEIL. 2012. *An Introduction to Transnational Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- BOURGEOIS, Statutory Progress and Obstacles to Achieving an Effective Criminal Legislation against the Modern-Day Forms of Slavery: The Case of France, 38 *Mich. J. Int'l L.* 455 (2017).
- BUCHANAN, Allen. 1985. *Ethics, Efficiency and the Market*. Totowa: Rowman and Alanheld.
- CAMPANA, Paolo y Federico VARESE. 2016. «Exploitation in Human Trafficking and Smuggling». *European Journal of Criminal Policy and Research* 22: 89–105.
- CHUANG, Janie A. 2014. «Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law». *American Journal of International Law* 108: 609-649.
- DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. 2003. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DOEZEMA, Jo. 1998. «Forced to Choose: Beyond the Voluntary v. Forced Prostitution Dichotomy». En *Global Sex Workers: Rights, Resistance and Redefinition*, editado por Kamala Kempadoo y Jo Doezema, 34-50. Nueva York: Routledge.
- GALLAGHER, Anne. 2010. *The International Law of Human Trafficking*. Cambridge: Cambridge University Press.
- 2009. «Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway». *Virginia Journal of International Law* 49, n°. 4: 789.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. 2006. «Introducción». En *Trata de personas y explotación sexual*, coordinado por Mercedes García Arán. Granada: Comares
- GRITTNER, Frederik K. 1990. *White Slavery: Myth, Ideology and American Law*. New York: Garland
- HEINZTE, Hans-Joachim y Charlotte LÜLF. 2016. «The UN Protocol to Prevent, Suppress, and Punish Trafficking». En *International Law and Transnational Organized Crime*, editado por Pierre Hauck, Pierre y Sven Peterke. Oxford: Oxford University Press: 150-168.
- KELLEY, Judith G. 2017. *Scorecard diplomacy: Grading states to influence their reputation and behavior*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KEMP, Gerhard. 2001. «The United Nations Convention against Transnational Organized Crime: A Milestone in International Criminal Law». *South African Journal of Criminal Justice* 14, n°. 2: 152-167.

- KOETTL, Johannes. 2009. «Human Trafficking, Modern Day Slavery, and Economic Exploitation». SP Discussion Paper No. 0911. *Social Protection & Labor. The World Bank*.
- KOBRIN, Stephen J. 2008. «Globalization, Transnational Corporations and the Future of Global Governance». En *Handbook of Research on Global Corporate Citizenship*, editado por Andreas Georg Scherer y Guido Palazzo.
- LLORIA GARCÍA, Paz. 2019. «El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una Ley Integral». *Estudios Penales y Criminológicos* 39: 353-402.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune. 2016. *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune y Francisco Javier ARRIETA IDIAKEZ. 2019. «La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española». *icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* 107: 1-24.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. 2018. «Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?». En *Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, dirigido por José María Suárez López et al, 1251-1264. Madrid: Dykinson.
- 2009. *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Granada: Comares.
- MARAVAR GÓMEZ, Mario. 2011. «Capítulo XII. La trata de seres humanos». En *Estudios sobre las Reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, dirigido por Julio Díaz-Maroto y Villarejo. Navarra: Editorial Aranzadi.
- MILIVOJEVIC, SANJA y Sharon PICKERING. 2013. «Trafficking in People, 20 Years On: Sex, Migration and Crime in the Global Anti-Trafficking Discourse and the Rise of the Global Trafficking Complex». *Current Issues in Criminal Justice* 25, n.º. 2: 585- 604.
- MUNZER, Stephen R. 1990. *A Theory of Property*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DAVIDSON, Julia O'Connell. 2010. «New slavery, old binaries: human trafficking and the borders of 'freedom'». *Global Networks* 10, n.º. 2: 244-261.
- OBOOKATA, Tom. 2006. *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- PÉREZ ALONSO, Esteban. 2015. «La política europea en materia de trata de seres humanos». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º. 16-18: 1147-1194.
- 2008. *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. 2004. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Granada: Comares.
- POMARES CINTAS, Esther. 2013. *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 2011. «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 13-15: 1-31.

- RIJKEN, Conny. 2013. «Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation: Cooperation in an Integrated Approach». *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 21, n.º 1: 9-36
- ROTH, Venla. 2012. *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims: A Study on the Impact and Future Challenges of International, European and Finnish Legal Responses to Prostitution- Related Trafficking in Human Beings*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- SÁNCHEZ-COVISA VILLA, Joaquín. 2016. «El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 bis CPC». *Cuadernos de la Guardia Civil, Revista de Seguridad Pública* 52: 36-51.
- SATGER, Helmut. 2019. «Is mutual recognition a viable general path for cooperation?». *New Journal of European Criminal Law* 10, n.º 1: 44-56
- SCARPA, Silvia. 2008. *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*. Oxford: Oxford University Press.
- SALT, John. 2000. «Trafficking and human smuggling: a European perspective». *International Migration* 38, n.º 3: 31-56.
- SALT, John y Jeremy STEIN. 1997. «Migration as a business: the case of trafficking». *International Migration* 35, n.º 4: 467-494.
- SHKLAR, Judith. 1989. «Giving Injustice Its Due». *Yale Law Journal* 98: 1125.
- SPITZER, Ana-Lenna. 2018. *Strafbarkeit des Menschenhandels zur Ausbeutung der Arbeitskraft*. Nueva York: Springer.
- STOYANOVA, Vladislava. 2017. *Human Trafficking and Slavery Reconsidered. Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TAYLOR, Julie L. y Kirsten L. ISGRO. 2018. «TIP Reports as Policy and Narrative: Exploring the Communicative Framework for Policy Enactments». *Journal of Human Trafficking* 4, n.º 1: 48-60.
- TORMEY, Judith Farr. 1974. «Exploitation, Oppression and Self-Sacrifice». *Philosophical Forum* 5: 206-221.
- UNODC. 2016. Poner referencia https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2016/Abuse_of_a_position_of_vulnerability_Spanish.pdf de 2016
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. 2011. *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- 2011a. «La nueva Directiva Europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 13-14: 1-52.
- WERTHEIMER, Alan. 1997. «Remarks on Coercion and Exploitation». *Denver University Law Review* 74: 889.
- 1996. *Exploitation*. New Jersey: Princeton University Press.
- WILLIAMS, Sharon A. 1991. «The Double Criminality Rule and Extradition: A Comparative Analysis». *Nova Law Review* 15, n.º 2: 581-624
- ZWOLINSKI, Matt y Alan WERTHEIMER. 2016. «Exploitation». En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, editado por Edward N. Zalta.

¿SE PUEDE LESIONAR A OTRA PERSONA MEDIANTE UNA OBRA CREATIVA? REFLEXIONES INSPIRADAS POR LA STC 51/2008, DE 14 DE ABRIL

Can anyone be damaged by a creative work? Thoughts inspired by a Judgment of the Spanish Constitutional Court

Antonio José Quesada Sánchez
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga
aqs@uma.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp31-45](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp31-45)

Recibido: 01.09.2019
Aceptado: 21.11.2019

Resumen

Las lesiones de los derechos fundamentales al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen causadas por el ejercicio de las libertades públicas de expresión o de información están a la orden del día. Más extrañas resultan las lesiones de estos derechos como consecuencia del ejercicio de la libertad de creación. Queremos ejemplificar con el caso resuelto por la STC 51/2008, de 14 de abril, sobre el que reflexionaremos para atender a los aciertos y desaciertos de dicha Sentencia, la primera que se ocupa en nuestro país de estas colisiones que nos interesan y que, por ello, nos resulta especialmente relevante.

Palabras clave

Creación, honor, intimidad, conflicto.

Abstract

Damages caused to fundamental rights like honor, privacy and self-image by the exercise of public freedoms of expression or information are very usual. More

unusual are the damages to these rights as a result of the exercise of freedom of creation. We want to research about this problem. We want to exemplify with the case resolved by the Judgement of the Spanish Constitutional Court 51/2008, April 14, the first about this problem in Spain.

Keywords

Creation, honor, privacy, conflict.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA STC 51/2008, DE 14 DE ABRIL. 1. *Hechos*. 2. *Cuestiones a tener en cuenta (I): la libertad de creación como libertad con entidad propia*. 3. *Cuestiones a tener en cuenta (II): argumentación de la Editorial*. 4. *Cuestiones a tener en cuenta (III): la resolución del caso*. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

Son frecuentes las lesiones de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen (reconocidos en el artículo 18 de la Constitución española, CE) causadas por el ejercicio de las libertades de expresión o de información (reconocidas en el artículo 20 CE). Hay bastantes ejemplos disponibles de trabajos científicos que tratan estos supuestos y de Sentencias de nuestros jueces y tribunales que resuelven estos conflictos.

Más extrañas resultan, en nuestro imaginario jurídico, las lesiones de estos derechos como consecuencia del ejercicio de la libertad de creación (comentarios insertos en una novela, por ejemplo, en una obra de teatro o en una viñeta de un humorista; el propio Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia que estudiaremos lo trata).

La libertad de creación es una libertad que, aunque en teoría corresponde a cualquier persona, solamente ejercitan aquellos que entienden que mediante la actividad creativa desarrollan su personalidad, pues no todas las personas sienten inquietudes creativas¹. Conforme a la Constitución (artículo 10.1), el libre desarrollo de la personalidad es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Gracias a él, el individuo es dueño de su propio proyecto vital: puede decidirlo, cambiarlo o, incluso, no tenerlo², sin que existan impedimentos para ello (más allá de los límites generales, como el respeto de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de los demás, el respeto a la Ley y el respeto a los derechos de los demás³)⁴.

¹ Igor Minteguía Arregui, *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978* (UPV-Dykinson, 2006), 108.

² Gregorio Robles Morchón, «El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C. E.)», en *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución* (Luis García San Miguel, Coordinador) (Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, 1995), 48-49.

³ Gregorio Robles Morchón, «El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C. E.)», cit., 54-59. Sobre esos límites, con detalle, Luis Martínez de Castro, *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado* (Civitas-Thomson Reuters, 2010), 45-122.

⁴ Vid. STC 184/1990, de 15 de noviembre (sobre ella, Lucas Osorio Iturmendi, «comentario al artículo 10» en *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal*

En este marco se debe ubicar la libertad de creación. Así lo haremos, ejemplificando con el caso resuelto por la esencial STC 51/2008, de 14 de abril⁵, primera que trata estas colisiones con detenimiento, y que, por ello, resulta esencial (habrá otras Sentencias interesantes, como las SSTC 99/2002, de 6 de mayo y, sobre todo, 34/2010, de 19 de julio).

II. LA STC 51/2008, DE 14 DE ABRIL

1. *Hechos*

La STC 51/2008, de 14 de abril, implica un antes y un después en nuestro tema de estudio, en la medida en que define por primera vez la libertad de creación literaria y la separa de las libertades de expresión y de información⁶. Recordemos los hechos y el *iter* procedimental seguido hasta llegar al TC. Los hechos son descritos en los Antecedentes de la Sentencia (y en sus Fundamentos Jurídicos 1 y 2): en 1996 el escritor Manuel Vicent publicó su novela «Jardín de Villa Valeria». En la primera edición podía leerse el siguiente párrafo: «Bajo los pinos había jóvenes que luego se harían famosos en la política. El líder del grupo parecía ser Pedro Ramón M., hijo de María M., un tipo que siempre intervenía de forma brillante. Era catedrático de industriales en Barcelona, aparte de militante declarado del PSOE. Tenía cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes. También usaba un taparrabos rojo chorizo, muy ajustado a las partes. Solía calentarse jugueteando libidinosamente bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya como un gallo».

La viuda de la persona mencionada en el texto interpuso en 1997 demanda civil contra el autor del libro y contra la editorial, por considerar que el pasaje citado constituía una lesión en el honor y en la intimidad personal y familiar de su marido. El **Juzgado de Primera Instancia número 40 de Madrid** desestimó la demanda en Sentencia 10-12-1997, argumentando que el citado pasaje no tenía entidad para ser considerado una intromisión ilegítima, ya

Constitucional, Antonio Jiménez Blanco, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1993, 49). Sobre el tratamiento dispensado por el TC, vid. Luis Martínez de Castro, *El principio de libre desarrollo de la personalidad...*, 41-44 y Emilia María Santana Ramos, «Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2014, 99-113.

⁵ Publicada en BOE núm. 117, de 14 de mayo de 2008.

⁶ En este sentido, José Ramón de Verda y Beamonte, «Libertad de creación literaria y protección *post mortem* del derecho al honor. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 51/2008, de 14 de abril», *Diario La Ley*, 2009-1, D-9, número 7090, 1299.

que se contenía en una novela, tipo de trabajo que relata hechos ficticios, y se pretendía representar a toda una generación.

La Sentencia fue recurrida y la **Sentencia AP Madrid (Sección 9ª) 22-9-2000** la revocó, al reconocer que había lesión del derecho al honor del protagonista. Se consideró que las expresiones polémicas debían interpretarse en el marco de un texto creativo, pero interpretó que eran innecesarias para el cumplimiento de las finalidades creativas del mismo, por lo que entendía que implicaban un menosprecio y descrédito en la consideración social del afectado. Por ello, condenó al autor del libro y a la editorial a indemnizar a la demandante en la cuantía que se determinara en ejecución de la Sentencia, así como a suprimir las referencias al lesionado, a publicar el fallo en el diario «El País» y a pagar las costas de la primera instancia.

Los demandados y apelados interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, y la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (**STS 12-7-2004**⁷) casó y anuló la Sentencia de apelación, confirmando la dictada en primera instancia. El TS destaca que lo que más resalta en el texto (por cierto, inserto en una novela), es el carácter de líder del personaje y su personalidad brillante, mientras que otros extremos más secundarios como sus fobias y sus juegos eróticos no pueden ser considerados objetivamente como atentatorios para el honor. El TS casa la sentencia de apelación, y a continuación **se demanda en amparo ante el TC**. Será la STC 51/2008, de 14 de abril, la que resuelva el caso (sus Antecedentes 3 a 22 permiten conocer las argumentaciones de las partes y del Fiscal).

Valoremos las diversas cuestiones sugerentes que se derivan de esta Sentencia.

2. *Cuestiones a tener en cuenta (I): la libertad de creación como libertad con entidad propia*

El primero de los temas que se aclaran en la Sentencia es el de **la libertad que está en juego**, en posible colisión con el derecho al honor. En el artículo 20 CE se alude, entre otras, a tres libertades básicas para una sociedad democrática, diferentes y con entidad y finalidad propias, por lo que los choques que se producen con las mismas exigen respuestas propias y diversas: la libertad de expresión, la libertad de información y la libertad de creación. No siempre han sido adecuadamente diferenciadas (en el Antecedente 3 de la Sentencia se aclara cómo la propia demandante parece no tener clara la diferenciación), y esta Sentencia es bastante pedagógica sobre la cuestión.

⁷ RJ/2004/4670.

El Ministerio Fiscal está en lo cierto (Antecedente 6), y será el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia el que detalle cómo el TC ubica adecuadamente la cuestión: «... el hecho de tratarse de un fragmento de una novela que cuenta con diversas ediciones permite encuadrarlo sin ningún género de dudas en este derecho fundamental específico (*derecho a la producción y creación literarias*), reconocido en la letra b) del art. 20.1 CE junto a la producción y creación artística, científica y técnica». Y continúa la argumentación en el siguiente párrafo: «Así, el objetivo principal de este derecho es *proteger la libertad del propio proceso creativo literario*, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda *interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares*. Como en toda actividad creativa, que por definición es *prolongación de su propio autor* y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica. ***De ahí que no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre***».

En el último párrafo del Fundamento Jurídico Quinto aplica la argumentación al caso: «En el presente supuesto ***el carácter literario de la obra*** en la que se inserta el pasaje litigioso está fuera de toda duda. Aunque en la misma se hace referencia a personajes, lugares y hechos reales, *el género novelístico de la obra y el hecho de no tratarse de unas memorias impiden desconocer su carácter ficticio y, con ello, trasladar a este ámbito las exigencias de veracidad propias de la transmisión de hechos y, por lo tanto, de la libertad de información*. Es más, la propia libertad de creación literaria ampara dicha desconexión con la realidad, así como su transformación para dar lugar a un universo de ficción nuevo. En el caso concreto de la novela aquí analizada, las referencias a la generación a la que pertenece el personaje aludido en el pasaje litigioso y a su evolución durante la etapa de la transición política *es evidente que no pretenden ser fidedignas, sino que pueden requerir de recursos literarios, como la exageración para cumplir la función que se persigue en la obra. Todo ello encuentra en el derecho a la creación literaria una **cobertura constitucional***». Este modo de argumentar nos parece muy acertado.

El tratamiento que se concede a la cuestión en la Sentencia nos parece bastante acertado, a la hora de **ubicar la libertad de creación** en el seno del artículo 20 CE. Su ejercicio no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa, y el apartado cuarto añade que «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los

preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

No es fácil encontrar una **definición** de esta libertad en los trabajos científicos de nuestros autores. Hay, incluso, quien comienza presentando al derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como al derecho a la libertad de cátedra, como «meras concreciones, por el sujeto y el objeto, del derecho a la información como derecho genérico a la libre transmisión de la cultura en el más extenso sentido de este término» y, dando un paso más, la libertad que nos interesa la integran en el derecho a la información, aunque «las dificultades de interpretación que comporta hacen más aconsejable un tratamiento específico»⁸. En todo caso, el tratamiento es raquítico e incompleto⁹. El parentesco con la libertad de expresión es evidente (puesto de manifiesto por las SSTC 153/1985, de 7 de noviembre; 35/1987, de 18 de marzo; 43/2004, de 23 de marzo ó 51/2008, de 14 de abril¹⁰), pero estamos ante una libertad diferente y autónoma. Libertad que faculta para, desde la nada y gracias al talento artístico del autor, proceder a la realización de una creación con interés artístico y creativo (texto literario, música, obra pictórica o escultórica, etc.) y que conecta con el derecho a la creación intelectual.

El **contenido** de este derecho fundamental incluye tanto la libertad de creación del autor (la posibilidad de realización de un trabajo artístico o literario en libertad, trabajo no científico¹¹ y original) como el derecho de difusión de la obra creada¹² (básico para que la propia comunidad se beneficie de

⁸ En este sentido, Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, «comentario al artículo 20», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Oscar Alzaga Villamil (Director), Tomo II (Editoriales de Derecho Reunidas, 1984), 545 y Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor y Rosa María García Sanz, «comentario al artículo 20», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Oscar Alzaga Villamil (Director), Tomo II (Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1997), 546. Como una «concreción del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones» la presenta Lucas Osorio Iturmendi, «comentario al artículo 20», en *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Antonio Jiménez-Blanco (Coordinador) (Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1993), 162-163.

⁹ Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, «comentario al artículo 20», cit. 547 y Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor y Rosa María García Sanz, «comentario al artículo 20», 547. Vid. ilustradísimo análisis de Igor Minteguía Arregui, *Sentimientos religiosos, ...*, cit., 32-107.

¹⁰ Vid también STS 29-7-2014 (RJ/2015/4833).

¹¹ Completa reflexión sobre el trabajo histórico-científico y su conexión con la libertad de creación en la STC 43/2004, de 23 de marzo.

¹² José Ramón de Verda y Beamonte, «Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011, 139.

la actividad de sus creadores)¹³. Dentro de la primera de las facultades debemos destacar las libertades para elegir tema, contenido e ideas que se pretendan exteriorizar y para seleccionar la forma en que se haga, siempre sin censura previa. El artista «crea su propio mundo, en mayor o menor medida, desconectado de la realidad»¹⁴. Desde el punto de vista creativo es importante destacar la relevancia de la libertad del creador para esta tarea, que afrontará su labor con la profesionalidad creativa que le sea propia: el creador tiene derecho a diseñar su obra y a ejecutarla materialmente, además de a que se reconozcan sus derechos oportunos de propiedad intelectual¹⁵.

Resulta esencial la cuestión de los **límites**. No existen derechos absolutos, y el caso que nos ocupa tampoco lo es. El apartado cuarto del artículo 20 CE establece que las libertades citadas en él, entre ellas la libertad de creación, «tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Habrá que interpretar cuándo una obra creativa traspasa esos límites, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes en cada caso (conocimiento público de aquello que se puede considerar lesivo, armonía con la personalidad pública del interesado, lógica creativa, etc.)¹⁶. No se puede acudir a los criterios utilizables en los casos de la libertad de expresión o de información, pues la lógica es diferente (no nos interesa que exista información veraz, por ejemplo, y la literaturización de la misma puede estar justificada). Si a ello unimos la tendencia a interpretar los límites a los derechos fundamentales de forma restrictiva, en la medida de lo posible, no cabe duda de que tenemos por delante una interesante y delicada tarea que implica valorar caso por caso¹⁷: en cada supuesto habrá que descender a las circunstancias del caso, pues si la libertad de creación es un derecho fundamental no lo son menos el honor o la intimidad.

En ocasiones las dudas pueden ser importantes, como sucede cuando se entra en colisión con ideas políticas, sociales o religiosas ampliamente

¹³ Interesante reflexión en Igor Minteguía Arregui, «El Arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 11, 2006, 2-22 y en Igor Minteguía Arregui, *Sentimientos religiosos*, ..., cit., 126-135.

¹⁴ José Ramón de Verda y Beamonte, *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias* (Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional, Thomson Reuters Aranzadi, 2012), 85. En nota 1 analiza la argumentación de la Sentencia BVerG 24-2-1973.

¹⁵ En este sentido, Igor Minteguía Arregui, *Sentimientos religiosos*, ..., cit., 112-123.

¹⁶ Sobre los límites, con detalle, vid. Igor Minteguía Arregui, *Sentimientos religiosos*, ..., cit., 158-187 (teoría general) y 187-209 (límites fijados en el artículo 20 de la Constitución).

¹⁷ Igor Minteguía Arregui, *Sentimientos religiosos*, ..., cit., 186-187.

admitidas. En estos casos las indeterminaciones que más se han presentado en la práctica han sido de obras que pueden ofender a la mujer, y el «caso estrella» posiblemente sea el de las caricaturas de Mahoma o presuntos ataques al Islam (recordemos, entre otros, los casos de Salman Rushdie y «Los Versos Satánicos», Theo Van Gogh, Lars Vilks, Jyllands-Posten o Charlie Hebdo¹⁸). En nuestro país no se han afrontado por los tribunales estos supuestos, pero sí que se han generado interesantes reflexiones, en las que parte de la clave puede ser el peso que estamos dispuestos a dar a lo sagrado en nuestras sociedades laicas¹⁹. Quizás habrá que acudir a la **doctrina de la «posición preferente»**, doctrina jurisprudencial de origen norteamericano que, empleada en el caso de las colisiones entre las libertades de expresión e información y los derechos al honor o a la intimidad, defiende la realización de una ponderación de intereses para decidir, en cada caso concreto y conforme a las peculiares circunstancias del supuesto, cuál debe prevalecer en ese concreto supuesto (sin fijar de modo apriorístico límites)²⁰. Para concretar algo más cómo llevar a cabo esa ponderación puede ser útil la sugerente STS 6-3-2013²¹, que alude a la doble valoración del peso en abstracto y del peso relativo de cada uno de los derechos en conflicto. En la primera de las valoraciones debe destacarse cómo las libertades del artículo 20 CE son esenciales para el correcto funcionamiento de un Estado democrático y la formación de una opinión pública libre, por lo que parece que en abstracto deberían ser preferidas²², mientras que en el segundo paso la clave residirá en atender a todas las posibles circunstancias concurrentes en el concreto caso para resolver final y efectivamente.

A modo de **resumen final** podemos recordar que el autor de una obra creativa, responsable del nacimiento desde la nada de un trabajo creativo

¹⁸ Alude a todo ello Zoila Combalía Solís, «Nuevos desafíos sociales y jurídicos derivados de la presencia del Islam en las sociedades occidentales del s. XXI», en *Derecho e Islam en una sociedad globalizada*, Zoila Combalía, María del Pilar Diago Diago y Alejandro González-Varas Ibáñez (Coordinadores), Tirant lo Blanch, 23-24.

¹⁹ Manuel Atienza, «Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión», *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 30, 2007, 65.

²⁰ Interesante resumen de la misma en Rosa Moliner Navarro, «El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información», en «Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», José Ramón de Verda y Beamonte (Coordinador) (Thomson Aranzadi, 2007), 48-51.

²¹ RJ/2013/2925.

²² Sobre el tema, basándose en la doctrina jurisprudencial (básica resulta la STC 9/2007, de 15 de enero), vid. José Ramón de Verda y Beamonte y José Vidal Alonso, «La colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión», *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, José Ramón de Verda y Beamonte (Coordinador) (Thomson Reuters Aranzadi, 2015), 151-152.

original, puede también inspirarse en personas o hechos reales en su texto creativo (de lo contrario, se apunta, géneros como la novela o el teatro serían prácticamente imposibles²³), aunque tiene el deber de respetar los derechos de la personalidad de los demás (algo lógico y que es defendido también en Francia, Italia o Alemania)²⁴.

En este sentido, para valorar en cada caso si existe extralimitación intolerable o no, pueden ser tenidos en cuenta diversos factores²⁵, como que un lector medio pueda o no entender que los acontecimientos que se relatan son reales, con independencia de que lo sean, que se advierta del carácter ficticio de la obra (será útil siempre que se disipe el riesgo de confusión del lector), que se pueda identificar al ofendido, la coincidencia entre el nombre de un personaje ficticio y una persona real, el consentimiento del aludido o que la intromisión se haga en un libro o en una adaptación cinematográfica o televisiva de un texto literario.

Es el momento de pasar al caso concreto que se resuelve en la Sentencia que nos ocupa.

3. *Cuestiones a tener en cuenta (II): argumentación de la Editorial*

El derecho al honor puede ser lesionado, además de por el ejercicio de las libertades de expresión y de información, por la libertad de creación,

²³ José Ramón de Verda y Beamonte, «Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad», cit., 140-141 y José Ramón de Verda y Beamonte, *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, cit., 91-92. Especialmente incisivo en este enfoque GARDNER, cuando lo considera un modo tan legítimo como otros de organizar la trama, citando expresamente cómo era el modo de trabajar de los dramaturgos griegos, Shakespeare, Dostoievski y bastantes otros (John Gardner, *El arte de la ficción. Apuntes sobre el oficio para jóvenes escritores* (Ediciones y Talleres de Escritura Creativa Fuentetaja, 2001), 80.

²⁴ José Ramón de Verda y Beamonte, «Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad», cit., 141-144 y José Ramón de Verda y Beamonte, *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, cit., 92-99. La STS 29-7-2014 (RJ/2015/4833) es especialmente lúcida.

²⁵ Sobre ellos, vid. José Ramón de Verda y Beamonte, «Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad», cit., 147-161 y 173; José Ramón de Verda y Beamonte, *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, cit., 104-117 y 129, y José Ramón de Verda y Beamonte, «Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de creación literaria», en *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, José Ramón de Verda y Beamonte (Coordinador) (Thomson Reuters Aranzadi, 2015), 187-192, así como la sugerente STS 29-7-2014 (RJ/2015/4833). Vid. también Julia Ammerman Yebra, «La Adelaida de *El Sur* y los límites entre la libertad de creación literaria y los derechos de la personalidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 4, octubre-diciembre 2016, 170.

como en el caso que nos ocupa. Pero el modo de justificar la lesión es fundamental para que el argumento sea riguroso. En el Antecedente 14 se recogen las argumentaciones de la Editorial para fundamentar la no vulneración de derecho alguno con el texto polémico. Son las siguientes, y resultan discutibles:

- a) La **brevedad** del texto. El pasaje litigioso se limita a unas «breves líneas». Líneas «en las que se destaca sobre todo la brillantez intelectual y la capacidad de liderazgo del personaje aludido, y que, por tanto, no afectan negativamente a su reputación». Sin perjuicio de su contenido, la brevedad de un texto no es un criterio de peso para, por sí mismo, negar que pueda existir una vulneración de otro derecho en todo caso. Será más fácil que la vulneración se produzca, o que sea más grave, en un texto más extenso, pero no es ilógico que pueda darse esa lesión en un texto breve (y teniendo en cuenta que el contexto es literario, donde se cuida la palabra como fin en sí mismo, es bastante más fácil que suceda).
- b) El **contexto literario** en que se inscribe el texto presuntamente dañoso. Se trata de una obra de ficción, por lo que no pretende relatar hechos reales, sino recrear desde la ficción acontecimientos lejanos en el tiempo y situados en una época distinta. Este argumento es el más relevante: no se puede tratar del mismo modo un texto en el que se opina que un texto en el que se informa sobre la realidad que, nuestro caso, un texto plenamente creativo.
- c) El **contenido concreto** del texto. Se señala que en el pasaje litigioso se destaca sobre todo la brillantez intelectual y la capacidad de liderazgo del personaje aludido, y que, por tanto, no afecta negativamente a su reputación. Además, se añade que las alusiones presuntamente ofensivas son sumamente *heterogéneas e inconexas* y ocupan un *papel eminentemente subalterno* en dicho texto. Pese a ser datos que tenemos que integrar en nuestra argumentación, tampoco nos parece argumento de peso para negar por sí mismo una posible lesión.

4. Cuestiones a tener en cuenta (III): la resolución del caso

Los Fundamentos de Derecho 1 y 2 de la Sentencia recuerdan el *iter* procesal seguido hasta llegar al Tribunal Constitucional, y el Fundamento de Derecho 4 incide en lo necesaria que resulta la identificación correcta de los derechos en conflicto y sus concretos ámbitos de protección, pues de lo contrario la valoración y resolución del asunto estarían totalmente desenfocados. Es imprescindible dedicar atención a la resolución del caso, no sin antes recordar cómo el TC defiende que estamos ante un problema de conflicto de

derechos, no de calificación de los mismos, como defendía el TS (vid. Fundamento de Derecho 3).

Los Fundamentos de Derecho 5 a 7 de la Sentencia motivan la resolución del caso y aportan algunas ideas especialmente sugerentes, que procedemos a tratar.

1. La primera cuestión de interés en el Fundamento de Derecho 5 es que se separe la libertad de creación de las libertades de información y expresión, pese al parentesco entre ellas. En el párrafo segundo se introduce en la libertad de creación, comenzando por apuntar que su **objetivo principal** reside en proteger la libertad del propio proceso creativo literario. Continúa defendiendo que la creación literaria da nacimiento a una **nueva realidad** que no se identifica con la realidad empírica. Esto provoca que no se pueda razonar como en los casos de la libertad de información o de expresión (tendiendo a en criterios como la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre, o la veracidad). La argumentación es acertada y sugerente.
2. El último párrafo del Fundamento 5 aplica los conceptos al caso en cuestión, y comienza por recordar el **carácter literario de la obra** en la que se inserta el pasaje litigioso, algo que no se puede desconocer y que influirá en la interpretación que se haga. En la novela que se analiza, las referencias a la generación a la que pertenece el personaje aludido en el pasaje litigioso, y a su evolución, no pretenden ser fidedignas, sino que pueden requerir de recursos literarios, como la exageración para cumplir la función que se persigue en la obra. Todo ello, añade, encuentra en el derecho a la creación literaria una cobertura constitucional. Es acertado que se recuerde el carácter literario del trabajo, para ubicar los comentarios en su seno.
3. En el Fundamento de Derecho 6 se aborda la **delimitación de la posible colisión de derechos**. Es esencial que comience recordando el contexto creativo en que se inserta el texto lesivo. Tras dicho encuadre, procede al estudio del texto en sí. Apunta cómo las tres primeras frases se limitan a presentar al posible dañado y a destacar algunos aspectos relativos a su carácter (liderazgo y brillantez), a su profesión y a su militancia política, comentarios que en ningún caso considera lesivos. Tampoco considera lesiva la alusión a las «fobias obsesivas» del personaje. Y aunque no debe olvidarse la necesidad de interpretar el pasaje litigioso en su conjunto y en el contexto de la obra en que se inserta, el origen último de la posible vulneración del derecho al honor se sitúa en las dos últimas frases del texto, referidas a la indumentaria y al comportamiento sexual de dicho personaje.

En este sentido, el TC, en la línea de lo que señala el representante del Ministerio Fiscal, estima que no es posible descartar, al menos a priori, que el texto pueda afectar al honor del interesado. Será el siguiente Fundamento de Derecho el que analice la cuestión, pero concluye el TC que, aunque aquellas frases no pueden calificarse sin más de insultantes o vejatorias y deban situarse en el contexto de una obra literaria, el hecho de identificar directamente al personaje, su tono jocoso y la calificación personal negativa que se desprende de las mismas induce a considerar que pueden ser susceptibles, al menos *a priori*, de vulnerar el honor de la persona. Acertada reflexión.

4- Será el Fundamento de Derecho 7 el que resuelva el conflicto. Apunta que, una vez identificados y concretados los derechos fundamentales en conflicto, el control de la Sentencia recurrida debe limitarse a verificar si ha realizado una **ponderación constitucionalmente adecuada de los mismos** y si, en definitiva, ha vulnerado el derecho fundamental invocado en la demanda de amparo. Desde una perspectiva constitucional, el TC coincide con el parecer de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, puesto que *las circunstancias concretas del caso impiden considerar que se ha vulnerado el honor de la persona aludida en el pasaje litigioso*. «En efecto, tal y como se ha señalado en los fundamentos jurídicos precedentes, no puede desconocerse que dicho pasaje constituye un ejercicio del derecho fundamental a la producción y creación literaria (artículo 20.1 b) CE) que, como tal, *protege la creación de un universo de ficción que puede tomar datos de la realidad como puntos de referencia, sin que resulte posible acudir a criterios de **veracidad** o de **instrumentalidad** para limitar una labor creativa y, por lo tanto, subjetiva como es la literaria*. Por otro lado, y como también se desprende de cuanto se ha señalado anteriormente, el párrafo litigioso, (...), *interpretado en su conjunto y en el contexto de una obra literaria que pretende describir la evolución de una determinada generación, el fragmento litigioso y, concretamente, las frases aparentemente vulneradoras de dicho honor no pueden considerarse ni en sí mismas vejatorias ni desmerecedoras de la reputación o consideración ajenas*». Aunque pueda ser discutible la argumentación, no es irracional que se decida en este sentido, pues la ficción difumina esa lesión que objetivamente sería evidente, de ser información o expresión las libertades implicadas.

BIBLIOGRAFÍA

- AMMERMAN YEBRA, Julia, «La Adelaida de El Sur y los límites entre la libertad de creación literaria y los derechos de la personalidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 4, octubre-diciembre 2016, 167-171.
- ATIENZA, Manuel, «Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión», *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 30, 2007, 65-72.

- COMBALÍA SOLÍS, Zoila, «Nuevos desafíos sociales y jurídicos derivados de la presencia del Islam en las sociedades occidentales del s. XXI», en *Derecho e Islam en una sociedad globalizada*, Zoila Combalía, María del Pilar Diago Diago y Alejandro González-Varas Ibáñez (Coordinadores), Tirant lo Blanch, 17-44.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso, «comentario al artículo 20», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Tomo II, Óscar Alzaga Villaamil (Director) (Editoriales de Derecho Reunidas, 1984), 489-554.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso, y García Sanz, ROSA MARÍA, «comentario al artículo 20», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Tomo II, Óscar Alzaga Villaamil (Director) (Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1997), 505-553.
- GARDNER, John, *El arte de la ficción. Apuntes sobre el oficio para jóvenes escritores*, Ediciones y Talleres de Escritura Creativa Fuentetaja, 2001 (original en inglés de 1983).
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas-Thomson Reuters, 2010.
- MINTEGUÍA ARREGUI, Igor, «El Arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 11, 2006, 1-52.
- , *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, UPV-Dykinson, 2006.
- MOLINER NAVARRO, Rosa, «El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información», en «Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», Verda y Beamonte, José Ramón (Coordinador) (Thomson Aranzadi, 2007), 21-53.
- OSORIO ITURMENDI, Lucas, «comentario al artículo 10» en *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Jiménez Blanco, Antonio (Coordinador) (Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1993), 44-53.
- , «comentario al artículo 20», en *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Jiménez Blanco, Antonio (Coordinador) (Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1993), 159-189.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio, «El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C. E.)», en «El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución», (García San Miguel, Luis, Coordinador) (Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, 1995), 45-61.
- SANTANA RAMOS, Emilia María, «Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2014, 99-113 (<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/3245/4053>).
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, «Libertad de creación literaria y protección post mortem del derecho al honor. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 51/2008, de 14 de abril», *Diario La Ley*, 2009-1, D-9, número 7090, 1298-1301.
- , «Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011, 137-174.

—, *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, y VIDAL ALONSO, José, «La colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión», en *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, (Verda y Beamonte, José Ramón de, Coordinador) (Thomson Reuters Aranzadi, 2015), 149-171.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, «Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de creación literaria», en *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, (Verda y Beamonte, José Ramón de, Coordinador) (Thomson Reuters Aranzadi, 2015), 173-192.

*PAYING COURT TO THE FUTURE – HAS THE TIME
FOR AN ASEAN TRADE TRIBUNAL ARRIVED?*

*Paying Court to the Future – Ha llegado el tiempo para un
Tribunal de comercio de la ASEAN?*

Allan F. Tatham¹

Profesor de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales
Universidad CEU San Pablo, Madrid
allanfrancis.tatham@ceu.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp47-64](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp47-64)

Recibido: 22.10.2019

Aceptado: 21.11.2019

Abstract

With the global climate for multilateral trade experiencing a marked slowdown and the dispute settlement mechanism (DSM) of the World Trade Organization under severe strain, attention has started to turn to the prioritizing of regional trade structures. Although ASEAN DSMs have traditionally pursued a consensual path towards resolution, this paper discusses the current opportunities for establishing a permanent ASEAN Trade Tribunal (ATT). Such an entity would need to fit within the boundaries of a cautious step in the gradual development of the rules-based ASEAN trading system, by extending the opportunities for using arbitration in disputes and for providing a procedure to ensure a coherent interpretation of ASEAN trade law.

Keywords

ASEAN – arbitration – international and regional courts – ASEAN Trade Tribunal – dispute settlement mechanisms

¹ Profesor de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. The usual disclaimer applies.

Resumen

Con el clima global para el comercio multilateral experimentando una marcada desaceleración y el mecanismo de solución de controversias (MSC) de la Organización Mundial del Comercio bajo una fuerte tensión, la atención ha comenzado a centrarse en la priorización de las estructuras comerciales regionales. Si bien los MSC de la ASEAN han seguido tradicionalmente un camino consensuado hacia la resolución, este documento analiza las oportunidades actuales para establecer un Tribunal de Comercio de la ASEAN (TCA) permanente. Tal entidad necesitaría encajar dentro de los límites de un paso cauteloso en el desarrollo gradual del sistema de comercio de la ASEAN basado en normas, ampliando las oportunidades para utilizar el arbitraje en controversias y para proporcionar un procedimiento para garantizar una interpretación coherente de la legislación comercial de la ASEAN.

Palabras claves

ASEAN - arbitraje - tribunales internacionales y regionales - Tribunal de Comercio de la ASEAN - mecanismos de solución de controversias

SUMARIO: I. INTRODUCTION. II. ASEAN DISPUTE SETTLEMENT MECHANISMS. III. ASEAN TRADE TRIBUNAL. 1. *Introduction*. 2. *Nature of the Tribunal*. 3. *Contentious Jurisdiction: the Issues of Accessibility and Admissibility*. (i) Material Jurisdiction (*Ratione Materiae*): Legal Bases for the ATT's Contentious Jurisdiction. (ii) Personal Jurisdiction (*Ratione Personae*): Accessibility to the ATT. (a) ASEAN Member States. (b) Individuals and companies. 4. *Advisory Jurisdiction: a Prospect of the Tribunal's Influence on Courts of Member States*. 5. *Composition: Judges of the Court*. (i) Requirements and Qualifications. (ii) Number of Judges. (iii) Selection and Appointment. (iv) Terms of Office and Reappointment. IV. CONCLUSION. *BIBLIOGRAPHY*.

I. INTRODUCTION

In view of the current problems experienced by global trade flows, this work will encourage discussion of the establishment of a permanent ASEAN Trade Tribunal (ATT).² Using comparative perspectives from other systems, such a new entity would need to fit within the boundaries of a cautious – though arguably necessary – step in the gradual development of the dispute settlement mechanisms (DSMs) in the ASEAN trading system.

This short study therefore seeks to provide a starting point for reflection of what might be possible within the present climate to ensure that intraregional trade enjoys additional legal guarantees and protection while at the same time avoiding radical innovation that would be unacceptable to the still diverse economies of the ASEAN Member States (AMSs). The article will therefore argue that an ATT should be regarded in part as a consolidation of previous ASEAN DSMs, in part a crystallization of potential progress – already initiated by the introduction of arbitration as a means of settling ASEAN disputes – towards a more rules-based system of trade dispute resolution. In this latter aspect, attention will be paid as to how to open up these processes to individuals and companies thereby allowing them to become effective stakeholders in the new system. It will also deal with the possibility of providing a method that would ensure coherence in interpretation of ASEAN law in the AMSs.

² For earlier ideas on this theme, see Jeffrey A. Kaplan, «ASEAN's Rubicon: A Dispute Settlement Mechanism for AFTA», *UCLA Pacific Basin Law Journal* 14 (1996): 147-195.

II. ASEAN DISPUTE SETTLEMENT MECHANISMS

From its inception in 1967,³ ASEAN has been committed to promoting interdependence between its members,⁴ while preserving their individual national sovereignty and maintaining equality among them.⁵

While subsequent treaties have laid down standard norms of international law and diplomacy binding on AMSs,⁶ *inter alia*, the peaceful settlement of disputes,⁷ ASEAN leaders and diplomats have developed a set of decision-making procedures characterized by an informal, working style that they are expected to follow, the so-called ASEAN Way.⁸ For policymakers and politicians, this is more about resolving problems through informal, pacific, co-operative and inclusive measures than by use of ostensibly divisive and confrontational, public, judicial proceedings.

Despite the basic tenets of the ASEAN Way, a gradual evolution into a more rules-based integration – profoundly influenced by developments in the WTO and further stimulated by the continuing impacts of the 2007 ASEAN Charter⁹ – has emerged during the last 15 years.¹⁰ This change in the mood music of ASEAN has also influenced developments in the three DSMs relevant to the present discussion.¹¹

³ Ralph H. Folsom, «ASEAN as a Regional Economic Group – A Comparative Lawyer’s Perspective», *Malaya Law Review* 25 (1983): 203-224.

⁴ Tobias I. Nischalke, «Insights from ASEAN’s Foreign Policy Co-operation: The ‘ASEAN Way’, a Real Spirit or a Phantom?», *Contemporary Southeast Asia* 22, n.º 1 (2000): 90.

⁵ Laurence Henry, «The ASEAN Way and Community Integration: Two Different Models of Regionalism», *European Law Journal* 13 (2007): 857-879.

⁶ Hiro Katsumata, «Reconstruction of Diplomatic Norms in Southeast Asia: The Case for Strict Adherence to the ‘ASEAN Way’», *Contemporary Southeast Asia* 25, n.º 1 (2003): 106-108.

⁷ Treaty of Amity and Co-operation in Southeast Asia, Art. 2, Feb. 24, 1976, 1025 U.N.T.S. 297 (TAC). This was expanded in the Charter of the Association of Southeast Asian Nations, Art. 2(2), Nov. 20, 2007, 2624 U.N.T.S. 223 (ASEAN Charter, AC).

⁸ Daniel Seah, «The ASEAN Charter», *International and Comparative Law Quarterly* 58 (2009): 198-199.

⁹ Simon S.C. Tay, «The ASEAN Charter: Between National Sovereignty and the Region’s Constitutional Moment», *Singapore Year Book of International Law* 12 (2008): 151-170.

¹⁰ Michael Ewing-Chow, «Culture Club or Chameleon: Should ASEAN Adopt Legalization for Economic Integration?», *Singapore Year Book of International Law* 12 (2008): 1-13.

¹¹ For a detailed analysis of all such dispute settlement mechanisms in ASEAN, see Robert Beckman et al., *Promoting Compliance: The Role of Dispute Settlement and Monitoring Mechanisms in ASEAN Instruments* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), 58-100.

First, disputes between AMSs concerning the application or interpretation of ASEAN economic and trade agreements¹² (normally under the Economic Community pillar of ASEAN) are generally governed by the 2004 Vientiane Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism.¹³ This Protocol standardized the various DSMs of the existing ASEAN economic agreements by making consultation a compulsory first step.¹⁴ If such consultations fail, then the complainant AMS can request the Senior Economic Officials Meeting (SEOM)¹⁵ to set up an arbitration panel¹⁶ with the power to assess and give recommendations on the matter.¹⁷ As with the Appellate Body (AB)¹⁸ of the World Trade Organization (WTO), appeal on points of law and legal interpretation lie to an Appellate Body (AB) that must decide the appeal within 60 days.¹⁹ The SEOM then adopts the AB report (unless it decides by reverse consensus not to do so) and must be accepted unconditionally by the parties.²⁰

Secondly, where disputes between AMSs arise from the 2007 ASEAN Charter or ASEAN instruments with no specified DSM, the 2010 Hanoi Protocol²¹ also allows for arbitration (again after failed consultations) as an option for resolution across the whole spectrum of such disputes. In addition, this Protocol governs disputes under other ASEAN instruments that expressly provide for its application.²²

An arbitral tribunal under this Protocol is composed of three arbitrators²³ who apply the provisions of the ASEAN Charter, other ASEAN instruments and applicable rules of public international law in its deliberations; and if the

¹² AC Art. 25.

¹³ ASEAN Protocol on enhanced dispute settlement mechanism, Nov. 29, 2004, 2624 U.N.T.S. 177 (Vientiane Protocol, VP).

¹⁴ VP Art. 3(1). Moreover, good offices, conciliation or mediation also remain possibilities: VP Art. 4.

¹⁵ The SEOM comprises the heads of ASEAN states' ministries of trade, industry, finance and commerce below the level of minister.

¹⁶ VP Art. 5(1).

¹⁷ VP Art. 7.

¹⁸ Such AB is composed of seven persons, three of whom sit on any one case, who are appointed by the ASEAN Economic Ministers (AEM) to serve for a four-year term, renewable once.

¹⁹ VP Art. 12(5).

²⁰ VP Art. 12(13).

²¹ Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms, Apr. 8, 2010: <<http://agreement.asean.org/media/download/20160829075723.pdf>> (Hanoi Protocol, HP).

²² HP Art. 2(1).

²³ HP Annex 4, r. 1(1).

parties agree, it can decide a case *ex aequo et bono*.²⁴ The award of such an arbitral tribunal is binding and final.²⁵

Lastly, the investor-state DSM in the 2009 ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA)²⁶ allows investors of an AMS, whether natural or legal persons, to bring a claim against the government of another AMS for the loss or damage to their investment resulting from the breach of obligation under ACIA.²⁷ It is thus the only way in which individuals or companies can currently use an ASEAN DSM to protect their rights.

The ACIA DSM process provides initially for consultation and negotiation²⁸ but, if these fail, the disputing investor can submit an arbitration claim to the courts or administrative tribunals that have jurisdiction over such claim or other international arbitration rules and institutions.²⁹ Of interest is the fact that the ACIA DSM also applies to foreign investors constituted or organized under the applicable laws of AMSs, i.e. foreign-owned ASEAN-based companies.³⁰

III. ASEAN TRADE TRIBUNAL

1. Introduction

Like the trade-focused European integration from the late 1950s onwards, in the context of deepening of commercial activities between AMSs, the arguments for a central quasi-judicial, rules-based tribunal to resolve disputes would be a much less contentious issue for the sovereignty-conscious AMSs than a human rights court.³¹ The ASEAN DSM landscape has considerably altered over the last 15 years despite the continuing role of the ASEAN Way. This period has been notable for the introduction of arbitration as an option for dispute resolution between AMSs and its confirmation as a DSM in cases between an AMS and private investors. In addition, AMSs have shown no reticence in initiating cases before the WTO (panels and AB)

²⁴ HP Art. 14.

²⁵ AC Art. 15.

²⁶ ASEAN Comprehensive Investment Agreement, Feb 26, 2009; <<http://agreement.asean.org/media/download/20140119035519.pdf>>, (ACIA). Kim M. Rooney, «Overview of the 2009 ASEAN Comprehensive Investment Agreement», *Dispute Resolution International* 4, n.º 2 (2010): 169-189.

²⁷ ACIA Arts. 28 and 29.

²⁸ ACIA Art. 31.

²⁹ ACIA Art. 32.

³⁰ ACIA Art. 4(e).

³¹ Hao Duy Phan, «A Blueprint For a Southeast Asian Court Of Human Rights», *Asian-Pacific Law & Policy Journal* 10, n.º 2 (2009): 384-433.

even against other AMSs.³² The International Court of Justice (ICJ) and the International Tribunal on the Law of the Sea (ITLOS) have also heard cases involving intra-ASEAN disputes before them³³ and the experience of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC)³⁴ has further accustomed AMSs to the use of international law in national judicial proceedings within the region. Consequently, AMSs are not averse to using DSMs that are more rules-based and (quasi-) judicial in character rather than cleaving to their ASEAN Way principles.

However, deficiencies remain. ASEAN DSMs (like the WTO process) are largely to be conducted on an interstate level and, apart from investor disputes, exclude direct action by private parties: companies still have to encourage their state to litigate.³⁵ By turning the dispute into an inter-state one, political and diplomatic moves enter into the frame, in a way depriving the original dispute (private party v. AMS) of its economic rationale or at least marginalizing it in the DSM. In this sense, too, the procedures under TAC and the Vientiane and Hanoi Protocols have little relevance in trade matters that usually require speed, consistency and clarity in resolution rather than a cumbersome, slow, step-by-step process to resolve an outstanding dispute between AMSs.

Another issue is that the panels and AB in the ASEAN DSMs remain ad hoc. Yet, in view of the fact that the economies of AMSs have reached such a developmental level, a permanent quasi-judicial entity may be required to deal with trade disputes more efficiently and expeditiously. Without an actual operational WTO DSM predicted from the end of 2019, then AMSs may be forced to turn towards their own DSMs to resolve trade disputes.

Despite these deficiencies, there is a sense that the tenets of the ASEAN Way are not set in stone and will need to evolve so that ASEAN can take full advantage of new commercial possibilities opening up to it. This may only

³² Request for Consultations by Singapore, *Malaysia – Prohibition of Imports of Polyethylene and Polypropylene*, WTO Doc. WT/DS171 (Jan. 13, 1995); and Panel Report, *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WTO Doc. WT/DS371/RW (Nov. 12, 2018).

³³ ICJ, *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, 2008 I.C.J. Rep. 12 (May 23); and ITLOS, *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*, Provisional Measures, Case No. 12, Order of Oct. 8, 2003, 2003 ITLOS Rep. 10.

³⁴ Simon M. Meisenberg e Ignaz Stegmüller, eds., *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia – Assessing their Contribution to International Criminal Law* (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2016).

³⁵ Gonzalo Villalta Puig y Lee Tsun Tat, «Problems with the ASEAN Free Trade Area Dispute Settlement Mechanism and Solutions for the ASEAN Economic Community», *Journal of World Trade* 49, n.º 2 (2015): 289-292.

be properly achieved with a more certain, ascertainable system of rules on which individuals and companies (both ASEAN and non-ASEAN) can depend. Changes however incremental will thus be driven by economic actors not by the AMSs themselves: in such case, the resolution of disputes with private parties need not, in any event, touch upon the settlement of matters between AMSs under the various ASEAN instruments that already exist.

2. *Nature of the Tribunal*

The Vientiane and Hanoi Protocols currently provide for mandatory consultations between the parties to take place first and only where they are unsuccessful, is it possible for ad hoc arbitral tribunals to be constituted in order to determine the case between the AMS parties.

At this stage of development, it is recommended that compulsory consultation should be retained as a necessary guarantee for the AMSs. The present plan though also argues for the establishment of a permanent arbitration tribunal³⁶ with its own administration. As a quasi-judicial entity, it would mark a step along the way of evolving the DSM regime for ASEAN while avoiding a complete judicialization of the process in the form of a regional court like the Court of Justice of the European Union (CJEU).³⁷ Internally, in addition to its own permanent secretariat and administration, the ATT could be organized into a lower-level chamber as with the EU's General Court (GC)³⁸ or the East African Court of Justice (EACJ)³⁹ or even panels at the WTO DSM,⁴⁰ with an internal appeal on points of law to the Court of Justice, the EACJ Appellate Division or to the WTO Appellate Body (AB), respectively.

In this latter respect, an ATT Arbitration Appeals Chamber (AAC) would replace the ad hoc AB under the Vientiane Protocol and its review powers would be limited to matters of law and legal interpretation made by an initial three-person panel. In such cases, the AAC (like the WTO AB)

³⁶ For contrary arguments, see Gino J. Naldi, «The ASEAN Protocol on Dispute Settlement Mechanisms: An Appraisal», *Journal of International Dispute Settlement* 5, n.º 1 (2014): 117-118.

³⁷ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Arts. 251-253, May 8, 2008 O.J. (C 115) 47 (TFEU).

³⁸ TFEU Arts. 254 and 256.

³⁹ Treaty for the establishment of the East African Community (as amended 2006 and 2007) Arts. 23 and 35A, Nov. 30, 1999, 2144 U.N.T.S. 255 (EAC).

⁴⁰ Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Apr. 15, 1995, 1867 U.N.T.S. 31874 (Dispute Settlement Understanding, DSU).

could uphold, modify or reverse the report of the panel and, like the panel, where appropriate recommend that the measure conform and the ways in which to accomplish this. If either the ASEAN Summit (the biannual meetings of the leaders of AMS governments) or the SEOM plays the role of the WTO Dispute Settlement Body (DSB) in this scenario, then the relevant body would have to adopt the AAC's report unless it declined to do so by consensus.

Lastly, in the ATT at the lower level, certain of the chambers or panels (with a specified number of arbitration members) could be designated to hear cases in a particular field, e.g., investor protection disputes, protection of intellectual property rights, competition matters, etc., in order to develop specific competences in them.

3. *Contentious Jurisdiction: the Issues of Accessibility and Admissibility*

(i) Material Jurisdiction (*Ratione Materiae*): Legal Bases for the ATT's Contentious Jurisdiction

The fundamental proposition would be to consolidate – over time – the various arbitration regimes within ASEAN into the ATT. At the beginning, though, a blanket transfer of jurisdiction to the ATT might be too ambitious. In that case, the ATT might simply be initially designated to deal with all disputes arising within the ambit of the ASEAN Economic Community, thereby superseding the Vientiane Protocol to the extent necessary. With experience and over time, it could subsequently replace the DSMs within the remit of the Hanoi Protocol as well as perhaps those designated under any other ASEAN agreement, e.g., with third states.⁴¹ As noted above, only once compulsory consultations have proved to be unsuccessful within a predetermined but reasonably short time-limit, would the mandatory use of the ATT's contentious arbitration jurisdiction arise.

In addition, a list of the agreements covered by the ATT's jurisdiction would usefully be set down in an annex to the ATT's statute. In order to facilitate the extension of that jurisdiction over time, the ASEAN Summit would have the power to amend and add to the list of these "covered agreements." This would allow for natural development without having recourse to a treaty-amending process.

⁴¹ For example, the DSMs that govern ASEAN's bilateral trade relations with the major East Asian economies: Henry Gao, «Dispute Settlement Provisions in ASEAN's External Economic Agreements with China, Japan and Korea», en *ASEAN Law in the New Regional Economic Order: Global Trends and Shifting Paradigms*, ed. por Pasha L. Hsieh y Bryan Mercurio (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), 64-82.

(ii) Personal Jurisdiction (*Ratione Personae*): Accessibility to the ATT

(a) ASEAN Member States

In the present study, it has already been argued that the ATT would become the permanent body for arbitration. At the outset, it would mainly deal with cases arising between the AMSs and thus exercising a jurisdiction in this respect akin to that of the WTO panels and AB. AMSs would retain the TAC and its provisions to deal with outstanding political disputes between them, while the ATT would deal (at least initially exclusively) with trade disputes.

(b) Individuals and companies

While the scope of mechanisms for resolving disputes between AMSs and private individuals from other AMSs should be increased to protect other important commercial interests, few international tribunals or trade courts allow such parties to have direct standing before them. For example, within the limited terms of Article 263 TFEU, individuals and companies can challenge the acts of EU institutions provided they can fulfil the test, *inter alia*, that the challenged act was of direct and individual concern to them.⁴²

What then might be possible? For one option, the idea of an investor-AMS DSM could be incorporated into the overall structure of the ATT. This is not so far-fetched since the Organization for the Harmonization of Business Laws in Africa (OHADA) has a single regional organ that covers both judicial and arbitral means of resolving disputes, the OHADA Common Court of Justice and Arbitration.⁴³

Another prospect would be to find a way, either mandatorily or optionally, for individuals and companies to argue issues on ASEAN law before the ATT in the absence of a right to bring a direct action against an AMS. One way of doing this would be to allow the ATT to be the final arbiter in what ASEAN trade law meant in the same way, e.g., that the CJEU has the ultimate say as to what EU law means. In the latter case, the reference for a preliminary ruling under Article 267 TFEU allows EU Member State courts to refer questions of EU law interpretation to the CJEU; in the case of courts against whose decision no appeal lies, then they are required to make such a reference.⁴⁴ While this procedure is very well established in the EU, it is

⁴² On the interpretation of “direct concern,” Case C-583/11P, *Inuit Tapiriit Kanatami v. Parliament*, ECLI:EU:C:2013:625, Oct. 3, 2013; and on “individual concern” Case 25/62, *Plaumann v. Commission*, ECLI:EU:C:1963:17, July 15, 1963.

⁴³ Michael W. Bühler, «Out of Africa: The 2018 OHADA Arbitration and Mediation Law Reform», *Journal of International Arbitration* 35, n.º 5 (2018): 517-539.

⁴⁴ TFEU Art. 267(2) and (3).

likely to prove controversial for the ATT. In such situation, then the mechanism set out below in the next section may be more useful.

4. *Advisory Jurisdiction: a Prospect of the Tribunal's Influence on Courts of Member States*

The ability to give advisory opinions is nothing new: the ICJ can provide such legal advice to the UN or its specialized agencies.⁴⁵ This jurisdiction has also been given to various regional courts. In Africa, for example, the Common Market Tribunal of the first East African Community (EAC) (1967-1977)⁴⁶ could be asked to give an advisory opinion regarding questions of law arising from the provisions of the (earlier) EAC Treaty affecting the East African common market by the EAC Common Market Council that comprised ministers from the governments of Kenya, Uganda and Tanzania. Where such requests were made, then those three states had the right to be represented and take part in the proceedings.⁴⁷ Another example comes from a now moribund regional court, the Southern African Development Community (SADC) Tribunal⁴⁸ which could similarly give advisory opinions, this time on such matters as the SADC Summit (heads of state) or the SADC Council (government ministers) might refer to it. In both these latter cases, however, only regional institutions had the power to refer questions for an advisory opinion to the relevant court.

Closer to the CJEU model of allowing references from national courts under Article 267 TFEU for interpretation of EU law in domestic cases, is the EFTA Court's jurisdiction⁴⁹ to give advisory opinions on the interpretation of the Agreement on the European Economic Area (EEA).⁵⁰ Where such a question is raised before any court or tribunal in an EFTA State (Iceland, Liechtenstein or Norway), then that court or tribunal may, if it considers it necessary to enable it to give judgment, request the EFTA Court to give such an opinion.⁵¹

⁴⁵ Statute of the International Court of Justice, Arts. 65-68, Oct. 24, 1945 (ICJ).

⁴⁶ Treaty for East African Co-operation, Art. 38, June 6, 1967, 1989 U.N.T.S. 34026.

⁴⁷ Advisory opinions can currently be requested from the EACJ by the EAC Summit, EAC Council or by a Member State (EAC Art. 36).

⁴⁸ Treaty of the Southern African Development Community, Art. 16(4), Aug. 17, 1992, 32 I.L.M. 116.

⁴⁹ Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice, Art. 34, May 2, 1992, 1994 O.J. (L 344) 3 (EEA SCA).

⁵⁰ Agreement on the European Economic Area, May 2, 1992, 1994 O.J. (L 1) 3 (EEA).

⁵¹ An EFTA State may nevertheless in its internal legislation limit the right to request such an advisory opinion to courts and tribunals against whose decisions there is no judicial remedy under national law: EFTA SCA Art. 34.

Another step away from the CJEU model but probably most useful for the ATT is the one provided in the Mercosur Permanent Review Tribunal (PRT).⁵² This allows not just the Member States (conjointly) but also Mercosur institutions, including the Mercosur Parliament, to ask the PRT for an advisory opinion on legal questions concerning the interpretation of Mercosur norms. This right is also granted to domestic superior courts of Mercosur states that enjoy nationwide competence, provided that such opinions relate to cases on trial and involve the interpretation of Mercosur norms. Nevertheless, such PRT opinions are not binding nor are they compulsory, and in any event cannot refer to issues already under consideration in the Mercosur dispute settlement system. In many respects, this would be an ideal model for the ATT to follow and would be consonant with the ASEAN Way of doing things.

5. *Composition: Judges of the Court*

(i) Requirements and Qualifications

The necessary requirements and qualifications to sit as a judge on a regional or international court do not vary widely, emphasizing as they do an attempt to balance independence with accountability. The ICJ⁵³ requirements, on which subsequent global and regional courts based their own criteria, requires its judges to be “independent ... of high moral character, who possess the qualifications required in their respective countries for appointment to the highest judicial offices, or are jurisconsults of recognized competence in international law.”

The judges of the International Criminal Court (ICC)⁵⁴ are chosen from among persons “of high moral character, impartiality and integrity who possess the qualifications required in their respective States for appointment to the highest judicial offices.” Moreover, they are to have either (i) established competence in criminal law and procedure, and the necessary relevant experience, whether as judge, prosecutor, advocate or in other similar capacity, in criminal proceedings; or (ii) established competence in relevant areas of international law such as international humanitarian law and the law of human rights, and extensive experience in a professional legal capacity which is of relevance to the ICC’s judicial work. In addition, candidates must be fluent in either English or French, the working languages of the ICC.

⁵² Olivos Protocol for the Settlement of Disputes in Mercosur, Chapter III, Feb. 18, 2002, 42 I.L.M. 2.

⁵³ ICJ Art. 2.

⁵⁴ Rome Statute on the International Criminal Court, Art. 36, 2187 U.N.T.S. 38544 (ICC).

Consequently, because of the particular nature of the ATT and its specialist jurisdiction, it would be necessary to consider further qualifications for candidates. Taking the WTO AB as an example,⁵⁵ candidates would need to be “of recognized authority, with demonstrated expertise in law, international trade and the subject-matter of the covered agreements generally.” In fact, the criteria for panel arbitrators or AB members appointed through the two already existing protocols would ideally form the nucleus of requirements for being considered and appointed as an ATT member.

Under the Vientiane Protocol,⁵⁶ members appointed to the AB are to be persons of recognized authority, irrespective of nationality, with demonstrated expertise in law, international trade and the subject matter of the covered agreements generally. From the perspective of independence and impartiality, such appointees must not be affiliated with any government; are to be available at all times and on short notice; must stay abreast of dispute settlement activities and other relevant activities of ASEAN; and are to avoid any direct or indirect conflict of interest in consideration of any dispute. Under both the Vientiane⁵⁷ and Hanoi⁵⁸ Protocols, arbitrators must possess expertise or experience in law and in the matters covered by the ASEAN Charter or the relevant ASEAN instrument. They are chosen on the basis of objectivity and reliability and are neither affiliated with nor take instructions from any parties to the dispute. One persistent problem as regards possible members of the ATT would be the lack of qualified candidates in ASEAN who are not also working in their own national public administrations.

(ii) Number of Judges

In international courts with limited numbers on the bench, judges are chosen to reflect the different legal traditions and systems throughout the world. With regional courts, where numbers of Member States are smaller, the options can be the nomination of one judge per state or possibly two with both as full time (GC) or even three with two being ad hoc (EFTA Court): in the latter case, ad hoc judges to sit on a case if, e.g., there is a conflict of interest.⁵⁹ As for the Court of Justice of the Economic Community of West African States (ECOWAS), countries take it in turn to nominate their judge in a set rotation.⁶⁰

⁵⁵ WTO DSU Art. 17(3)

⁵⁶ VP Art. 12(3).

⁵⁷ VP Appendix II, clause I(1).

⁵⁸ HP Art. 11(2).

⁵⁹ EFTA SCA Art. 30(4).

⁶⁰ Supplementary Protocol A/SP.1/06/06 amending the Revised ECOWAS Treaty, Art. 2, replacing 1993 Revised Treaty, Art. 18(4), 2006 ECOWAS O.J. (49) 21.

Of a more complicated nature is the EACJ, which – like the WTO DSU and CJEU – has two tiers: each EAC Member State can appoint maximum two judges for the first instance division and one for the appellate division.⁶¹

The present proposals envisaged for the ATT provide for panels and an AAC similar to the structure of the WTO DSU. Nevertheless, with only ten AMSs at the present time, it would be easier politically and arguably an application of the ASEAN Way approach by allowing the AMSs to be treated equally if each AMS (at least initially) were to have a right to list, e.g., three members – one for the AAC and two to sit in the panels.

(iii) Selection and appointment

Selection of judges to sit in regional and international courts is usually subject to the ultimate control of the states concerned. For example, members of the EFTA Court are appointed by common accord of the governments of EEA-EFTA states of Iceland, Liechtenstein and Norway.⁶² In a similar fashion, the seven members of the WTO AB are appointed by the Dispute Settlement Body (DSB)⁶³ in effect, a session of the General Council of the WTO, i.e., all of the representatives of the WTO member governments, usually at ambassadorial level, meeting together. The WTO DSB thus represents the highest political body, bringing together all the Member States.

Other courts, however, have introduced some non-executive controls. For example, the appointment of CJEU judges⁶⁴ – similarly to their EFTA Court counterparts – is made by “common accord of the governments of the Member States for a term of six years” and which further allows them to be reappointed for a non-defined number of occasions. Yet all candidates – proposed by the Member State governments for positions as judges of the Court of Justice (CoJ) and the General Court (GC) – must go before a judicial appointments panel⁶⁵ that produces an opinion on the suitability of each of them. While the Council of the European Union (the Council of Ministers) is responsible for establishing the Panel⁶⁶ and its operating rules,⁶⁷ its decisions in both these matters are made following the initiative of the President of the

⁶¹ EAC Art. 24(1).

⁶² EFTA SCA Art. 30(1).

⁶³ WTO DSU Art. 17(2).

⁶⁴ TFEU Art. 253.

⁶⁵ TFEU Art. 255.

⁶⁶ Council Decision 2010/125/EU appointing the members of the panel provided for in Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union, 2010 O.J. (L 50) 20.

⁶⁷ Council Decision 2010/124/EU relating to the operating rules of the panel provided for in Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union, 2010 O.J. (L 50) 18 (Operating Rules).

CoJ. The panel is made up of seven persons chosen from among former members of the CoJ and the GC, members of national supreme courts, and lawyers of recognized competence, one of whom is proposed by the European Parliament (the one minor contribution to democratic accountability in the whole selection process). Panel members are appointed for four years and may be reappointed once.⁶⁸

The sitting panel members must give a collective reasoned opinion on the merits of each proposed candidate, setting out the principal grounds for its opinion.⁶⁹ Such opinion remains confidential and is never made public; it is forwarded to the Representatives of the Governments of the EU Member States. Even with this judicial panel, the appointment of a judge to the CJEU (either CoJ or GC) still requires unanimous agreement of the EU Member State governments.

In the ASEAN context, the AEM is likely to want to maintain ultimate political control over appointments to the ATT. Yet it might be more attuned to the ASEAN Way for an independent panel of experts to give their opinions on the suitability of the candidates nominated by an AMS, before proceeding to have their nomination confirmed through the AEM by common accord.

(iv) Terms of Office and Reappointment

In this particular matter, two points would need to be addressed: (i) whether the term should be short or long; and (ii) whether the ATT member might be reappointed and, if so, for how often.

Short terms of four years with one possibility of reappointment are provided for the WTO AB but that has caused problems with the continued functioning of that body in the face of US refusals to allow for either appointment or reappointment to it.⁷⁰

Longer terms, with possible reappointment, are provided for the CJEU and the EFTA Court and were formerly provided for the European Court of Human Rights (ECtHR). Judges at the ECtHR could originally sit for renewable terms of nine years,⁷¹ which terms were reduced to six years in

⁶⁸ Operating Rules, point 3.

⁶⁹ Henri de Waele, «Not Quite the Bed that Procrustes Built? Dissecting the System for Selecting Judges at the Court of Justice of the European Union», en *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, ed. por Michal Bobek (Oxford: Oxford University Press, 2015), 24-26.

⁷⁰ Jeffrey L. Dunoff y Mark A. Pollack, «The Judicial Trilemma», *American Journal of International Law* 111, n.º 2 (2017): 237-238 y 244.

⁷¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Art. 40, Nov. 4, 1950, E.T.S. No. 5 (original version): “The members of the Court shall be elected for a period of nine years. They may be re-elected.”

1994.⁷² However, since ECtHR judges can give named dissenting and concurring opinions to judgements, from the late 1990s, it appeared that some governments were using their reappointment powers as a means of disciplining recalcitrant judges whose interventions they did not like. In 2004, these renewable terms were abolished and replaced with a non-renewable term of nine years.⁷³

Depending on the length of the single term adopted under the relevant legal rules, this can allow some of the advantages of life tenure – security, irremovability, and therefore independence – to be combined with a system of rotation in office. The result is that no one group of judges can maintain their grip on a court or tribunal over an extended period of time. Nevertheless, the future career prospects of judges may still affect their decision-making: this might be particularly relevant for younger judges who need to find other positions after their non-renewable ECtHR term expires.⁷⁴ There has also been consideration of the idea of changing the six-year renewable term at the CJEU by appointing judges for a longer non-renewable period.⁷⁵

Taking these examples into consideration, it may be possible to propose a period of between six-nine years for ATT members without a prospect of reappointment. The length of tenure would underline continuity and evolution in the ATT's decision-making, while the removal of the option to stand for reappointment might reduce the fear of ATT members with respect to their home government. In this latter respect, although not discussed due to its procedural nature, the decision of the ATT should be the only one handed down, with no dissenting or concurring opinions (as is the situation vis-à-vis both the CJEU and EFTA Court). A single ruling might at least avoid the exercise by AMS governments over their ATT members when resolving disputes before them.

IV. CONCLUSION

The 2007 ASEAN Charter marked an advance in becoming a more rules-based organization. Consequently, as AMSs seek to deepen their economic

⁷² Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1994, Art. 37, May 11, 1994, 1994 E.T.S. 155.

⁷³ Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Amending the Control System of the Convention 2004, Art. 2, May 13, 2004, 2004 C.E.T.S. 194. This provision amended Art. 23(1), ECHR that now reads: “The judges shall be elected for a period of nine years. They may not be re-elected.”

⁷⁴ David Kosař, «Selecting Strasbourg Judges: A Critique», en *Selecting Europe's Judges*, ed. por Bobek, 140.

⁷⁵ Takis Tridimas, «The European Court of Justice and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?», en *EU Law for the Twenty-First Century: Rethinking the New Legal Order*, ed. por Takis Tridimas y Paolisa Nebbia (Oxford: Hart Publishing, 2004) vol. 1, 119.

co-operation and integration, the issue of a permanent ATT – designed to further that project – will continue to provide a gravitational pull for some of those states and relevant (potential) stakeholders in the economy and academia. Given the refocusing of ASEAN on its further integration, its citizens and economic development and integration, those calls from stakeholders across the region will become louder. The ATT could therefore act to maintain legal certainty with regard to ASEAN law of the region. With the authority to provide independent and uniform interpretations of ASEAN legal obligations and to resolve definitively disputes in a rules-based manner, the ATT would greatly minimize the potential for political conflict over the application and enforcement of ASEAN law.⁷⁶

The eventual creation of a fully adjudicative ATT will not, on its own, ensure the success of ASEAN: decision-making and supervisory institutions as well as further permanent bodies and administration are also needed as well to bolster and reinforce the institutionally-strategic role of the ATT. Further evolution is inevitable and the above proposals provide some ideas as to how AMSs could take the next steps in developing ASEAN DSMs. This could be achieved by allowing individuals and companies to bring cases indirectly before the ATT; by extending its jurisdiction gradually to cover all the economic and trade agreements of ASEAN; by allowing the ATT to provide authoritative interpretations of ASEAN law for courts in the AMSs; and by consolidating into the ATT's jurisdiction the plethora of proceedings that arise in relation to the Vientiane and Hanoi Protocols as well as other ASEAN instruments.

BIBLIOGRAPHY

- BECKMAN, Robert et al., *Promoting Compliance: The Role of Dispute Settlement and Monitoring Mechanisms in ASEAN Instruments*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- BÜHLER, Michael W. «Out of Africa: The 2018 OHADA Arbitration and Mediation Law Reform». *Journal of International Arbitration* 35, n.º 5 (2018): 517-539.
- DESIERTO, Diane A. «ASEAN's Constitutionalization of International Law: Challenges for Evolution Under the New ASEAN Charter». *Columbia Journal of Transnational Law* 49 (2011): 268-320.
- DE WAELE, Henri. «Not Quite the Bed that Procrustes Built? Dissecting the System for Selecting Judges at the Court of Justice of the European Union». En *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, editado por Michal Bobek, 24-50. Oxford: Oxford University Press, 2015.

⁷⁶ Diane A. Desierto, «ASEAN's Constitutionalization of International Law: Challenges for Evolution Under the New ASEAN Charter», *Columbia Journal of Transnational Law* 49 (2011): 297-317.

- DUNOFF, Jeffrey L., y Mark A. Pollack. «The Judicial Trilemma». *American Journal of International Law* 111, n.º 2 (2017): 225-276.
- DUY PHAN, Hao. «A Blueprint For a Southeast Asian Court Of Human Rights». *Asian-Pacific Law & Policy Journal* 10, n.º 2 (2009): 384-433.
- EWING-CHOW, Michael. «Culture Club or Chameleon: Should ASEAN Adopt Legalization for Economic Integration?». *Singapore Year Book of International Law* 12 (2008): 1-13.
- FOLSOM, Ralph H. «ASEAN as a Regional Economic Group – A Comparative Lawyer’s Perspective». *Malaya Law Review* 25 (1983): 203-224.
- GAO, Henry. «Dispute Settlement Provisions in ASEAN’s External Economic Agreements with China, Japan and Korea». En *ASEAN Law in the New Regional Economic Order: Global Trends and Shifting Paradigms*, editado por Pasha L. Hsieh y Bryan Mercurio, 64-82. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- HENRY, Laurence. «The ASEAN Way and Community Integration: Two Different Models of Regionalism». *European Law Journal* 13 (2007): 857-879.
- KAPLAN, Jeffrey A. «ASEAN’s Rubicon: A Dispute Settlement Mechanism for AFTA». *UCLA Pacific Basin Law Journal* 14 (1996): 147-195.
- KATSUMATA, Hiro. «Reconstruction of Diplomatic Norms in Southeast Asia: The Case for Strict Adherence to the ‘ASEAN Way’». *Contemporary Southeast Asia* 25, n.º 1 (2003): 104-121.
- KOSAŘ, David. «Selecting Strasbourg Judges: A Critique». En *Selecting Europe’s Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, editado por Michal Bobek, 120-160. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- MEISENBERG, Simon M., e IGNAZ Stegmiller, eds., *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia – Assessing their Contribution to International Criminal Law*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2016.
- NALDI, Gino J. «The ASEAN Protocol on Dispute Settlement Mechanisms: An Appraisal». *Journal of International Dispute Settlement* 5, n.º 1 (2014): 105-138.
- NISCHALKE, Tobias I. «Insights from ASEAN’s Foreign Policy Co-operation: The ‘ASEAN Way’, a Real Spirit or a Phantom?». *Contemporary Southeast Asia* 22, n.º 1 (2000): 89-112.
- ROONEY, Kim M. «Overview of the 2009 ASEAN Comprehensive Investment Agreement». *Dispute Resolution International* 4, n.º 2 (2010): 169-189.
- SEAH, Daniel. «The ASEAN Charter». *International and Comparative Law Quarterly* 58 (2009): 197-212.
- TAY, Simon S.C. «The ASEAN Charter: Between National Sovereignty and the Region’s Constitutional Moment». *Singapore Year Book of International Law* 12 (2008): 151-170.
- TRIDIMAS, Takis. «The European Court of Justice and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?». En *EU Law for the Twenty-First Century: Rethinking the New Legal Order*, editado por Takis Tridimas y Paolisa Nebbia, vol. 1, 113-142. Oxford: Hart Publishing, 2004.
- VILLALTA PUIG, Gonzalo, y LEE TSUN Tat. «Problems with the ASEAN Free Trade Area Dispute Settlement Mechanism and Solutions for the ASEAN Economic Community». *Journal of World Trade* 49, n.º 2 (2015): 277-308.

FAMILIAR AND FAMILIAL: BASQUE/SPANISH-FILIPINOS VIS-À-VIS ASEAN, EU, AND EUSKADI

Familiar y de Familia: Vasco/Español-Filipinos vis-à-vis ASEAN, la Unión Europea, y Euskadi

Jose Mari Tirol Uriondo

Dean and Professor

University of San Agustin College of Law

jtirol@usa.edu.ph

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp65-86](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp65-86)

Recibido: 01.10.2019

Aceptado: 21.11. 2019

Abstract

Basques and other Iberians have been travelling to the Philippines since 1521 or for almost half a millennium now, initially when the archipelago was a Spanish dominion from the 16th to the late 19th centuries. They sailed to the islands to administer the colony, spread the word of God, and seek their fortunes. Not a few established families and founded enterprises, some of which still exist.

Spanish sovereignty ended in 1898 but Basques¹ and Spaniards continued to journey to the Philippines during the American period (1899-1946), as they do until now.

The movement of people also went the other way, as many Filipinos have been going to Spain for hundreds of years.

So it should be no surprise that there are about 115,000 persons who are citizens of both countries². And for Basques and Spaniards to have relatives in the Philippines; the mother of the current Spanish Ambassador was born there³. These transnational ties are the reasons for this study.

¹ Larrabeiti (2003).

² Masigan (2018).

³ Republic of the Philippines Presidential Communications Operations Office (2018).

It examines the rules on citizenship in the Constitutions, laws, and legal sources of Spain and the Philippines. It investigates the effect on their citizens of their respective regional groups, the European Union (EU) and the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN). And it explores how persons of Filipino and Iberian ancestry and/or dual citizenship can situate themselves within the citizenship frameworks of both countries and regions, and how Filipinos with Basque ancestry can situate themselves in the Basque Country.

Keywords

Dual nationality/citizenship, ASEAN, EU, Euskadi, Spanish-Filipino, Basque-Filipino

Resumen

Los vascos y otros íberos han estado viajando a Filipinas desde 1521 o durante casi medio milenio ahora, inicialmente cuando el archipiélago era un dominio español desde el siglo XVI hasta finales del siglo XIX. Navegaron a las islas para administrar la colonia, difundir la palabra de Dios y buscar su fortuna. No pocas familias establecidas y empresas fundadas, algunas de las cuales todavía existen.

La soberanía española terminó en 1898, pero los vascos y los españoles continuaron viajando a Filipinas durante el periodo estadounidense (1899-1946), como lo hacen hasta ahora.

El movimiento de personas también fue al revés, ya que muchos filipinos han estado yendo a España durante cientos de años.

Por lo tanto, no debería sorprendernos que haya aproximadamente 115,000 personas que son ciudadanos de ambos países. Y para que los vascos y los españoles tengan parientes en Filipinas; La madre del actual embajador español nació allí. Estos lazos transnacionales son las razones de este estudio.

Examina las normas sobre ciudadanía en las Constituciones, leyes y fuentes legales de España y Filipinas. Investiga el efecto sobre sus ciudadanos de sus respectivos grupos regionales, la Unión Europea (UE) y la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN). Y explora cómo las personas de ascendencia filipina e ibérica y/o doble ciudadanía pueden situarse dentro de los marcos de ciudadanía de ambos países y regiones, y cómo los filipinos con ascendencia vasca pueden ubicarse en el País Vasco.

Palabras clave

Doble nacionalidad/ciudadanía, ASEAN, UE, Euskadi, español-filipino, filipino-español.

SUMMARY: I. CITIZENSHIP / NATIONALITY: AN OVERVIEW. II. CITIZENSHIP / NATIONALITY UNDER THE PHILIPPINE AND SPANISH CONSTITUTIONS. III. DUAL SPANISH-FILIPINO CITIZENSHIP / NATIONALITY NOT PROHIBITED. IV. SPANISH-FILIPINOS, SPAIN, AND THE PHILIPPINES. V. SPANISH-FILIPINOS, THE EU, AND ASEAN. VI. BASQUE-FILIPINOS AND EUSKADI. VII. MULTIPLE NATIONALITY, MULTIPLE NATIONAL LAWS. VIII. A NUANCED APPROACH. REFERENCES.

I. CITIZENSHIP / NATIONALITY: AN OVERVIEW

Citizenship is the master status that defines the rights and entitlements that individuals may access⁴; ‘membership of a political community’ namely the nation-state⁵. Under the 1930 Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws (Hague Convention)⁶, it is the state’s laws which determine whether or not a person possesses its nationality.

The tie between citizen and state was originally a “perpetual allegiance” which the former cannot end⁷ without the latter’s consent⁸. Citizenship was very closely linked to patriotism, national identity, and loyalty to one’s nation, among others⁹. Since states typically demanded exclusive allegiance from their citizens and prohibited overlapping memberships¹⁰, the tolerance of dual nationality in Articles 3¹¹ and 6¹² of the Hague Convention was grudging at best¹³.

THE RISE OF DUAL CITIZENSHIP. One involuntarily acquires citizenship by operation of law. It is literally an accident of birth that depends on the law of

⁴ Harpaz & Mateos (2018).

⁵ Painter (1998).

⁶ Articles 1 and 2.

⁷ Casper (2008).

⁸ The Hague Convention, Article 6: Without prejudice to the liberty of a State to accord wider rights to renounce its nationality, a person possessing two nationalities acquired without any voluntary act on his part may renounce one of them with the authorisation of the State whose nationality he desires to surrender.

This authorisation may not be refused in the case of a person who has his habitual and principal residence abroad, if the conditions laid down in the law of the State whose nationality he desires to surrender are satisfied.

⁹ Anderson (2011).

¹⁰ Harpaz & Mateos, note 1.

¹¹ Article 3. Subject to the provisions of the present Convention, a person having two or more nationalities may be regarded as its national by each of the States whose nationality he possesses.

¹² Note 5.

¹³ Anderson, note 6.

the place of one's birth (*jus soli*), or the law of the state one's parents are citizens of (*jus sanguinis*), or both, because there is no universal rule on nationality and citizenship¹⁴. But citizenship may also be acquired voluntarily, through the process of naturalization.

While perpetual allegiance is “the antiquated, opprobrious system of feudal vassalage”¹⁵, citizenship is now seen both as a form of association and a vehicle for individual identity¹⁶, in part because of the women's rights movement¹⁷ and of globalization¹⁸. The idea that there is or should be a congruence between national identity, territoriality, statehood, and citizenship is now being challenged and undermined through a “restructuring of governance”¹⁹.

Notably, the Universal Declaration of Human Rights recognizes nationality, the right to leave any country including one's own (Article 13(2)), and the right to change nationality (Article 15(2)), effectively recognizing the right to renounce citizenship. And there is now a proposal to elevate dual citizenship to the status of a human right²⁰.

II. CITIZENSHIP / NATIONALITY UNDER THE PHILIPPINE AND SPANISH CONSTITUTIONS

Articles 11 and 149(1)(ii) of the 1978 Spanish Constitution (SC) are the provisions on Spanish nationality, while Article IV of the 1987 Philippine Constitution (PC) are the provisions on Philippine citizenship:

¹⁴ Cariño (2007); see also Articles 1 and 2 of the Hague Convention.

¹⁵ Warren (1922), cited in Casper, note 4.

¹⁶ Spiro (2010).

¹⁷ *The Link Between Dual Citizenship and the Women's Rights Movement*. 2019.

¹⁸ Anderson, note 6.

¹⁹ Painter, note 2.

²⁰ Spiro, note 13.

1978 Spanish Constitution ²¹ (SC)	1987 Philippine Constitution (PC)
<p style="text-align: center;">Article 11</p> <p>1. Spanish nationality is acquired, retained and lost in accordance with the provisions of the law.</p> <p>2. No person of Spanish origin may be deprived of his or her nationality.</p> <p>3. The State may negotiate dual nationality treaties with Latin American countries or with those which have had or which have special links with Spain. In these countries, Spaniards may become naturalised without losing their nationality of origin, even if said countries do not recognise a reciprocal right to their own citizens.</p> <p>x-x-x</p>	<p style="text-align: center;">Article IV Citizenship</p> <p>Section 1. The following are citizens of the Philippines:</p> <p>(1) Those who are citizens of the Philippines at the time of the adoption of this Constitution;</p> <p>(2) Those whose fathers or mothers are citizens of the Philippines;</p> <p>(3) Those born before January 17, 1973, of Filipino mothers, who elect Philippine citizenship upon reaching the age of majority; and</p> <p>(4) Those who are naturalized in accordance with law.</p> <p>Section 2. Natural-born citizens are those who are citizens of the Philippines from birth without having to perform any act to acquire or perfect their Philippine citizenship. Those who elect Philippine citizenship in accordance with paragraph (3), Section 1 hereof shall be deemed natural-born citizens.</p>
<p style="text-align: center;">Article 149</p> <p>1. The State holds exclusive competence over the following matters:</p> <p>x-x-x</p> <p>ii) nationality, immigration, emigration, status of aliens, and right to asylum;</p> <p>x-x-x</p>	<p>Section 3. Philippine citizenship may be lost or reacquired in the manner provided by law.</p> <p>Section 4. Citizens of the Philippines who marry aliens shall retain their citizenship, unless by their act or omission, they are deemed, under the law, to have renounced it.</p> <p>Section 5. Dual allegiance of citizens is inimical to the national interest and shall be dealt with by law.</p>

SIMILARITIES. Both Constitutions recognize nationals or citizens by birth (*nacionalidad española de origen* and natural-born Filipino citizens) and provide that the loss or acquisition of nationality or citizenship shall be in accordance with law.

²¹ English translation sourced from <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionINGLES.pdf>, accessed April 13, 2019.

Both Constitutions generally but do not exclusively refer to the Civil Codes of both countries, particularly Book I (On Persons) Title I (On Spaniards and Foreigners) Article 17 to 26 of the Spanish Civil Code (SCC)²² and Book I (Persons) Title II (Citizenship and Domicile) Articles 48 and 49 of the Philippine Civil Code (PCC). Parenthetically, Articles 48 and 49 of the PCC (which took effect on August 30, 1950) are similar to (but not exactly the same as) Article IV Sections 1 and 3 of the PC (which took effect on February 2, 1987).

DIFFERENCES. Article 11(2) of the SC stating that Spaniards *de origen* may not be deprived of Spanish nationality, has no counterpart in the PC²³. On the other hand, Article VI Sections 1 and 4 of the PC which enumerate who Filipino citizens are (including naturalized Filipinos) and state that Filipino citizens who marry aliens shall retain their citizenship, have no equivalents in the SC. Moreover, while the SC explicitly recognizes that Spaniards can also be nationals or citizens of certain countries – dual citizenship, in other words – the PC proscribes dual allegiance. And Article 149(1)(ii) of the SC in relation to Article 2 thereof on the indissoluble unity of the Spanish nation which is composed of Euskadi and other autonomous communities has no counterpart in the PC, even though the latter's Article X Sections 15-21 establish the grounds for the creation of autonomous regions. Lastly, the SC refers to “nationality”, while the PC refers to “citizenship”²⁴.

But these differences are more apparent than real.

²² English translation sourced from <http://derechocivil-ugr.es/attachments/article/45/spanish-civil-code.pdf>, accessed April 13, 2019.

²³ A law to revoke Philippine citizenship (which was not specifically directed towards naturalized Filipinos only) was promulgated by then-President Ferdinand Marcos when he had law-making powers. Presidential Decree (PD)1735 (1980) “Imposing Additional Penalties for Rebellion, Insurrection, Sedition and Subversion Committed Within or Outside Philippine Territory” imposed the “penalty of forfeiture of his rights as a citizen of the Philippines” on “any person found guilty of subversion, rebellion or insurrection, or sedition, or conspiracy to commit rebellion, or insurrection, or sedition whether Committed within or outside the territorial jurisdiction of the Philippines”; this was reiterated in PD 1835 (1981) “The Anti-Subversion Law of 1981”. However, PD 1975 (1985) “Amending Presidential Decree 835” removed the penalty of forfeiture of one’s rights as a citizen of the Philippines.

²⁴ Rubio Marín, et al. (2012) explain in footnote 1 of their *Country Report: Spain* that “the Spanish term used to refer to the concept of ‘nationality’, understood as the legal bond between an individual and the state, is ‘nacionalidad’. The Spanish term for citizenship, referring to the full entitlement of political rights is ‘ciudadanía’. From the legal viewpoint, the concept of citizenship is therefore more restricted than nationality. However, in some cases, ‘citizenship’ is used in the legal texts in a less accurate way as it is actually referring to the wider conceptual sphere of ‘nationality’ (e.g. articles 11.3, 13.4, and 41 of the Spanish Constitution; article 22.2 of the Spanish Civil Code). From a political or sociological viewpoint, the term ‘nacionalidad’ can also be understood as the different

III. DUAL SPANISH-FILIPINO CITIZENSHIP / NATIONALITY NOT PROHIBITED

There are 4,723 Spaniards in the Philippines of which 55 are Basques (from Araba – 5; Bizkaia – 26; Guipúzcoa – 24)²⁵, while there are some 1,800 to 2,000 Filipinos in the *País Vasco*, La Rioja, Navarra, Cantabria, Burgos, Palencia, and Asturias²⁶ out of an estimated 200,000 Filipinos living and working in Spain²⁷. This figure reportedly excludes the more or less 115,000 persons who are citizens of both Spain and the Philippines²⁸. Not all Spanish-Filipinos are both Spaniards *de origen* and natural-born Filipinos; some are natural-born citizens/nationals of one country who acquired the citizenship/nationality of the other.

SPANIARDS DE ORIGEN WHO ACQUIRE FILIPINO CITIZENSHIP DO NOT LOSE THEIR SPANISH NATIONALITY. The Philippines does not close its doors to qualified aliens who wish to become Filipinos²⁹ through administrative naturalization under Republic Act (RA) 9139, judicial naturalization under Commonwealth Act (CA) 473, or legislative naturalization³⁰. One of the requirements under CA 473 is residence of at least 10 years, reduced to 5 years for certain aliens, including those born in the Philippines; RA 9139 applies to aliens born in the Philippines and residing therein since birth.

Sections 2 (Qualifications), 3 (Special qualifications), and 4 (Who are disqualified) of CA 473 and Sections 3 (Qualifications) and 4 (Disqualifications) of the Administrative Naturalization Law 2001 explicitly state the

historical-cultural reality integrated within the Spanish national community. In fact, the Spanish Constitution acknowledges the plural character of the country using the term '*nacionalidades*' (article 2 of the Spanish Constitution). (Santolaya, 2008:11-14; Carras-cosa, 2007:17-23)."

²⁵ Email responses dated May 2 and 6, 2019 to the author from the Spanish Consulate in Manila.

²⁶ Email response dated May 22, 2019 to the author from Philippine Consul to Bilbao Susana Palomino Bilbao.

²⁷ Masigan (2018).

²⁸ Id. Interestingly, data from the *Instituto Nacional de Estadística* indicate that the Philippines was not even among the top 10 countries whose nationals acquired Spanish nationality through residence in Spain in the years 2016 and 2017 with the qualification that "persons who have acquired Spanish nationality while residing in other countries are excluded as well as those processes in which Spanish nationality is obtained by reason of origin (by simple presumption or adoption) or by consolidation (possession of status of those who already act as Spaniards)."

²⁹ Concurring opinion of Supreme Court of the Philippines Chief Justice Artemio Panganiban in the Supreme Court of the Philippines' *Bengson III v. House of Representatives Electoral Tribunal* (2011), cited in *David v. Senate Electoral Tribunal* (2016). Poe-Llamanzares was the private respondent in *David v. Senate Electoral Tribunal*.

³⁰ Under CA 63 (1936) and Letter of Instruction 270 (1975).

qualifications an applicant for Philippine citizenship must possess, as well as the disqualifications therefor.

While both laws require applicants to renounce their original citizenship, Spaniards *de origen* who acquire Philippine citizenship will not lose their Spanish nationality; recall Article 11(2) (3) of the SC, and the second paragraph of Article 24(2) of the SCC: “Acquisition of the nationality of Latin American countries, Andorra, the Philippines, Equatorial Guinea or Portugal shall not be sufficient to cause the loss of Spanish nationality by birth.”

NATURAL-BORN FILIPINOS WHO ACQUIRE SPANISH NATIONALITY DO NOT LOSE THEIR PHILIPPINE CITIZENSHIP. Rubio Marín et al. note the existence in Spanish law of a “special regime for nationals of certain countries or cultures with which Spain is said to have either a historical debt, special ties of cultural affinity or a logical combination of the two. The special treatment is limited to two features: the shortening of residence time required to naturalise, and the existence of a legal regime of dual nationality.”³¹

Thus Article 22(1) of the SCC states that the period of residence in Spain in order to acquire Spanish nationality is generally ten years, and applicants are required by Article 22(4) to show “good civic conduct and a sufficient degree of integration in Spanish society”³². However, Article 22(1) provides that the period is only two years for “citizens by birth” of the Philippines and certain other countries. Furthermore, while Article 23(b) requires applicants for Spanish nationality to renounce their prior nationality, those from the countries enumerated in section 2 Article 24 (which includes the Philippines) are not required to do so.

Filipino citizens may also qualify for Spanish nationality under *Ley 5/2007* or the Law of Historical Memory, or *Ley 12/2015* if they are descendants of Sephardic Jews.

While Article IV Section 5 of the PC explicitly prohibits dual allegiance, the Philippine Supreme Court acknowledges that Filipinos could be simultaneously considered nationals by other states in accordance with their own laws, either because they were born of Filipino parents in a *jus soli* jurisdiction³³ or in a mixed marriage³⁴. It emphasized in *Mercado v. Manzano* (1999) that dual citizenship is different from dual allegiance, and further clarified in

³¹ It was in 1521 when the peoples of the Iberian Peninsula and those of the islands which became the Philippines first met each other. While the relationship between them was initially between colonizer and colony, it is now one between equals.

³² According to Rubio Marín et al., these qualities are not described in the SCC, and thus it is up to the judge to determine what they are.

³³ *Mercado v. Manzano* (1999).

³⁴ *Aznar v. Osmeña* (1990); *Valles v. COMELEC* (2000).

AASJS v. Datumanong (2007) that Article IV Section 5 of the PC is not self-executing and requires congressional action.

CA 63 (1936)³⁵, “An Act providing for the ways in which Philippine citizenship may be lost or reacquired” was amended by RA 2639 (1960) to allow for dual citizenship with Spain and certain other countries:

Section 1. How citizenship may be lost. A Filipino citizen may lose his citizenship in any of the following ways and/or events:

1. By naturalization in a foreign country;

X-X-X

The provisions of this section notwithstanding, the acquisition of citizenship by a natural born Filipino citizen from one of the Iberian and any friendly democratic Ibero-American countries or from the United Kingdom shall not produce loss or forfeiture of his Philippine citizenship if the law of that country grants the same privilege to its citizens and such had been agreed upon by treaty between the Philippines and the foreign country from which citizenship is acquired.

RA 9225 (2003), “An Act Making the Citizenship of Philippine Citizens who Acquire Foreign Citizenship Permanent, Amending for the purpose Commonwealth Act No. 63, as Amended and for Other Purposes” is just the latest Philippine law that recognizes dual citizenship. In the words of the Philippine Supreme Court, RA 9225 is an “abbreviated repatriation process ... [t]he repatriation of the former Filipino will allow him to recover his natural-born citizenship... R.A. No. 9225 was obviously passed in line with Congress’ sole prerogative to determine how citizenship may be lost or reacquired. Congress saw it fit to decree that natural-born citizenship may be reacquired even if it had been once lost...”³⁶

There is no record of any treaty between the Philippines and Spain in relation to CA 63 as amended. But it is submitted that a treaty is now unnecessary because of the Philippine Supreme Court decisions and the Spanish and Philippine legal provisions enumerated above.

IV. SPANISH-FILIPINOS, SPAIN, AND THE PHILIPPINES

AS FILIPINO CITIZENS. Spanish-Filipinos are protected by Article III (Bill of Rights) of the PC. They enjoy the right of suffrage, can practice their profession, control and administer educational institutions³⁷, and engage in

³⁵ Further amended by RA 3834 (1963) to also include the United Kingdom.

³⁶ *Poe-Llamanzares v. COMELEC* (2016).

³⁷ Philippine Constitution, Article V (Suffrage) Section 1; Article XII (National Economy and Patrimony) Section 14; Article XIV (Education, Science and Technology, Arts, Culture, and Sports) Section 4(2).

various activities reserved for Filipino citizens³⁸. They are protected even if working abroad under the Migrant Workers and Overseas Filipinos Act (1995).

AS SPANISH NATIONALS. Spanish-Filipinos enjoy the freedoms and rights enumerated in Section 14, and in Division 1 (Fundamental Rights and Public Liberties) of Chapter 2, Sections 16-29 of the SC. They have the right to engage in popular action and take part in the administration of justice through the institution of the jury³⁹. They also have the right to a public social security system and it is the obligation of the public authorities to carry out a policy to provide special protection to its citizens who are physically, sensorially, and mentally handicapped, as well as provide for adequate pensions and social services for citizens in old age⁴⁰. Additionally, Section 42 of the SC provides that the State shall be especially concerned with safeguarding the economic and social rights of Spanish workers abroad; the legal framework is established in *Ley 40/2006*, the *Estatuto de la ciudadanía española en el exterior* (2006).

V. SPANISH-FILIPINOS, THE EU, AND ASEAN

UNDER THE EU. The Treaty of the Functioning of the European Union (TFEU) established EU Citizenship – “Article 20 (1). Citizenship of the Union is hereby established. Every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union shall be additional to and not replace national citizenship.” Since Spain is a member of the EU, Spanish-Filipinos are automatically citizens of the EU.

The TFEU enumerates the rights of EU citizens to non-discrimination, movement, to vote and stand for election, consular protection, petition, response, access, and Citizens’ Initiative⁴¹. They have various other rights such as when they travel and encounter delays, cancellations, damaged luggage, or have special mobility needs, to look for a job in the EU Civil Service and the European Commission and in another EU country, even in some positions in the public sector. And there is a European Union Agency for Fundamental Rights which was organized to support, safeguard, and ensure the minimum standards to ensure that a person is treated with dignity.

³⁸ Id., Article XII (National Economy and Patrimony) Sections 2 3, 10, and 11; Article XVI (General Provisions) Section 11(1)(2).

³⁹ SC, Part VI (Judicial Power) Section 125.

⁴⁰ Id., Part I (Fundamental Rights and Duties) Chapter 3 (Principles governing Economic and Social Policy), Sections 41, 49, and 50.

⁴¹ Articles 15[3], 18, 19, 20[2][a][b][c][d], 21[1], 22, 23, 24, 227, and 228.

Furthermore, the Charter of Fundamental Rights of the European Union strengthens the protection of the fundamental rights and universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity, and citizens' rights in the EU.

UNDER THE ASEAN. The Philippines is a member of the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), thus Spanish-Filipinos have certain rights within ASEAN.

The ASEAN Charter which turned ASEAN into a legal entity and aims to create a single free-trade area for the region encompassing 500 million people, is a “new legal framework” which will “establish a number of new organs to boost its community-building process”. When the ASEAN Charter took effect in 2008, it was reported to be “a major step towards becoming an EU-style community”.

The ASEAN Charter does not have provisions on ASEAN citizens' rights similar to the TFEU, possibly because unlike the EU, ASEAN “was never an integration project but a sovereignty upholding project”⁴². Nevertheless, there have been calls to develop a sense of ASEAN citizenship through social integration⁴³ and by offering more privileges to Southeast Asian citizens⁴⁴, such as the Mutual Recognition Agreements (MRAs) entered into by the ASEAN countries for the cross-border practice of certain professions⁴⁵. As well as visa-free entry for citizens of ASEAN countries to visit other ASEAN countries⁴⁶. And while others share the view on the need to develop an ASEAN identity, they hold that the same should not be based on the EU model⁴⁷.

VI. BASQUE-FILIPINOS AND EUSKADI

WHO ARE THE BASQUES? Article 2 of the SC “recognizes and guarantees the right to self-government of the nationalities and regions” of which Spain is composed, one of which is the Basque Country or Euskadi. While the Spanish State has exclusive competence over civil legislation, this is without prejudice to the preservation, modification and development by the Self-governing Communities of their civil law, or special rights and traditional customs (*fueros*).

⁴² Michael Vatikiotis, Regional Director for the Asia Centre for Humanitarian Dialogue, cited in Gnanasagaran (2018). ASEAN and the EU: Like two peas in the same pod?

⁴³ Gnanasagaran (2018). Fostering a people-centric ASEAN.

⁴⁴ Kotarumalos (2017).

⁴⁵ Mendoza, et al., (2017).

⁴⁶ But ASEAN countries grant visa-free entry or visa-on-arrival to tourists from countries outside ASEAN, including Spain.

⁴⁷ Gnanasagaran (2018), *supra*, note 39.

The basic law of Euskadi is the *Euskal Autonomia Erkidegoko Estatutua* (Statute of Gernika, 1978), which enumerates in Article 7 those persons who have the “political status” of Basque. As Spanish nationals, Basque-Filipinos have the “political status” of a Basque if they reside within the Autonomous Community. They and their descendants enjoy the same political rights even if residing abroad, provided that their last legal residence in Spain was Euskadi and they retain their Spanish nationality. Additionally, Article 9(1) of the *Estatutua* provides that their fundamental rights and duties are those established in the SC. And under Article 9(2), one of the duties of the Basque public authorities is to “watch over and guarantee the proper exercise of the citizens’ fundamental rights and duties.”

DERECHO CIVIL VASCO. Basque-Filipinos can exercise certain rights in Euskadi if they have civil residence therein. Section 10 of the *Derecho Civil Vasco* (DCV) which governs property relations, civil societies, succession, Basque civil residence (*vecindad civil vasca*), matrimonial property regimes, and *parejas de hecho* (de-facto couples), provides *inter alia* that the civil law of Euskadi applies to those persons who have a Basque civil residence.

EFFECT OF BASQUE AND PHILIPPINE PRIVATE LAWS. Article 80 of the Philippine Family Code (PFC, 1988) allows the contracting spouses to stipulate in their ante-nuptial agreement that their property relationship shall be governed by foreign laws, so a Basque-Filipino and his/her spouse can decide that their property relationship will be governed by the DCV. Furthermore, Article 11 of the DCV acknowledges *parejas de hecho* or *de facto* couples, *Ley 2/2003* recognizes the legal rights of the persons constituting the same (who may be of the same or of opposite sexes), and *Ley 7/2015, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores* which applies within Euskadi, regulates relations arising from nullity, separation, and divorce, and the extinction of *parejas de hecho*, modifications of measures agreed on, custody and guardianship of minors, and support.

But with respect to succession, the Spanish-Filipino should take note of Article 15 of the PCC, which provides in part that “intestate and testamentary successions, both with respect to the order of succession and to the amount of successional rights and to the intrinsic validity of testamentary provisions, shall be regulated by the national law of the person whose succession is under consideration”⁴⁸, regardless of one’s residence. Additionally, the PFC governs legal and *de facto* separation⁴⁹, annulment⁵⁰ and nullity of marriages⁵¹,

⁴⁸ Articles 744-1105 of the PCC are the Philippine laws on succession.

⁴⁹ PFC, Arts. 55-67, 127, 239.

⁵⁰ *Id.*, Art. 45.

⁵¹ *Id.*, Arts. 35, 36, 37, 38, 41, 42, 50.

support⁵², parental authority and child custody⁵³, and regulates the property rights of the parties (who must be of opposite sexes) in common-law relationships upon the termination of the relationship, but not during its subsistence⁵⁴.

VII. MULTIPLE NATIONALITY, MULTIPLE NATIONAL LAWS

MASTER NATIONALITY RULE. Article 15 of the PCC and Article 9(1) of the SCC both provide that one's personal law depends on one's nationality. The latter further states in Article 9(9) that "Spanish nationality shall prevail for persons who also hold another nationality that is not provided for in Spanish statutes or international treaties". Consequently, a Spanish-Filipino has two national laws. If s/he wishes to exercise certain rights or perform certain acts, or is liable for certain obligations, which national law prevails?

If the dispute is in a third state, then Article 5 of the Hague Convention applies⁵⁵.

If the matter involves taxation, the Convention between the Republic of the Philippines and Spain for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income (1994) states that income from immovable property "may be taxed in the Contracting State in which such property is situated" (Article 6[1]), and that business profits or "the profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein" (Article 7[1]).

But if another controversy is pending in Spain or the Philippines, Article 4 of the Hague Convention states that "A State may not afford diplomatic protection to one of its nationals against a state whose nationality such person also possesses." Along these lines is the Master Nationality Rule which is described as follows:

... the practical effect of this Article is that where a person is a national of, for example, two States (A and B), and is in the territory of State A, then State B has no right to claim that person as its national or to intervene on that person's behalf. Such a person who goes into the territory of a third

⁵² *Id.*, Arts. 49, 62, 68, 70, 94, 121, 174, 176, 194-208.

⁵³ *Id.*, Arts. 49, 50, 63(3), 209-227.

⁵⁴ *Id.*, Arts. 147 and 148.

⁵⁵ Within a third State, a person having more than one nationality shall be treated as if he had only one. Without prejudice to the application of its law in matters of personal status and of any conventions in force, a third State shall, of the nationalities which any such person possesses, recognise exclusively in its territory either the nationality of the country in which he is habitually and principally resident, or the nationality of the country with which in the circumstances he appears to be in fact most closely connected.

state may be treated as a national of either A or B - it does not normally matter which one, except, for example, where the courts of the third state have to adjudicate upon matters relating to that person's status and the relevant laws depend on the person's nationality. In such cases, it is necessary to choose an effective nationality (i.e. one of the two nationalities is selected as effective for the purposes of the third state).⁵⁶

CONFLICTING LAWS? While strongly influenced by the SCC, the provisions of the PCC are not similar thereto. For example, the legal age in Spain is 18⁵⁷ but an emancipated minor may get married⁵⁸. While Philippine law also used to allow emancipated minors to marry, 18 is now both the age of majority as well as the minimum age for marriage⁵⁹. And unlike the Philippines, same-sex marriages are legal in Spain, which also recognizes the rights of *parejas de hecho* not only after, but even during the subsistence of their relationship.

Furthermore, Article 9 in relation to Article 107 of the SCC provides that while separation and divorce may be governed by the common national law of the spouses, it also states that Spanish law applies if the foreign law "should not acknowledge separation or divorce, or should do it in a manner which is discriminatory or contrary to public policy."⁶⁰

⁵⁶ https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/632318/dualnationality.pdf, accessed March 5, 2019.

⁵⁷ SC, Article 12; SCC, Article 315.

⁵⁸ SCC, Articles 46(1); 314(2); 324; 319.

⁵⁹ RA 6809 (1989). An Act Lowering The Age Of Majority From Twenty-One To Eighteen Years, Amending For The Purpose Executive Order Numbered Two Hundred Nine, And For Other Purposes.; Family Code, Article 5.

⁶⁰ Note however the following information on the website of the Spanish Ministry of Justice <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/en/areas-tematicas/nacionalidad/nacionalidad/tener-doble-nacionalidad>, accessed July 11, 2019:

¿Qué implicaciones tiene la doble nacionalidad?

La concurrencia de dos nacionalidades en una misma persona tiene como consecuencia la existencia de un doble vínculo jurídico. La persona con doble nacionalidad es, a un tiempo, nacional de dos países, gozando de la plena condición jurídica de nacionales de ambos Estados.

Sin embargo, esto no quiere decir que estas personas puedan estar sometidas simultáneamente a las legislaciones de ambos países sino que, por el contrario, se articulan medios para "dar preferencia a una de las nacionalidades" a la persona con doble nacionalidad para, de esta manera, tener un punto de referencia en lo relativo a las relaciones ciudadano-estado.

Para ello, la mayor parte de los convenios de doble nacionalidad toma el domicilio como punto de referencia, de tal manera que los ciudadanos con doble nacionalidad no estarán sometidos de forma constante a ambas legislaciones, sino sólo a la del país en el que tengan fijado su domicilio. Esto será aplicable para cuestiones tales como el otorgamiento de pasaporte, la protección diplomática, el

In contrast, Philippine law does not allow divorce, except when both parties are Muslims and they married under the Muslim Code of Personal Laws (1977)⁶¹, or in the case of mixed marriages under the second paragraph of Article 26 of the PFC:

Where a marriage between a Filipino citizen and a foreigner is validly celebrated and a divorce is thereafter validly obtained abroad by the alien spouse capacitating him or her to remarry, the Filipino spouse shall have capacity to remarry under Philippine law.

The differing provisions of Spanish and Philippine private laws may result in legal complications. With respect to natural-born Filipinos who become naturalized Spaniards and thereafter reacquire or retain their Philippine citizenship under Republic Act 9225, the law “made natural-born Filipinos’ status permanent and immutable”⁶². However divorce decrees validly obtained abroad by former natural-born Filipinos before RA 9225 took effect should still be recognized in the Philippines⁶³. But what about those who are natural-born Filipinos under Philippine law and Spaniards *de origen* under Spanish law?

REPUBLIC v. MANALO. “Republic Act 9225 Spanish-Filipinos” as well as those who are natural-born Filipinos under Philippine law, and Spaniards *de origen* under Spanish law whose spouses are not Filipino citizens, may find interesting the Philippine Supreme Court’s decision in Republic v. Manalo (2018). The Court clarified that the second paragraph of Article 26 of the

ejercicio de los derechos civiles y políticos, los derechos de trabajo y de seguridad social y las obligaciones militares.”

(What are the implications of dual citizenship?)

The concurrence of two nationalities in the same person has as a consequence the existence of a double legal bond. The person with dual nationality is, at the same time, a national of two countries, enjoying the full legal status of nationals of both States.

However, this does not mean that these people can be simultaneously subject to the laws of both countries but, on the contrary, means as articulated to “give preference to one of the nationalities” to the person with dual citizenship, of this way, have a point of reference in relation to citizen-state relations.

For this, most of the agreements of dual nationality take the domicile as a point of reference, in such a way that citizens with dual citizenship will not be subject to both legislations constantly, but only to the country in which they have fixed their domicile. This will apply to issues such as the granting of a passport, diplomatic protection, the exercise of civil and political rights, labor and social security rights and military obligations.)

⁶¹ Juliano-Llave v. Republic of the Philippines (2011).

⁶² David v. Senate Electoral Tribunal, note 26.

⁶³ See *Republic v. Orbecido* (2005) and *Bayot v. Court of Appeals* (2008).

PFC gives Filipinos the capacity to remarry under Philippine law even if it was they who initiated the filing of a petition for divorce abroad:

Assuming, for the sake of argument, that the word “*obtained*” should be interpreted to mean that the divorce proceeding must be actually initiated by the alien spouse, still, the Court will not follow the letter of the statute when to do so would depart from the true intent of the legislature or would otherwise yield conclusions inconsistent with the general purpose of the act.

X-X-X

.... A Filipino who initiated a foreign divorce proceeding is in the same place and in like circumstance as a Filipino who is at the receiving end of an alien initiated proceeding. Therefore, the subject provision should not make a distinction...

Conveniently invoking the nationality principle is erroneous. Such principle, found under Article 15 of the Civil Code, is not an absolute and unbending rule. In fact, the mere existence of Paragraph 2 of Article 26 is a testament that the State may provide for an exception thereto. Moreover, blind adherence to the nationality principle must be disallowed if it would cause unjust discrimination and oppression to certain classes of individuals whose rights are equally protected by law. The courts have the duty to enforce the laws of divorce as written by the Legislature only if they are constitutional.⁶⁴

It will not be unusual for Basque/Spanish-Filipinos to find inconsistencies between their multiple national laws, particularly on the relatively restrictive provisions of Philippine private law in contrast with Basque and Spanish laws. It is submitted that they may invoke *Republic v. Manalo* and argue that the application of Philippine private law should not cause “unjust discrimination and oppression”.

VIII. A NUANCED APPROACH

The Spanish-Filipino inhabits many planes, all of which influence his/her identity: ethnic, cultural, social, linguistic, and legal are just some. More so the Spanish-Filipino who has Basque roots.

It is said that the distance between Euskadi and the Philippines and the limited number of Basque settlers in the country hinder Basque-Filipinos from developing their ethnic consciousness⁶⁵. But the same can be said of the descendants of the Catalans, Andalusians, and other Iberians who settled in the Philippines⁶⁶.

⁶⁴ The PSC also noted in *Republic v. Manalo* that while there is presently no divorce law in the Philippines, such a law would not be new.

⁶⁵ De Borja (2012, 138-139).

⁶⁶ Collins (1990 – 271-272) notes that Basques who immigrated to South and Central America also lost their “Basque-ness” because they “were living in a wider Hispanic en-

Where should Basque/Spanish-Filipinos situate themselves within these two (or even three) environments, especially when some of their rights and responsibilities in one are inconsistent with those in the other? They are members of more than one community. Can they choose one (or two) over the other/s? Must they?

Basque/Spanish-Filipinos are obliged to not just to situate themselves, but also to find their identity within their peculiar situations. Since the Civil Codes of both Spain (Article 6[1]) and the Philippines (Article 3) uniformly provide that ignorance of the law does not excuse noncompliance, they cannot be blissfully unaware of or willfully blind about the laws and regulations of their countries, especially their differing personal laws.

And while Euskadi or the Basque Country is not a state in fact, it is a state of mind and a state of the heart. It is more than just an imagined community.

Therefore, Basque/Spanish-Filipinos must be mindful of their particular legal, national, social, and cultural circumstances. They must make full use thereof to introduce positive changes in their communities, their countries, and on the world. Like the Basque explorers of old, who have left an indelible mark on world civilization and society.

REFERENCES

Books

- ANDERSON, Benedict. 2006. *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. Verso.
- COLLINS, Roger. 1990. *The Basques*. Second Edition. Blackwell.
- DE BORJA, Marciano. 2012. *Basques in the Philippines*. University of Nevada Press.
- FLIGSTEIN, Neil. 2008. *Euroclash: The EU, European Identity, and the Future of Europe*. Oxford University Press.
- KURLANSKY, Mark. 2000. *The Basque History of the World*. Vintage.

Constitutions, Laws, Jurisprudence, Treaties

- ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS. *About ASEAN. Overview*. <https://asean.org/asean/about-asean/overview/>, accessed June 3, 2019.
- . *The ASEAN Charter*. <https://asean.org/storage/2012/05/The-ASEAN-Charter-21-th-Reprint-Amended-17-05-2017-1.pdf>, accessed June 3, 2019.

environment in which the regional particularisms of the Iberian peninsula ceased to be significant,” but remarked that the Basques who settled in English-speaking North America from the early 19th century onwards appear to have retained a much greater sense of their distinctive cultural traditions, in part because they were often able to continue in their new land the distinctive economic practices of the old.

- Convention between the Republic of the Philippines and Spain for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income.* 1994.
- EUROPEAN COMMISSION. EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS & INCLUSION. *Employment in the public sector.* <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=465&langId=en>, accessed June 4, 2019.
- . *Jobs at the European Commission.* https://ec.europa.eu/info/jobs-european-commission_en, accessed June 24, 2019.
- . ———. *The Right to look for a job.* <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=459&langId=en>, accessed June 4, 2019.
- EUROPEAN PARLIAMENT. Directorate-General for External Policies. Policy Department. 2013. *ASEAN Citizens' Rights: Rule of Law, Judiciary and Law Enforcement.* [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/JOIN/2013/433716/EXPO-AFET_NT\(2013\)433716_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/JOIN/2013/433716/EXPO-AFET_NT(2013)433716_EN.pdf), accessed June 11, 2019.
- EUROPEAN PERSONNEL SELECTION OFFICE. *Eligibility.* https://epso.europa.eu/how-to-apply/eligibility_en, accessed June 4, 2019.
- EUROPEAN UNION. *Agency for Fundamental Rights.* <https://fra.europa.eu/en>, accessed July 3, 2019.
- . *Charter of Fundamental Rights of the European Union.* https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj, accessed July 26, 2019.
- . *Help and advice for EU nationals and their family.* https://europa.eu/youreurope/citizens/index_en.htm, accessed June 23, 2019.
- . *Passenger Rights.* https://europa.eu/youreurope/citizens/travel/passenger-rights/index_en.htm, accessed June 23, 2019.
- Euskal Autonomia Erkidegoko Estatutua* (Statute of Gernika). 1978. http://www.basquecountry.eus/contenidos/informacion/estatuto_guernica/en_455/adjuntos/estatu_i.pdf, accessed June 5, 2019.
- GOBIERNO DE ESPAÑA. *Ministerio de Justicia.* <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/en/areas-tematicas/nacionalidad/nacionalidad/tener-doble-nacionalidad>, accessed July 11, 2019.
- GOBIERNO VASCO. *Departamento de Empleo y Políticas Sociales* <http://www.euskadi.eus/requisitos-documentos-parejas-hecho/web01-a2famil/es/>, accessed June 5, 2019.
- LEAGUE OF NATIONS. *1930 Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws.* <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20179/v179.pdf>, accessed March 4, 2019.
- LEY 2/2003. *Reguladora de las parejas de hecho.*
- LEY 5/2007. *Ley de la Memoria Histórica.*
- LEY 40/2006. *Estatuto de la ciudadanía española en el exterior.*
- LEY 5/2015. *Derecho Civil Vasco.*
- LEY 7/2015. *de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.*
- LEY 12/2015. *En materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España.*
- REPUBLIC OF THE PHILIPPINES. *Commonwealth Act (CA) 63.* 1936.
- . *CA 473. Revised Naturalization Law of 1939.*

- . *Executive Order 209. The Family Code*. 1988.
- . *Letter of Instructions 270. Naturalization of Deserving Aliens by Decree*. 1975.
- . *Presidential Decree (PD) 1735. Imposing Additional Penalties for Rebellion, Insurrection, Sedition and Subversion Committed Within or Outside Philippine Territory*. 1980.
- . *PD 1835. The Anti-Subversion Law of 1981*.
- . *PD 1975. Amending PD 1835*. 1985.
- . *Republic Act (RA) 386. The Civil Code of the Philippines*. 1950.
- . *RA 6809. An Act Lowering The Age Of Majority From Twenty-One To Eighteen Years, Amending For The Purpose Executive Order Numbered Two Hundred Nine, And For Other Purposes*. 1989.
- . *RA 8042. Migrant Workers Act as amended*. 1995.
- . *RA 8171. An Act Providing for the Repatriation of Filipino Women who have Lost their Philippine Citizenship by Marriage to Aliens and of Natural-Born Filipinos*. 1995.
- . *RA 9139. Administrative Naturalization Law of 2000*.
- . *RA 9225. Citizenship Retention and Re-acquisition Act of 2003*.
- . Civil Service Commission. *Memorandum Circular 23*. 2016.
- . —. *Memorandum Circular 8*. 2017.
- . Supreme Court of the Philippines. *AASJS v. Datumanong*. GR 160869 May 11, 2007.
- . —. *Aznar v. Osmeña*. GR 83820 May 25, 1990.
- . —. *Bayot v. Court of Appeals*. GR 155635 November 7, 2008.
- . —. *David v. Senate Electoral Tribunal*. GR 221538 September 20, 2016.
- . —. *Cordora v. COMELEC*. GR 76940 February 19, 2009.
- . —. *In re Petition to be admitted a citizen of the Philippines, Lao Eng Guan, petitioner*. GR L-31475 March 24, 1981.
- . —. *Juliano-Llave v. Republic of the Philippines*. GR No. 169766 March 30, 2011.
- . —. *Mercado v. Manzano*. GR 135083 May 26, 1999.
- . —. *Mo Ya Lim Yao v. Commissioner of Immigration*. GR L-21289 October 4, 1971.
- . —. *Poe-Llamanzares v. COMELEC*. GR 221697 March 8, 2016.
- . —. *Republic v. Go*. GR L-11499 April 29, 1961.
- . —. *Republic v. Manalo*. GR 221029 April 24, 2018.
- . —. *Republic v. Orbecido*. GR 154380 October 5, 2005.
- . —. *Simon v. Republic*. GR L-31892 March 24, 1981.
- . —. *So v. Republic*. GR 170603, January 29, 2007.
- . —. *Tabasa v. Court of Appeals*. GR 125793 August 29, 2006.
- . —. *Tecson v. COMELEC*. GR 161434 March 3, 2004.
- . —. *Valles v. COMELEC*. GR 137000 August 9, 2000.
- The Constitution of the Republic of the Philippines*. 1987.
- The Spanish Civil Code*. <http://derechocivil-ugr.es/attachments/article/45/spanish-civil-code.pdf>, accessed April 13, 2019.
- The Spanish Constitution*. 1978. <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionINGLES.pdf>, accessed April 13, 2019.

Treaty of the Functioning of the European Union. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=en>, accessed June 4, 2019.

Correspondence and conversations

Consulado General de España en Filipinas, email responses to queries from the author (May 2 and 6, 2019).

Consul Susana Palomino Bilbao of the Philippine Consulate in Bilbao, email response to queries from the author (May 22, 2019).

———. Conversation with the author at the Universidad de Deusto, Bilbao, Spain (June 17, 2019).

Journal Articles and Theses

ANDERSON PAMELA Kim. 2011. *The State and the Legalization of Dual Citizenship/ Dual Nationality: A Case Study of Mexico and the Philippines*. <https://scholar-commons.usf.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.ph/&httpsredir=1&article=4181&context=etd>, accessed March 7, 2019.

IRAOLA ARRETXE, Iker. 2012. *Citizenship, Immigration and the Basque State*. Towards a Basque State. Citizenship and Culture. Ipar Hegoa Foundation. http://iparhegoa.eus/materiala/Argitalpenak/euskalEstatua/02_citizenship.pdf, accessed March 1, 2019.

AZURMENDI, Maria-Jose, Larrañaga, Nekane, and Apalategi, Jokin. 2008. *Bilingualism, identity, and citizenship in the Basque Country*. Bilingualism and Identity: Spanish at the Crossroads with Other Languages. John Benjamins Publishing Company. <http://www.muturzikin.com/documents/Bilingualism,%20identity,%20and%20citizenship%20in%20the%20Basque%20Country.pdf>, accessed March 1, 2019.

CARIÑO, Benjamin. 2007. *Initial Assessment of the Citizenship Retention and Reacquisition Act and the Absentee Voting Act: Policy Issues and Problems*. Exploring Transnational Communities in the Philippines. [http://lynchlibrary.pssc.org.ph:8081/bitstream/handle/0/1020/Exploring%20Transnational%20Communities%20in%20the%20Philippines%20\(Full.pdf?sequence=1](http://lynchlibrary.pssc.org.ph:8081/bitstream/handle/0/1020/Exploring%20Transnational%20Communities%20in%20the%20Philippines%20(Full.pdf?sequence=1), accessed March 6, 2019.

CASPER Gerhard. 2008. *Forfeiting Allegiance*. The Maurice and Muriel Fulton Lecture Series. <https://www.law.uchicago.edu/files/file/fulton-casper2008.pdf>, accessed March 4, 2019.

HARPAZ, Yossi & MATEOS, Pablo. 2018. *Strategic citizenship: negotiating membership in the age of dual nationality*. Journal of Ethnic and Migration Studies. DOI: 10.1080/1369183X.2018.1440482, accessed February 7, 2019.

PAINTER, Joe. 1998. *Multi-level Citizenship, Identity and Regions in Contemporary Europe*. <http://community.dur.ac.uk/j.m.painter/Multilevel%20citizenship.pdf>, accessed March 4, 2019.

- SPIRO, Peter. 2010. *Dual Citizenship as a Human Right*. International Journal of Constitutional Law. <https://academic.oup.com/icon/article/8/1/111/682643>, accessed March 7, 2019.
- ZABALO BILBAO, Julen and MATEOS GONZÁLEZ, Txoli. 2012. *On State, Citizenship And National Identity*. Towards a Basque State. Citizenship and Culture. Ipar Hegoa Foundation. http://iparhegoa.eus/materiala/Argitalpenak/euskalEstatua/02_citizenship.pdf, accessed March 1, 2019.

Newspaper Articles, Online and Other Sources

- AFP. 2008. *Momentous 'day for ASEAN as charter comes into force*. <https://web.archive.org/web/20090114201405/https://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5gT16o2eXYrGL-35uoUD0fKcRPIDw>, accessed June 3, 2019.
- CARPIO, Justice Antonio T. *Know your civic duties*. 2009. <https://news.abs-cbn.com/views-and-analysis/03/25/09/know-your-civic-duties-justice-antonio-t-carpio>, accessed June 3, 2019.
- CS GLOBAL PARTNERS. 2019. *The Link Between Dual Citizenship and the Women's Rights Movement*. <https://csglobalpartners.com/the-link-between-dual-citizenship-and-the-womens-rights-movement/>, accessed April 10, 2019.
- DAVID, Randy. 2015. *Natural Born Citizen*. Philippine Daily Inquirer, August 13, 2015, https://opinion.inquirer.net/87575/natural-born-citizen?utm_expிட=XqN-wTug2W6nwDVUSgFJXed.1, accessed March 4, 2019
- GNANASAGARAN, Angaindrankumar. 2018. *ASEAN and the EU: Like two peas in the same pod?* <http://www.aseansme.org/news?id=1133>, accessed June 3, 2019.
- . 2018. *Fostering a people-centric ASEAN*. <https://theaseanpost.com/article/fostering-people-centric-asean>, accessed June 3, 2019.
- KOTARUMALOS, Nur Aisyah. 2017. *Enhancing the Asean-ness of Asean citizens*. <https://www.straitstimes.com/opinion/enhancing-the-asean-ness-of-asean-citizens>, accessed June 3, 2019.
- LA VIÑA, Antonio and AZADA-PALACIOS, Rowena. 2017. *Citizenship, Identity and Global Filipinos*. <https://www.rappler.com/thought-leaders/172675-citizenship-identity-global-filipinos>, accessed March 8, 2019.
- MASIGAN, Andrew. 2018. *Salamat, Ambassador Luis Calvo*. Business World, May 20, 2018. <https://www.bworldonline.com/salamat-ambassador-luis-calvo/> accessed January 26, 2019.
- REPUBLIC OF THE PHILIPPINES. Presidential Communications Operations Office. 2018. *President Duterte receives credentials of Ambassador-designates of Cambodia and Spain to PH*. https://pcoo.gov.ph/news_releases/president-duterte-receives-credentials-of-ambassador-designates-of-cambodia-and-spain-to-ph/ accessed January 26, 2019.

Reports

- GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA, Y CO-OPERACION. *Spanish Nationality*. <http://www.exteriores.gob.es/Portal/en/Servici->

- osAlCiudadano/InformacionParaExtranjeros/Paginas/Nacionalidad.aspx, accessed April 16, 2019
- GOV.UK Assets Publishing Service. *Dual nationality (archived 27 July 2017)*. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/632318/dualnationality.pdf, accessed March 5, 2019.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. 2017. *Statistics on Acquisition of Spanish Nationality of Residents (ANER). Year 2016*. 5 December 2017. https://www.ine.es/en/prensa/aner_2016_en.pdf, accessed May 28, 2019.
- . 2019. *Statistics on Acquisition of Spanish Nationality of Residents (ANER). Year 2017*. 04 December 2018, updated 10-01-2019. https://www.ine.es/en/prensa/aner_2017_en.pdf, accessed May 28, 2019.
- LARRABEITI, Ricardo. 2003. *Islas Filipinas*. VII Congreso de Estudios Vascos (1948 Biarritz). Edited by Jean-Claude Lamonde, Donostia: Eusko Ikaskuntza. www.eusko-ikaskuntza.eus/en/publications/islas-filipinas/art-8069/, accessed June 12, 2019.
- MENDOZA, Dovelyn Rannveig et al. 2017. *Open Windows, Closed Doors: Mutual Recognition Arrangements on Professional Services in the ASEAN Region*. <https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/ADB-MPI-OpenWindows-FINAL.pdf>, accessed June 5, 2019.
- RUBIO MARÍN, Ruth et al. 2012. *Country Report: Spain* published by the EUDO Citizenship Observatory (<http://eudo-citizenship.eu/docs/CountryReports/Spain.pdf>), accessed May 12, 2019.

EMERGING LEGAL ISSUES: A BIRD'S-EYE-VIEW

Cuestiones jurídicas emergentes: un análisis a vista de pájaro

María Isabel Torres Cazorla
Profesora Titular de Derecho Internacional Público
Universidad de Málaga
mtorres@uma.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp87-102](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp87-102)

Recibido: 02.09.2019

Aceptado: 21.11.2019

Abstract

This is a reflection about some ideas explained in the last panel of the Spanish-Philippines Congress of Deusto (June 2019). It is a backdrop of different topics that may be categorized as “emerging legal issues”. These topics are relatively new –technology is an aspect to be considered– and their regulation is unclear. This is not a conclusive analysis, but, on the contrary, it is an overview about some heterogeneous issues where more questions than answers may be found. Art and culture are guidelines to be followed.

Keywords

Art and Culture; environment; human rights; Science; technology.

Resumen

Este trabajo intenta hacerse eco de algunas de las ideas vertidas (como conferencia previa) en el último panel que cerraba el Congreso Hispano-Filipino celebrado en la Universidad de Deusto en junio de 2019. Pretende simplemente ofrecer una especie de telón de fondo en el que se ilustran diversos temas que pueden ser considerados “cuestiones jurídicas emergentes”. Es un conjunto de temas relativamente nuevos, donde la tecnología juega un papel de excepción, o donde no existe una regulación

clara. No se trata de un trabajo conclusivo, sino de un estudio de ámbitos muy heterogéneos donde encontramos más interrogantes que respuestas. El arte, en sus diversas manifestaciones, actúa como idea guía de los distintos temas enunciados.

Palabras clave

Arte y cultura; Ciencia; derechos humanos; medioambiente; tecnología.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. EMERGING LEGAL ISSUES: AN APPROACH.
 1. *Environmental Challenges*. 2. *Science, Law and Human Rights*.
 3. *Legal Challenges and New Technologies*. 4. *The Relationship among
 Culture and Law*. III. Sailing a terra incognita. *BASIC BIBLIOGRAPHY*.

*Toda la naturaleza es arte, por ti desconocido;
 Todo azar, dirección, que ver no logras;
 Toda discordia, ignorada armonía;
 Todo mal parcial, un bien universal*

(Alexander Pope)

I. INTRODUCTION

This key note was a preliminary explanation of the last panel so-called “Emerging Legal Issues”, in the context of the Congress “V Centuries Sailing the Legal World”, the fifth edition of this event to enhance the mutual relations between Spain and the Philippines. I have decided to add the expression “a Bird’s-Eye-View” for two main reasons: firstly, because I will focus my attention on some “new” topics and scientific literature about them. It is true that the adjective “new” means that the issues raised are not covered by existing regulation or, on the other hand, the legal instruments are insufficient or inadequate. Secondly, a few examples of works of art (paintings, sculptures and literary works) are the red thread of the following reflections; this is the second element that will be included into this bird’s-eye-view.

What are the topics to be included on the category of “emerging legal issues”? This key-note is only “an approach” to this matter; a never ending reflection about some factors of evolution or (why not?) revolution of the legal system at this historical moment: finishing the second decade of the twenty-first century. It must be said, as a basic principle, that the field of human rights “pollutes” almost everything. This factor shall be taken into account.

Exploring “emerging legal issues” means opening the doors and the windows of international society, opening our mind and thinking about some challenges of our contemporary world. We must be sailors, in a world of uncertainty (in the same way as was Shanti Andía, the Basque seaman described by Pío Baroja¹ and reproduced by the painter Ramón de Zubiaurre²).

¹ Pío Baroja, *Las inquietudes de Shanti Andía/ The Restlessness of Shanti Andía* (Madrid: Biblioteca Renacimiento, 1911).

² Ramón de Zubiaurre, *El Marino Vasco Shanti Andía, el Temerario/ The Basque Seaman Shanti Andía, the Bold* (catalogued in 1924, Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía).

A few number of topics fall within this category; some examples that will be analysed are the following: 1) environmental law, climate change and disasters; 2) Science, law and human rights; 3) legal challenges and new technologies; 4) the relationship among culture and law. All the aforementioned subjects have a common pattern: there are new aspects to be considered in order to solve surrounding questions on every case. And this is the main objective of this key note: an initial approach to the so-called emerging legal issues.

II. EMERGING LEGAL ISSUES: AN APPROACH

This paragraph describes some topics where a radical evolution/revolution has transformed their essence and, as a result of this, their regulation. Next explanations will be focused on selected issues that, from our perspective, must be mentioned and carefully studied.

1. *Environmental Challenges*

The close relationship and interaction between environmental law, climate change and disasters is a key point to be mentioned. On this field, the Philippines play an important role³: this is a region where the risk of disasters and the field of prevention is crucial⁴. The typhoon Haiyan/Yolanda had a great impact in the development of the field of disasters, prevention, preparedness and response, in the Philippines (2013)⁵.

³ This key-note was given in the context of a Congress (V Centuries sailing the legal world), developed in Deusto School of Law (Bilbao), focused on the Spanish and the Philippines relations. I remember the starting point of the mutual relations between the University of Málaga and the Philippines, some years ago: the former Ambassador of this country in Spain (Mr. Salinas) visited the Law School of my University, (invited by José Manuel Torres Perea, prof. of Civil Law and our Dean, prof. Juan José Hinojosa Torralvo).

⁴ See Andrés Bautista-Hernández, “A Comparative Study on International Disaster Law applicable to Spain and the Philippines”, *Estudios de Deusto*, vol. 66/1 (enero-junio 2018): 235-252. This article includes a list of natural disasters in the Philippines during the period 2010 to 2017 and the figures are truly shocking: 124 natural disasters, 13.835 deaths, 165.973 injured, and 74.940.063 affected people. See *ibid.*, 240.

⁵ This topic was discussed in international fora, such as the ECOSOC (Economic and Social Council of the United Nations) in 2013; see additional information at <https://www.un.org/en/ecosoc/philippines/> (last accessed 2 September 2019). Raising awareness on emerging issues – such as emergencies and disasters- is one of the activities of this main organ of the United Nations system (see <https://www.un.org/ecosoc/en/content/ecosoc-special-meetings-emergency-situations>). Last accessed 2 September 2019. The risk of natural disasters in the Philippines has received attention by academics; see <https://www.statista.com/statistics/921036/philippines-risk-index-for-natural-disasters/> (last accessed 2 September 2019).

As a curiosity, a new Civil Protection Mechanism of the European Union⁶ was adopted the same year 2013 (and entered into force in 2014). This tool promotes cooperation –inside and outside the EU- prevention, preparedness and response in case of disaster⁷. This Mechanism has been activated all over the world (for example in Chad, Bosnia-Herzegovina, Guatemala, United States, the Philippines, Fiji, Republic of Congo, Jordan...)⁸. All these surrounding facts, together with awareness raising on the effects of climate change⁹ had contributed to the emergence of the so-called “International Disaster Law”, receiving the attention of international lawyers¹⁰. The labour of the International Law Commission of the United

⁶ Decision n. 1313/2013/EU of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 on a Union Civil Protection Mechanism (*DOUE L 347*, 20 December 2013). See https://ec.europa.eu/echo/what/civil-protection/mechanism_en (last accessed 12 September 2019). In the same way, see Enrique Vega Fernández, “La Unión Europea frente a las catástrofes: ¿es factible una unidad multinacional europea para emergencias?”, (Fundación Alternativas, 2011), in <http://www.falternativas.org/opex/documentos-opex/documento-de-trabajo>, last accessed 2 September 2012; and Markuz Kotzur, “European Union Law on Disaster Preparedness and Response”, *German Yearbook of International Law* 55 (2012): 253-278.

⁷ See María Isabel Torres Cazorla, “¿Lecciones aprendidas? El papel de la Unión Europea en materia de prevención y coordinación en caso de catástrofe”, in *Bioderecho, Seguridad y Medioambiente/Biolaw, Security and Environment*, coord. by José Manuel Sánchez Patrón, María Isabel Torres Cazorla & Daniel Ignacio García San José (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 151-171; in the same collective work, see Andrés Bautista-Hernández, “Recientes avances en la regulación de la Unión Europea en materia de catástrofes: el Mecanismo de Protección Civil de la Unión”, 173-194. This mechanism has been strengthened by the so called rescEU; see additional information at https://ec.europa.eu/echo/news/resceu-strengthened-eu-civil-protection-mechanism-enters-force_en. Last accessed 2 September 2019.

⁸ See, for example, concerning the Philippines, https://ec.europa.eu/echo/where/asia-and-pacific/philippines_en (last accessed 2 September 2019).

⁹ See Antoni Pigrau Solé, “Calentamiento global, elevación del nivel del mar y pequeños estados insulares y archipelágicos: un test de justicia climática”, in *El Derecho del Mar y las personas y grupos vulnerables*, Gabriela A. Oanta (coord.), (J.M. Bosch editor, 2018), 235-281.

¹⁰ See Jean-Marc Thouvenin, “L’internationalisation des secours en cas de catastrophe naturelle”, *Revue Générale de Droit International Public* 102, n.2 (1998): 327-363; Jean-Marc Thouvenin, « La définition de la catastrophe par la CDI : vers une catastrophe juridique ? », in *Derecho Internacional y Desastres. Estudios sobre Prevención y Asistencia a Víctimas*, ed. by Rafael Prieto Sanjuán and Jean-Marc Thouvenin (Bogotá: CEDI, CEDIN, Grupo Editorial Ibáñez, 2011), 41-50; Carlos Ramón Fernández Liesa, “Desarrollos del Derecho Internacional frente a los desastres/catástrofes internacionales”, *Anuario de Derecho Internacional* 27 (2011): 209-240; María Isabel Torres Cazorla, “Las emergencias y catástrofes como riesgo para la seguridad: una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional Público a la luz de la Estrategia de Seguridad

Nations may be enhanced¹¹. Human rights, environmental law and security¹² close the circle¹³.

2. *Science, Law and Human Rights*

A key aspect to be analysed is the relationship between Science, Law and human rights and, strictly speaking, the development of some areas of law where the regulation need to be expanded. Some issues such as surrogacy¹⁴,

Nacional de mayo de 2013”, *icade. Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* 92 (mayo-agosto 2014): 77-106; Katja Samuel, Marie Aronsson-Storrier, and Kirsten Nakjavani Bookmiller, *The Cambridge Handbook of Disaster Risk Reduction and International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019).

¹¹ The International Law Commission adopted the draft articles on the protection of persons in the event of disasters (2016). See all the information about this on the ILC website: http://legal.un.org/ilc/guide/6_3.shtml (last accessed 2 September 2012). See Aldo Pérez, “In Defense of Concurrent Application: the ILC Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters and International Humanitarian Law”, *Denver Journal of International Law and Policy* 46 (2018): 259-288.

¹² See María Isabel Torres Cazorla, “A New Paradigm for United Nations Security Council: the Relationship between Security and Health”, in *Bioderecho Internacional, Derechos Humanos, Salud Pública y Medioambiente*, coord. by María Isabel Torres Cazorla and José Manuel Sánchez Patrón (Valencia: Tirant lo Blanch, ESIL: 2018), 117-142.

¹³ See Flavia Zorzi Giustiniani, Emanuele Sommario, Federico Casolari and Giulio Bartolini, *Routledge handbook of human rights and disasters* (London, New York: Routledge, 2018); Rosemary Lyster and Robert R.M. Verchick, *Research Handbook on climate disaster law: barriers and opportunities* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited: 2018); Stephania Negri (ed.), *Environmental Health in International and EU Law: Current Challenges and Legal Responses* (Abingdon-on-Thames, Turin: Routledge-Giappichelli Studies in Law: 2019).

¹⁴ See Kathryn Webb Bradley, “Surrogacy and Sovereignty: Safeguarding the Interest of Both the Child and the State”, 43 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* (2018, n.4): 1-37; Kimberley M. Mutcherson, “Things that Money Can Buy: Reproductive Justice and the International Market for Gestational Surrogacy”, 43 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* (2018, n.4): 150-181; Richard F. Storrow, “International Surrogacy in the European Court of Human Rights”, 43 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* (2018, n.4): 38-68; Kellen Trilha Schappo, “Surrogacy in the Context of Private International Law? Cross-border Effects of international reproductive agreements”, in *Global Private International Law: adjudication without frontiers* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing (2019), 495-504; Dagmar Coester-Waltjen, “A case for harmonisation of Private International Law? Juggling between Surrogacy, interest of a child and parenthood”, in *Global Private International Law: adjudication without frontiers* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing (2019), 504-509.

assisted reproductive techniques¹⁵, the end of life issues¹⁶, genetic engineering¹⁷, the use of vaccines¹⁸, organ trafficking¹⁹, pandemics²⁰, new diseases, new medical treatments, may be mentioned and need to be regulated.

Bioethics, Health Law, and Biolaw²¹, together with the labour of States, medical associations and International Organizations (in the universal and regional fields) must be analysed. Mostly in Europe, the labour of the Council of Europe must be enhanced. Council of Europe's instruments²², together with judicial decisions of the European Court of Human Rights must be taken into account²³. As a recent example, the Strasbourg Court's

¹⁵ See Mary Am Mason and Tom Ekman, *Babies of Technology: assisted reproduction and the rights of the child* (New Haven, London: Yale University Press: 2017).

¹⁶ See Stefania Negri, *Self-determination, dignity and end-of-life care: Regulating advance directives in international and comparative perspective* (Leiden: Nijhoff (2011).

¹⁷ Nicole H. Kalupa, "Black Biology: Genetic Engineering, the Future of Bioterrorism and the Need for Greater International and Community Regulation of Synthetic Biology", *Wisconsin International Law Journal* 34, n. 4 (2017): 952-980.

¹⁸ See Michel Bélanger, *Droit, éthique et vaccination: l'obligation vaccinale en question* (Bordeaux : Études hospitalières (2006).

¹⁹ See Stefania Negri, "Transplant Ethics and International Crime of Organ Trafficking", *International Criminal Law Review* 16, n.2 (2016): 287-303.

²⁰ See Stefania Negri, "Emergenze sanitarie e diritto internazionale: il paradigma salute-diritti umani e la strategia global: di lotta alle pandemie ed al bioterrorismo", in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. 1 (Napoli: Editoriale Scientifica (2008): 571-605.

²¹ In the field of the European Society of International Law there is an Interest Group on International Biolaw (see <https://esil-sedi.eu/interest-groups/bio-law/>), together with another one referred to International Health Law (<https://esil-sedi.eu/interest-groups/health-law/>). This is a good example of the interest of these issues for international lawyers, in particular.

²² The labour of the Council of Europe on biolaw is not new; see, concerning the Biomedicine Convention and Protocols, María Isabel Torres Cazorla, "Las implicaciones de los avances científicos en el campo jurídico y la necesidad de proteger los Derechos Humanos: la entrada en vigor del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina de 4 de abril de 1997", *Revista Electrónica Geriatrianet.com*, n.2 (2000) and "El "derecho a no ser informado" en el Convenio sobre biomedicina y sus protocolos adicionales: últimos avances de la mano del Protocolo relativo a los tests genéticos con fines médicos", in *La obra jurídica del Consejo de Europa (en conmemoración del 60 Aniversario del Consejo de Europa)*, ed. by Pablo Antonio Fernández Sánchez (Sevilla: Gándulfo Ediciones (2010), 529-545).

²³ An overview of the activity of the Council of Europe on this field (the Oviedo Convention and Protocols, the labour of the European Court of Human Rights and related sites) may be seen at <https://www.coe.int/en/web/bioethics/home>; in particular the document "Bioethics and the Case-Law of the Court" is an useful tool to study the labour of the Strasbourg Court on this field (last accessed 2 September 2019). In the same way, see Francesco Seatzu, "The Experience of the European Court of Human Rights with the European Convention on Human Rights and Biomedicine", *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 31, n. 81 (2015): 5-16.

First Advisory Opinion under Protocol 16 may be mentioned²⁴. This Opinion, delivered by the French Court of Cassation (*Cour de Cassation*), deals with a very specific family law matter, namely “the recognition in domestic law of a legal-parent child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother”²⁵. There are more questions to be solved in the near future about this and surrounding subjects.

3. *Legal Challenges and New Technologies*

Another aspect to be considered deals with legal challenges and new technologies: for example, big data²⁶, blockchain²⁷, cryptocurrencies²⁸, the use of

²⁴ See this Advisory Opinion, given the 10th of April 2019, at [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-6380685-8364782"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{) (last accessed 2 September 2019).

²⁵ See Antonia Durán Ayago, “Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Gestación por Sustitución: primera consulta planteada por la Corte de Casación francesa y primera respuesta para seguir sin desbrozar del todo el camino”, *Revista General de Derecho Europeo, Iustel*, 48 (2019), at https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421437&d=1 (last accessed 2 September 2019).

²⁶ See Ana Beduschi, “The Big Data of International Migration: Opportunities and Challenges for States under International Human Rights Law”, *Georgetown Journal of International Law*, 49, n.3 (2018): 981-1017; Glenn Cohen, Holly Fernández Lynch, Effy Vayena and Urs Gasser, *Big Data, Health Law and Bioethics* (Cambridge, New York: Cambridge University Press (2018); Viktor Mayer-Schönberger and Thomas Ramge, “A Big Choice for Big Tech: Share Data or Suffer the Consequences”, *Foreign Affairs* 97, n.5 (September-October 2018): 48-54; Scott Millwood, “Big Airlines with Big Data: the European Competition Law Issues Associated with Price-Setting in the Airline Industry Using Big Data Analytics and Machine-Learning and the Case for Competition-by Design”, *Air and Space Law* 43, n.3 (2018): 287-301; Katarzyna Poludniak-Gierz, “Personalization of Information Duties Challenges for Big Data Approach”, *European Review of Private Law* 26, n. 3 (2018): 297-309; María Isabel Torres Cazorla, “The Use of Big Data in Health-related questions: UNESCO and APEC perspectives” (Conference, Ateneo-Manila Law School, Manila, the Philippines, June 2018), a brief presentation at <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/15756> (last accessed 2 September 2019).

²⁷ See Primavera De Filippi and Aaron Wright, *Blockchain and the Law: the Rule of Code* (Cambridge: Harvard University Press (2018); Robert Herian, “Taking Blockchain Seriously”, *Law and Critique* 29, n.2 (2018): 163-171; Marcelo Corrales, Mark Fenwick and Helena Haapio, *Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain* (Singapore: Springer (2019).

²⁸ See Anton N. Didenko and Ross P. Buckley, “The Evolution of Currency: Cash to Cryptos to Sovereign Digital Currencies”, *Fordham International Law Journal* 42, n.4 (2019): 1041-1094.

artificial intelligence in unexplored areas²⁹, robotics³⁰, cybercrime³¹ and cybersecurity³², or new weapons³³ are some relevant issues to be taken into

²⁹ See Visa A.J. Kurki and Tomasz Pietrzykowski, *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn* (Cham, Switzerland: Springer (2017); Antje von Ungern-Sternberg, “Artificial Agents and General Principles of Law”, *German Yearbook of International Law* 60 (2017): 239-266; Philipp Hacker, “Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies against Algorithmic Discrimination under EU Law”, *Common Market Law Review* 55, n.4 (2018): 1143-1185; Jani Ihalainen, “Computer Creativity: Artificial Intelligence and Copyright”, *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 13, n.9 (2018): 724-728; Sebastian Lohsse, Reiner Schulze and Dirk Staudenmayer, *Liability for Artificial Intelligence on the Internet of Things. Münster Colloquium on EU Law and the Digital Economy (IV)* (Universität Münster: Centrum für Europäisches Privatrecht (2018); Kenneth Payne, “Artificial Intelligence: A Revolution in Strategic Affairs?”, *Survival* 60, n.5 (October-November 2018): 7-32; James Kwan, James Ng and Brigitte Kiu, “The Use of Artificial Intelligence in International Arbitration: Where Are We Right Now?”, *International Arbitration Law Review* 22, n.1 (2019): 19-26.

³⁰ See Horst Eidenmüller, “The Rise of Robots and the Law of Humans”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 25, n.4 (2017): 765-777; Özlem Ülgen, “Kantian Ethics in the Age of Artificial Intelligence and Robotics”, *Questions of International Law* (October 2017): 59-83; Marcelo Corrales, Mark Fenwick and Nikolaus Forgó, *Robotics, AI and the Future of Law* (Singapore: Springer (2018).

³¹ See Jan Kleijssen and Pierluigi Perri, “Cybercrime, Evidence and Territoriality: Issues and Options”, *Netherlands Yearbook of International Law* 47 (2016): 147-173; Ilias Bantekas, “Cybercrime and its Sovereign Spaces: an International Law Perspective”, in *Legal Responses to Transnational and International Crimes: Towards an Integrative Approach* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing (2017): 128-145; William A. Barletta, “Toward a Universal Order of Cyberspace: Managing Threats from Cybercrime to Cyberwar”, *Global Review of Cyberlaw* 2 (2017): 129-224; Tim Owen, Wayne Noble and Faye Christabel Speed, *New Perspectives on Cybercrime* (Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan (2017); Emilio Viano, *Cybercrime, Organized Crime and Social Responses: International Approaches* (Cham, Switzerland: Springer Nature (2017); Hamid Jahankhau, *Cyber Criminology* (Cham, Switzerland: Springer (2018); Gorazd Mesko, “On Some Aspects of Cybercrime and Cybervictimization”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 26, n.3 (2018): 189-199.

³² See Rhea Siers, “Cybersecurity”, in *Security Studies: An Introduction*, ed. by Paul D. Williams and Matt McDonald (London and New York: Routledge, 3rd. edition (2018): 556-568.

³³ See Armin Krishnan, *Killer Robots: Legality and Ethicality of Autonomous Weapons* (Farnham, Burlington: Ashgate (2009); Noel Sharkey, “The Evitability of Autonomous Robot Warfare”, *International Review of the Red Cross* 94, n. 886 (2012): 787-799; Paul J. Springer, *Military Robots and Drones: A Reference Handbook* (Santa Barbara, California: ABC-CLIO (2013); Elena del Mar García Rico, “Altas Tecnologías, conflictos armados y seguridad humana”, *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 18, n. 36 (2016): 265-293; Alex Završnik, *Drones and Unmanned Aerial Systems: Legal and Social Implications for Security and Surveillance* (Cham:

account. New technologies³⁴ and artificial intelligence must be confronted with traditional law sectors such as human rights, privacy, liability, settlement of disputes mechanisms or trade law. A mixture between International regulations, civil law, criminal law and trade law raised its head. And the law need to provide solutions (at the universal, regional and municipal level) to the above- mentioned challenges.

4. *The Relationship among Culture and Law*

The relationship among culture and law³⁵ was one of the topics included on the list of this panel concerning “Emerging legal Issues”, when the call for papers of this Conference was launched. Unfortunately, no documents have been submitted on the subject. I should try to fill this gap, introducing the debate about a recent issue.

A particular scope will be adopted: territorial changes have displayed the relevance of history, ancient treasures and their connection with a territory. The annexation of the Crimean Peninsula³⁶ by the Russian Federation in 2014 provides a good example: it deals with the destiny of ancient treasures on an exhibition in Amsterdam (the Netherlands) at the Allard Pierson Museum³⁷.

The origin of this conflict between Ukraine, the Crimean Museums and the Netherlands is as follows: On February 2014, the Allard Pierson Museum

Springer (2016); Alan L. Schuller, “At the Crossroads of Control: The Intersection of Artificial Intelligence in Autonomous Weapon Systems with International Law”, *Harvard National Security Journal* 2 (2017): 379-425; Francis Grimal and Jae Sundaram, “Combat Drones: Hives, Swarms and Autonomous Action?”, *Journal of Conflict and Security Law* 23, n.1 (2018): 105-135; Wolff Heintschel von Heinegg, Rubert Fran and Tassilo Singer, *Dehumanization of Warfare: Legal Implications of New Weapons Technologies* (Cham, Switzerland: Springer) (2018).

³⁴ See Molly K. Land and Jay D. Aronson, *New Technologies for Human Rights Law and Practice* (Cambridge, New York: Cambridge University Press (2018); William H. Boothby, *New Technologies and the Law in War and Peace* (Cambridge, New York: Cambridge University Press (2019); Leonie Reims, *Regulating New Technologies in Uncertain Times* (The Hague, Berlin: Asser Press, Springer) (2019).

³⁵ See Carlos R. Fernández Liesa, *Cultura y Derecho Internacional* (Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá (2012). The author describes this sector as an example of the fortress of an expanding legal order (on p. 53).

³⁶ See a complete study of Crimea's annexation on the book edited by Wladyslaw Czaplinski, Sławomir Debski, Rafał Tarnogorski and Karolina Wierczynska, *The Case of Crimea's Annexation under International Law* (Warsaw: Scholar Publishing House (2017). In the Spanish doctrine, see Ricardo Martín de la Guardia, Rodrigo González Martín and César García Andrés, *Conflictos Postsoviéticos. De la secesión de Transnistria a la desmembración de Ucrania* (Madrid: Dykinson, S.L. (2017): 121-131.

³⁷ See <https://allardpierson.nl/en/> (last accessed 2 September 2019).

(a Museum of the University of Amsterdam) premiered an exhibition named “Crimea: Gold and Secrets of the Black Sea”³⁸. This exhibition included 500 or so Scythian³⁹ Art objects from five Ukrainian Museums (four of them located in the Crimean Peninsula: Tavrida Central Museum, Kerch Historical and Cultural Preserve, Bakhchisaray History and Cultural State Preserve and National Preserve of Tauric Chersonesos). The museum number five –the National Museum of History- is in Kiev, the Ukrainian capital.

Before the beginning of the exhibition on February 2014, loan agreements between the representatives of the Allard Pierson Museum and their counterparts of the five Ukrainian museums were signed. The loan agreements stipulate that the Allard Pierson Museum would return the loaned materials to each of the five museums in a timely manner after the expiration of the term of the temporary storage for the purpose of demonstration. In March 2014, Russian sent troops to Crimea, and the Autonomous Republic of Crimea and Sevastopol became part of the Russian Federation. A question emerged at the end of the exhibition: Who is the owner of the Scythian art objects?⁴⁰. The Allard Pierson museum was confronted with two competing claims to the objects: the Ukrainian State on the one hand and the Crimean Museums on the other. This is a dilemma. International Law, historical ties with a territory and the need to preserve these antiquities for future generations are intertwined on this case. The majority of the world’s States and International Organizations do not recognize Russia’s Annexation of Crimea (and it is the case of the Netherlands, as an example)⁴¹.

³⁸ The alternate title of the exhibition (that was firstly displayed in the Landesmuseum in Bonn) was “The Crimea: Greeks, Scythians and Goths at the Black Sea”. This is a testimony of different civilizations the Crimean Peninsula has known, as part of the Silk Road. See Evelien Campfens “Whose Cultural Heritage? Crimean Treasures at the Crossroads of Politics, Law and Ethics”, *Art Antiquity and Law* XXII, issue 3 (October 2017): 193-212.

³⁹ See <https://www.britannica.com/topic/Scythian> (last accessed 2 September 2019). The Scythians founded a powerful empire on what is now Crimea. They inhabited the central steppes from the 9th to the 1st century BC and in the 3rd century BC were forced to inhabit coastal areas of the Black Sea and Crimea. See Neil Kent, *Crimea: A History* (London: Hurst & Company: 2016).

⁴⁰ See Maria Nudelman, “Who Owns the Scythian Gold? The Legal and Moral Implications of Ukraine and Crimea’s Cultural Dispute”, *Fordham International Law Journal* 38 (2015): 1261-1297. She states that “this art disputes is right at the center of the two ethical frameworks. The Crimean museums have made the argument that it is essential to return the objects to Crimea for the objects’ and collections’ integrity and informational preservation. Ukraine, however, argues that this dispute is simply part of the larger question of Ukraine’s State sovereignty and cultural independence”, *ibid.*: 1284.

⁴¹ See the Resolution adopted by the United Nations General Assembly by 100 votes in favour, 11 against and 58 abstentions (see GA/11493, 27 March 2014) as Doc. A/

Some difficulties derived from this situation may be found: the Ukrainian State is considered to be the lawful representative of Crimea but lacks effective control over the territory⁴²; and any official act that could be understood as a *de facto* recognition of the illegal situation –such as the return of the cultural objects other than to the Ukrainian State– might cause political problems.

By July 2014 the Allard Pierson Museum suspended its obligations under the loan agreements; it adopted the position that it had no interest in the Crimean treasures and simply wanted to return the artefacts to the entitled party. In fact, the nineteen objects borrowed by the National Museum of History of Ukraine in Kiev were returned in August 2014. On November 2014, the four Crimean Museums filed a lawsuit before the District Court in Amsterdam against the Allard Pierson Museum. They claim that the art objects should be returned to the institutions with the strongest cultural heritage ties.

On December 2016, the Civil Chamber of the Amsterdam District Court held in favour of the Ukrainian State and ordered the return of the objects to Kiev on the basis of the 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property⁴³. The Dutch Court held that the Crimean annexation was “a material

RES/68/262 (1 April 2014) that states in the last paragraphs: “5. *Underscores* that the referendum held in the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol on 16 March 2014, having no validity, cannot form the basis for any alteration of the status of the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol.

6. *Calls upon* all States, International Organizations and Specialized Agencies not to recognize any alteration of the status of the autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol on the basis of the above-mentioned referendum and to refrain from any action or dealing that might be interpreted as recognizing any such altered Status”.

In the same way, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe passed a resolution with a similar content the 9 of April 2014 and the European Union adopted restrictive measures or sanctions against the Russian Federation.

⁴² On this regard, the Law passed by Ukraine the 15 April 2014 (with some changes set forth on May 2014) on Securing the Rights and Freedoms of Citizens and the Legal Regime on the Temporarily Occupied Territory of Ukraine) may be mentioned. Article 1, on the “Legal Status of the Temporarily Occupied Territory of Ukraine, states as follows: “The temporarily occupied territory of Ukraine (here and after- temporarily occupied territory) is an integral part of the territory of Ukraine. The application of the Constitution and the laws of Ukraine shall extend to such territory”. The need to preserve cultural heritage is mentioned on article 5, paragraph 7, with this content: “The responsibility for protection of cultural heritage in the temporarily occupied territory shall be placed on the Russian Federation as the occupying power in accordance with the norms and principles of international law”.

⁴³ Paris, 14 November 1970 (1970 UNESCO Convention) at <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1970-convention/> (last accessed 2 September 2019).

change in circumstances”⁴⁴; and this fact justifies the termination of the Allard Pierson Museum’s contractual obligations⁴⁴. As a consequence of this:

- a) The loan agreement between the Crimean Museums and the Allard Pierson Museum is dissolved.
- b) The Allard Pierson Museum shall transfer the loan objects to the National Historical Museums of Ukraine in Kiev in its capacity as custodian of the Crimean Objects designated by the Ukrainian State.
- c) Pending an appeal, the artefacts shall remain in storage at the Allard Pierson Museum.
- d) Ukraine shall pay storage and insurance costs to the Allard Pierson Museum⁴⁵.

This table describes the arguments of the Crimean Museums, on the one hand, and Ukraine, on the other:

Crimean Museums	Ukraine
The objects loaned should be returned to them on the basis of the guarantees contained in the loan agreements.	The loan agreements considered the objects as part of the “museum fund of Ukraine”.
The objects can be traced back a thousand years to civilizations that lived in the Crimean Peninsula, the true home of them.	According to Ukraine’s cultural heritage laws, cultural heritage and archaeological objects located in Ukraine are State property.
The objects have been discovered, studied and preserved by the Crimean Museums.	On the basis of its sovereign rights over the Crimean territory, the objects are part of its national patrimony, protected by international conventional law.
The objects are considered the cultural heritage of Crimea (with real experts on Crimean ancient history).	A Decree of 2 February 2000 designed the collections of the four Crimean museums as State Property.
The loss of them means the loss of the cultural code of Crimean people.	The export licences have expired, resulting in an illicit situation.

⁴⁴ See Amsterdam District Court, 14 December 2016, case number HA ZA 14-1179/ ECLI:NL:RBAMS:2016:8264; this judgment (in Dutch), may be seen at <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2016:8264> (last accessed 2 September 2019).

⁴⁵ See Evelien Campfens and Irina Tarsis, “Cri-me-a-river! Crimean Gold in the Crosshairs of Geopolitics”, *International Foundation of Art Research Journal* 18, n.1 (2017): 36-48. On their opinion, “this case offers a wealth of political, legal and ethical dilemmas for experts in the field of cultural property disputes”, at 38. The conclusions of this verdict at 46.

Crimean Museums	Ukraine
The principle of integrity of museum collections must be applied to this case.	The ownership of all archaeological objects finds in the State of Ukraine.
The loan agreements stipulated that the Allard Pierson Museum would return the loaned materials to each of the five museums in a timely manner “after the expiration of the term of the temporary storage for the purpose of demonstration”.	Ukraine considers Crimea to be temporarily occupied. The UNESCO Convention and The Hague Convention and Protocol set up an obligation to the Netherlands to keep the objects safe and out of the hands of the occupying State.
The Autonomous Republic of Crimea should be considered the owner of the majority of the loaned objects.	The owner of the objects is Ukraine.

Source: Author's creation based on bibliographical references.

In January 2017, the Crimean Museums lodged an appeal; on August 2019 it is still pending. Maybe, another ways should be explored by the parties, because this is a clear example of a judicial decision that will not solve all the surrounding questions. Who owns the Crimean past?⁴⁶ A difficult question to be solved...and “there is no heritage without conflict”⁴⁷.

Another side of the coin is the need to fight against illicit trafficking in works of art⁴⁸; the European Union⁴⁹, UNESCO⁵⁰ and Interpol⁵¹ have a very prominent role to play. This is another circle that must be closed.

⁴⁶ This is the title of a study made by Rob van der Laarse, “Who Owns the Crimean Past? Conflicted Heritage and Ukrainian Identities”, in *A Critical Biographic Approach to Europe's Past: Conference Ename*, Dirk Callebaut (ed.), (Gent, November 28-29 2014): 15-52.

⁴⁷ See Van der Laarse, *Who Owns...* 40.

⁴⁸ See Peter B. Campbell, “The Illicit Antiquities Trade as a Transnational Criminal Network: Characterizing and Anticipating Trafficking of Cultural Heritage”, *International Journal of Cultural Property* 20, n.2 (2013): 113-153; Juris Kila and Marc Balcells, *Cultural Property Crime: an Overview and Analysis on Contemporary Perspectives and Trends* (Leiden, Boston: Brill (2015); Saskia Hufnagel and Duncan Chappell, *The Palgrave Handbook on Art Crime* (London: Palgrave Macmillan (2019).

⁴⁹ See María Isabel Torres Cazorla, “La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales y obras de arte: pasos dados en pos de este objetivo en la Unión Europea y sus implicaciones para España”, in *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Joaquín Alcaide Fernández & Eulalia Petit de Gabriel (eds.) (Valencia: Tirant lo Blanch (2017): 1363-1373; Maja R.J. Dehouck, “Balancing Markets, Morals and Law: The Fight to Regulate Illicit Trafficking in Cultural Goods and the EU Regulation on the Import of Cultural Goods”, *Art, Antiquity and Law* 24, n.1 (2019): 1-37.

⁵⁰ See Zsuzanna Veres, “The Fight Against Illicit Trafficking of Cultural Property: The 1970 UNESCO Convention and the 1995 UNIDROIT Convention”, *Santa Clara Journal of International Law* 12, n.2 (2014): 91-116.

⁵¹ See <https://www.interpol.int/Crimes/Cultural-heritage-crime/The-issues-cultural-property> (last accessed 2 September 2019).

III. SAILING A TERRA INCOGNITA

These are some reflections to admit a question of fact: we are sailing the legal world and, as sailors of a *terra incognita* there are more questions than answers at this preliminary stage of this twenty-first century. We can discover this *terra incognita* on some pictures of Fernando Zóbel⁵², the Spanish painter born in the Philippines.

An analysis of emerging legal issues give us the notion of *ius gentium for new and revolutionary issues*⁵³; the evolution of humanity is full of examples of revolutionary ideas that have been transformed into fundamental concepts (i.e.: the notions of genocide and crimes against humanity before the Nuremberg trials)⁵⁴. The ideas of new and emerging are always relative. After a lapse of time, we hope that these emerging issues will be transformed into realities, sailing the legal world. And, as sailors, I finish this key-note with the words of José Rizal, on his “Song of the Wanderer”⁵⁵:

“Anxious, he seeks joy everywhere
and joy eludes him and flees
a vain shadow that mocks his yearning
and for which he sails the seas”.

BASIC BIBLIOGRAPHY

- BAUTISTA-HERNÁEZ, A. “A Comparative Study on International Disaster Law applicable to Spain and the Philippines”, *Estudios de Deusto*, vol. 66/1 (enero-junio 2018): 235-252.
- CAMPFENS, E. “Whose Cultural Heritage? Crimean Treasures at the Crossroads of Politics, Law and Ethics”, *Art Antiquity and Law XXII*, issue 3 (October 2017): 193-212.
- CZAPLINSKI, W., et al. *The Case of Crimea's Annexation under International Law* (Warsaw: Scholar Publishing House (2017).

⁵² See as an example, *Icarus*, <https://d2jv9003bew7ag.cloudfront.net/uploads/Fernando-Zobel-Icarus-detail-1962.jpg> (last accessed 2 September 2019).

⁵³ This is a metaphorical use of the expression coined by Daniel Ignacio García San José, *Interstellar Law. Ius gentium for new worlds* (Murcia: Laborum (2018).

⁵⁴ See the idea of Sir Hersch Lauterpacht about the concept of crimes against humanity and Raphael Lemkin about genocide in Philippe Sands, *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity*, (London: Weidenfeld & Nicholson (2016).

⁵⁵ José Rizal wrote in Spanish and this paragraph of the poem “Canto del Viajero” says:

“Busca ansioso doquiera la dicha
y la dicha se aleja fugaz:
¡Vana sombra que burla su anhelo!...
¡Por ella el viajero se lanza a la mar!”.

- FERNÁNDEZ LIESA, C.R. “Desarrollos del Derecho Internacional frente a los desastres/catástrofes internacionales”, *Anuario de Derecho Internacional* 27 (2011): 209-240.
- *Cultura y Derecho Internacional* (Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá (2012).
- GARCÍA RICO, E.M. “Altas Tecnologías, conflictos armados y seguridad humana”, *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades* vol. 18, n. 36 (2016): 265-293.
- KOTZUR, M. “European Union Law on Disaster Preparedness and Response”, *German Yearbook of International Law* 55 (2012): 253-278.
- NEGRI, S. *Environmental Health in International and EU Law: Current Challenges and Legal Responses* (Abingdon-on-Thames, Turin: Routledge-Giappichelli Studies in Law: 2019).
- NUDELMAN, M. “Who Owns the Scythian Gold? The Legal and Moral Implications of Ukraine and Crimea’s Cultural Dispute”, *Fordham International Law Journal* 38 (2015): 1261-1297.
- PIGRAU SOLÉ, A. “Calentamiento global, elevación del nivel del mar y pequeños estados insulares y archipelágicos: un test de justicia climática”, in *El Derecho del Mar y las personas y grupos vulnerables*, Gabriela A. Oanta (coord.), (J.M. Bosch editor, 2018), 235-281.
- SEATZU, F. “The Experience of the European Court of Human Rights with the European Convention on Human Rights and Biomedicine”, *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 31, n. 81 (2015): 5-16.
- TORRES CAZORLA, M.I. “¿Lecciones aprendidas? El papel de la Unión Europea en materia de prevención y coordinación en caso de catástrofe”, in *Bioderecho, Seguridad y Medioambiente/Biolaw, Security and Environment*, coord. by José Manuel Sánchez Patrón, María Isabel Torres Cazorla & Daniel Ignacio García San José (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 151-171.
- WEBB BRADLEY, K. “Surrogacy and Sovereignty: Safeguarding the Interest of Both the Child and the State”, 43 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* (2018, n.4): 1-37.

A DIFFERENT APPROACH TO THE STUDY OF
“FORCED SHARES” OR “LEGITIMAS”, BASED ON A
COMPARATIVE STUDY OF SPANISH AND
PHILIPPINE SUCCESSION LAW¹

*Un análisis alternativo sobre las legítimas a partir
del estudio comparado del Derecho de sucesiones
español y filipino*

José Manuel de Torres Perea²
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp103-145](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp103-145)

Recibido: 25.10.2019

Aceptado: 21.11.2019

Abstract

This paper is divided into two different parts. In the first one, a comparative study between the Spanish and Philippine succession law is made. Our basic assumption is that both regulations are parallel, and we focus our analyses on the most relevant differences.

First we will study the current Succession Law in the Philippines and in Spain from a positivist perspective, then we will carry out a deeper analysis from another perspective. This is not going to be a traditional study focused on the conflicts between the rights of the forced heirs “legitimarios”, and the liberty of the testator.

¹ This paper was presented in the 5th International Scientific Congress Five Centuries Sailing the Legal World, that took place in the University of Deusto, Bilbao, Spain on 17-18-19 June of 2019.

² This small piece of work is offered as a tribute to Prof. Ruben F. Balane, guideline and model for generations of jurists.

We offer here a wider perspective based on a philosophic approach. In fact, we would like to contribute something new to the traditional academic debate. Therefore, we will dive deeper into the philosophical arguments to try to find reasons to maintain or reduce or remove the forced shares from our Civil Codes. This research is connected with the need of the Law to act as a tool to achieve certain purposes. In fact, Civil Law could be only a mechanism to solve conflicts and to apply the “*ius suum quique tribuendi*” principle. However, the lawmaker should also establish the framework in which a society may evolve. This study seeks to identify this framework in the sphere of succession law.

Keywords

Spanish and Philippine Succession Law, Civil Code, forced shares, inheritance, evolution of law, illegitimate children, usufruct of the widowed spouse, justification of forced shares, welfare state model.

Resumen

Este artículo se divide en dos partes bien diferenciadas. En la primera realizamos un estudio comparativo del derecho de sucesiones tanto en el Código Civil español como en el filipino. Se trata de dos ordenamientos muy similares, por lo que centramos nuestro estudio en las más relevantes diferencias entre ambos.

En la segunda parte se realiza un análisis distinto al tradicional. No se trata de evaluar los conflictos entre los distintos legitimarios, entre la libertad de testar y el límite que suponen las legítimas; un estudio basado en el individualismo y en los intereses de cada individuo. Por el contrario nuestra perspectiva es filosófica y sociológica. De hecho estudiamos la conveniencia de mantener, reducir o suprimir el sistema de legítimas, atendiendo a razones que trascienden el mero positivismo. Se trata de construir nuestra crítica o propuesta a partir de cimientos fundados en argumentos filosóficos. Es cierto que el Derecho Civil está ideado como un mecanismo para resolver conflictos entre individuos, en el que rige el “*ius suum cuique tribuere*”. Sin embargo, no debe obviarse ni la función social de la propiedad, ni el hecho de que el legislador debería tener como deber la creación de un marco normativo suficiente para que la sociedad pueda evolucionar, coadyuvando a su mejora: sobre ese marco es este estudio.

Palabras clave

Derecho de sucesiones español y filipino, Código civil, legítimas, herencia, evolución del derecho, hijos ilegítimos, usufructo del cónyuge viudo, justificación de las legítimas, Estado de bienestar.

Summary: I. INTRODUCTION. II. MOST RELEVANT DIFFERENCES BETWEEN BOTH SYSTEMS. 1. *Testate succession*. 1.1. Form of testaments. A) Attested last will. B) Handwritten last will. C) Special last wills. 1.2. Forced heirs. A) Most important differences between both legal systems. B) Forced heirs in Spanish Law. C) Forced heirs in Philippine Law. C.1. Introduction. C.2. Combinations affecting legitimate children. C.3. Combinations affecting illegitimate children. C.4. Combinations affecting legitimate parents. C.5. Combinations affecting the surviving spouse. C.6. Residual rules. 2. *Intestate succession*. 2.1. Shared general rules. 2.2. Spanish classification of legal heirs. 2.3. Philippine classification of legal heirs. III. JUSTIFICATION OF THE FORCED SHARES OR “LEGÍTIMAS” IN THE CURRENT SPANISH AND PHILIPPINE SUCCESSION LAW. 1. *Historic background*. 1.1. Historic sources. 1.2. Forced share or “legítima” in Spanish territories with own Civil Law. 1.3. The force shares in accordance with the Spanish Constitutional principles. 1.4. Legitimate in other European territories. 2. *The controversial doctrinal debate about the justification of the forced shares*. 2.1. Doctrinal positions that limit or abolish the force shares. A) Share of descendants. B) Share of ascendants. C) Share of the widowed spouse. 3. *Rethinking this new doctrinal approach to the forced shares in our Succession Laws*. 3.1. Current approach. 3.2. Constructive criticism. A) Analysis of the three traditional arguments in favour of the removal of forced shares. B) Is there a duty to facilitate a dignified life to close relatives?. IV. CONCLUSIONS. 1. *What could be a reasonable legal positioning of the lawmaker nowadays?*. 2. *De lege ferenda proposals*. 3. *Pro portio legitima*. LITERATURE.

I. INTRODUCTION

Spanish and Philippine Succession Law are based on the same concepts, traditions and Civil Code. In fact, the Civil Code of the Philippines of 1950 tries to improve the Spanish Civil one, which was up until then in force in the archipelago. Therefore, the current Philippine Civil Code is based on the Spanish version. In fact, most of the articles in the Philippine Civil Code are cross referenced to the original article in the Spanish Civil Code. In fact, the most significant Philippine Civil Law professor, José B.L. Reyes, wrote in 1975: “the Code Commission had not substantially altered the defective structure of the Spanish Civil Code of 1889, but merely grafted or superimposed thereon the amendments that it saw fit to introduce... Its skeleton is substantially that of its Spanish predecessor, already sharply criticized by Felipe Sánchez Román.”³

³ Reyes, J.B.L. “Reflections on the Reform of Hereditary Succession”, *Phil. L.J.* Vol.50, 1975, (277-292) p.277.

One of the sections of the Philippine Civil Code that has maintained a close connection with that of its Spanish roots is Succession Law. In fact, Philippine law on succession is mostly Spanish Law. Out of a total of 332 articles, only 29 originate from North American Law⁴. In this article we seek to analyse the similarities and differences between both succession laws, in order to be able to propose different possibilities for a future evolution of both twin systems, especially in matters of inheritance forced shares.

In brief, law of Succession, is defined in both legal systems as a mode of acquiring ownership. In fact, art 712 of the Philippine Civil Code⁵ (PCC) repeats the content of art. 609 of the Spanish Civil Code (SCC); as well as art. 777 PCC⁶ repeats art. 657 SCC when referring to when the succession takes place.

Therefore, we can affirm that the regulation of Succession Law in both codes is parallel, however there are important differences that we should take into account: Perhaps the most important one is that the Spanish Law

⁴ We begin this paper with the words of the eminent Philippine jurist, Justice José Benedictino Luis Reyes, who describes the Philippine succession system as following: “It is generally adverted that our rules of succession *mortis causa* proceed from an imperfect blending of three systems with contrasting philosophies. (1) The Germanic concept of the universal heir who, upon the death of the predecessor, directly and immediately steps into his shoes and at one single occasion (*uno ictus*); without any formalities whatsoever, acquires en bloc the universality of all his surviving or transmissible rights and obligations, in an automatic subjective notation therein, unless the heir should repudiate and reject the inheritance (2) the Franco-Spanish system, where like in the German, there is an acquisition of the estate by universal title but only upon acceptance by the heir, who may do so when the chooses, (with retrospective effect) unless required to decide earlier by the creditors or the Court; and (3) the Anglo-American (Common Law) system that, upon the death of the predecessor, the estate must first be liquidated, the assets marshalled and the debts paid or settled under judicial supervision, by an intervening trustee or personal representative (administrator or executor) before the net residue is taken over the successor. The second seems to be the system of the (Philippine) Civil Code, and under it, the universality of property rights, and obligations of the decedent are transmitted to the heir in bloc, as an entire mass, from the moment of death. As interpreted by the Supreme Court the hereditary rights of the successors become automatically vested in them from and after the death of their predecessor even before judicial recognition of their heirship.” Balane, Ruben F., *Jottings and Jurisprudence in Civil Law*. Succession, Central Book Supply INC, Quezon City, 2016, p.3-4

⁵ Art. 712 PCC: “Ownership is acquired by occupation and by intellectual creation. Ownership and other real rights over property are acquired and transmitted by law, by donation, by testate and intestate succession, and in consequence of certain contracts, by tradition. They may also be acquired by means of prescription”.

⁶ Art. 777 PCC: “The rights to the succession are transmitted from the moment of the death of the decedent”.

abolished the distinction between legitimate and illegitimate children in 1981⁷, while the Philippine law keeps it.

The second important difference is that the 1950⁸ Philippine lawmaker decided to abolish the “mejoras” or betterments in favour of children or descendants. It was said that the betterments could not be accepted by a society accustomed to not discriminating between children. Therefore, keeping the betterment would subvert the essence of the Philippine family relationship. What it has not, however, been an obstacle in the PCC to maintain the legal distinction between legitimate and illegitimate children.

The third important distinction is that while the widowed spouse reserve ruled by arts 834-839 SCC was abolished in the PCC, the so called “*reserva troncal*” of art. 811 SCC was recovered in the Philippines by the legislator of 1950, after being forbidden during the American rule⁹. It is curious to compare the Philippine Civil Code with the other current Spanish Civil Code model from Puerto Rico, that chooses just the reverse option. This is to keep the widowed spouse reserve, but to abolish the lineal one.

The fourth difference has been the abolition of two types of substitutions the so called “*pupilar*” substitution ruled by art. 775 SCC and the “*ejemplar*” substitution of art. 776 SCC. However, the other two types, the simple or vulgar, and the “*fideicomisaria*” substitutions, have been maintained in the Philippine Code (arts 857-870).

The fifth difference refers to the share of the legitimates rights, that had been changed in the PCC, that includes an extended list of combinations taking into account the distinction between legitimate and illegitimate children.

The form of testaments is also different in both countries, being substituted the Spanish notarial last will by the so called attested one in the PCC (arts.84-819). The only other type of testament in the Philippine Code is the handwritten one (*ológrafo*), therefore the closed testament and the special ones were abolished by the Code of 1950. The PCC also provides for greater powers to prove the existence of last wills. In fact, it now allows *ante mortem* probate of wills, during the lifetime of the testator.

Moreover, the PCC applies art 739, that rules on the cases of prohibited donations, to the law on succession. In accordance with this article the

⁷ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE 19th May 1981.

⁸ Civil Code of the Philippines . Republic Act. No.386.

⁹ Art. 891 PCC: “The ascendant who inherits from his descendant any property which the latter may have acquired by gratuitous title from another ascendant, or a brother or sister, is obliged to reserve such property as he may have acquired by operation of law for the benefit of relatives who are within the third degree and who belong to the line from which said property came”.

following are void donations: a. those made between persons who are guilty of adultery’ or concubinage at the time of the donation. b. Those made between persons found guilty of the same criminal offence, in consideration thereof. c. Those made to a public officer, or his wife, descendants or ascendants, by reason of his office. Therefore, we find that sometimes the PCC and the Philippine Criminal Code maintain criteria from the nineteenth century.

Finally, there is also a difference in the list of intestate succession combinations as a result of the distinction between legitimate and illegitimate children. For the rest, both systems, maintain the same rules on Succession Law.

II. MOST RELEVANT DIFFERENCES BETWEEN BOTH SYSTEMS

Having introduced the broad differences between Spanish and Philippine successions Law, I would now like to focus on some significant points in both testate and intestate succession.

1. *Testate succession*

1.1. Form of testaments

A) Attested last will

In the Philippines there are only two types of testaments. In each case the last will must be in writing and executed in a language or dialect known to the testator. In fact, the attested last will is the common one. It is ruled by art. 805 PCC¹⁰ and it must be signed at the end thereof by the testator himself or the testator’s name is written by some other person in his presence, and by his express direction, and attested and signed by three or more credible witnesses in the presence of the testator and the other one. The testator or the person requested by him to write his name and the instrumental witnesses of the last

¹⁰ Art. 805 PCC: “Every will, other than holographic will, must be subscribed at the end thereof by the testator himself or by the testator’s name written by some other person in this presence, and by his express direction, and attested and subscribed by three or more credible witnesses in the presence of the testator and of one another. The testator or the person requested by him to write his name and the instrumental witnesses of the will, shall also sign, as aforesaid, each and every page thereof, except the last on the left margin, and all the pages shall be numbered correlatively in letters placed on the upper part of each page. The attestation shall state the number of pages used upon the will is written, and the fact that the testator signed the will and every page thereof, or caused some other person to write his name, under his express direction in the presence of the instrumental witnesses, and that the latter witnessed and signed the will and all the pages thereof in the presence of testator and of one other”.

will, shall also sign on the left side of each page except the last one, and all the pages shall be numbered consecutively in letters placed on the upper part of each one. It is interesting to underline that the origin of this type of testament was the Spanish notarial one, in fact the form of the draft of the attested last will reminds us of the notarial Spanish model. It is important to remark that due to the American influence, the notarial system has been changed in the Philippines which has adopted the American style. Therefore, the so called “Notary” in the Philippines is only a special type of witness.

On the Spanish side, the last will is called an open one whenever the testator executes his last will in the presence of the persons who must authorize the act, who are made aware of the dispositions made therein. This type of testament is referred to in art.679 SCC. Moreover, the art. 695 CC explains the process to make it. This article states that the testator shall express, orally or in writing, his last will to the Notary Public. The Notary drafts the last will in accordance with such statements, and stating the place, year, month, day and time of its execution. After advising the testator of his right to read it by himself, the Notary Public shall read it out loud for the testator to declare if it conforms to his intentions.

In addition, in Spanish Law there exists another type of notarial testament, the so called closed one, which has been abolished in the current Philippine Civil Code¹¹.

B) Handwritten last will

The other Philippine type of testament is the handwritten one, that the PCC calls holographic and it is equivalent to the Spanish “*testamento ológrafa*”. The Philippine Code (arts. 810-811) states that a holographic last will must be entirely written, dated, and signed by the hand of the testator himself. It is subject to no other form, and may be made in or out of the Philippines, and need not be witnessed. In addition, it shall be necessary that at least one witness who knows the handwriting and signature of the testator explicitly declares that the last will and the signature are in the handwriting of the testator. If the last will is contested, at least three of such witnesses

¹¹ In accordance with art. 680 SCC a testament shall be closed when the testator, without revealing his last will, declares that it is contained in the document presented to the persons who are authorized to act. It must be done before a competent Notary and the latter or the testator can request the presence of two witnesses. It must be in a sealed envelope and authorized by the Notary by means of a certificate. After authorization of the closed testament, the Notary Public shall deliver it to the testator, after including an authorized copy of the deed of execution in his ordinary official files. The testator may keep in his possession the closed testament, or entrust it to the care of a trusted person, or consign it in the possession of the authorizing Notary Public, to be kept in his files.

shall be required. In the absence of any competent witness referred to in the preceding paragraph, and if the court deems it necessary, expert testimony may be resorted to.

On the Spanish Side, the so called “*testamento ológrafo*” is ruled by arts. 678 and 688 SCC. A last will shall be called “*ológrafo*” when the testator writes it by himself. The handwritten will may only be made by persons who are of legal age. However, the Spanish notarial testament can be made by a 14 years old testator. The handwritten testament, in order to be valid, must be written out in full and signed by the testator, stating the year, month and day on which it is made. If it contains words which have been crossed out, amended or written between the lines, such changes will have to be initialed by the testator in order to be valid.

C) Special last wills

Finally, the Philippine Civil Code has abolished all the special testaments which are contained in the Spanish one: the military testament¹², the maritime testament¹³, the testament granted by a Spanish person in a foreign country¹⁴, the testament made when there is a risk of death¹⁵ and the testament made during an epidemic¹⁶.

1.2. Forced heirs

A) Most important differences between both legal systems

In both legal systems the law imposes on the testator the obligation to make certain patrimonial attributions to his forced heirs to satisfy their “*legítima portio*” or legitime (the part of the inheritance to be transferred to them by law). The title by which these attributions are made (adjudication of forced shares or legitimates) remains at the will of the testator: appointment of the heir, legacy or donation *inter vivos* (which works as advance payment).

The most important differences between the PCC and the SCC relating to the matter of forced heirs are the following: Distinction between legitimate and illegitimate children in PCC, however, the latter grants succession rights to spurious children, which are those of parents who are disqualified from

¹² The military testament is ruled by art. 716 SCC

¹³ The maritime testament is ruled by art. 722 SCC

¹⁴ The testament granted by a Spanish person in a foreign country is ruled by arts. 732, 734 SCC

¹⁵ The testament made in risk of death is ruled by art. 700 SCC

¹⁶ The testament made during an epidemic is ruled by art. 701 SCC

marrying each other’ or incapacitated. Previously, only legitimate children had successional rights.

Furthermore, the PCC¹⁷ improves the succession position of the surviving spouse. Previously, the surviving spouse had only a usufructuary right. He/she had no share in ownership in any case. Now he/she is given full ownership and is a compulsory heir.

The abolition of “*mejora*” or betterment. Which is the right of a parent to give a child more than the other. Philippine academics state that since this concept has never been understood in the Philippines, it was deleted from the PCC. As a result of the abolition of the betterment, there is an increase in the free share.

B) Forced heirs in Spanish Law

Since 1981 the compulsory or forced heirs of the testator as referred to in art. 807 SCC are (1) First, children and descendants. (2) In the absence of children or descendants, the parents or ascendants of the testator (3) In any case, the widower or widow, succeeds the testator in the manner and to the extent established by the Civil Code. Therefore, there is no longer any discrimination between children due to their origin, and the live-in partner is not a forced heir. Moreover, the widowed spouse is only appointed on a usufruct share, and not the ownership of a share¹⁸.

In respect to the forced share of the children and descendants art 808 SCC states that it consists of two-thirds of the hereditary estate of the parent. Nevertheless, the latter may dispose of one of the two thirds forming the “*legítima*” in order to apply it as a betterment “*mejora*” to their children or descendants. Finally, in the case that there are no children or descendants, the forced share (“*legítima*”) of parents or ascendants consists of one-half of the hereditary estate of their children and descendants, except in cases in which they coincide with the widowed spouse of the testator, in which case it shall be one third of the inheritance (art 809 SCC).

¹⁷ The Philippine Civil Code rules the “*legitimes*” in Title IV, Chapter 2, Section 5, Book III, (arts. 886-914).

¹⁸ In fact, the widower or widow who, on the death of his or her spouse, who is not judicially or *de facto* separated, is entitled, if children or descendants survive the testator, to the usufruct of the betterment or “*mejora*” (art. 834 CC). However, by the *Cautela Socini* the strict forced share (*legítima estricta*) can be charged in favour of the widowed spouse by a usufruct. If the testator leaves no descendants but does leave ascendants, the surviving spouse shall be entitled to one half of the estate in usufruct. Finally, if the testator should leave no ascendants or descendants, the surviving spouse shall be entitled to the two thirds of the estate in usufruct.

C) Forced heirs in Philippine Law

C.1. Introduction

On the Philippine side, the regulation of the forced or compulsory heirs is really more extensive, and offers a large number of possible combinations. The forced or compulsory heirs in accordance with the art. 887 PCC are (1) Legitimate children and descendants, with respect to their legitimate parents and ascendants; (2) In default of the foregoing, legitimate parents and ascendants, with respect to their legitimate children and descendants; (3) The widow or widower; (4) Acknowledged natural children, and natural children by legal fiction; (5) Other illegitimate children referred to in article 287. Compulsory heirs mentioned in numbers 3, 4, and 5 are not excluded by those in numbers 1 and 2; neither do they exclude one another. In all cases of illegitimate children, their filiation must be duly proved.

C.2. Combinations affecting legitimate children

The possible combinations are as following: In case of being legitimate children alone, the forced share will be a half of the estate divided equally (art.888 PCC)¹⁹; if there is a surviving spouse with the legitimate children, the latter are entitled to half of the estate divided equally; and the widowed spouse to a share equal to that of one child (art. 892 part 2 PCC)²⁰. In case that there is only one legitimate child and the widowed spouse, the former is entitled to a half of the state, and the latter to a quarter. (art. 892 part 1 PCC)²¹.

C.3. Combinations affecting illegitimate children

However, if there are legitimate and illegitimate children, the former are entitled to half of the estate divided equally, and the latter to a share equal to half of the share to that of a legitimate child (art. 176 Family Code). In case that there is also a surviving spouse together with the legitimate and illegitimate children, the children will be entitled to the same forced shares as before, and the widowed spouse to a share equal to that of one legitimate child. In case that is only one legitimate child with illegitimate children and a surviving spouse, the legitimate child is entitled to half of the estate, and the illegitimate children to a share equal to half of the legitimate child; and the widowed spouse to a quarter of the estate. Take into account that in accordance with art. 895 PCC²² the surviving spouse’s share is preferred over those of the illegitimate children which shall be reduced if necessary.

¹⁹ This article is based in the original version of article 808 of the SCC of 1889.

²⁰ This article is based in the original version of article 834 of the SCC of 1889.

²¹ This article is based in the original version of article 834 of the SCC of 1889.

²² This article is based in the original version of article 840 of the SCC of 1889.

C.4. Combinations affecting legitimate parents

If the only forced heirs are the legitimate parents, they will be entitled to a half of the estate (art. 889 PCC)²³. In case of there being legitimate children, the parents are not forced heirs, as in Spanish Law. However, if the children are illegitimate, the parents will be forced heirs, and the following rules will be applied: If there are surviving legitimate parents and the deceased leaves illegitimate children, the former will receive half of the estate, and the latter will be entitled to a quarter of the inheritance (art.896 PCC)²⁴. If there are no children and the legitimate parents coincide with the surviving spouse of the deceased, the former will receive half of the estate, and the latter a quarter. (art. 893 PCC)²⁵. If there are legitimate parents, illegitimate children and a surviving spouse of the deceased, the former will receive half of the estate, the second a quarter, and the widowed spouse one eighth share of the estate. (art. 899 PCC).

C.5. Combinations affecting the surviving spouse

If the surviving spouse in the only forced heir, he/she will be entitled to half of the estate, unless he/she has married in danger of death or “*artículo mortis* marriage”, in that case the forced share will be only one third of the estate (art. 900 PCC). In the case of a widowed spouse with illegitimate children, the former is entitled to one third of the estate, and the latter to one third of the estate (art. 902 PCC)²⁶. In the case of a surviving spouse with illegitimate parents, the former will receive a quarter of the estate, and the latter a quarter (art. 903 PCC). Take into account that if there is a surviving spouse with legitimate children the rules abovementioned will be applied.

C.6. Residual rules

Finally, if there are only illegitimate children, the forced share will be half of the estate²⁷, and their rights on the forced share will be transmitted to their descendants²⁸.

²³ This article is based in the original version of article 809 of the SCC of 1889.

²⁴ This article is based in the original version of article 841 of the SCC of 1889.

²⁵ This article is based in the original version of article 836 of the SCC of 1889.

²⁶ This article is based in the original version of article 843 of the SCC of 1889.

²⁷ Art. 901 PCC: “When the testator dies leaving illegitimate children and no other compulsory heir, such illegitimate children shall have a right to one-half of the hereditary estate of the deceased. The other half shall be at the free disposal of the testator”. This article is based in the original version of article 842 of the SCC of 1889.

²⁸ Art. 902 PCC: “The rights of illegitimate children set forth in the preceding articles are transmitted upon their death to their descendants, whether legitimate or illegitimate”. This article is based in the original version of article 843 of the SCC of 1889.

2. *Intestate succession.*

2.1. Shared general rules

Intestate succession is regulated by the same rules in both legal systems. Rule of Relationship: the heirs must be related to the deceased; Rule of Preference of Lines: descending, ascending and collateral. Take into account that the descending excludes the ascending and collateral; and the ascending excludes the collateral. Rule of Proximity of Degree: the closest excludes the more remote without prejudice to the representation right. Rule of Equality among relatives of the same degree. Therefore, those of equal degree inherit in equal shares. In both systems there is the same distinction between full-blood and half-blood brother/sister, nephews/nieces, and rules the right of representation²⁹.

2.2. Spanish classification of legal heirs

The Spanish Civil Code rules this type of succession in a really simple way. In fact, the SCC states that the legitimate or legal heirs are the relatives of the deceased, the widow or widower and the State. The preferential call in intestate succession is in favor of the direct descending line: Children and descendants succeed the parents and other ascendants, without distinction of sex or age, even though they originate from different marriages (art. 931 SCC)³⁰. The children of the deceased shall always inherit from him in their own right, dividing the inheritance in equal shares (art. 932 SCC)³¹. In the absence of children and descendants of the deceased, his ascendants shall inherit from him (art. 935 SCC³²). The parents shall inherit in equal shares, and should only one of them survive, he or she shall succeed the entire estate of the child (arts. 936³³ and 937 SCC³⁴). In default of a parent, the ascendants closest in degree shall inherit (art. 938 SCC)³⁵. The grandchildren and other descendants shall inherit by right of representation, and if any one of them has died, leaving several heirs, the portion pertaining to him shall be divided among the latter in equal portions (art. 933 SCC)³⁶. The right of

²⁹ The legal or intestate succession is ruled by chapter 3, Title IV, Book III PCC (arts.960-1014).

³⁰ This article corresponds to art. 979 PCC.

³¹ This article corresponds to art. 980 PCC.

³² This article corresponds to art. 985 PCC.

³³ This article corresponds to art. 986 PCC.

³⁴ This article corresponds to art. 987 PCC.

³⁵ This article corresponds to art. 987 PCC.

³⁶ This article corresponds to art. 982 PCC.

representation shall always take place in the direct descending line, but never in the ascending one (art. 925.1 SCC³⁷). In the absence of descendants and ascendants, and before collateral relatives, the surviving spouse shall inherit (art. 944 SCC)³⁸. In the absence of descendants, ascendants or a spouse, the Law calls the collateral relatives until the fourth degree. Brothers or sisters and children of brothers or sisters shall succeed preferentially to that of other collaterals (art. 946 SCC)³⁹. In default of persons entitled to succeed in accordance with the abovementioned provisions, the State shall inherit the whole estate after liquidating it (art. 956 SCC)⁴⁰.

2.3. Philippine classification of legal heirs

On the Philippine side, this regulation is a little more complicated, as far as in spite of the fact of keeping the same principles as the Spanish law, however it offers a total of 25 possible combinations, in accordance with the interpretation of Prof. Ruben Balane⁴¹. We can summarize these combinations stating that they follow the basic rules applied to the forced or compulsory heirs, abovementioned. In addition, the intestate succession of collaterals has been reduced from the sixth degree that was established in the original version of the SCC in 1889 to the fifth degree of kinship, while the Spanish one to the fourth degree, and finally, if the only existing relatives are beyond the fifth degree, the heir will be the State.

III. JUSTIFICATION OF THE FORCED SHARES OR “LEGITIMAS” IN THE CURRENT SPANISH AND PHILIPPINE SUCCESSION LAWS

In the remaining articles both systems maintain the same rules on Succession Law. This resemblance allows us to make a joint study in order to analyse their adaptation to the new demands of the real society in accordance with the specific peculiarities of each community. Undoubtedly, the issue regularly discussed by the academics is whether maintaining the forced shares established in the traditional Succession Law is justified. This is the big issue in vogue. In fact, we find very diver opinions between a wide range of professors. There are supporters of the current system such as Garrido

³⁷ This article corresponds to art. 972 PCC.

³⁸ This article corresponds to art. 993 PCC.

³⁹ This article corresponds to art. 995 PCC.

⁴⁰ This article corresponds to art. 1010 PCC.

⁴¹ Balane, Rubén F., *Jottings and Jurisprudence in Civil Law. Succession*, Central Book Supply INC, Quezon City, 2016.

Palma⁴², as well as professors that would prefer to reduce them significantly, like Arroyo i Amayuelas⁴³, or others that directly seek their abolition, and refer to the forced shares as “relics”⁴⁴. On the Philippine side, Florida Romero estates that when the Civil Code of 1950 came into effect, the system of legítimas was preserved, taking into consideration the customs and traditions of the Filipino people and for the sake of family solidarity. She adds that this legislative option was made to follow the Latin humanist tradition⁴⁵.

Now, we would like to consider the alleged reasons for this debate, in order to analyse what could be an optimal proposal for a future amendment of the regulation in the case of the Spanish and of the Philippine Succession Laws.

It is alleged that the current succession law implies a truly limiting system of the autonomy of the testator. In most of the cases the law delimits his capacity to only dispose of a limited share of the estate. In the Spanish model, the testator can only freely dispose of a third share of the estate if there are children or descendants; as well as his or her liberty to testate is also considerably limited if there are no descendants, but ascendants.

1. *Historic background*

1.1. Historic sources

The reason for the current Spanish system of “legítimas” or forced shares is our legal tradition. It is an inheritance of *Las Partidas* and the *Fuero Real*

⁴² Garrido de Palma, Víctor Manuel, “Soluciones prácticas en materia de legítimas”, in *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Directors: Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada and Francisco José Aranguren Urriaza. Coordinators: Juan Pablo Murga Fernández and César Hornero Méndez., Ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2019, p.139.

⁴³ Arroyo i Amayuelas, Esther, “Pflichtteilsrecht in Spanien”, en *Reformfragen des Pflichtteilsrecht*, Colonia, 2007, p.270 y ss.

⁴⁴ Sonnekus, “The New Dutch Code on Succession as Evaluated Through the Eyes of a Hybrid Legal System”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2005, pp. 71, 84.

⁴⁵ Romero, Florida Ruth P., “Latin humanism in the Legal System of the Philippines”, *Phil.L.J.* Vol.73, 1999. (pp.643-661), pp.652-657. In fact, the Roxas Code Commission justified the adoption of provisions and precepts of the Philippine Civil Code approved in 1949, on those grounds: “The Philippines, by its contact with Western culture for the last four centuries, is a rightful beneficiary of the Roman Law, which is a common heritage of civilization. For many generations that legal system as developed in Spain has been the chief regulator of the juridical relations among Filipinos. It is but natural and fitting, therefore, that when the young Republic of the Philippines frames its new Civil Code, the main inspiration should be Roman Law as unfolded and adapted in Spain, France, Argentina, Germany and other civil Law countries...” Rivera, Juan F., *The Father of the First Brown Race Civil Code*, Quezon City, 1978, pp. 35-36.

that in turn were very influenced by the succession system established by Visigothic and Roman Law⁴⁶. The Germanic people considered that belonging to the tribe, described as “sippe”, implied that each member was a co-owner of any goods, that is to say, it was a universal co-ownership property system⁴⁷. Therefore, when a member of the “sippe” died, the goods

⁴⁶ In Rom, the testament had to appoint a heir, if not it was null and void. In the primitive Lex XII Tabulas V,1 gives an absolute power to the *pater familias* in order to decide how to distribute the estate. However, the evolution of Roman Law determined the existence of certain portions “*portio debita*” in favour of the so called force heirs.

⁴⁷ García de Valdeavellano, Luis, *Curso de Historia de las Instituciones españolas: de los orígenes al final de la Edad Media*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1968, pp. 168 y ss. and Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V, Sucesiones, Madrid, 2007, pp. 312 and ff. In the old Germanic Law it was not possible to make a testament as far as “*Solus Deus heredem facere potest, non homo*”.

^lf fact the Code of Euric (470 A.D.) ruled Succession Law in chapters 220 to 336. This Code allowed the donation “*mortis causa*” that could be revoked in case of ingratitude. Daza Martínez, Jesús “*Portio debita y comunidad familiar en cuanto claves interpretativas de una síntesis histórico-comparada en materia de liberalidades mortis causa*”, in *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Orense, 1998.

^Moreover, the Breviary of Alarico also named Codex of Anianus also ruled on this matter. This Code based on Roman Law was adopted just a quarter of a century before the Justinian’s Corpus were drafted in 530-533 A.D.

^Finally, the *Liber Iudiciorum* o Fuero Juzgo, made between 640 and 701 A.D., and that contained a law for all the citizens of the kingdom. This vast Code ruled in deep the Succession Law, being the reserve portion large: 4/5 of the estate, with a portion allowed as betterment or “*mejora*” of 1/3 share, and a preferential order of heirs. These specific succession rules were introduced by the *Lex Dum Inlicita* of Chidasvinto, circa 643-644. From this moment the “*legitime*” in favour of children was 4/5 of the whole estate, and it was introduced a betterment or “*mejora*” of 1/3 of the estate. These were fixed portions irrespective of the number of children, and there were no other forced heirs: “*Tomo omne libre é toda mujer libre que non an filios, ni nietos, ni bisnietos Fagan de sus cosas lo que quisieren*”, Fuero Juzgo 4.2.21. González López, Rodrigo, *Precedentes romanos de la regulación de las legítimas en el Código Civil español y en la vigente Compilación de Derecho civil de Galicia*, doctoral thesis directed by Luis Rodríguez Ennes y Guillermo Suárez Blázquez, Universidad de Vigo, p.332; and . Sánchez Román, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, Vol.1 Madrid, 1899 p.188.

^In addition, we can refer to the practice of *mayorazgo*, that from the Middle Age until its abolition in 1820 frequently left the oldest son as sole heir. In the *Fuero Real* of Alfonso X, the portion reserved for descendants was fixed at 4/5 of the estate. However, 1/3 of the total estate was disposable as betterment or “*mejora*”. There were no provision granting legitimes to ascendants. This model was drastically changed in *Las Partidas*, adopted in 1255. The legitimes of descendants were reduced to either 1/2 or 1/3, depending on the number of children. In addition, legitime were granted to ascendants. In the *Leyes de Toro* of 1502, all kinds of illegitimate children were excluded by legitimate descendants from the succession of the mother, but in the absence of legitimate descendants, these illegitimates, whether natural or spurious, succeeded to the mother’s estate to the exclusion of

simply ceased to belong to him and continued to belong to the rest of the tribe, vice versa when a new member was born he became a new co-owner of the common goods. This system would give rise to the “reserves” of the Visigothic legislation. Completely different from the Roman system founded on individualism.

In Rome, there was initially no legitime and the testator was able to distribute his assets according to his will. In a later period, the legitime was limited to a quarter of assets (*Quarta Falcidia*, Nov. 18, Cap.1), excluding debts, and at the time of Justinian was subsequently expanded to one-third if the legitime heirs were four or less, and half if more. (Nov. 18, Cap.1). It is interesting to explain the reason why these shares of legitime were established in Justinian Law, the eighteenth novel of the year 536 AD points out that it was in order to protect the children because of the injustice that would imply that, regardless of the number of these, a quarter of the inheritance would have to be shared and the other three quarters of the inheritance may be acquired by “non-family third parties”⁴⁸. An important difference was that the Visigothic “legítima” where fixed irrespective of the number of children, and the Justinian one flexible.

The Fuero Real from 1252⁴⁹ inherited the rules of the *Liber Iudiciorum*, (forced shares of 4/5 of the estate in favour of children, with a portion allowed as betterment or “mejora” of 1/3). However, in the “Siete Partidas”⁵⁰ the betterment or “mejora” that came from the *Lex Dum Illicita* of Chidiasvinto was abolished, as far as this new regulation followed the Roman model. In fact, González López⁵¹ considers that the Partidas returned to the *Quarta Falcidia*, therefore, if the relatives of the testator would receive one quarter of the estate, it was not possible to challenge any gift of legacy.

legitimate ascendants. It also rules the betterments or “mejoras” and establishes that it can be given either by last will or by contract. See Balane, Rubén F., *The Spanish Antecedents of the Philippine Civil Code*, Quezón City, 1979, pp. 13-41.

⁴⁸ Nov. 18, Prefacio.

⁴⁹ The Fuero Real was made between 1252 and 1255 at the behest of King Alfonso X. In respect to the “legítima” the Fuero Real 3,5,9 says: “*Ningún omne que ouiere fijos o nietos o dent a Ayuso que ayan derecho de heredar, non pueda darn in mandar a su muerte más de la quinta part de sus bienes; pero si quisiere mejorar a alguno de los fijos o de los nietos, puédalos mejorar en la tercera parte de sus bienes, sin la quinta sobredich que pueda dar por su alma en otra part do quisiere e non ellos*”.

⁵⁰ The greatest Middle Age legal corpus, that was initiated on 23 of June of 1256 at the behest of King Alfonso X: “*este libro fue comenzado a componer vispera de San Juan Bautista, a quatro años e veinte y tres días andados del camino de nuestro reinado*”.

⁵¹ González López, Rodrigo in *Precedentes romanos...* p.382.: Part.VI, Title XI: “*Cómo se puede menguar la manda e hasta que cuantía que dicen en latín, falcidia o debitemum ronorum subsoidum o trebellianica*”.

Consequently, in respect to the forced shares or “legítimas” there was a contradiction between the “Fuero Real” and the “Siete Partidas” as far as both regulations were in force at the same time. This contradiction was solved by the Ordenamiento de Alcalá and the Leyes de Toro⁵², that established the priority of the “Fuero Real” over the “Siete Partidas”, when there was a conflict between both regulations. In fact the Ley XVIII of Toro maintained the third share of betterment or “mejora”, and the Ley XXVIII reduced the free disposal share of the testator to a fifth of the estate. In addition, the Ley XVIII of Toro allowed the testator to give the betterment or “mejora” to any of his/her descendants and not necessary the children. Finally, these regulations on “legítimas” were incorporated in the Novísima Recopilación (Nov. Rec. X,6)⁵³.

The Project of SCC of 1851 called the “García Goyena Project” introduced a system of flexible forced shares in favour of the children. Being more than one, the forced share would be 3/5 of the estate; but being only one child, the forced share was reduced to 2/3 of the estate. In the absence of children, the forced heirs would be the ascendants.

Finally in 1889 the SCC applied the 2/3 forced share to all the children and descendants, in such a case only 1/3 as a free disposal share depending on the will of the testator⁵⁴. The betterment or “mejora” was kept as 1/3 following a tradition initiated in the year 643 A.D. In the absence of children, the forced heirs would be the ascendants, and the widowed spouse received an usufruct over a variable share of the estate when it coincided with descendants and ascendants.

1.2. Forced share or “Legítima” in Spanish territories with their own Civil Law

In the Spanish historical territories with their own Civil Law, the legitime has been regulated in a more open manner. In fact, there is a territory where the the will of the testator is absolutely respected: It is Navarre⁵⁵ where the legitime is formal, but not material, although it maintains the so-called “legal usufruct

⁵² The 83 leyes de Toro were enacted on March 7th 1505.

⁵³ Novísima Recopilación de las Leyes de España enacted on July 15th 1805.

⁵⁴ Curiously, González López, Rodrigo in *Precedentes romanos...* p.345 quotes Maurice Gaudefroy-Demombynes, *Mahoma*, Madrid, 1990, to explain that in the Koranic regulations the legitima or “faraid” is really difficult to calculate, but the general rule is that a share of the two shares of the estate is reserved for certain forced heirs, and only one third is leave to the free will of the testator.

⁵⁵ Ruled by the Ley 1/1973 de 1 de marzo that enacted the Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

of fidelity” (art.254 FN). In the Basque Country, the 2015⁵⁶ reform extended the civil citizenship to all the citizens of the Basque territory including the city of Bilbao, however some differences are kept in specific territories (like the so called “*reserva de bienes troncales*”). A general forced share reduced to one-third of the patrimony of the hereditary estate has been established. This collective “legítima” is in favor of children and descendants and the testator can decide which forced heir receives it and which does not. The reform has also eliminated parents from the list of forced heirs. If the testator leaves descendants, the legitime of the surviving spouse and of the common law partner consists of one-half of the estate in usufruct, and if not, of two-thirds. The Aragon law⁵⁷, although it replicates what is established by this point by the Civil Code, allows the testator to distribute the legitime among the forced heirs, being a collective legitime. That is to say, the testator can distribute it among the children and descendants in an unequal manner according to his own criteria provided that he grants the descendants the portion determined by law.

In the Balearic Islands⁵⁸ and for the islands of Mallorca and Menorca, the civil regulation provides that the legitime is a part of the property, maintaining the Justinian rule. If there are four children or less, the legitime shall amount to one-third, and if they are more, half of the hereditary estate. However, on the islands of Ibiza and Formentera, the legitime is a credit, and not a part of the goods of the hereditary estate, maintaining the Justinian rule. If there are four children or less, the legitime shall amount to one-third, and if they are more, half of the hereditary estate, but the adopted children are not considered forced heirs, unless the natural children of one spouse were adopted by the other. Another difference is that while in Mallorca and Menorca the spouse is considered a forced heir, in Ibiza and Formentera they are not.

In Catalonia and Galicia⁵⁹ the legitime consists of a right of credit *-pars valoris-* that the forced heir holds against the heir. In Catalonia the forced share of descendants is one quarter, and in the absence of descendants, the forced heirs are the parents -not the rest of the ascendants. However, in Galicia only the descendants are forced heirs. In Catalonia⁶⁰, if the surviving spouse has no economic resources, he/she is entitled to obtain a maximum of

⁵⁶ Ley 5/2015 de 25 de junio del Derecho Civil Vasco.

⁵⁷ Title VI of the Book III of the “Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, that enacted the “Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas”.

⁵⁸ Decreto Legislativo 79/1990, of 6th of September, that enacted the “Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares” and the Ley 3/2009, of 27th April that modifies this Compilation.

⁵⁹ Ley 2/2006, of 14th June that rules the Civil Law Galicia.

⁶⁰ Ley 10/2008 of 10th July, on Succession Law, that regulates the book IV, Title V, of the Catalan Civil Code; and Ley 25/2010, of 29th July, that rules the Book II on Person and Family.

a quarter of the liquidated hereditary assets. We must stress that the new Catalan legislation limits the possibility of considering donations as inofficious and purchases and sales made by simulation during the ten years prior to the opening of the inheritance.

1.3. The forced shares in accordance with the Spanish Constitutional principles

The phenomenon of inheritance responds to the need to maintain certain legal relationships of the deceased after his death. Therefore, it is necessary to attribute a specific destination to the rights and goods which arise by these relationships when he dies. This implies the recognition of a minimum field of action for the individual in the private sphere, and the idea of the transferability of legal relations, but not all of them because the personal ones normally are extinguished when the person dies

In fact, the hereditary phenomenon has been admitted by all civilizations. The lawmaker may decide to provide, without hindrance or restrictions, the transmissibility, or he can refuse the power of the deceased to transfer rights and assets (abolition of the inheritance), or finally, he can opt for an intermediate system

The Spanish Constitution of 1978 expressly enshrines in its text the right to inheritance with the right of private property (art. 33.1 CE). However, given the imprecision of the constitutional mandate, it is the laws that develop this right and determine its scope. In principle, art. 33.2 EC only refers that the social function must guide these rights (property and inheritance). In fact, the Spanish Constitution does not establish who must be the inheritor. Therefore, it is an open formula that would allow different options.

1.4. Legitimate in other European territories

While traditionally there was complete liberty to make a will in England and Wales, after the 1938 reform, this liberty is not absolute. As a result of this reform the “family provision” was introduced and it gave the judge a great liberty to decide whether despite not having provided in the testamentary dispositions any part in favour of the family, in which they are entitled to receive part of the value of the estate⁶¹. A subsequent reform of the Act was made in 1975⁶². In accordance with this reform the decision of the judge

⁶¹ Vaquer Aloy, Antoni, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *InDret*, Barcelona, julio, 2007, pp.3-6. Family Provision Act of 1938.

⁶² Inheritance -Provision for Family and Dependants- Act of 1975 into force in England and Wales from April 1st 1976. In any case, the liberty of the testator may be limited by the “proprietary estoppel” doctrine as in *Suggit v. Suggit* (2012) WTLR. 1607.

depends on different variables such as the resources and needs of the relative, the obligations and liabilities of the deceased, the amount and composition of the estate, the disability of the relative, the behaviour of the relative, the reasons of the deceased to exclude the relative from the estate, and the state of mind of the deceased. The only persons who can request this “family provision” are the spouse, the ex-spouse who has not remarried, the live-in partner, the children of the deceased and other persons whom the deceased had treated as his own children, as well as the dependents of the deceased. The reform does not intend to replace the maintenance duties, although it is largely determined as a consequence of the relative’s needs, not being this the only observable criterion. In addition, the “surviving spouse standard” and the “maintenance standard” were introduced in 1975. Therefore, this system does not attribute forced shares in favour of specific types of relatives; however, it implies a duty to be reasonable with close relatives when distributing the estate.

A close option is what we see in other legal systems in which fixed shares are included. We refer to the cases in which the forced heirs can claim a fixed share if they are in a situation of necessity, as provided in Poland⁶³, Estonia⁶⁴, Slovenia⁶⁵ or Lithuania⁶⁶.

However, most European countries follow systems similar to the Spanish one, in which there are forced shares in favour of certain relatives. These relatives are normally the descendants, and frequently the spouse and ascendants. The amount of the share can vary according with the number of relatives with a right to forced shares, and when granted for children, usually equally distributed⁶⁷.

The “legítima” or forced share can be configured as a part of the goods of the estate or as a part of a value or a credit against the heirs or the representatives of the inheritance. The different European legal systems opt for one or another possibility, although it is noted that the most recent regulations choose the second possibility⁶⁸.

⁶³ Arts. 991 to 1011 of the Polish Civil Code, that consider forced heirs only to the underage descendants or the descendants, ascendants or widowed spouse incapacitated to work (art. 911).

⁶⁴ Ruled in the art. 104 of the Regulation of the Law of Succession of Estonia, reserves a share of the estate to the children, parents or spouse that were depending on the deceased when he/she died.

⁶⁵ Ruled in the arts. 25 and 26 of the Regulation of the Law of Succession of Slovenia.

⁶⁶ Art. 5.20 of the Civil Code of Lithuania, that reserves an half of the estate in favour of children, parents or spouse that were depending on the deceased when he/she died.

⁶⁷ We can include in this group most of European countries.

⁶⁸ For example, Germany and Austria, where is possible that the testator contract with the forced heir the renouncement of his right to the forced share. The Succession

2. *The controversial doctrinal debate about the justification of the forced shares*

Once we have studied the current Succession Law in the Philippines and in Spain from a positivist perspective, we propose now to carry out a deeper analysis from another perspective. This is not going to be a traditional study focused on the conflicts between the rights of the forced heirs “legitimarios”, and the liberty of the testator. We offer here a wider perspective based on a philosophic approach. In fact, we would like to contribute something new to the traditional academic debate. Therefore, we will dive deeper into the philosophical arguments to try to find reasons to maintain or reduce or remove the forced shares from our Civil Codes. This research is connected with the need of the Law to act as a tool to achieve certain purposes. In fact, Civil Law could be only a mechanism to solve conflicts and to apply the “*ius suum quique tribuendi*” principle. However, the lawmaker should also establish the framework in which a society may evolve. This study seeks to identify this framework in the sphere of succession law.

2.1. Doctrinal positions that limit or abolish the forced shares

As aforementioned, it is clear that the system of legitimes in the Spanish Civil Code does not respond to a Constitutional mandate. Article 33 of the Spanish Constitution guarantees the right to inherit, but is not among the fundamental rights and therefore it does not benefit from the guarantees granted to the rights and freedoms covered by article 14 and those mentioned in the first section of the second chapter, title one, of the Spanish Constitution.

Having said that, could the system of legitimes in Spain or in the Philippines be suppressed or limited? Germany has been the only legal system that has brought this matter to the Constitutional Court, in which the ruling of April 19, 2005 held that the legitimes should be maintained although they could be widely restricted. The German Constitutional Court concluded that there was no mandate that would obliged the granting of equal treatment to children in an inheritance, although the constitutional protection of the right to private property includes a minimal participation of the children in an

Law of Austria has been reformed in 2017, as a consequence the testator can impose more encumbrances, conditions and substitutions on the forced shares, the ascendants are no longer forced heirs. See Chrustandl, Gregor, “La legitima y la libertad de testar en Alemania y Austria: tendencias actuales” in *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Directors: Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada and Francisco José Aranguren Urriza. Coordinators: Juan Pablo Murga Fernández and César Hornero Méndez., Ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2019, p.220.

inheritance⁶⁹. However, because of the reasons stated above, we do not share these arguments which in any case do not apply to Spain where, in fact, we have a territory that excludes material legitime (Navarre).

A) Forced share of descendants

Part of the doctrine alleges that the system of legitimes established by the Civil Code in 1889 responded only to a principle of cross-generational solidarity. If we accept this position, it is easy to conclude that the social reality then in force is not our current reality. In fact, in 1889 the average life expectancy was around forty-five years; and there was no welfare State that protected minors and elders. The absence of any social protection implied that once the parents died, usually when their children were still minors, the latter could be left homeless and without access to any kind of resources. That is why the system of legitimes provided in 1889 was justified, in part, to ease this situation by allocating at least two-thirds of the hereditary estate to the descendants. It was a matter of prioritizing these vulnerable family members against the arbitrariness of a testator who could try to ignore them and transfer his assets to a non-family member. From this perspective, these legal legitimes could be interpreted as an extension of the duties imposed by parental responsibility and support of the elderly.

Following this perspective, it is said that the social reality has undergone a Copernican turn. Currently the average life expectancy is around eighty years and the State guarantees the social protection of citizens. In the case of minors article 49 of the Constitution describes as an “integral protection”. Consequently, from the perspective of the authors that maintain this opinion, the premises in force in the nineteenth century that justified the adoption of a system of legitimes in which the disposal capacity of the deceased was quite limited, today no longer exists. In addition, it is stated that in our European countries we do not find cases similar to ours in which margins have been kept so narrow for the free disposal of the testator. Consequently, their conclusion is that it is mandatory to modify the current system of legitimes.

B) Forced share of ascendants

Some doctrines indicate that in the case of agreeing with the principle of the forced share of the ascendants, it should be limited to the parents. Others on the contrary are against any legitime in favor of parents. The reason is that the situation of need in which parents could be found is already sufficiently covered by different legal procedures. First, due to the fact that a welfare State provides the protection of all citizens through an integral system. But also, the

⁶⁹ BVerfG NJW 2005, 1651

Civil Code itself in its articles 142-153 SCC regulates the right to support that includes ascendants. It is stated that in practice there is a generation around 40 to 60 years old that is financing the coverage of their elders through the taxes, but that they are also being required to cover their needs directly through the so-called “kinship support”. From this perspective, this generation is paying twice for the same coverage. It is argued that it should be a duty of the welfare State, or of the relatives, but not of both. Paying taxes to the State to provide pensions, health care and so on to parents and being able to be legally obliged to pay for support with respect to them could be considered abusive because they put excessive financial pressure on the children who comprise this intermediate generation. Following the doctrines that defend this position, the needs of parents are covered by one way or another, or rather both, and it should not be necessary forced inheritance right in their favour.

In light of this, parents should only be forced heirs when there are no other legal means already provided to cover their needs. This seems excessive. In addition, when parents reach retirement age, they are not only protected by a public pension system, and in a large number of cases by a private one. This is another reason alleged for suppressing or limiting the legitime of the parent.

C) Forced share of the widowed spouse

Without a doubt, another situation that deserves more reflection is the legitime of the widowed spouse. Should he/she inherit before the descendants and descendants of the deceased? Should he/she be in the same position as the children? What should be the amount of the share of the widowed spouse? It should it be a usufruct right or an ownership one? In any case, it does not seem appropriate to assimilate it to a right to support to be decided by the judge according to circumstances for the unpredictability that it would cause, such as it occurs under English Law when there is a divorce or a dissolution of a marriage.

Perhaps a solution is to legally envisage a lifetime usufruct over the conjugal home, in order to give a legal response to the problem that usually occurs when the only hereditary estate is a share of said family dwelling and we must resort to the “*cautela socini*” solution. If the right to use the family dwelling is safeguarded, the said lifetime usufruct could be extended up to a percentage of the inheritance. This percentage could range between 30 and 50 per cent of the inheritance, provided that the widowed spouse can enjoy the family dwelling the rest of his life. If not, the usufruct could exceed the aforementioned percentages⁷⁰.

⁷⁰ About the *Cautela socini* clause you can see: De Torres Perea, José Manuel, *Spanish Succession Law through Forty Significant Judgements*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019. Chapter 6, I-1 “*Cautela Socini* clause.”

3. Rethinking this new doctrinal approach about the system of forced shares in our Succession Laws

3.1. Current approach

We can summarize the current approach by referring to three different focuses to this matter. On the Spanish side, an advocate for the majority one, Vaquer Aloy⁷¹, suggests a reduction in the number of forced heirs, should apply only to children, or their descendants in case of representation and the spouse. Moreover, he considers that children should only be forced heirs when they are minors, or economically dependent. Therefore, he advocates the extension of the right of children to be forced heirs up to the age of 25 as a general rule. The only exception being when they have been declared incapacitated when the inheritance was opened or in the following few years (5-10). Finally, he considers as appropriate to convert the forced shared rights into a simple credit right and establish the pecuniary payment of forced shares.

In this way the Spanish Civil Law Professors Association has made a proposal to modify the SCC⁷². In this proposal the forced share of children is reduced to one half of the inheritance, and the betterment or “mejora” to a quarter; unless there is only one child, in which case the shared force would be only one third of the estate. The forced shares of ascendants is reduced to one third of the inheritance, with the exception of there being only one ascendant, or coinciding with the spouse, in which case it would be reduced to one quarter. The proposal also includes the limitation to reduce “inofficious” donations made by the deceased to third parties to those that had been done during the last 20 years prior to the opening of the inheritance. In this case, it is not considered to be available option to convert the forced shares into simple rights of credit. In contrast the situation of the widowed spouse is kept as it is currently established in the SCC, being the only exception the possibility to extend the usufruct to the whole estate, what is in fact a currently common notarial practice through the “cautela socini”⁷³.

⁷¹ Vaquer Aloy, Antoni, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *InDret*, julio, 2007 pp.14 y ss.

⁷² This version was approved in Aranjuez in the 19th meeting of the Association on 20th May 2017. García Aipurura, Gorka, “En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal”, *InDret*, octubre 2017, p.17

⁷³ As Parra Lucán, María Ángeles refers, it is an attempt to widen the liberty of the testator, without breaking with the current system. “Las legítimas en la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil”, in *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Directors: Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada and Francisco José Aranguren Urriza. Coordinators: Juan Pablo Murga Fernández and César Hornero Méndez., Ed. Aranzadi Thomson

On the Philippine side, John Boomsri Sy Rodolfo⁷⁴ proposes also to reduce the forced shares or “legitimas”. He adds that the different combinations provided by law in the sharing of the hereditary estate can lead to absurdity, especially when the portions are arbitrary provided for and simply based on the rough estimation of the actual need of the recipient compulsory heir...”

The second approach which is defended by another doctrinal sector, is the one suggested by Sonnekus, that directly lobbies for their abolition, and refers to forced shares as “relics”⁷⁵. As part of this approach it has been said that the statistics do not confirm that the families of the Spanish territories subjected to a system of forced shares are better structured than the families living in territories where there is absolute liberty to dispose of the estate. In addition it is said that it cannot be proved that in the territories where there are not forced shares people are more individualist⁷⁶. My opinion is that this argument is out of focus. The matter is not to analyse the statistic consequences of a specific succession system, but the capacity of this system to protect legitimate interests, and the capacity to serve as a last resort when the social protection is in risk of decline. Galicia Aizpurua even affirms that in the debate about the reform of the forced shares we can find an atavistic element “algo atávico”, connected with an instinctive attachment to one’s own system. A statement, that he himself qualifies as “empirically undemorable”⁷⁷.

Reuter. Cizur Menor, Navarra, 2019, p.193. In this sector we can include Cañizares Laso, Ana, who proposes the removal of forced shares of ascendants when they coincide with the widowed spouse or the reduction of the descendants forced share. “Legitimas y libertad de testar” in *Estudio de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, Directors: Andrés Domínguez Luelmo and María Paz García Rubio, Coord. Margarita Herrero Oviedo, ed. La Ley, Madrid, 2014, pp.268-269.

⁷⁴ Rodolfo, John Boomsri Sy, “Freedom in Death: Expanding the Disposing Power of the Decedent and Providing for a More Rational Sharing of Legitimes” *Ateneo Law Journal*, Vol.51, pp.584-585 and 594.

⁷⁵ Sonnekus, J.C. “The New Dutch Code on Succession as Evaluated Through the Eyes of a Hybrid Legal System”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2005, pp. 71, 84. Part of the Spanish doctrine defends the removal of forced shares: Maragiños Blanco, Victorio, “La libertad de testar” *Revista de Derecho Privado*, 2005, pp. 27 and ff., Calatayud Sierra, Adolfo, “Consideraciones acerca de la libertad de testar” *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo IX, Ed. Edersa, Madrid, 1996, p. 259 and ff., and de la Esperanza Rodríguez, Pablo, “Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión”, *Libro Homenaje a D. Ildefonso Sánchez Mera*, Tomo I, Ed. Colegios Notariales de España – Colegio de Notarios de A Coruña, Madrid 2002, pp.1097 y ss

⁷⁶ Galicia Aizpurua, Gorka, “En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal”, *InDret*, octubre, 2017, p.5.

⁷⁷ Galicia Aizpurua, Gorka, “En torno...” p.6. In fact, he defends that the reform of the Basque Succession Law in 2015 is only a transitory measure. A provisional sit-

In any case, if the option is to eliminate the forced shares in favour of relatives, in order to protect individualism and freedom and overcome the family model as the social core, we could also defend the removal from the list of intestate heirs the relatives and leave only the State⁷⁸.

Furthermore, we do not agree that eliminating forced shares would be an acceptable option. Moreover, even in the Common Law systems in which there does not exist forced heirs, and the will of the testator is absolute, some limitations can still apply.

Finally, the third doctrinal position as mooted by Bermejo Pumar⁷⁹, Garrido Palma⁸⁰, Espejo Lerdo de Tejada⁸¹ and others⁸², is the proposal of a calm reflection before giving opinion in this heated doctrinal debate. The Law should face this dilemma between liberty to make wills and the system of forced shares. In fact, they support that this doctrinal debate should only be solved with solid arguments, after a deep study of the whole succession law, until then the best option would be to leave things as they are. Also, Padilla refers that the established system of the legitime and its legal safeguards

uation between the previous system mainly based on the “forced shares” of the Spanish Civil Code, and the future one, that it would lead to the absolute removal of shares portions currently existing in the “tierra de Ayala” to the whole Basque Country. (p.15).

⁷⁸ In fact Manuel Espejo Lerdo de Tejada defends the fact that the forced shares are applicable not only to the testate but also to the intestate succession, being a primary right of the successor. The infringement of the forced shares rules does not imply the automatic opening of the intestate succession. *La legítima en la sucesión intestada*. Doctoral thesis, Seville, 1994. pp.598, 606. See, Espejo Lerdo de Tejada, Manuel, Código Civil Comentado, Coord. Valpuesta Fernández, R., Dirs. Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F.J. Vol. 2, 2011. Arts. 808-810, pp.789-801.

⁷⁹ Bermejo Pumar, María Mercedes, “Legítima crediticia” in en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Directors: Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada and Francisco José Aranguren Urriza. Coordinators: Juan Pablo Murga Fernández and César Hornero Méndez., Ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2019, pp.117-118.

⁸⁰ Garrido de Palma, Victor Manuel, “Soluciones prácticas en materia de legítimas”, in *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Directors: Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada and Francisco José Aranguren Urriza. Coordinators: Juan Pablo Murga Fernández and César Hornero Méndez., Ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2019, p.139.

⁸¹ Espejo Lerdo de Tejada, Manuel, *Las legítimas y la libertad de testar: Perfiles críticos y comparados...*, pp.23-25.

⁸² Other authors are in a middle position, for example, Torres García, Teodora Felipa, en “Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)”, en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. APDC, Murcia, 2006. p. 227. She takes in principle a favourable view towards the current *status quo* of the forced share of descendants in SCC, but not necessary towards the forced share of ascendants.

follows an underlying philosophy in rewarding family cohesion and unity with the consequent protection of the rights of children⁸³.

It deserves special attention the opinion of Miquel Gonzalez, who is one of the most relevant current civil law professors in Spain. He states that previously to any attempt to reform the system of forced shares or “legítimas” it would be necessary a deep knowledge of the current Law. The reason is that the rules of succession law are interconnected. Therefore, any amendment of one norm may cause discrepancies. In addition, he considers that “*de lege ferenda*” is necessary to take into account not only the opinion of academics, but mainly the social convictions. There is a large number of Spanish notaries that hold a dissenting opinion on the current legal system of forced shares ruled by the SCC. However, Miquel states that these opinions should have not a decision-making authority. In respect to the notaries, it is normal that they contemplate the forced shares as a brake when explaining rights to the testators as a limiting factor; but these opinions are not the only one to take into consideration. In respect to the testators, that sometimes also dissent from the current system, it is normal that they complain of not being free when making the testament, but again, their opinion is not the only one to take into consideration. Miquel considers that the doctrine currently interprets the SCC against the forced share, what is in fact an interpretation against the equality and the current law. He adds that the English system of the Family Provision Act implies higher costs than that of the Spanish system of forced shares or “legítimas”, because the latter is simpler and cheaper. In fact it is more cost effective⁸⁴.

⁸³ Padilla, Ambrosio, “A Study of Some Salient Conflicting Opinions of Two Great Civil Law Commentators, Manresa and Maura.” *Phil.L.J.* Vol,14, 1934, (pp.51-83), p.82.

⁸⁴ Miquel González, José María, “Reflexiones sobre la legítima”, in *Estudio de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, Directors: Andrés Domínguez Luelmo and María Paz García Rubio, Coord. Margarita Herrero Oviedo, ed. La Ley, Madrid, 2014, pp.985-987. He adds other arguments: First, that Montesquieu defended the freedom of the testator in order to apply the Law Sálica, to prevent the concentration of all the estate in favour of the first-born male. Second, that the forced shares were introduced in the Roman law as a form of compassion (*officium pietatis*) against the iniquity of some parents who neglected their duties to their children. Third, that even in English Law it has been necessary to introduce the provisions of the *Family Provision Act*. Fourth, that the forced shares (*reserve*) were a useful tool in France against the aristocracy and the accumulation of wealth. It was considered as a guarantee to ensure the equality between the children. Fifth, that the German lawmaker introduced the forced shares in the BGB deliberately, in order to copy from France a fairer distribution system of wealth. Sixth, the forced shares or “legítimas” may be considered a system to incentivize the economic collaboration between family members, and avoid external costs as mentioned by Schoepflin. “Economic Aspects of the Right to a Compulsory Portion in French and German Law of succession”, in *German Working Papers in Law and Economics*, 2006, paper 34, p.4 (quoted by Miquel).

3.2. Constructive criticism

A) Analysis of the three traditional arguments in favour of the removal of forced shares

Given this brief outline of the different doctrinal positions, we realize that those advocating to abolish forced shares are focused in three central ideas: First, that forced shares are against liberty of individuals. Second, that the forced shares have lost their sociological justification and lack of “*opinio iuris*” or public favourable opinion. Third, that statistics reflect that when a person dies, the list of persons who were dependent on him has been reduced in the last decades. This last consequence should be due to two different factors: First, that lifespans are continuing to increase, this means that currently when parents die their children are no longer dependent upon them. Second: that the welfare state guarantees support to the older members of society which are no longer dependent on the family solidarity⁸⁵.

We can pose serious questions to these opinions. Is really forced shares against the liberty of individuals? We agree with Bermejo Pumar that the function of the forced share is not to limit the liberty of the testator. This is only a consequence of an institution that complies with its own functions. On the contrary the forced shares or “legítimas” are an expression of the constitutional right to inherit. The referred professor affirms that we cannot base the right to property and to inherit in their social function, because this is equivalent to deny them. As she says pure liberty does not exist, and it is conditioned by circumstances. Liberty is only a basic personal condition, and this basic personal condition is the one that must be protected⁸⁶. Moreover, even if the forced shares should imply a limit to the liberty of the testator, so what? It is not an argument against their admission, the Constitution protects liberty, inheritance and property.

In respect to the second criticism, Rubio Garrido himself, after affirming that the forced shares or “legítimas” have lost their sociological justification,

⁸⁵ Galicia Aizpurua, Gorka, “En torno...”, p.15, refers that “la existencia de sistema de previsión pública (pensiones de jubilación) y privada (fondos y planes de pensiones)”, would allow the removal of the forced shares of ascendants. Vaquer Aloy, A., adds that in the case of children, forced shares should be reduced to the ones in favour of minors and incapacitated ones. (p. 17). Finally, the suppression of any forced share would be based on being unnecessary due to the State social protection system.

⁸⁶ Bermejo Pumar, María Mercedes, “Legítima crediticia” in en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Directores: Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada and Francisco José Aranguren Urriza. Coordinators: Juan Pablo Murga Fernández and César Hornero Méndez., Ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2019, pp.117-118.

adds that in many territories their elimination would imply a sociologic chaos, with unforeseeable consequences in respect to the social and family cohesion⁸⁷. In any case this is not a consistent argument as far that it is not based on a statistical study, therefore, it is not supported by facts and it must be considered as a mere opinion⁸⁸. In addition to being inconsistent, this argument could be considered malicious. We should not make a legislative decision dependent on a choice determined by the favourable opinion of the public. If so, the elimination of taxes would probably.

The third criticism is a crucial one, therefore we expand further in it. As aforementioned it is said that statistics reflect that when a person dies, the list of persons who were dependent on him has been reduced in the last decades, and in addition, welfare state guarantees support to the older members of society which are no longer depending on family solidarity. However, we consider that this argument can be significant in current Western countries but not in the current Philippine society. Furthermore, we should seriously consider if the current version of the European welfare state model will exist in the near future. It may be that this welfare state, as such as we know today, is unsustainable. On the other hand, the *laissez faire* ideology is overtaking the positions that defend the social function of property and the welfare state not only in the US, but also in the emerging new global order⁸⁹. Finally, we should take into account conclusions of Garrido de Palma when he faces the arguments of the defenders of the removal of the forced shares of children. Garrido affirms that in a Spanish society where the unemployment rate is really high, where the young generation is called “mileuristas” (twixters) due to their lower salaries, family is necessary, particularly in times of crisis⁹⁰. In

⁸⁷ Rubio Garrido, Tomás, “Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima” in *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Directors: Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada and Francisco José Aranguren Urriza. Coordinators: Juan Pablo Murga Fernández and César Hornero Méndez., Ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2019, pp.142-143.

⁸⁸ López Beltrán de Heredia, C., in *Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, Coord. A.M. López, V. Montes and E. Roca, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 305 and ff., says that the removal of forced shares in the SCC would attack the social conscience, this is that the descendants cannot be excluded from the inheritance without a reasonable reason.

⁸⁹ Statistics inform us that in two of the countries where the welfare state mode has reached its ceiling, like Finland or Japan, the suicide rate is among the highest in the world. Moreover, populism is flourishing in Europe rapidly. In fact, the mass-man of Ortega y Gasset is far from happy with this social model. Something is wrong with this idyllic society. See Ortega y Gasset, José, *La rebelión de las masas*, 1930, editor Domingo Hernández Sánchez, 3^a ed. Tecnos. Madrid. pp.30-33

⁹⁰ Garrido de Palma, Víctor Manuel, “Soluciones prácticas en materia de legítimas”, in *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Directors: Francis-

fact, in current Spain, in many cases the only way to access the property ladder is by inheriting it from parents.

Nowadays the fact of having stable employment does not imply an access to a dignified life even in Western countries. Millions of people live in crowded cities subjected under a subsistence economy. This situation coincides with the loss of values in Western societies in this current time⁹¹. Nowadays the pension system is running at a continuous deficit, and serious questions have been raised about its sustainability in the future. In fact, it is possible that for many people the only possibility to enjoy a dignified retirement in old-age in the near future will be to inheritate the dwelling of their parents. Therefore, it may make sense to be a forced heir “legitimario” even when a person is retired. Therefore, the argument that bases the reduction or removal of forced shares in the existence of a welfare state model and a longer lifespan can be questioned.

We can conclude that the three traditional arguments to claim for the removal or limitation of forced shares are not so strong as it might be thought. Those who want to abolish them, should choose new arguments or reformulate the old ones.

B) Is there a duty to provide a dignified life to close relatives?

Finally, the philosophical question to be answered is if it is reasonable to argue that any person has a duty to provide a dignified life to his close relatives, in fact this is the Gordian knot of this matter. The easy answer in a society that it is dominated by an individualist culture is to deny this obligation

co Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada and Francisco José Aranguren Urziza. Coordinators: Juan Pablo Murga Fernández and César Hornero Méndez., Ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2019, p.139.

⁹¹ Ortega y Gasset, José, in *La rebelión de las masas*... p.32 wrote that “Europe is left without moral”. Today this statement is even more true. Currently Riemen writes that “Reason can describe, it can inform us about facts, but it cannot tell us what the moral significance of those facts is, because it does not know what good is or what evil is.... For us only facts count; we have fallen in love with data and information, and because we can no longer know true meaning, the only value we still recognize is economic value... And so everything has to be useful, instrumental, we have to be able to do something with it, because otherwise it’s not use to us”. He concludes that the important is not the material quantity, but the quality of life. Riemen, Rob, *To Fight Against this Age. On Fascism and Humanism*, W.W.Norton & Company, New York/ London, 2018, p.38. He adds that the paradox is that “he who remains a slave to his desires and does not know how to use his intellect cannot be free. This current European situation take us back in the words of Kierkegaard, Søren, “Our age reminds one very much of the disintegration of the Greek state; everything continues and yet, there is no one who believes in it”. *Either/Or. A Fragment of Life*. Part II, edited and translated by Howard V. Hong and Edna H. Hong, Princeton University Press, New Jersey, 1987, p.19.

as a general principle, and only contemplate the parental responsibility duties. However, from a philosophical perspective things are not as simple as they look. The final problem is to determine the height were to set the bar, and what is the reasonable level of dignity to be claimed by any person on the rest of society and especially on his/her close relatives.

Dignity is the clue to answer this question. However, this is not an easy concept. Until the time of Locke any person should be respected on the basis of having a soul and being a son of God. After Kant, the dignity of the human being is based on the fact that human beings are rational beings, this capacity to act autonomously is what gives human life its special dignity⁹². The question is if the link between being rational and having dignity is a really solid one, or only a simple rebuttable presumption⁹³. It looks like Kant is the summit in the Western philosophy, and the whole construction of human dignity and human rights is based on this “rebuttable” presumption. Different philosophers deny the Kantian base of human dignity and even claim for basing fundamental rights in another foundation, but not in dignity. In fact, the concept of human dignity is called into question, and new proposals have been submitted.

One of the more interesting contributions to seek a new content for the concept of human dignity, is the one by Amartya Sen. This Nobel prize author develops in *The Idea of Justice*⁹⁴ a philosophical approach based on the capabilities of individuals. He refers to the capability that each person has

⁹² Immanuel Kant, *Groundwork for the Metaphysics of Morals*, 1785, translated by H.J. Paton, New York, Harper Torchbooks, 1964, p.442. The fact of being a rational being is the basis, and not the soul, to distinguish between humans and animals, and this is the basis for human rights and dignity. Therefore, Kant opens a new approach for this matter, in which human beings are not a means but an end in themselves. Happiness cannot be the goal of a philosophical construction because it would imply to impose the values of some individuals to others as far as the concept of happiness is a subjective one. Being the individual an end in himself, human dignity could justify the redistribution of wealth.

⁹³ Harari, Yuval Noah and other different positions, like most of animal activists, deny it as far as humans should not have different rights to that of other evolved animals. Harari says: “Do humans have some magical spark, in addition to higher intelligence and greater power, which distinguishes them from pigs, chickens, chimpanzees and computer programs alike? If yes, where did that spark come from, and why are we certain that an AI could never acquire it? If there is no such spark, would there be any reason to continue assigning special value to human life?” in *Homo Deus, A Brief History of Tomorrow*, Penguin Random House, London, 2015, p.99. He adds that: “Like money, limited liability companies and human rights, nations and tribes are inter-subjective realities. They exist only in our collective imagination... It’s imagination”, in *Sapiens. A Brief History of Humankind*, Vintage Books, London, 2011, p.406. In any case, for utilitarianism or libertarian or even emerging populism the safeguard of human dignity is not a major concern.

⁹⁴ Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Ed. Penguin, London, 2010.

to turn wishes into real liberties. For example, the fact of having a right to vote has not real content if it is not accompanied by the necessary circumstances to make this right a reality. It is not enough to not interfere; it is also necessary a positive liberty or real capability to exercise the right. This approach has been developed by Martha C. Nussbaum⁹⁵, who considers that these capabilities are substantial liberties that implies the possibility of developing the personality. In fact, she states that real poverty is the lack of these capabilities. This is an approach to reach human welfare based on the real capability to choose an option between different ones⁹⁶. Therefore, in order to achieve a full and flourishing life any person needs to be in a situation in which he/she is able to enjoy these capabilities, especially the first one: be able to live a life that is worth living⁹⁷. She says that without the opportunity to develop and exercise these human basic capabilities, life would lack dignity. Therefore, it is a priority to create the necessary conditions to make possible those capabilities in order that each human being can enjoy a full and flourishing life⁹⁸. This new and evolving concept of dignity has received wide recognition, and it should be the cornerstone to answer the question posed regarding about the existence of a duty to provide a dignified life to close relatives.

In fact, today it is accepted that there are different types of dignity, and that even animals have dignity⁹⁹. This animal dignity would imply that the animals could enjoy the capabilities to develop a full and flourishing life in accordance with the characteristics of their species¹⁰⁰. In addition, it is said that the human being is in debt with his remote cousins, the other animals. In order to allow them to develop these capabilities, which would avoid having

⁹⁵ Martha C. Nussbaum, *Inequality reexamined*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1992; *Women, culture and Development: A study of human Capabilities*, Clarendon Press, Oxford, 1995; *Development as freedom*, Anchor Books, New York, 2000.

⁹⁶ For example, a person may choose to be hungry in case of being Buddhist. So the fact of being hungry in this case does not imply a lack of dignity. On the contrary, if a person has not the option to access food, hunger means lack of dignity.

⁹⁷ This approach has been applied not only to define human dignity but also the animal one. The latter would be the right of an animal to have a flourishing life in accordance with the characteristics of its species. Martha C. Nussbaum and Cass R. Sunstein, *Animal Rights: Current Debates and New Directions*, ed. Both and the University of Chicago, 2005.

⁹⁸ It is said that the mistake would be to reduce the number of capabilities that give rise to human dignity to only one: reasoning ability. If it were true, human beings without this ability would have not human dignity.

⁹⁹ N. Rao, “Three Concepts of Dignity in Constitutional Law”, *Notre Dame Law Review*, 86 (1), pp.183-272.

¹⁰⁰ M. Nussbaum, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. Cambridge University Press, 2000. pp. 11-12.

them being subjected to needless pain and suffering. This duty is especially strong in consideration with livestock and pets, that have lost their capacity to live in the wild, being dependant on humans. This is the basis of the changes that have been recently initiated in the politics and law of the European Union on animal welfare. If this is a duty to animals, is it not a duty to other humans? Especially between family members?

If we put together this aforementioned concept of human dignity, that establishes the duty to make effective the capabilities of each human being to live a life that is worth living, with the current social situation in which the fact of having stable employment does not imply an access to a dignified life even in Western countries, we can come to certain conclusions. The first one is that from a philosophical approach, this concept of dignity may imply that close relatives have a mutual obligation to provide each other with a dignified life, in accordance with their possibilities¹⁰¹.

The second one, is that in the current situation, this access to a dignified life may be very difficult without family support. Even with regards to the acquisition of a dwelling, this is usually subjected to a loan and mortgage conditions that a regular wage earner cannot access without external support. In addition, the rental market in many European cities is out of reach for a large number of people. Access to a dwelling is a basic need in order to enjoy a full life, however, in many cases it is only possible to get it by inheritance.

¹⁰¹ We can find support for this argument reading Riemen, Rob, in *To Fight against this Age...* pp.58, 68, who is perhaps one of the last humanist philosophers. He proposes following to Ortega y Gasset that in order to achieve a really democratic society it should be necessary a society soul. This soul would be necessary to substitute mass-human beings by the others with universal values. A society based on human relations between people full of compassion. This compassion as Latin equivalent to the classic Greek “*συμπάθεια*”, *sympathia*, that means suffering with another, that implies not only to understand another’s feelings, but also the desire to alleviate another’s suffering as a fair and just act. This concept is different from *empathia* or *empathia*, that means the capacity to understand another person’s point of view. Postmodernist philosophers would answer him that it is not possible to prove the existence of these universal values. Therefore, they defend the moral relativity and lack of absolute meaning and truth. Consequently, there is not an option for a draw, it is enough for postmodernism to deny the existence of universal values to defeat the humanist philosopher.

The problem is that postmodernism represents a culture of technology that cannot distinguish between the good and the bad, and can only lead to isolation. Perhaps postmodernist philosophers can accept and agree that a goal to be achieved by our society is the suppression of suffering. Consequently, any act that will lead to this aim would be necessarily moral. In fact, it would be achieved by seeking truth, justice, compassion and dignity. Values that can only be transferred by human groups, being the familiar ones the most important (traditional and modern types), as far as during a long period of time have proved to be efficient.

Finally, the third conclusion is that the positive law should contribute to the construction of a just and dignified society; and the maintenance of forced shares could be an effective tool for the family solidarity in order to make effective this duty to provide a dignified life between family members, especially in moments of economic crisis. From my humble point of view, the best tool to achieve this is to strengthen human affects and human relationships. An efficient way to achieve this would be by the enhancement of what has been the core element of society during hundreds of thousands of years, the family. Not only the traditional one, but any family group where people can develop their personality. In this context, Succession Law and forced shares may have an important meaning.

IV. CONCLUSIONS

1. *What could be a reasonable legal positioning of the lawmaker nowadays?*

In this article after making a comparative study between Spanish and Philippine Succession Law, we focus on one of the most debatable matters in both countries: to maintain or not forced shares or “legítimas”. The study of the two mentioned twin regulations, allows us to observe the matter from a global perspective, which allows us to move beyond local perspectives.

We have tried to offer valid arguments to question the general trend in favour of the liberty to dispose freely of one’s own estate by testament and against the maintenance of forced shares or “legítimas”. Therefore, we have delved deeper into the alleged reasons to limit or remove them. In the first place it must be said that all these arguments against forced shares look to the past, but not to the future.

After setting out different arguments for discussion, we have focused on the most significant ones. These are that the heir is no longer a minor when the succession is opened, and that the ascendants do not need this protection as long as they are protected by sufficient resources provided by the welfare state. Our conclusion is that the general arguments used to deny the need of forced shares can be questioned. In the current social evolution, it is not possible to assure that the European welfare state model will be eternal and global. On the contrary, different indicators inform us that a return to the cold war times is possible, with the end of the multilateralism, and global growth. In this context, it seems that an extremely technological and individualist society could leave the human being left to his/her own devices. Therefore, perhaps an intelligent way to protect human beings in this context could be the legal strengthening of family relationships.

Anyway, by now, with this potential scenario, it is reasonable to keep things as they are, to wait for the political evolution, and to think about what type of society we would like to achieve. We do not believe that the option may be to consider the family as a “zombi” category, dead and alive at the same time, and that the post-family society is the future. A future in which each person is “agent of his own identity and organization”¹⁰². An absolute individualist world which leads to the human affective isolation, where there is no privacy, and where technology culture replaces human culture should not be a goal.

In any case, the current system offers enough tools to control situations in which the legal imposition of forced shares could be unfair, for example providing disinheritance causes. This tool has been recently strengthened by the decision of the Spanish Supreme Court that has included psychological abuse as a cause of disinheritance¹⁰³. Moreover, the forced shares system provides legal certainty, and avoids certain scenarios prone to the manipulation of the will of the testator by third parties. The current English system, where the judge has a discretionary capacity to decide when the testator was fair with his relatives, cannot be a good model due to the lack of legal certainty. On the other hand, the judicial interpretation has adapted the current legal system to the social reality, for example the extension of the usufruct on the whole family dwelling in favour of the widowed spouse through the *cautela socini*, betterment of grandchildren, equality of children...¹⁰⁴

2. De lege ferenda proposals

Finally, we only consider essential the following legal reforms on the Succession Law regulations. On the Spanish side, firstly, the strengthening of the widowed spouse inheritance rights in order that he/she will always be able to legally receive a real right to possess the whole family dwelling. Further, in any case, when the widowed spouse coincides with descendants or ascendants, the law should guarantee his/her right to enjoy a lifespan usufruct over the whole family dwelling¹⁰⁵.

¹⁰² Gomá Lanzón, Ignacio, “¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?”, in *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Directors: Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada and Francisco José Aranguren Urriza. Coordinators: Juan Pablo Murga Fernández and César Hornero Méndez., Ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2019, p.73.

¹⁰³ Judgements of the Spanish Supreme Court 258/2014, 3rd of June and 59/2016, 30th on January.

¹⁰⁴ In this sense, Garrido de Palma, Víctor Manuel, “Soluciones prácticas...” p. 139.

¹⁰⁵ Reyes, Jose B.L. in “Reflections...” p.290 says that the justice of preference of the widowed spouse in relation with the collateral relatives is indisputable: “The spouse who

Secondly, we should consider the introduction of the formal live-in partner as a forced heir¹⁰⁶. It is a real fact that almost half of Spanish couples are not married. Therefore, even though a married couple and a live-in couple are different, we think that the law should reflect this new social reality in the Spanish Civil Code and consider live-in couples as forced heirs, as far as both types of family are protected by the Spanish Constitution. In fact, live-in couples are already regulated by some Spanish autonomic regions provided for in their respective civil law regulatory competence¹⁰⁷.

On the Philippine side the elimination of the discriminatory distinction between legitimate and illegitimate children should be made compulsory. As Sandra M. T. Magalang says discrimination against non-marital children touches on their basic civil rights: “Consigning a significant portion of the population to living this second class way of life, purely because of an accident of birth, is no different from discriminating on the basis of colour, race,

has lived with and cared for the decedent from youth to old age, shared his successes and defeats... is morally entitled to preferential succession over even brothers and sisters.” We agree and add that this moral preference should be established even in relation with the ascendants with regards to the possession of the family dwelling.

¹⁰⁶ See, Gete-Alonso y Calera, M^a del Carmen; Ysàs Solanes, María; Navas Navarro, Susana and Solé Resina, Judith, “Sucesión por causa de muerte y relaciones de convivencia” *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. APDC. Murcia, 2006, pp.347 and 394. These professors state that the surviving live-in partner must be equated with the widowed spouse in order to receive the forced share, as far as what the law takes into consideration is the fact of the coexistence.

¹⁰⁷ However, the Spanish Constitutional Court in Judgement of 23 of April of 2013 opts for an absolute contrary option. The Court establishes that the respect to the right not to get married and the scope of the principle of free development of personality enshrined in art. 10.1 of the Spanish Constitution determines that the lawmaker cannot impose rules of marriage to live-in partners. Martín Casals, Miquel criticizes this decision in the commentary published in *InDret* 7/2013. He states that the Constitutional Court may have created with this decision a new fundamental right to “living together as a couple outside the regulation”, which would proclaim: the right of the parties to be governed only by the rules agreed upon in the exercise of their self-determination. And more specifically, their right not to be bound by any legal norm unless they accept expressly and jointly its application. This means that if the lawmaker does not respect this right, and tries to impose on the live-in couple a specific regulation, this regulation would be deemed unconstitutional. “El derecho a la convivencia anómica en pareja: ¿Un Nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC de 23 de abril de 2013 (RTC 2013/93)” *InDret*, n.3, 2013. In this point I agree with Martín Casals. We must take into consideration that the new family models deserve the same constitutional protection as the old ones, and this type of distinction has only a formal justification. See De Torres Perea, José Manuel, *Spanish Succession Law through Forty Significant Judgements*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019. Chapter 1, 1-3 “Rights of live-in partners.”

social status, or nobility – all forms of discrimination recognised by civilized nations as contrary to human rights.”¹⁰⁸

It is true that the affect between parents and children may be different depending on circumstances, but the solution is not to perpetuate a distinction that victimizes the innocent¹⁰⁹. We agree with Rodolfo¹¹⁰ that “the simplification of the Philippine sharing system will lead to a more efficient settlement of estates and eradicate historical prejudices against certain groups of compulsory heirs”. However, we disagree that the solution should be the reductions of the forced shares or “legítimas”. Simplification is not necessarily linked to the reduction of the total amount of the estate reserved for the forced shares, but to the reduction of the number of possible combinations.

A reasonable solution could be to recover the old betterments (*mejoras*) which were in force in the Philippines until 1950. Remember that until that date the betterment in the Philippines was extended over two thirds of the estate, one third to be distributed in equal parts between all the children, and one third to be distributed freely by the testator between his descendants. This would give the testator room to manoeuvre in order to distinguish between children without discriminating them for reason of their origin¹¹¹,

¹⁰⁸ Magalang, Sandra M.T. “Legitimizing Illegitimacy: Revisiting Illegitimacy in the Philippines and Arguing for Declassification of Illegitimate Children as a Statutory”, *Phil. L.J.* Vol.88, 2014, (pp.467-538), pp. 528-529.

¹⁰⁹ The Spanish Constitution of 1978 declared that all children were equal irrespective of their origin. Therefore, the Spanish Civil Code was amended in 1981 to remove any discrimination between children. They have the same right to the forced shares irrespective of being born in or out of wedlock. However, some discrimination is still possible when the testator had died before the entry into force of the Spanish Constitution as far as the Spanish Supreme Court does not apply this regulation with retrospective effects. See De Torres Perea, José Manuel, *Spanish Succession Law through Forty Significant Judgments*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019. Chapter 1, I-1. “The case of illegitimate children.”

¹¹⁰ Rodolfo, John Boomsri Sy, “Freedom in Death: Expanding the Disposing Power of the Decedent and Providing for a More Rational Sharing of Legitimes” *Ateneo Law Journal*, Vol.51, pp.594.

¹¹¹ In fact, the remarkable Philippine Jurist Justice José Benedictino Luis Reyes was opposed to the elimination of the betterments in the Philippine Civil Code of 1950, in order to give a certain autonomy of will to the testator. Conversation with Professor Rubén F. Balane, in Deusto, June 2019.

¹¹² Florencio García Goyena wrote to justify the Project of SCC of 185: “The Law 18 of Toro is kept due to strong reasons of equity: A gentle and solicitous grandparent must have any tool to provide support to his/her grandchildren when unfortunately they depend on a careless and prodigal father”. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, 1852, pp.102 y ss.

and even the possibility to include grandchildren in the share of “betterment”¹¹².

As Professor Ruben Balane says “it is suggested that our law on preterition (and, by extension Law on Succession) has largely become an anachronism, founded still on concepts and principles that have long gone the way of all things human, relics of ancient, discarded Roman or Spanish theories of succession. Fortunately, there has been a move of late to get together a group of persons learned in the civil law tradition to propose changes in the Civil Code of the Philippines – to recodify Philippine civil law, if necessary. This is therefore a good time to give these things a good, long, hard second look.”¹¹³ In fact, both Spanish and Philippine Succession Law are the daughters of a tradition based on two thousand years old, whose rules operate with almost mathematical precision. However, this law is still, to this day, vibrant, alive, and unceasingly evolving, through new judicial approaches to its interpretation and application¹¹⁴.

3. *Pro portio legitima*

As Professor Miquel Gonzalez says, the forced shares or “legítimas” were considered during the French Revolution as a guarantee of equality between children, in fact the more reactionary sectors fought against their introduction in the French Civil Code. Moreover, García Goyena¹¹⁵ wrote in his Project of Civil Code of 1851 that the removal of the inheritance forced shares could revive the “mayorazgos” or primogeniture inheritance institution. Today, again it looks like the most ultraliberal individualist would try to discredit the forced shares system, in order to promote the accumulation of wealth¹¹⁶.

¹¹² This was a possibility accepted by the Philippine Supreme Court in *Estorque v. Estorque*, G.R. No.19573, June 30, 1970 (The testator had died on May 27, 1949). By this way it is possible to make the protection of relatives compatible with the interests of the testator. See Baviera, Araceli, “Civil Law – Part Two; Property, Succession and Special Contracts”, Vol. 46, *Phil. L.J.* 73, 1971. p. 75.

¹¹³ Balane, Rubén F. “Preterition – Provenance, Problems, and Proposals”, Vol. 50 *Phil. L. J.* 1975 (pp.577-623), pp. 620-621.

¹¹⁴ See De Torres Perea, José Manuel, *Spanish Succession Law through Forty Significant Judgements*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.

¹¹⁵ García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, 1852.

¹¹⁶ Miquel González, José María, “Reflexiones sobre la legítima”, in *Estudio de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, Directors: Andrés Domínguez Luelmo and María Paz García Rubio, Coord. Margarita Herrero Oviedo, ed. La Ley, Madrid, 2014, p.986.

However, this negative vision of the *portio legitima* that seems to have spread in a multitude of legal fora may not have solid foundations. In this article we have explained different arguments that question these negative positions. In addition, we would like to finish by referring to some other contributions that could lead to reflection. Professor Espejo¹¹⁷ refers to the fact that the emergence of forced shares in Roman Law were produced in a moment in which the family was in real crisis, and there was an existence of numerous children that could be harmed in case of remarriage. In fact, the legitime was introduced as an instrument to strengthen the family, what is witnessed by Gaius in D.5.2.4., and in the Novela 18, chapter 3 of Justinian. This phenomenon has been repeated recently. This could be the reason why in spite of the fact that in traditional English Law there was complete liberty to make a last will, now, after reforms, this liberty has been restricted. On the contrary, now there is a duty in English Law to be reasonable with close relatives when distributing the estate, duty that is controlled by a judge¹¹⁸.

Finally, as jurists we should act humbly and recognize that this is a matter in which we need to be accompanied by other experts. We also need to take into account not only the legal aspect, but also the social, economic and political ones. All too often, certain authors offer their opinions as oracles; however, we cannot forget that mere opinions should not deserve decision-making authority. It is really important to know the reason behind the opinion of each jurist, but as Ambrosio Padilla says “for he the knowest not the reason of the law, knowest not the law.”¹¹⁹

LITERATURE

AMARTYA SEN, *The Idea of Justice*, Ed. Penguin, London, 2010.

¹¹⁷ Espejo Lerdo de Tejada, Manuel, *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Directors: Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada and Francisco José Aranguren Urriza. Coordinators: Juan Pablo Murga Fernández and César Hornero Méndez., Ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2019, pp.23-25.

¹¹⁸ In fact, there is an underlying ethical obligation that due to reasons of justice is obliged to be taken into account. Also very relevant is the opinion of the significant Philippine professor José B. L. Reyes, who, in his article “Reflections on the Reform of Hereditary Succession”, does not write a single line against the maintenance of the legitimes. On the contrary, he defends the idea that different controversial issues that merge from this matter should be solved taking into account that “the legitime (to all illegitimate children, without discriminations) is conferred as an act of simple justice.” “Reflections...” p.288.

¹¹⁹ Padilla, Ambrosio, “A Study of Some Salient Conflicting Opinions of Two Great Civil Law Commentators, Manresa and Maura.” *Phil.L.J.* Vol.14, 1934, (pp.51-83), p.83.

- ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “Pflichtteilsrecht in Spanien”, in *Reformfragen des Pflichtteilsrecht*, Colonia, 2007, p.270 and ff.
- BALANE, Rubén F. “Preterition – Provenance, Problems, and Proposals”, Vol. 50 *Phil. L. J.* 1975 (pp.577-623). *The Spanish Antecedents of the Philippine Civil Code*, Quezon City, 1979. *Jottings and Jurisprudence in Civil Law*. Succession, Central Book Supply INC, Quezon City, 2016.
- BAVIERA, Araceli, “Civil Law – Part Two; Property, Succession and Special Contracts”, Vol. 46, *Phil. L.J.* 73, 1971. pp. 75 und ff.
- BERMEJO PUMAR, María Mercedes, “Legítima crediticia” in en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Directors: Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada and Francisco José Aranguren Urriza. Coordinators: Juan Pablo Murga Fernández and César Hornero Méndez., Ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2019, pp.117 and ff.
- CALATAYUD SIERRA, Adolfo, “Consideraciones acerca de la libertad de testar” Academia Sevillana del Notariado, Tomo IX, Ed. Edersa, Madrid, 1996, p. 259 and ff.
- CAÑIZARES LASO, Ana, “Legítimas y libertad de testar”, in *Estudio de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, Directors: Andrés Domínguez Luelmo and María Paz García Rubio, Coord. Margarita Herrero Oviedo, ed. La Ley, Madrid, 2014, pp.268 and ff.
- CHRUSTANDL, Gregor, “La legítima y la libertad de testar en Alemania y Austria: tendencias actuales”, in en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Directors: Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada and Francisco José Aranguren Urriza. Coordinators: Juan Pablo Murga Fernández and César Hornero Méndez., Ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2019.
- DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, Pablo, “Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión”, *Libro Homenaje a D. Ildefonso Sánchez Mera*, Tomo I, Ed. Colegios Notariales de España – Colegio de Notarios de A Coruña, Madrid 2002, pp.1097 and ff.
- DE TORRES PEREA, José Manuel, *Spanish Succession Law through Forty Significant Judgements*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *La legítima en la sucesión intestada*, Doctoral thesis, Seville, 1994. *Código Civil Comentado*, Coord. Valpuesta Fernández, R., dirs. Cañizares Laso, A., de Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, F.J. Vol. 2, 2011. Arts. 808-810, pp.789-801. Preface in *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Directors: Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada and Francisco José Aranguren Urriza. Coordinators: Juan Pablo Murga Fernández and César Hornero Méndez., Ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2019, pp.23-25.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka, “En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal”, *InDret*, octubre, 2017.
- GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis, *Curso de Historia de las Instituciones españolas: de los orígenes al final de la Edad Media*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1968.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, 1852.

- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, “Soluciones prácticas en materia de legítimas”, in *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Directors: Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada and Francisco José Aranguren Urriza. Coordinators: Juan Pablo Murga Fernández and César Hornero Méndez., Ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2019, pp.139 and ff.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen; YSÀS SOLANES, María; NAVAS NAVARRO, Susana and SOLÉ RESINA, Judith, “Sucesión por causa de muerte y relaciones de convivencia” *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. APDC. Murcia, 2006. pp.347-394.
- GOMÁ LANZÓN, Ignacio, “¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?”, in *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Directors: Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada and Francisco José Aranguren Urriza. Coordinators: Juan Pablo Murga Fernández and César Hornero Méndez., Ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2019, pp.73 and ff.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Rodrigo in *Precedentes romanos de la regulación de las legítimas en el Código Civil español y en la vigente Compilación del Derecho de Galicia*. Doctoral thesis directed by Luis Rodríguez Ennes y Guillermo Suárez Blázquez, Universidad de Vigo, p.332 <http://www.investigacion.biblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/451/Precedentes%20romanos%20de%20la%20regulacion%20de%20las%20leg%20C3%ADtimas.pdf?sequence=1>
- HARARI, Yuval Noah *Sapiens. A Brief History of Humankind*, Vintage Books, London, 2011.
- , *Homo Deus, A Brief History of Tomorrow*, Penguin Random House, London, 2015.
- IMMANUEL KANT, *Groundwork for the Metaphysics of Morals*, 1785, translated by H.J. Paton, New York, Harper Torchbooks, 1964.
- KIERKEGAARD, Søren, *Either/Or. A Fragment of Life*. Part II, edited and translated by Howard V. Hong and Edna H. Hong, Princeton University Press, New Jersey, 1987.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V, Sucesiones, Madrid, 2007.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., in *Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, Coord. A.M. López, V. Montes and E. Roca, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 305 and ff.,
- M. NUSSBAUM, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. Cambridge University Press, 2000. pp. 11-12.
- MAGALANG, Sandra M.T. “Legitimizing Illegitimacy: Revisiting Illegitimacy in the Philippines and Arguing for Declassification of Illegitimate Children as a Statutory”, *Phil. L.J.* Vol.88, 2014, (pp.467-538).
- MARAGIÑOS BLANCO, Victorio, “La libertad de testar” *Revista de Derecho Privado*, 2005, pp. 27 and ff.
- Martha C. NUSSBAUM and Cass R. SUNSTEIN, *Animal Rights: Current Debates and New Directions*, ed. Both and the University of Chicago, 2005.

- Martha C. NUSSBAUM, *Inequality reexamined*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1992; *Women, culture and Development: A study of human Capabilities*, Clarendon Press, Oxford, 1995; *Development as freedom*, Anchor Books, New York, 2000,
- MARTIN CASALS, Miquel “El derecho a la convivencia anómica en pareja: ¿Un Nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC de 23 de abril de 2013 (RTC 2013\93)” *InDret*, n.3, 2013.
- MARTINEZ, Jesús “Portio debita y comunidad familiar en cuanto claves interpretativas de una síntesis histórico-comparada en materia de liberalidades mortis causa”, in *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Orense, 1998.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, “Reflexiones sobre la legítima”, in *Estudio de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, Directors: Andrés Domínguez Luelmo and María Paz García Rubio, Coord. Margarita Herrero Oviedo, ed. La Ley, Madrid, 2014, pp. 986 and ff.
- , “Reflexiones sobre la legítima”, in *Estudio de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, Directors: Andrés Domínguez Luelmo and María Paz García Rubio, Coord. Margarita Herrero Oviedo, ed. La Ley, Madrid, 2014, pp.985 and ff.
- ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, 1930, editor Domingo Hernández Sánchez, 3ª ed. Tecnos. Madrid.
- PADILLA, Ambrosio, “A Study of Some Salient Conflicting Opinions of Two Great Civil Law Commentators, Manresa and Maura.” *Phil.L.J.* Vol.14, 1934, (pp.51-83).
- PARRA LUCÁN, María Ángeles, “Las legítimas en la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil”, in *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Directors: Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada and Francisco José Aranguren Urriza. Coordinators: Juan Pablo Murga Fernández and César Hornero Méndez., Ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2019, pp.193 and ff.
- RAO, Neomi “Three Concepts of Dignity in Constitutional Law”, *Notre Dame Law Review*, 86 (1), pp.183-272.
- REYES, J.B.L. “Reflections on the Reform of Hereditary Succession”, *Phil. L.J.* Vol.50, 1975, (277-292).
- RIEMEN, Rob, *To Fight Against this Age. On Fascism and Humanism*, W.W.Norton & Company, New York/ London, 2018.
- RIVERA, Juan F., *The Father of the First Brown Race Civil Code*, Quezon City, 1978.
- RODOLFO, John Boomsri Sy, “Freedom in Death: Expanding the Disposing Power of the Decedent and Providing for a More Rational Sharing of Legitimes” *Ateneo Law Journal*, Vol.51, pp.584 und ff.
- ROMERO, Florida Ruth P., “Latin humanism in the Legal System of the Philippines”, *Phil.L.J.* Vol.73, 1999. (pp.643-661)
- RUBIO GARRIDO, Tomás, “Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima” in *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*. Directors: Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada and Francisco José Aranguren Urriza. Coordinators: Juan Pablo Murga

- Fernández and César Hornero Méndez., Ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra, 2019, pp.142 and ff.
- SCHOEPFLIN. “Economic Aspects of the Right to a Compulsory Portion in French and German Law of succession”, in *German Working Papers in Law and Economics*, 2006, paper 34.
- SONNEKUS, “The New Dutch Code on Succession as Evaluated Through the Eyes of a Hybrid Legal System”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2005, pp. 71-84.
- TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, en “Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema”, en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. APDC, Murcia, 2006. pp. 227 and ff.
- VAQUER ALOY, Antoni, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *InDret*, Barcelona, julio, 2007.

THE POPULIST RHETORIC AS A THREAT TO HUMAN RIGHTS IN EUROPE: STANCE OF THE SUPRANATIONAL INSTITUTIONS¹

La retórica populista como amenaza a los derechos humanos en Europa: Posicionamiento de las instituciones supranacionales

Elena Avilés Hernández
Universidad de Málaga
elenaavileshernandez@uma.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp147-161](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp147-161)

Recibido: 27.10.2019
Aceptado: 21.11.2019

Abstract

The populist rhetoric taken place in Europe not long ago has only accentuated the social divisions and segregation of certain minority groups who saw their rights violated in favour of a new concept of security. The main victims of this situation are foreigners and ethnic minorities, groups perceived as a threat to social cohesion and order; a perception radicalised through the media and social networks. This situation is part of a context of growing tensions, religious extremism and violent radicalism used, in some cases, by the government elite itself to support legislative changes or justify arbitrary interventions. The result is a restriction of fundamental rights legitimized by governments themselves.

¹ This work is part of Project DER2015-67512-P: “La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones del Tribunal Constitucional”, of the Ministry of Economy and Competitiveness. Main researcher: Octavio García Pérez. It is also part of the project «Inmigración y Derecho: retos actuales desde un enfoque interdisciplinar» (PPIT.UMA.B1.2018/04), of the University of Malaga. Main researcher: Carmen Rocío Fernández Díaz.

Keywords

Human Rights, Migration, Terrorism, Nationalism, ECtHR

Resumen

La retórica populista acontecida desde hace no mucho tiempo en Europa, solo ha acentuado las divisiones sociales y la segregación de ciertos grupos minoritarios que han visto cómo se vulneraban sus derechos a favor de un nuevo concepto de seguridad. Las principales víctimas de esta situación son extranjeros y minorías étnicas, grupos percibidos como una amenaza para la cohesión y el orden social; una percepción que se ha radicalizado a través de los medios y las redes sociales. Esta situación es parte de un contexto de crecientes tensiones, extremismo religioso y radicalismo violento que, en algunos casos, es utilizado por la propia élite gubernamental para apoyar cambios legislativos o justificar intervenciones arbitrarias. El resultado: una restricción de derechos fundamentales legitimada por los propios gobiernos.

Palabras clave

Derechos Humanos, Migración, Terrorismo, Nacionalismo, TEDH

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. CONTEXT OF HISTORICAL MIGRATORY FLOWS. III. CONTEXT OF INSECURITY ASSOCIATED WITH THE RISE OF TRANSNATIONAL TERRORISM. IV. POPULISM ASSOCIATED TO A NATIONALISM THAT SUPPORTS AN IDENTITY IT CONSIDERS IN DANGER, FOCUSING A HATE SPEECH TOWARDS THE INVADING FOREIGNER. V. CONSEQUENCES: THE DETRIMENT OF HUMAN RIGHTS UNDERWAY. VI. STANCE ADOPTED BY SUPRANATIONAL INSTITUTIONS. 1. *Case HIRSI JAMAA AND OTHERS v. ITALY, 23 February 2012*. 2. *Case N.D. and N.T. v. SPAIN, 3 October 2017*. VII. NOW THE QUESTION IS: WHAT WILL HAPPEN FROM NOW ON?. *REFERENCES*.

I. INTRODUCTION

At times, some of the leaders who should govern for their citizens only generate a populist discourse that threatens human rights. Sometimes this discourse is nothing more than a distortion of reality, sometimes it is even a lie, but the stems generally goes against the most vulnerable people, in this case, migrants². One of the clearest examples is the speech of the Hungarian Prime Minister, Viktor Orbán, who stated the following: “They [Europeans] have a clear will, they do not want to live under the threat of terrorism, they want security, they want their borders to be protected” (Schultheis 2018). At the same time as showing himself to be one of his country’s most fervent defenders, he is planting the seed of fear of the unknown. Without proper management, this fear will probably turn into hatred towards ‘the other’. Thus, in making a more exhaustive analysis of this issue, it is essential to highlight the existence of some factors that, although at first glance seem to be unrelated to each other, can generate a significant violation of human rights if we do not approach them from a comprehensive perspective.

In particular, I am referring to the global migratory context, the perception of insecurity associated with the rise of transnational terrorism and the increase of certain discourses associated with extreme populism, aspects that

² The term “migrant” is an umbrella term not defined under international law. By its common use, it means any person who moves away from his or her habitual place of residence, either within a country or across an international border, temporarily or permanently, and for a variety of reasons. This term includes several well-defined legal categories of persons, such as migrant workers; persons whose particular form of transfer is legally defined, such as smuggled migrants; as well as persons whose status or means of transfer is not expressly defined under international law, such as international students. Specifically, this definition was developed by IOM for its purposes and does not presuppose or establish the existence of a new legal category (International Organization for Migration 2019, 130).

I will briefly develop below. The confluence of these elements will allow us to set the basis on which the European Court of Human Rights - hereinafter ECtHR - will build its legal argument to curb this situation in favour of guaranteeing the human rights of this population group.

II. CONTEXT OF HISTORICAL MIGRATORY FLOWS

Taking into account the figures collected by international organizations, it is clear that we are facing one of the most important migratory flows in the whole history: The United Nations estimates that in 2013, there were around 234 million international migrants in the world (United Nations Department of Economic and Social Affairs 2013, 17), which is equivalent to 3.3% of the world's population. About 50% of these migrants were located in the main cities of ten different countries, including four on the European continent: Germany, Spain, France and the United Kingdom (International Organization for Migration 2015, 17). However, this is only the tip of the iceberg, as the vast majority of the world's people do not migrate across borders, but within their own countries, with an estimated 740 million internal migrations in 2009 (United Nations Development Program 2009, 21). The fact is that approximately one in seven people in the world is a migrant, including not only international but also internal migrants (Thompson 2015, 30).

Nevertheless, as I mentioned previously, the concept of "migrant" is a generic term that leads to a confusion with great legal repercussions: While some people move voluntarily because they just want to improve their quality of life or their economic conditions due to poverty, instability, marginalization or exclusion, or they only want to study or work abroad, there is another population group that has to move by force³ due, among other things, to geopolitical events in their territory. This is the case of those who fled - and continue to flee

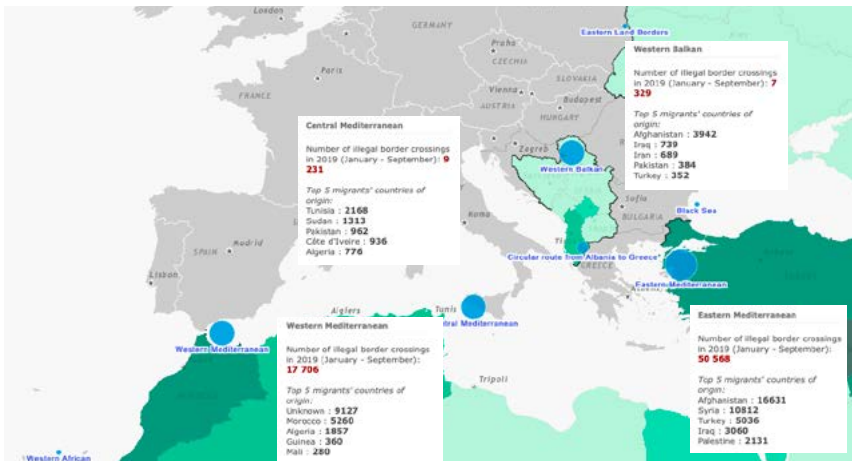
³ The United Nations General Assembly, in the Introduction to the New York Declaration on Refugees and Migrants of 19 September 2016 (A/RES/71/1), sought to lay the groundwork for how the international community should respond to the growing global phenomenon of large movements of refugees and migrants by stating the following: We are witnessing in today's world an unprecedented level of human mobility. More people than ever before live in a country other than the one in which they were born. Migrants are present in all countries in the world. Most of them move without incident. In 2015, their number surpassed 244 million, growing at a rate faster than the world's population. However, there are roughly 65 million forcibly displaced persons, including over 21 million refugees, 3 million asylum seekers and over 40 million internally displaced persons. (...) Though their treatment is governed by separate legal frameworks, refugees and migrants have the same universal human rights and fundamental freedoms. They also face many common challenges and have similar vulnerabilities, including in the context of large movements" (United Nations General Assembly 2016, 1–2).

- from the Syrian war or the Iraq conflict, and who cannot or do not want to return to their country of origin⁴. The problem often lies in differentiating them, especially when the country of origin is in conflict and is also a place of economic problems (Ortega Giménez 2016, 115–40). If we consider those migrants who have been forced to move due to the situation they had to confront in their country of origin, we find even more relevant data. Once again, Europe is one of the regions most affected by this phenomenon:

Between 2015 and 2016, the European Agency for Border and Coast Guard - hereinafter FRONTEX - detected that almost 2.3 million people crossed the EU border illegally. It is important to point out that 764.033 people crossed the western Balkan route in 2015 and 885.386 people crossed the eastern Mediterranean route, i.e. 33.21% and 38.5% respectively of the total. This shows the great migratory crisis suffered in Europe at that time.

Although the figures have now fallen compared to previous years, as a result of the implementation of the EU-Turkey statement on March 2016 and due to the border closure policies in Italy or Hungary, the Mediterranean still remains the main migration route for people from Africa and the Middle East, as can be seen below:

Figure 1. **Migratory map in 2019**

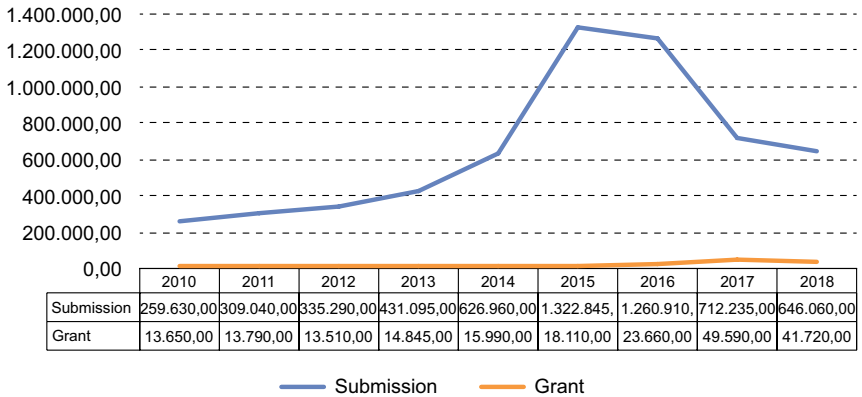


Source: Frontex 2019.

⁴ The UNHCR highlight the distinction between migrant and refugee and stresses that the tendency to confuse refugees and migrants, or refer to refugees as a subcategory of migrants, may involve serious consequences for the lives and safety of people fleeing persecution or conflict (Edwards 2016).

For the last decade, more than 2.5 million people applied for international protection, yet only a tiny fraction of the proposed applications were accepted. This situation can be appreciated in the following table:

Table 1. Asylum requests submitted and granted between 2010 and 2018



Source: Compiled by the author based on data submitted by EUROSTAT, 2019.

Some countries, such as Poland, Italy, the Czech Republic or Austria, did not agree with the quota established by the Dublin System, which further increased tensions between the Member States. Moreover, some of them, namely Hungary and Slovakia, even resorted to refugee quotas, although their proposal did not go through. In one way or another, this system revealed a structural problem on the continent, because the real numbers are not even close to what the countries agreed.

As established by the Spanish Commission for Refugee Aid - hereinafter CEAR - in 2015:

The 28 EU countries dealt with 1,321,600 asylum seekers, but they took in very unequal shares: Germany alone took care of 476,510, while Spain, for example, broke its paltry annual record with 15,000, barely 1% of the total. The asylum policies of other countries such as Hungary took on a xenophobic, authoritarian attitude. (...) By the end of May 2016, only 1,716 of the 180,000 people had been relocated as agreed on the previous summer, and of these only 105 were in Spain (CEAR 2016, 8).

This situation highlighted the deficiencies of the European migration system, which was characterised by a lack of intergovernmental coordination and widespread disagreement between the Member States. However, throughout this period, the EU tried to implement a series of policies to

alleviate both its objective deficiencies and its perception, although the results were not entirely satisfactory:

Firstly, the Common European Asylum System, also known as CEAS, was created and the existing legislative framework⁵ was improved. Its aim was not only to achieve a system which determines the responsibility of a State to examine an application for protection⁶, but also the establishment of uniform asylum status, a common procedure for granting or withdrawing asylum and a common system of temporary protection (Machimbarrena 2018, 3). In addition, the database of the EU asylum fingerprints system was updated through the Eurodac Regulation⁷.

⁵ A new EU legislative package is agreed. It sets common rules and strengthens co-operation procedures to ensure equal treatment irrespective of where the application is made. In particular, the Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (OJ L 180, 29.6.2013), which replaces Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures for granting and withdrawing refugee status (OJ L 326, 13.12.2005), has as its main purpose the setting of standards for any asylum procedure, regardless of the place of application; Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (OJ L 180, 29.6.2013), which replaces Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers (OJ L 31, 6.2.2003), framed the reception conditions for applicants for international protection in order to guarantee them a dignified life and to grant them the same conditions in all Member States; Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (OJ L 337, 20.12.2011), replacing Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted (OJ L 304, 30.9.2004). It contains, on the one hand, the list of grounds on which a person may be considered eligible for protection and, on the other hand, the content of that protection, as well as the rights which he enjoys.

⁶ Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (OJ L 180, 29.6.2013). This Regulation replaces Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national (OJ L 50, 25.2.2003).

⁷ Regulation (EU) No 603/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the establishment of 'Eurodac' for the comparison of fingerprints for the effective application of Regulation (EU) No 604/2013 establishing the criteria and mech-

The second measure was the strengthening of EU border control and the management of irregular immigration. This was undertaken through the delivery of large budget lines to neighbouring countries as a way of containing the massive influx of illegal immigrants.

The actions implemented, while palliative, have not solved the situation to the moment. Even though the inflows of massive flows of immigrants have decreased; it has not been due to the proper management of these flows, but rather to the contrary, the radical policies of closing the borders of some states such as Hungary or Italy have generated a search for alternative entry methods. Furthermore, as we have seen in the graph above, there has been no significant increase in asylum requests, despite its drastic reduction. This is indicative of either mismanagement of the process or a lack of interest on the part of the Member States.

III. CONTEXT OF INSECURITY ASSOCIATED WITH THE RISE OF TRANSNATIONAL TERRORISM

Unlike national terrorism, which was individually regulated under each domestic law, transnational terrorism as a “concept” was not included in one of the EU’s most important instruments in this field, the Rome Statute. This is due to the lack of a unified definition of terrorism. Although many authors defend the existence of common elements and some Security Council resolutions⁸ try to develop minimum standards, even today there is still no basic concept from which a joint response can be developed.

In this regards, the European Union, based on the crimes included in national regulations, tried to draw up a closed list of those crimes that could be classified as terrorist crimes, if the perpetrator commits them for:

- Seriously intimidating a population;
- unduly compelling public authorities or an international organization to perform or refrain from performing an act or

anisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person and on requests for the comparison with Eurodac data by Member States’ law enforcement authorities and Europol for law enforcement purposes, and amending Regulation (EU) No 1077/2011 establishing a European Agency for the operational management of large-scale IT systems in the area of freedom, security and justice (OJ L 180, 29.6.2013). It replaces Council Regulation (EC) No 2725/2000 of 11 December 2000 concerning the establishment of ‘Eurodac’ for the comparison of fingerprints for the effective application of the Dublin Convention (OJ L 316, 15.12.2000).

⁸ See Resolution 1373 (2001) Adopted by the Security Council at its 4385th meeting, on 28 September 2001 (S/RES/1373), and, more specifically, Resolution 1566 (2004) Adopted by the Security Council at its 5053rd meeting, on 8 October 2004 (S/RES/1566).

- seriously destabilising or destroying the fundamental political, constitutional, economic or social structures of a country or an international organisation⁹.

However, the adoption of a unified definition is fundamental for States, when acting, to have greater legal certainty when it comes to classifying acts of terrorism and differentiating them from others relating to Humanitarian Criminal Law (García Sánchez 2018, 96–98). Nevertheless, that this situation has become progressively more complicated; not only because European countries have had to deal with a problem so far unknown, but also because they are still reluctant to make an international pact at the expense of losing their sovereignty by ceding competences to supranational bodies.

It is clear that after 11-S attacks, the strategy of responding this threat has jeopardised the fulfilment of guarantees relating to individual rights and freedoms for a greater security; risks which also affect international humanitarian law itself: exceptional measures of application have been standardised, completely undermining their ultimate purpose; I mean, the limitation of their application over time and their instrumental use to restore normality. The European Union, in an effort to avoid this trend and to guarantee fundamental rights, has included in both Council Framework Decision 2002/475/JHA of 13 June 2002 and the subsequent Directive 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 a paragraph specifying that these texts do not exempt from the obligation to respect fundamental rights and fundamental legal principles contained in Article 6 of the Treaty on European Union¹⁰.

IV. POPULISM ASSOCIATED TO A NATIONALISM THAT SUPPORTS AN IDENTITY IT CONSIDERS IN DANGER, FOCUSING A HATE SPEECH TOWARDS THE INVADING FOREIGNER.

As mentioned at the beginning, the main strategy of some countries was to spread fear and hatred against the migrant as a way of preserving the

⁹ Council Framework Decision of 13 June 2002 on combating terrorism (OJ L 164, 22.6.2002) is considered to be the cornerstone of the criminal justice response of the Member States in the fight against terrorism. Article 1 contains a closed list of those acts which, being criminalised under national law, may be considered terrorist when committed for a specific purpose specified in the Article. This article has been incorporated into Directive 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 (OJ L 88, 31.3.2017).

¹⁰ See Art. 1.2 Council Framework Decision of 13 June 2002 on combating terrorism (OJ L 164, 22.6.2002) and Art. 23.1 of Directive 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 (OJ L 88, 31.3.2017).

country. This strategy, although supposedly justified under the right to freedom of expression, in many cases goes beyond the limits, generating not only the rejection of the foreigner but also, the violation of some of his fundamental rights.

The problem becomes even more serious when this discourse has political and legal repercussions reflected in the legislation of the country. Two of the most striking - and alarming - cases are the cases of Hungary and Italy:

On 15 March 2019, Viktor Orbán, the Hungarian Prime Minister, in his speech in honour of the 171st anniversary of the 1848-49 Revolution, in addition to talking about Hungarian national unity and the “renaissance of Central Europe”, stated that “Without the protection of our Christian culture, we are going to lose Europe and Europe will no longer belong to Europeans”. This is an example of the many discourses advocated in recent times. The problem is its repercussions have not remained there; those speeches were accompanied by a series of actions and measures that violate not only the rights of immigrants but also of those whose sole aim is to help them; I am referring specifically to the Stop Soros law, the new legislation adopted in June 2018. It punishes with imprisonment lawyers and organisations that help migrants. The repeated warnings and the opening of a procedure by the European Commission have not urged Orbán to redefine the approach to this extreme nationalist tendency that still characterises his policies.

Months after the implementation of the Hungarian measures, Matteo Salvini, the Italian Minister of the Interior, saw how the decree bearing his name succeed with the support of the country’s Council of Ministers. It implies legislative changes on immigration insofar as it tightens conditions for asylum seekers, limits the protection of vulnerable immigrants and facilitates their expulsion.

V. CONSEQUENCES: THE DETRIMENT OF HUMAN RIGHTS UNDERWAY

As I said at the beginning of my speech, the three above-mentioned factors do not - or at least should not - generate per se a violation of fundamental rights. However, extreme nationalist discourses that seek to defend one’s own identity from “the enemy” in a historical context of unprecedented migrations since the IIG.M. and with a perception of insecurity after the rise of transnational terrorism, are leading not only to greater social rejection of immigrants, but also to legislative reforms that violate the basic principles and values of the European Union. In this way, it could be argued that this situation contributes to the violation of certain rights at three differentiated levels:

At the social level, what is taking place is stigmatisation of immigrants even greater than existed before. In Spain, for example, especially during the economic crisis of 2008, the general perception of the immigrant was negative insofar as it “deprived the Spaniards of their jobs”. Now a further step has been taken place and the population groups - especially from sub-Saharan Africa and the Middle East - are seen as dangerous immigrants, criminals or even quasi-terrorists, even though objective data show the opposite.

However, the issue is not only about social perception but is already transcending at the legal level (both nationally and internationally). In domestic law, as illustrated by the case of Italy or Hungary, certain countries are including a series of reforms in which not only irregular immigrants are penalized, but also all those persons or organizations that try to help them. They are criminalizing civil society organizations that carry out search and rescue operations and charging them, among other crimes, with trafficking in persons or, as in the case of Spain, with a crime against the rights of foreign citizens under art. 318 bis of the Criminal Code¹¹. But the detriment of fundamental rights does not end here. Any imposition of obstacles for an immigrant or refugee to have access to a country other than their country of origin generates, also, the violation of international humanitarian law due to the impossibility of exercising the right to seek asylum and, therefore, the possibility of being identified as victims of human trafficking.

VI. STANCE ADOPTED BY SUPRANATIONAL INSTITUTIONS

The main concern of supranational entities after happened in recent years has been to find a balance between respect for the sovereignty of states to legislate on a specific matter and the protection of human rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms - hereinafter ECHR-. To this end, the ECtHR in its judgments has focused on protecting immigrants through three articles of

¹¹ Article 318 bis of the Criminal Code introduced in the 2015 (BOE n° 77, 31.03.2015) reform provides as follows: “1. Anyone who intentionally assists a person who is not a national of a Member State of the European Union to enter Spanish territory or to transit through it in a manner that violates the legislation on the entry or transit of foreigners shall be punished by a fine of three to twelve months or imprisonment of three months to one year. If the acts were committed for profit, the penalty shall be in the upper half of the range. 2. Anyone who intentionally helps, for-profit, a person who is not a national of a Member State of the European Union to remain in Spain, in contravention of the legislation on the stay of foreigners, shall be punished by a fine of three to twelve months or imprisonment of three months to one year.

the ECHR: 3¹² and 13¹³ of the Convention and Article 4 of Protocol 4 of 16 September, 1963¹⁴.

The application of these articles is reflected in some of the Court's judgments in this field:

1. *Case HIRSI JAMAA AND OTHERS v. ITALY*, 23 February 2012

In this case, the Tribunal was responding to the request of 24 individuals in a group of more than two hundred Somalis who were intercepted at sea, forcing them to return to Libya, from where they had departed.

The relevance of this judgement lies in the fact that it is the first time that the ECtHR has recognized the violation of Article 4 of Protocol 4 by acts carried out outside the territory of a State party to the Convention, since the return took place on the high seas, applying in an "extraterritorial" way the aforementioned precept¹⁵. The court interpreted the article in a teleological way, to guarantee respect for human rights. In doing so, the Court found that the violation of article 3 had occurred from a twofold perspective: on the one hand because of the danger of being returned to Libya, in the light of the situation in the country regarding allegations of ill-treatment of illegal immigrants; on the other hand, because of the risk of being repatriated to Somalia and Eritrea. Under this latter criterion, the Court reiterated the State party's obligation to ascertain that there were sufficient guarantees to prevent the persons concerned from being subjected to arbitrary return to their countries of origin where they [may] be subjected to ill-treatment contrary to article 3 (De Castro Sánchez 2013, 1129).

Also, the Court considered the violation of Article 13 of the Convention concerning Article 3 and Article 4 of Protocol No. 4 to the Convention.

¹² Article 3 to the ECHR (ETS No.005, 04/11/1950) prohibits torture by stating that "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment".

¹³ Article 13 to the ECHR (ETS No.005, 04/11/1950) determines the right to an effective remedy by stating: "Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity".

¹⁴ Article 4 of Protocol No. 4 to ECHR (ETS No.046, 16/09/1963) prohibits the collective expulsion of aliens.

¹⁵ This is the argument outlined by Italy to oppose the application of Art. 4 of Protocol No. 4 to ECHR. It asserts that what has occurred is a refusal of entry of aliens into its territory, not a presumption of the expulsion of aliens as long as they are not within the borders of the country.

2. *Case N.D. and N.T. v. SPAIN, 3 October 2017*

I consider this sentence particularly relevant as it condemned Spain for the “hot expulsions” on the Melilla fence in August 2013. The applicants argued that they were deprived of the right of being subject to an individualised administrative procedure before being returned to their country of origin, once they had been detained by Spanish security forces after crossing the Melilla fence. This situation, not only infringed the right to an effective remedy under Article 13 ECHR, but also led to a collective expulsion prohibited by Article 4 of Protocol No. 4 to ECHR. In this case, the ECtHR agreed with them and condemned Spain for it.

Another response from supranational bodies was generated by the European Parliament on September 2018, which voted in favour of unprecedented disciplinary action against Hungary for violating the values on which the EU was founded through Article 7 of the Treaty on European Union¹⁶: Article 7 sanctions can only be imposed on an EU member that violates the values of “human dignity, freedom, democracy, equality, rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities”¹⁷.

VII. NOW THE QUESTION IS: WHAT WILL HAPPEN FROM NOW ON?

We still have to fight for the protection of human rights, not only from the political or legal sphere but from a multi-level approach in which society is the backbone of that response. Only in this way, we will be able to give a comprehensive approach to the problem that we are trying to address.

At the European level, I believe that the challenge now is to address the emergence of nationalist parties and to analyse the possible impact that their way of thinking might have on subsequent European legislation. Some of the politically significant events of this year, such as the European elections on 26 May, the situation with the Open Arms boat or the governmental changes in Italy, further reaffirm the belief that the ultimate objective of the European Union must be to legislate to guarantee the fundamental rights of the most vulnerable people; only in this way will it be possible to respect the essence for which it was created.

¹⁶ Article 7 of the Consolidated Version of the Treaty on European Union (OJ C 202, 7.6.2016) aims to ensure that all EU countries respect the common values of the European Union. It provides for a preventive mechanism in case of a “clear risk of a serious breach” and a sanction mechanism in case of a “serious and persistent breach by a Member State” of the values stipulated in Article 2.

¹⁷ Article 2 of the Consolidated Version of the Treaty on European Union (OJ C 202, 7.6.2016).

REFERENCES

- CEAR. 2016. «Situation of Refugees in Spain and Europe. Executive Summary». Comisión Española de Ayuda al Refugiado. <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2013/05/Executive-Summary-2016-Report-CEAR.pdf>.
- DE CASTRO SÁNCHEZ, Claribel. 2013. «TEDH-Sentencia de 23.02.2012, Hirsi Jamaa e.a.c. Italia, 27765/09. Artículos 3 y 13 Del CEDH; Artículo 4 Del Protocolo No 4- Tortura y Tratos Inhumanos y Degradantes; Derecho a Un Recurso Efectivo; Prohibición de Las Expulsiones Colectivas de Extranjeros». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 46 (September): 1119–1135.
- EDWARDS, Adrian. 2016. «UNHCR Viewpoint: “Refugee” or “Migrant” – Which Is Right?» UNHCR. 11 July 2016. <https://www.unhcr.org/news/latest/2016/7/55df0e556/unhcr-viewpoint-refugee-migrant-right.html>.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz. 2018. «Instrumentos Internacionales En La Lucha Contra El Terrorismo (ONU)». In *El Terrorismo En La Actualidad: Un Nuevo Enfoque Político Criminal*, edited by Ana Isabel Pérez Cepeda, 75-104. Tirant Monografías. Valencia: Tirant lo Blanch.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, ed. 2015. *Migrants and Cities: New Partnerships to Manage Mobility*. World Migration Report. Geneva: International Organization for Migration (IOM).
- , ed. 2019. *Glossary on Migration*. International Migration Law 34. Geneva: International Organization for Migration (IOM). <http://publications.iom.int/books/international-migration-law-ndeg34-glossary-migration>.
- MACHIMBARRENA, María Granados. 2018. «La cuestión del asilo y el principio de non- refoulement: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en la UE». *Universidad de Navarra*, 25.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso. 2016. «¿Qué diferencias existen entre “refugiados” e “inmigrantes”?» In *Migración y asilo: nuevos retos y oportunidades para Europa*, edited by Belén Becerril Atienza, José Parejo Gámir, and Blanca Sánchez Alonso, 1st ed., 115–140. Estudios. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- SCHULTHEIS, Emily. 2018. «Viktor Orbán: Europe Will Restore “the Will of the People” on Migration in 2018». *POLITICO*, 5 January 2018. <https://www.politico.eu/article/viktor-orban-refugees-europe-will-restore-the-will-of-the-people-on-migration-in-2018/>.
- THOMPSON, Laura. 2015. «Migración en Europa: tendencias actuales y retos emergentes». In *Flujos cambiantes, atonía institucional. Anuario de la Inmigración en España 2014 (edición 2015)*, 28-52. Anuario CIDOB de la Inmigración. Edicions Bellaterra. http://www.cidob.org/es/publicaciones/serie_de_publicacion/anuario_cidob_de_la_inmigracion/flujos_cambiantes_atonia_institucional_anuario_de_la_inmigracion_en_espana_2014_edicion_2015.
- UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. 2013. «International Migration Report 2013». United Nations. <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/Migration-Report2013.pdf>.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM, ed. 2009. *Overcoming Barriers: Human Mobility and Development*. Human Development Report 2009. New York: Palgrave Macmillan.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. 2016. *New York Declaration for Refugees and Migrants, Resolution Adopted in the Seventy-First Session. A/RES/71/1*. <https://www.unhcr.org/events/conferences/57e39d987/new-york-declaration-refugees-migrants.html>.

THE SECESSION-REMEDY EPISODES. MASSIVE AND GRAVE VIOLATIONS AGAINST THE HUMAN RIGHTS OF MINORITIES AND PEOPLES

Los episodios de secesión-remedio. Violaciones graves y sistemáticas de los Derechos Humanos de minorías y pueblos

Gaspar González Represa¹

Personal Investigador en Formación

Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli* (Italia),
en cotutela con la Universidad de Málaga

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp163-180](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp163-180)

Recibido: 01.11.2019

Aceptado: 09.12.2019

Abstract

This Paper intends to give an overview of the development in the concept of self-determination made by United Nations after World War II, from the last period of colonialism, codifying the right to self-determination and considering the Peoples who suffered from it as subjects of this right, until the appearance of secessionist

¹ This paper is part of the doctoral research currently developed in the PhD course “Internazionalizzazione dei Sistema giuridici e diritti fondamentali”, 33rd cycle, at the Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*, under the supervision of Professor Daniela Bifulco, in Cosupervision with the doctoral program of Legal and Social Sciences at Universidad de Málaga, under the supervision of Professor Ángel Rodríguez-Vergara Díaz.

It is also part of the DGcYt Research Project “Límites a la fragmentación de los derechos fundamentales en la Europa integrada y un contexto globalizado: sujetos, ordenamientos, competencias, estándares y territorios”, Reference DER2017-85659-C5-4-R. IP D. Rafael Naranjo de la Cruz.

episodes and the restricted reformulation on the following decades; then, the assumption of the *theory of secession-remedy* will be scrutinized as the last step in the evolution of self-determination in response to episodes of grave violations of human rights and restrictions of self-government faculties.

Keywords

Self-determination, Colonial domination, territorial integrity, secession-remedy, national minorities, United Nations.

Resumen

El presente *paper* lleva a cabo una visión general del desarrollo del concepto de autodeterminación efectuado por las Naciones Unidas tras la Segunda Guerra Mundial, desde el período del colonialismo, codificando el derecho de autodeterminación y considerando a los pueblos que lo padecieron como sujetos del mismo, hasta la aparición de episodios secesionistas y la reformulación restringida formulada en las décadas siguientes; posteriormente, será analizada la teoría del remedio de secesión como el último estadio en el proceso evolutivo de la autodeterminación en respuesta a episodios de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos y restricciones de las facultades de autogobierno.

Palabras clave

Autodeterminación, dominación colonial, integridad territorial, secesión-remedio, minorías nacionales, Naciones Unidas.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. 1. *The principle of self-determination of Peoples within the United Nations Organization after World War II.* 1.1. The positivation of the right to self-determination of Peoples during the decolonization period. Colonial territories as the subjects of the right. 1.2. The new and ambiguous evolution of the right to self-determination and the secessionist cases. The codification of the principle of territorial integrity. II. THE SECESSION-REMEDY EPISODES. THE LAST STAGE OF ITS EVOLUTION. III. CONCLUSIONS. *REFERENCES.*

I. INTRODUCTION

The imprecise delimitation of self-determination in International Law and its ambiguous and, to a certain extent, confusing content is partly due to its evolutionary nature. As a matter of fact, the principle of self-determination of Peoples has been one of the most relevant principles in International Law² in the last two centuries and represents not only a simply legal concept, but also a significant axiom in so many situations and in a vast range of circumstances along history, even trespassing the borders of Law where its evolution process began. However, it was in the 20th century, throughout its legal codification, when the most remarkable and significant period of its evolution took place, gaining this principle a great relevance in our current world.

As a consequence of the evolutive character of self-determination, it is particularly difficult to approach its features in order to clarify them properly. This is also the main reason why there has been such an intense doctrinal debate in the last couple of decades discussing about the specific content and the subjects of the right to self-determination of Peoples, as well as a persistent misunderstanding of the conditions of exercise thereof by the International Community³. Thus, as is widely known, this principle has suffered many restrictions and willing deformations by the sovereign States themselves who have not always duly respected the applicable regulation of this confused expression established in International Law along the last century⁴, giving priority instead to their own political judgment whenever this principle should be implemented.

² Gómez Robledo, A. (1982): *El ius cogens internacional: (estudio histórico-crítico)*, México: Universidad Autónoma de México, p. 40-41.

³ Ofuately-Kodjoe, W. (1977): *The principle of Self-Determination in International Law*, New York, Nellen Publishing Company, Preface.

⁴ Héraud G., Preface in Obieta Chalbaud, J.A. (1980): *El Derecho de autodeterminación de los pueblos. Un estudio interdisciplinar de los DD.HH.*, Universidad de Deusto, Bilbao.

1. *The principle of self-determination of Peoples within the United Nations Organization after World War II*

As a matter of fact, the codification of the principle of self-determination of Peoples in International Law is a pretty recent event, since the creation of political entities and States was considered as a *de facto* issue that could only being resolved by the use of power, not being subdued by any kind of regulation. Upon one part from the parent State achieved the real independence the rest of the countries were free from that moment on to recognize it or not as a new sovereign State. However, after Second World War, in a post-war period once again, the concept «self-determination» regained ascendancy in international relations, no longer being regarded as a political measure and acquiring legal status⁵. Along the 20th century, the self-determination experimented a gradual process of evolution to become an undeniable peremptory norm in the positive international law, which stemmed from the legal codification of the right to self-determination of Peoples by the United Nations and its later development in the aftermath of the armed dispute⁶, surrounded by ambiguity and some confusion within the International Community.

What is of particular interest here is to understand properly how this principle was applied by the United Nations and the disparate approaches made to its Resolutions depending on the territory who claims its exercise. As a starting point, United Nations distinguished between two separate situations, colonialism and secessionism. Applicable international regulations in both cases were utterly different, especially the assumption of Peoples as subjects entitled or not to the right of self-determination in each case⁷. In reality, this legal principle had in practice serious political consequences that led to

⁵ In this respect, during Second World War, the President Franklin Roosevelt of the United States and the British Prime Minister, Winston Churchill, signed the Atlantic Charter in 14 August 1941, which make reference to the principle of self-determination and have an evident similarity with the Fourty Points of Wilson proclaimed in the First World War. This joint declaration is defined in the own document as a “certain common principles (...) on which they based their hopes for a better future for the world”. The present document acknowledged among these principles the following two:

“(...) Second, they desire to see no territorial changes that do not accord with the freely expressed wishes of the peoples concerned;

Third, they respect the right of all peoples to choose the form of government under which they will live; and they wish to see sovereign rights and self-government restored to those who have been forcibly deprived of them (...)” (*Treaties and Alliances of the World: An International Survey Covering Treaties in Force and Communities of States*, Bristol, Keesing’s Publications, 1974).

⁶ Gómez Robledo, A., 1982, p. 83.

⁷ González Represa, G. (2017): “La constitucionalidad de un referéndum independentista catalán”, in *Diario LA LEY*, nº8902, Editorial Wolters Kluwers, p. 6-7.

United Nations to adopt two contrasting currents of legal doctrinal thinking on its confusing practice: on the one hand, supporting for the fully colonial independence in which the political aspect prevailed over the legal one; on the other hand, the new perspective adopted in the International Covenants, by means of which the trend was reversed and the legal aspect took priority.

1.1. The positivation of the right to self-determination of Peoples during the decolonization period. Colonial territories as the subjects of the right

The decolonization process began in the 18th and 19th century with the emancipations of the United States from the British Empire and, subsequently, the Latin America colonies from the Spanish and the Portuguese Empires, in which nationalist movements were greatly influenced by the triumph of the Enlightenment doctrine and the independence of the United States⁸. These political processes in America epitomized somehow the ideal of self-determination of Peoples that had not yet been enshrined by then⁹. The decolonization was irrepressible and grew across Asia, Africa and Oceania, especially on the occasion of the end of the Second World War. As a consequence of this lamentable armed conflict and the cruelty reached during that time, the necessity of a large number of political changes in the world was evinced, being opened doubtless a new period in history with a large-scale decolonization process that was extended until the end of sixties in the three said continents, after which few territories remained under the colonial rule¹⁰.

There had previously been several mentions to the self-determination as a right from a colonial perspective. Among the most relevant, the United States Declaration of Independence must be highlighted as the former allusion to the right to self-determination from a colonial understanding, stressing that the Thirteen Colonies at war had to be free, independent States¹¹. Vladimir

⁸ In this sense, the Fifth President of the United States of America, James Monroe, proclaimed in a Message to Congress on December 2, 1823, that:

“The American continents, by the free and independent condition which they have assumed and maintain, are henceforth not to be considered as subject for future colonization by any European Power (...) We would not view any interposition for the purpose of oppressing (the former colonies in the Americas) or controlling in any other manner their destiny by any European Power (...)” (*Treaties and Alliances of the World: An International Survey Covering Treaties in Force and Communities of States*, Bristol, 1974, p. 151).

⁹ Gómez Robledo, A., 1982, p. 87.

¹⁰ “The wind of change is blowing through this continent”, UK Prime Minister Harold Macmillan to the Parliament of South Africa, on 3 February 1960.

¹¹ “The Representatives of the United States of America, in General Congress, Assembled, (...) do, in the Name, and by the Authority of the good People of these Colonies,

Lenin also made express reference to the colonial issues in his manuscripts, urging oppressed nations to achieve their political independence from oppressive nations in colonial circumstances via referendum¹². Soon after, the President of the United Nations during World War I, Woodrow Wilson, alluded to the pressing readjustment of the colonial claims in the Fifth Point among his proposals in 1918 in pursuit of preventing the situations of subjugation from extending even more¹³.

No sooner had the World War II come to an end than the European Empires, especially the United Kingdom, France, Portugal and Netherlands, saw themselves forced to contemplate how the colonial territories under their control repeatedly claimed their self-government and their right to set in motion a new independent State. As is widely known, any intention to deny or prevent these strong feelings of freedom from these Peoples triggered in turn new bloody conflicts between the Great European Empires and the oppressed communities angling for ending with the exterior domination. Nonetheless, on other occasions, the leading European Powers were especially interested in enabling the emancipation of their colonies, which entailed a considerable amount of expenses, facilitating that the processes took place peacefully.

Some reasons can be given as an explanation to pinpoint why this new decolonization process occurred. The thrilled attempts at becoming independent were in some measure due to the spreading of nationalist movements across the indigenous minorities of the colonies and the weakness of their parent States at that point of time because of the wars, which inspired to these entities who suffered their oppression to change the situation in which they had lived for so long. In addition to the foregoing, the position of the two world superpowers, the United States and the Soviet Union, which respectively had an evident colonial past and rejected the oppressed nations, was clearly in favor of the currency of this trend, which constituted a crucial boost.

Therefore, the necessity and the extreme urgency of finishing with the colonial imperialism and their related unfair situations around the world were

solemnly Publish and Declare, That these United Colonies are, and of Right ought to be, Free and Independent States; that they are absolved from all Allegiance to the British Crown, and that all political Connection between them and the State of Great-Britain, is and ought to be totally dissolved” (Conclusion paragraph of the United States Declaration of Independence signed in 1776 by the Second Continental Congress).

¹² Sanz de Hoyos, C. (2017): *El derecho de autodeterminación. Constitución y normas internacionales*, Pamplona, Aranzadi, p. 25; 63-68.

¹³ “A free, open-minded, and absolutely impartial adjustment of all colonial claims, based upon a strict observance of the principle that in determining all such questions of sovereignty the interests of the populations concerned must have equal weight with the equitable government whose title is to be determined”.

revealed. In order to achieve that, the United Nations adopted the Woodrow Wilson's understanding of the principle of self-determination that the President had endorsed some decades before as a benchmark for its codification¹⁴. It is remarkable the significant role the United Nations played in the decolonization process by means of its codification in favor of Peoples on a legal document, its Foundational Charter¹⁵, historically considered as the first allusion to the self-determination of Peoples in International Law, and its later development on its Resolutions, maybe the legal source which have supplied it most practical duress, which is the essential question to be addressed now¹⁶.

Upon establishing the *Principle* of self-determination of Peoples as a rule for the Relations among States, its facet as a collective Human Right¹⁷, the so-called *Right* to self-determination of Peoples, gained great relevance as well, being applied in the aftermath of the war in favor of the colonial territories to reach their independence. This fact is due not only to its codification on the UN Charter, but also in some of its Resolutions which were of great importance during the decolonization process, such as the United Nations General Assembly Resolution 1514, of 14 December 1960, titled «Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples», and Resolution 2625, of 24 October 1970, titled «The Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States»¹⁸.

The mentioned Resolutions of the United Nations reflected the pressing need to end urgently with colonialism and any kind of alien subjugation in order to attain world peace as justification to implement the said principle, as the Charter also did in 1945. The persistent and ardent desire of the colonial territories was clearly unstoppable and pointed towards the emergency of embracing these aspirations and drawing a period of constant and evident denials of fundamental human rights to a close. For this reason, the United

¹⁴ Sanz de Hoyos, C., 2017, *cit. op.*, 65-71.

¹⁵ The Charter of the United Nations is the foundational treaty of this organization and it was signed in San Francisco, United States, on 26 June 1945. It entered into force on 24 October of that same year.

¹⁶ Casanovas y la Rosa, O.: *Unidad y pluralismo en Derecho Internacional Público*, II Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, 1998, and Gómez Robledo, A., 1982, p. 83-84.

¹⁷ The International Court of Justice's Advisory Opinion related to Sahara Occidental, of 16 October 1975, recognized the collective facet of the self-determination right and Peoples as its titular subjects.

¹⁸ Recalling Resolution 1966 (XVIII), of 16 December 1963, titled «Consideration of principles of international law concerning friendly relations and co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations».

Nations was fully conscious that any delay in the application of its Resolutions could continue to occasion new conflicts and disputes across the globe. For the purpose of promoting their correct implementation and the lasting and perpetual maintenance of international peace and cooperation among States, the General Assembly went a step further and even founded in 1961 a Special Committee on Decolonization that examined their effective application and was enabled to make suggestions and recommendations to contribute to the success of the process¹⁹.

Thus, there is no doubt that the positivation and application of the principle of self-determination and its subsequent right was a fundamental step in the development of friendly relations among States²⁰. Much evidence of this has been provided by the wording of the Charter itself, in Article 1, paragraph 2²¹ and in Article 55²², both with almost identical content, and by the United Nations' persistent practice, whose contribution helped to give rise to an appropriate atmosphere for international peace and stability, becoming gradually a basic legal principle in International Law. Moreover, the application of the principle of self-determination during the decolonization process, with the colonies as subjects of the right, was not only promoted by the United Nations, but also by the countries that had achieved independence in the post-war period and now were pressuring the winners of World War II to also release their colonial territories²³.

¹⁹ The Special Committee of Decolonization was established by the United Nations General Assembly Resolution 1654, of 27 November 1961, titled «The situation with regard to the implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples», paragraph 3.

²⁰ Gómez Robledo, A., 1982, p. 40-41.

²¹ “The Purposes of the United Nations are: (...) To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of Peoples (...)”.

²² “With a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of Peoples, the United Nations shall promote (...)”.

²³ In this respect, the Bandung Conference, held in Indonesia in 1955, shows the aspiration of the new independent States in Asia and Africa to put an end to colonialism, their former regime. The highly attended Conference adopted resolutions on various issues, including human rights and self-determination of Peoples and nations, proclaiming in this regard the Declaration on Problems of Dependent Peoples the following:

“The Conference declared its full support of the principle of self-determination of peoples and nations as set forth in the Charter of the United Nations and took note of the United Nations resolutions on the rights of peoples and nations to self-determination, which is a pre-requisite of the full enjoyment of all fundamental Human Rights (...) The Conference is agreed: a) in declaring that colonialism in all its manifestations is an evil which should speedily be brought to an end; b) in af-

In sum, a situation of oppression takes place as long as a group of citizens of a political community are marginalized by the parent State representing a deprivation of human rights of these entities and retarding their cultural, social and economic progress²⁴. As a consequence, the United Nations assumed that any sort of alien domination, subjugation or submission a People could suffer from other country endangered the maintenance of international peace, security and justice, some of the main purposes of this organization in accordance with the Charter. Further, those situations even posed a risk to some of their main principles, such as the principle of sovereign equality of States²⁵, the democratic basis whereby the equal rights and obligations will be guaranteed to all the States in search for fostering friendly and prosperous relations among States deprived of hierarchies.

Nonetheless, the codification of the principle of self-determination did not entail its effective application and observance by the States, which would only fulfil their duties as to this respect when they were compelled to do it. Indeed, a large number of colonies that had gained their independence during this period did not attained a real sovereignty in their territories, since the great economic power of the former colonial empires was still exerted over them. This new kind of domination was named as *neo-colonialism*. In addition, the frontiers of the newly created States were established by the foregoing colonial powers irrespective of the existence of Peoples, ethnic groups and tribes, causing arbitrary separations and unions between all of them, which has constituted the seed of countless conflicts in the last decades and that remain present nowadays. Accordingly, the application of this right could not be left to the judgement of a said State, which may not be interested in it and may endeavour to impose its own discretion.

firming that the subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a denial of fundamental human rights, is contrary to the Charter of the United Nations and is an impediment to the promotion of world peace and co-operation; (c) in declaring its support of the cause of freedom and independence for all such peoples”.

(Martín de la Escalera, C. (1955): «La conferencia de Bandung, sus conclusiones y su posible alcance», in *Revista de Política Internacional*, n. 22, CEPC, Madrid, p. 93-103; and *Treaties and Alliances of the World: An International Survey Covering Treaties in Force and Communities of States*, 1974, p. 208-209).

²⁴ United Nations General Assembly Resolution 1541, of 15 December 1960, titled «Principles which should guide members in determining whether or not an obligation exists to transmit the information called for under Article 73 e) of the Charter».

²⁵ The theoretical equality of sovereigns is stated in Resolution 2625, by means of which a group of principles is coded in order to promote a more effective application in the International Community.

1.2. The new and ambiguous evolution of the right to self-determination and the secessionist cases. The codification of the principle of territorial integrity

As far as secessionism and other cases are concerned, it must be pointed out that Considerations of UN Resolutions differ greatly whenever the right to self-determination is intended to be exercised within an extra colonial context. The reason for this is very simple: The International Community bore in mind that the unlimited increase of independent processes meant a serious threat to the stability and strengthening of the newly independent States formed over the decolonization period. It was inevitable to cast doubt on the benefits of a world made up of microstates, which were probably incompetents to survive by themselves. Because of that, and in contrast to the custom carried out during the colonial emancipation, once the decolonization process around the world was concluded, the United Nations adopted, so to speak, a more cautious position refusing the assumption of self-determination of Peoples as an absolute and unrestricted right of any claimer community.

The United Nations' Resolutions recognized simultaneously the self-determination as a legal principle that grants a Right to the Peoples and at the same time established in some of their provisions the limits imposed to its exercise on the grounds of some political considerations. In this respect, as some of its Resolutions have pointed out, the UN regarded that whenever a People determines its own political condition breaking pre-existing territorial unity is inconsistent with the fundamental purposes and principles embodied in the Charter²⁶. An evident reason can be given as an explanation: as is widely known, UN endeavours towards the maintenance of international peace and security after decolonization process were focused on controlling the continued secessionist ambitions in many countries, which could endanger their equilibrium and hinder the ideal progress of the International Community.

Nonetheless, the contradictions that both statements entail also added more ambiguity and confusion around this principle in the aftermath of the armed-conflict since the duality of political and legal elements in this principle was still evident in the Resolutions' wordings and especially in the subsequent practice of the United Nations. The problem probably derives from the fact that the regulation of the principle of self-determination in the Charter was concise and vague, enabling its abusive application based on

²⁶ Apart from the mentioned United Nations' Resolutions, this organization also codified this principle in the Helsinki Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe, signed in 1975. Even so, this legal text compels to refrain from assumptions that can be a threat to the territorial integrity of a State.

opportunistic interpretations; on account of this, the Nations United judged extremely necessary to diminish the scope of this right in order to prevent its exercise in those cases which could be considered secessionisms. With regards to this objective, Resolution 2625 was adopted for the purpose of clarifying the new limits imposed to the right, which were conceived to support the continuation of the political organizations born of the decolonization process²⁷.

The mentioned Resolution stresses the substantially different treatment of these episodes and the colonial ones to which the exercise of self-determination right had been granted. Therefore, this document underlines that its ownership can never mean a kind of *a secession right* within an extra colonial context and, consequently, it must be just regarded as a concession in favor of oppressed colonial Peoples. The overall Resolutions' treatment lead to the conclusion that the exercise of the right to self-determination should be refused whenever the certain claiming group forms part of a sovereign, constitutional and democratic State, whose domestic law represents properly the entire People of its territory without any kind of discrimination, as well as respects the distinguishing elements of every single community and permits the exercise of its self-government. In such cases, there is no reason pursuant to International Law to deem these Peoples as entitled to the right to self-determination. As a result, secession of one part from a pre-existing State is definitely rejected by UN legal system²⁸.

The legal mean to restrain the secessionist ambitions and the absolute application of this right implied the codification of the principle of territorial integrity of the newly independent States²⁹, in such a manner that it involved that the right to self-determination of Peoples could not be exercised as long as it supposed a serious threat or lessen the political unity of a State that met the requirements indicated in the paragraph above. Indeed, in accordance with the Resolution 50/6, of 9 November 1995, titled «Declaration on the occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations», the exercise of

²⁷ In this respect, it is noteworthy the ex-Secretary-General's assumption, U Thant, about secessionism on June 1970, warning that United Nations had never acquiesced this event to take place in a member State and would never do it (Conférence de presse du SG, ONU. Chronique mensuelle, 7 [1970], n. 2, p. 29).

²⁸ Muñoz Machado, S.: *Informe sobre España, Repensar el Estado o destruirlo*, CRITICA, Barcelona, 2012, p. 235.

²⁹ A former precedent of the principle of territorial integrity can be figured out in the treaties of the Peace of Westphalia signed on 1648, which attempted to establish a new political system for the central European States after the Thirty Years' War. By means of this series of treaties, the strengthening of the integrity of the States parties of the Peace and their consideration as sovereign States were assumed as some of the fundamental purposes in the new political period of peaceful coexistence.

the right to self-determination shall not encompass «authorizing or encouraging any action that would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States». Thus, the incompatibility between secessionist movements and the codification of this principle thereupon was clearly evinced, becoming one of the most transcendental principles in International Law and prevailing over the exercise of the right to self-determination.

Without limiting the foregoing, the priority implementation of the principle of territorial integrity has an evident statutory exception, in compliance with some UN Resolutions. As Resolution 2625 reveals, the self-determination of Peoples must not be construed as a permission to break the inviolability of the territory of an independent State, but only provided that the State complies fully with the requirements mentioned some paragraphs above. Therefore, it should be noted contrariwise that if the State in question does not achieve those conditions satisfactorily, the principle of territorial integrity will not perform as a limit to the exercise of self-determination. The evolution of this hypothesis as a new stage of the right to self-determination of Peoples will be studied in the following section.

II. THE SECESSION-REMEDY EPISODES. THE LAST STAGE OF ITS EVOLUTION

A State may secure its territorial integrity and prevent unilateral secessions, on condition that it carries out an effective development of the self-government of the Peoples that are part of it³⁰, that is, the entire population settled in its territory is represented equally regardless of the race or ethnicity and without any discrimination. However, a State compounded of several Peoples who endure continuous restrictions to their self-government and representation faculties, as well as massive and grave violations against their Human Rights, will not be able to allege the principle of territorial integrity against the groups that suffer these situations; consequently, these groups could be granted the exercise of their right to self-determination, even when it involves the partial or total disruption of the territorial unity of a pre-existing State.

As far as these new circumstances in which the right to self-determination has been granted in the last decades are concerned, it is often argued that this episode must be assumed as the last stage in the evolution process of this right. This hypothesis, entitled by the scientific literature as the *theory of*

³⁰ As it has been described by the Supreme Court of Canada's interpretation developed in the Reference Re Secession of Quebec, of 1998 (Chacón Piqueras, C. and Ruiz Robledo, A. (1999): "El dictamen sobre la secesión de Quebec: un comentario" Revista Teoría y Realidad Constitucional, n. 3, Madrid, p. 275 ff).

*secession-remedy*³¹, the *Just secession principle* and the *Just cause*³² or the *theory of violation of rights*³³, must warrant the creation of a new independent State by any group that suffers from any of the mentioned infringements on its right to self-determination. In other words, according to the trend adopted by most of the scientific literature at the end of 20th century, any act that brings about a group a deprivation of its self-governing faculties or even its human rights will justify the exercise of the right to self-determination in order to separate from the parent State, not only as a last resort to reach a solution to curb this tyranny, but also as a compensation for the damage this group has endured.

Therefore, three arguments can be given as an explanation of the exercise of this right in the present assumption: first of all, a flagrant, grave and persistent violation against the fundamental or human rights of a community; a deficient representation of this community in the State institutions, as well as whenever this representation takes place with serious and systematic discriminations against a collective by the central government based on race, creed or belonging to an ethnic group³⁴; and lastly, continuous restrictions or even exclusions to their self-government faculties. That is to say, whenever a collective has not received an equal treatment compared to the other groups within the same political organization will be rightfully permitted to create a new State for the purpose of fully exercise its right to self-determination.

Notwithstanding, then the real problem will be to determinate how grave this treatment must be to account for the exercise of this right and the consequent creation of a new State, as the unique and more convenient solution for the situation. It seems to be peacefully admitted that independence of an unjustly treated People that has suffered this experience will be justified always provided that this process is a necessary, proportional and useful tool to bring to an end to violation of rights. Thus, in the rest of cases in which less drastic measures could equally resolve these infringements the right to self-determination will not be granting to make possible the creation of a new and sovereignty State.

It is noteworthy to mention that this new stage of the right to self-determination has been recently claimed in the secessionist process in Catalonia,

³¹ Martínez Jiménez, A. (2016): *Derecho de autodeterminación de los pueblos en el Siglo XXI*, Aranzadi, Madrid, p. 20-22.

³² Norman W. (2006): *Negotiating Nationalism. Nation-building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford New York, Oxford University Press, p. 183.

³³ Buchanan, A. (2004): *Justice, Legitimacy and Self-Determination. Moral Foundations for International Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, p. 369-371.

³⁴ Petrosino, D. (1996): "Democrazie di fine secolo. L'epoca delle secessioni?", in De Fiore, C. and Petrosino, D.: *Secessione*, Roma, Citoyens, p. 28.

in which some political parties have defended occasionally its application on the grounds that this region may have experienced oppression and, consequently, constitutes a secession-remedy case³⁵. Without assessing the Catalan case, it should be noted that this secessionist attempt has invoked the exercise of the right to self-determination quoting the impact of the three arguments mentioned above as a justification of the exercise of this right; namely, a grave and persistent violation of human rights, a deficient representation or discriminations against a collective in the State institutions and restrictions to the self-government faculties. In addition to the foregoing, it should be noted that claiming the right to self-determination as a remedy will mean putting the constitutional character of the parent State in doubt, as long as this kind of widespread violations cannot ensue in an organization equipped with mechanisms of prevention and reaction against serious violations of fundamental rights.

What is of particular interest here is that, by virtue of the Resolutions adopted by the United Nations, this theory requires for the exercise of self-determination that a collective has suffered heftly and grave crimes, genocides or persecutions, in short, cases of an evident discrimination against a group. Nonetheless, doctrinal opinions dissent from this way of reasoning because of the differing interpretation of the extent of the term «discrimination». According to some authors, any claim built simply on the basis of an insufficient identity or political recognition of a group or a fairer tax treatment in favor of a region should not be compared to the secession-remedy cases and will be considered an excessive invocation of this theory³⁶. On the contrary, others argue that an undue tax pressure or also an excessive participation in the distribution of wealth and resources should also be regarded as a case of discrimination and, consequently, result in entitling the affected communities with the right to self-determination³⁷.

As it has been described some paragraphs above, the exercise of the right to self-determination and the subsequent disruption of the territorial unity of a State in some cases will be considered the most convenient remedy on the condition that it constitutes a necessary, proportional and useful option to end the infringements to the self-governing faculties and human rights of a community. Nevertheless, with respect to this point of disagreement, it must be assumed that all the circumstances mentioned as cases of discrimination may find many other solutions within the domestic law of a constitutional and

³⁵ Keating, M. (1996): *Naciones contra el Estado. El nacionalismo de Cataluña, Québec y Escocia*, Barcelona, Ariel, 143-196.

³⁶ Tajadura Tejada, J.: “Los procesos secesionistas y el Derecho europeo”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n. 37, Madrid, 2016, p. 351.

³⁷ Petrosino, D., 1996, p. 28.

democratic State. Accordingly, deeming the secession-remedy as the unique and a proportional alternative to these situations turns out a very questionable assertion. For this reason, the *Just secession principle* will not be the suitable argument to claim the exercise of the right to self-determination in this last assumption because of its deficient justification, so the concrete group must find another legal alternative in order to set in motion an independent State.

As far as the unilateral secession declarations are concerned, it is a matter of fact that its exercise is not comprehended in favor of a fraction of State neither under International Law, nor under European Union law nor under the domestic law of any constitutional State. Nevertheless, the viability of a unilateral secession in the secession-remedy cases should be admitted under UN law in the exercise of the right to self-determination by a People, as well as in the colonial contexts and in any kind of oppressed communities for any reason, prevailing over the territorial integrity of the parent State. The recent international practice has clearly demonstrated this current whereby a People that has suffered a secession-remedy episode is legitimized to exercise the right to self-determination through a unilateral secession declaration. This possibility, however, must be rejected in the rest of the circumstances, and cannot be accepted when is solely found on the majority will of the citizens in favor of the independence of their territory, as most recent studies express³⁸.

III. CONCLUSIONS

During and after the two World Wars, the creation of new independent States was accepted on account of the codification of the principle of self-determination of Peoples in International Law. The implementation of this principle was crucial after the fall of the European Empires and during the decolonization process in order to reshape the new frontiers in the International Community. In comparison to these episodes in which this principle was applied, the claims of self-determination of entities established in constitutional and democratic States, in which the legal system enables their self-government and foster their progress and their cultural singularities, are not justified under International Law. Thus, if the concrete entity does not represent an oppressed collective, the self-determination regulation enshrined in International Law cannot be applied. In these cases, any attempt at creating a new independent State must be analysed under the domestic law of the concrete State and the fundamental principles of its legal order.

³⁸ See in this regard Gutiérrez Espada, C. and Bermejo García, R. (2014): “El derecho de libre determinación de los pueblos no coloniales a la luz del Derecho Internacional”, in Solozabal, J.J. (Ed.): *La autodeterminación a debate*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2014, p. 93-108.

Unilateral declarations of independence are not acknowledged by the International Law, neither by Community Law, nor by any domestic law of a constitutional State. The recent international practice legitimizes these declarations exclusively in those cases in which a State violates human rights or the right to self-determination in its aspect internal, that is, the assumptions of secession-remedy. However, to claim in a constitutional State and member of the European Union the theory of secession-remedy as justification to attempt the independence, will turn to be an incoherent argument.

The lack of sufficient identity recognition or a fairer treatment tax in favor of certain regions, does not constitute an enabling episode to recognize this concrete exercise of the right to self-determination. In order to invoke the theory of secession-remedy it is necessary that a collective has suffered serious crimes, genocides and persecutions, choosing to become independent from the parent State as the last possible solution. The status of member state of the European Union forces us to completely reject the existence of episodes of oppression or marginalization of a collective within any European State, so the secession-remedy will not be the proper way to attempt secession in the European Union.

REFERENCES

- BLANCO VALDÉS, R. L. (2005): *Nacionalidades históricas y regiones sin historia*, Madrid, Alianza Editorial.
- BUCHHEIT, L.C. (1978): *Secession, The Legitimacy of Self-Determination*, New Haven, Yale University Press.
- CRAVEN, M. (2007): *The decolonization of International Law. State succession and the Law of Treaties*, Oxford, Oxford University Press.
- CRAWFORD, J. (1979): *The creation of States in International Law*, Oxford, Clarendon Press.
- DE BLAS GUERRERO, A (1988): “Los elementos del Estado: el Pueblo”, in GARCÍA CORATELO, R. (COAUT.): *Teoría del Estado*, Madrid, Impresa.
- (2014): “Sobre el principio de las nacionalidades”, in Solozabal, J.J. (Ed.): *La autodeterminación a debate*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias.
- GÓMEZ ROBLEDO, A. (1982): *El ius cogens internacional: (estudio histórico-crítico)*, México: Universidad Autónoma de México.
- GONZÁLEZ REPRESA, G. (2017): “La constitucionalidad de un referéndum independentista catalán”, en Diario LA LEY, nº 8902, Editorial Wolters Kluwer.
- GUELLNER, E. (1988): *Nations and nationalism*, Oxford Basil Blackwell.
- GUIMÓN, J. (1995): *El derecho de autodeterminación. El territorio y sus habitantes*, Bilbao, Universidad de Deusto.
- GUTIERREZ ESPADA, C. and BERMEJO GARCÍA, R. (2014): “El derecho de libre determinación de los pueblos no coloniales a la luz del Derecho Internacional”, in SOLOZABAL, J.J. (Ed.): *La autodeterminación a debate*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, p. 93-108.

- HOBBSAWM, E. J. (1991): *Naciones y nacionalismo desde 1780*, Barcelona, Editorial Crítica.
- JARILLO ALDEANUEVA, A. (2012): *Pueblos y democracia en Derecho Internacional*, Valencia, tirant lo blanch.
- MARTÍN DE LA ESCALERA, C. (1955): «La conferencia de Bandung, sus conclusiones y su posible alcance» en *Revista de Política Internacional*, n. 22, CEPC, Madrid, p. 93-103.
- MARTINEZ JIMÉNEZ, Aitor (2016): *Derecho de autodeterminación de los pueblos en el Siglo XXI*, Madrid, Aranzadi.
- MCWHINNEY, E. (2008): «Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples», United Nations Audiovisual Library of International Law.
- (2010): «General Assembly Resolution 2131 (XX) of 21 December 1965, Declaration on the inadmissibility of intervention in the domestic affairs of States and the protection of their independence and sovereignty», United Nations Audiovisual Library of International Law.
- NÚÑEZ SEIXAS, X. (2001): *Entre Ginebra y Berlín, La cuestión de las minorías nacionales y la política internacional en Europa 1914-1939*, Madrid.
- OBIETA CHALBAUD, J.A. (1980): *El dcho de autodeterminación de los pueblos. Un estudio interdisciplinar de los DD.HH.*, Universidad de Deusto, Bilbao.
- OFUATEY-KODJOE, W. (1977): *The principle of Self-Determination in International Law*, New York, Nellen Publishing Company.
- PAVKOVIC, A. and RADAN, P. (2011): *The Ashgate Research Companion to Secession*, Farnham (England), Ashgate Publishing Limited.
- PAYERO LÓPEZ, L. (2013): “Catalunya y el derecho de autodeterminación”, en DE CARVALHO LEAL, V. (Ed.): *El derecho y sus razones* (Actas del I Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho), Bubok Editorial, Leon.
- RENNER, K. (2016): *Estado y nación. El derecho de las naciones a la autodeterminación*, Madrid, Tecnos.
- RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, Á. (2008): «Gerontoinmigración y derechos lingüísticos: las lenguas comunitarias como “lenguas de trabajo” de la administración local en los lugares europeos de retiro», en *Revista de Lengua i Dret*, n. 50, p. 105-136.
- (2019): “Moving towards independence breaching the Law: self-determination and secession in Catalonia”, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, vol. XVII, p. 343-372.
- RUIPÉREZ, J. (1995): *Constitución y autodeterminación*, Madrid.
- RUYSEN, T. (1916): «The principle of nationality» in *International Conciliation* vol. 109, New York City.
- SANZ DE HOYOS, C. (2017): *El derecho de autodeterminación. Constitución y normas internacionales*, Pamplona, Aranzadi.
- SANZ MORENO, J.A.: “Ciudadanía, identidades nacionales, inmigración y respuesta democrática”. Document available online at http://www2.uned.es/revistadecive/publicaciones/número_01/articulos/1-04.pdf [accessed 14 June 2018], p. 61-74.
- SPADARO, A. (2015): “Las dos caras del constitucionalismo frente al principio de auto-determinación”, *Revista de Derecho Político*, n. 92.

- STERIO, M. (2013): *The Right to Self-Determination under International Law: "Self-istans", secession, and the rule of the great powers*, London, Routledge.
- VILLORO, L. (1995): "Sobre Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos", *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho* 3, p. 17-18.
- WALTER, C., VON UNGERN-STERNBERG, A. and ABUSHOV, K. (Ed.) (2014): *Self-determination and secession in International Law*, Oxford, Oxford University Press.

Estudios

NACIÓN Y LIBERTADES PÚBLICAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1812

Nation and public freedoms in the spanish Constitution of 1812

Manuel Álvarez Torres¹
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.
manuel.alvarez@urjc.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp183-203](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp183-203)

Recibido: 07.10.2019

Aceptado: 16.12.2019

Resumen

El presente artículo tiene como objeto reflexionar sobre la influencia que tuvo la Constitución española de 1812 sobre el término nación y su relación con el concepto de soberanía, así como el tratamiento de los derechos y libertades reconocidos en dicha Constitución. Para ello se realizará un análisis sobre los diferentes significados del término nación desde sus orígenes, al igual que se estudiará la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional sobre el mismo.

Palabras clave

Ciudadanía, Constitución, libertades públicas, nación, soberanía.

Abstract

The purpose of this article is to reflect on the influence that the Spanish Constitution of 1812 had on the term nation and its relation to the concept of sovereignty, as

¹ Doctorando en el plan de Doctorado Unión Europea de la Universidad Nacional a Distancia (UNED).

well as the treatment of the rights and freedoms recognized in said Constitution. For this, an analysis will be carried out on the different meanings of the term nation from its origins, as well as the interpretation made by the Constitutional Court on it.

Keywords

Citizenship, Constitution, public freedoms, nation, sovereignty.

SUMARIO: I. ESTADO DE LA CUESTIÓN. II. NACIÓN Y NACIONALIDADES. III. SOBERANÍA Y PROCLAMACIÓN DE LA SOBERANÍA POPULAR. IV. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1812: NACIÓN Y LIBERTADES PÚBLICAS. V. CONSIDERACIONES FINALES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La Constitución española de 1812 es un referente esencial en el estudio del constitucionalismo español, por lo que nos ha resultado interesante hacer una reflexión sobre el significado polisémico del término nación desde sus orígenes y su interpretación por el Tribunal Constitucional y su relación con el concepto de soberanía, así como el tratamiento de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución de 1812.

Al hilo de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña y su interpretación del significado polisémico del término nación, hemos considerado interesante, estudiar tanto sus orígenes como los del concepto de soberanía.

Asimismo, hemos creído conveniente realizar un análisis de la Constitución de Cádiz de 1812, ya que incorpora en su texto principios constitucionales que se han convertido con el tiempo en máximas inexcusables del constitucionalismo moderno. Como es sabido, entre estos principios destaca el concepto de nación y soberanía e íntimamente ligado al mismo el reconocimiento de la libertad y de los derechos individuales de los españoles. Así, junto al concepto de la nación española como «*la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios*» (art. 1) y su condición de «*libre e independiente, no es, ni puede ser, patrimonio de ninguna familia o persona*» (art. 2).

Todo ello supone la ruptura con el absolutismo monárquico que enmarcan los preceptos citados y se completa con la declaración que explicita que: «*La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales*» (art.3).

Desde el mismo umbral de la Constitución se quiere dejar sentado que los españoles dejan de ser súbditos para convertirse en ciudadanos, en su condición de titulares de la soberanía y miembros de la nación. Esta apreciación colectiva necesitaba, lógicamente, un reconocimiento de los ciudadanos como individuos y una declaración expresa de sus derechos individuales, cuestión que aborda la Constitución de manera inmediata y, en el mismo capítulo I, con la siguiente declaración:

«*La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen*» (art.4).

La Constitución se cuida de precisar quiénes son españoles y ciudadanos, que coinciden en el hecho de ser nacidos o «avencidados» en los dominios de las Españas, así como los hijos de éstos. Esta declaración se completa con la adquisición de la ciudadanía por carta de naturaleza o, también, por vecindad.

En estos apartados no se establece un catálogo de derechos y deberes de los ciudadanos, sino que aparecen diseminados a lo largo de la Constitución y vinculados a la organización y funcionamiento del Estado. Así, en el artículo 361 se establece el servicio militar obligatorio, con una fórmula retórica negativa al disponer que:

«Ningún español podrá excusarse del servicio militar, cuando y en la forma que fuere llamado por ley».

Por otra parte, de una forma novedosa, en el Título IX, dedicado a la Instrucción Pública, se dice que: *«Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes».*

Por su parte, en el Estatuto de Cataluña se declara que Cataluña es una nación. Esta declaración dio lugar a una viva polémica al considerar que la nación está indisolublemente unida a la noción de soberanía, lo que vendría a suponer una evidente contradicción con lo dispuesto en la Constitución española que atribuye en exclusiva la soberanía al Estado. Precisamente a esta cuestión se refiere el recurso planteado ante el Tribunal Constitucional por el Grupo Parlamentario Popular en los siguientes términos: *«El Parlamento de Cataluña, recogiendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña, ha definido de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación. La Constitución española, en su artículo segundo, reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad»*².

La Sentencia del Tribunal Constitucional sostiene que *«por lo que se refiere al concepto de nación, los Diputados recurrentes alegan que desde la Constitución de 1812 se ha reservado la expresión nación para referirse al depositario de la soberanía, vinculándose en la de 1978 al conjunto del pueblo o del Estado, como se acredita con el examen de los debates constituyentes referidos al artículo 2 CE. Para los demandantes, no se trata aquí de discutir concepciones históricas o culturales, sino que ha de partirse del dato incontestable de que desde el punto de vista constitucional no hay más nación que la española».* Así ha quedado claro en la jurisprudencia constitucional, en la que se afirma que *«la Constitución parte de la unidad de la*

² Recurso de inconstitucionalidad contra Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 20 de julio de 2006.

nación española» (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3) y se insiste en la idea de que «autonomía no es soberanía» (ibid), reservándose para esta última la supremacía característica del poder originario y fundante del Estado del que sólo la nación es titular. La nación española es el fundamento de la Constitución misma (art. 2 CE), el sujeto constituyente, y su «indisoluble unidad» no es un *flatus vocis*, sino la expresión de un designio inequívoco del constituyente, a saber, que no hay otra nación que la española»³.

Por otro lado, entienden los actores que también es constitucionalmente reprochable la fórmula utilizada en el preámbulo para dar cabida al concepto de nación aplicado a Cataluña. En su opinión, no tiene cabida en una ley orgánica del Estado lo que el Parlamento catalán haya podido acordar fuera de su ámbito de disposición propio, que no comprende la posibilidad de adoptar decisiones vinculantes para las Cortes Generales que contraríen su propia legitimidad.

Por su parte la Abogacía del Estado señala que el Preámbulo constata simplemente un hecho, lo cual puede ser inoportuno, pero no contrario a la Constitución. Por ello concluye que no hay conflicto jurídico alguno, pues el concepto de nación se subsume en el concepto de nacionalidad. Es decir, Cataluña no es una nación como España, jurídicamente hablando.

De otro lado, el Gobierno de la Generalitat señala que el concepto de nación no altera los términos del artículo 2 CE, pues su uso no está ligado al concepto de soberanía, debido a que por su carácter polisémico no supone la atribución de la condición de Estado.

Y, finalmente, el Parlamento de Cataluña sostiene la tesis de que mientras no se vincule al Estado o a la soberanía el concepto de nación no es inconstitucional. Asimismo, indica que el Preámbulo no dice que Cataluña sea una nación soberana, pues el pueblo catalán forma parte del pueblo español y no lo sustituye.

En este sentido es importante destacar la tesis defendida por algunos autores, en la que establecen que en el ordenamiento jurídico no hay otro sujeto accionante de la soberanía que el pueblo español, razón por la cual la Constitución recoge las tres formas de entender la nación: la jurídica, como sujeto de soberanía; la política, que se refiere a todo el territorio estatal; y la socio-cultural, como conjunto de personas unidas por el sentimiento de pertenencia a la misma unidad jurídica y política. Sin embargo, ello no le impide hablar al Parlamento de Cataluña de soberanía compartida o derivada. Y aunque en la sentencia se empieza afirmando que «*De la nación puede, en efecto, hablarse como una realidad cultural, histórica, lingüística, sociológica y hasta religiosa*» (FJ12) lo que es importante dejar claro es que nación sólo hay una: la nación española y a pesar de las confusiones que puede provocar la Constitución española al

³ Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010. Recurso de inconstitucionalidad 8045-2006. Antecedente, apartado B) Impugnaciones del articulado.

permitir la defensa de una pluralidad de concepciones ideológicas⁴, no se deben confundir los siguientes términos nacionalidades y nación⁵.

Por otra parte, se añade que en la perspectiva interna del territorio se califica como nación, se subsume bajo el concepto constitucional de nacionalidad para hacer con ello patente que la conceptualización de Cataluña como nación no pretende menoscabar el significado de la proclamación de la española como única nación constitucional (política).

En suma, observado desde la perspectiva de la Constitución, Cataluña no sería nación en el sentido en que lo es España, sino nacionalidad con derecho a la autonomía... El Estatuto propondría una lectura integradora, solidaria y no excluyente: España, nación plurinacional o nación de naciones, aceptando que el soberano es el Estado, no la nación. El término «nación» tendría en nuestro Derecho Constitucional un sentido pleno cuando el término se atribuye a una nación con soberanía plena y originaria: España. Junto a él tendría también un sentido lato y extenso, que puede predicarse de las nacionalidades que así lo consignan en su Estatuto, en cuyo caso su autonomía política es limitada y derivada de la anterior. En consecuencia, los argumentos expuestos en la sentencia respecto a los «*símbolos propios de una nacionalidad, sin pretensión, por ello, de competencia o contradicción con los símbolos de la Nación española*» calificándolos de nacionales por parte del Estatuto de Autonomía de Cataluña, como denominación de una nacionalidad dentro del marco constitucional correspondiendo a una Comunidad Autónoma, ejerciendo el derecho que le reconoce el artículo 2 de la Constitución española y que proclama en su artículo 1 y 8, proporcionándoles un significado identitario⁶.

⁴ Tur Ausina, Rosario y Álvarez Conde, Enrique. *Las consecuencias jurídicas de la Sentencia 31/2010, de 28 de junio del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña. La Sentencia de la Perfecta Libertad*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2010. Pág. 147.

⁵ Vid. Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010. Recurso de inconstitucionalidad 8045-2006. Se establece que «*cabe, en particular, la defensa de concepciones ideológicas que, basadas en un determinado entendimiento de la realidad social, cultural y política, pretenden para una determinada colectividad la condición de comunidad nacional, incluso como principio desde el que procurar la conformación de una voluntad constitucionalmente legitimada para, mediante la oportuna e inexcusable reforma a la Constitución, traducir ese entendimiento en una realidad jurídica. En tanto, sin embargo, ello no ocurra, las normas del ordenamiento no pueden desconocer, ni inducir al equívoco en punto a la indisoluble unidad de la Nación española proclamada en el artículo 2 CE, pues en ningún caso pueden reclamar para sí otra legitimidad que la que resulta de la Constitución proclamada por la voluntad de esa Nación, ni pueden tampoco, al amparo de una polisemia por completo irrelevante con el contexto jurídico-constitucional que para este Tribunal es el único que debe atender, referir el término «nación» a otro sujeto que no sea el pueblo titular de la soberanía*» (FJ12).

⁶ Solozábal Echavarría, Juan José. La Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña: una visión de conjunto. *Revista de Estudios Políticos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Nº 151, Madrid, 2011. Págs. 203-229.

La sentencia en relación con este tema acaba resumiendo, según lo expuesto, que «*la utilización del término «nación» es constitucional por su carácter polisémico y porque no supone la atribución de la condición de Estado. Igualmente, alega el Ejecutivo que debe tenerse presente que en el preámbulo de la Constitución se reconoce y proclama el carácter plurinacional de la nación española, formada por distintos pueblos».*

Lo que nos lleva a plantearnos las siguientes cuestiones:

- ¿Es correcta la interpretación de ese carácter plurinacional en la Constitución española?
- ¿Éste carácter plurinacional podría en algún momento derivar en el reconocimiento de la soberanía de alguna Comunidad Autónoma?

Del mismo modo, tenemos que poner de relieve la repercusión de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre otros estatutos de autonomía que contengan una regulación similar a las del Estatuto catalán que ha sido impugnada⁷, así como el impacto en el Estado autonómico español⁸.

II. NACIÓN Y NACIONALIDADES

La idea «nacionalista» surge en Europa en el siglo XIX⁹. La doctrina nacionalista sitúa a la nación como presupuesto y fundamento necesario de la organización política¹⁰. Para los nacionalistas «*la humanidad se encuentra dividida en naciones y las naciones se distinguen por ciertas características que pueden ser determinadas y que el único tipo de gobierno legítimo es el autogobierno nacional»*¹¹. Es decir, que la idea nacionalista sitúa el poder en la nación y, por lo tanto, en el pueblo, del que surgirá la necesidad de autogobierno, formado por el pueblo unido por unas características afines que definirán la forma de Estado. Precisamente refiriéndose a este proceso en España, Maravall precisa que «*existe un proceso de consolidación de ciertos núcleos*

⁷ Ferreres Comella, Víctor. *El impacto de la sentencia sobre otros estatutos*. Revista catalana de dret públic. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006. Págs. 471-474.

⁸ Albertí Rovira, Enoch, et al... *Valoración general de la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional*. Revista catalana de dret públic. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006. Págs. 9-68.

⁹ López Facal, Javier. *Breve historia cultural de los nacionalismos europeos*. Editorial Catarata, Madrid, 2013.

¹⁰ Souto Paz, José Antonio. *La idea medieval de nación*. En Cuaderno de Derecho Público nº2 septiembre-diciembre. INAP. Madrid, 1997. Pág. 117 <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/468>

¹¹ Vid. Kedourie, Elie. *Nacionalismo*. Trad. esp. J.J. Solozábal. Editorial: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección: Estudios Políticos, Madrid, 1988.

de mayor extensión, en el interior de los cuales, a su vez, se configuran grupos humanos designados por un étnico común. Algunos de ellos vienen de la tradición pre-islámica- astures, gallegos, pamploneses- y se han conservado en todo momento; otros son posteriores al comienzo de la Reconquista-castellanos, aragoneses, catalanes»¹²

Esta idea nacional va a ser utilizada como instrumento político de cohesión social. Así, como expone Sieyés: «*El tercer estado abraza, pues, todo lo que pertenece a la nación y todo lo que no es el tercer estado no puede considerarse como formando parte de ella. ¿Qué es el tercer estado? Todo*». Esta afirmación de Sieyés, supone que la nación es un cuerpo de asociados que vive bajo una ley común y están representados por la misma legislatura»¹³

Con anterioridad esta noción en el Renacimiento va a ir acompañada de otras medidas que pretenden convertir el reino en nación e instaurar el moderno Estado sobre un conglomerado social unido por unos rasgos comunes y solidarios. La unificación del Derecho de las jurisdicciones, de la violencia legítima son elementos necesarios para construir el Estado; la unificación de la lengua, de la etnia y de la religión son objetivos irrenunciables para construir una nación sobre el asiento del Estado. «*Por lo que un Estado nacional es, frente a las tesis absolutistas que atribuían al Rey la personificación del Estado, el que personifica a la nación, categoría conceptual ésta que viene a ocupar el lugar del soberano*»¹⁴.

Lo que permanece en la doctrina del nacionalismo, como opina Kedourie, es la afirmación de que «*los hombres tienen derecho a aferrarse a lo que les diferencia de los demás, aunque estas diferencias puedan ser imaginarias o reales, importantes o no, y hacer de estas diferencias su primer principio político*»¹⁵. Es importante destacar la idea de que estas diferencias favorezcan la unidad y no que signifiquen motivos de discriminación y discrepancias, como ha sucedido a lo largo del recorrido histórico y como recientemente, ha ocurrido con la nueva generación de Estatutos y, como ejemplo expuesto, el Estatuto de Cataluña.

Estas características culturales en vez de originar diferencias entre las personas deberían producir aportaciones sociales. Y es que el nacionalismo

¹² Maravall Casesnoves, José Antonio, «El concepto de España en la Edad Media». Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección: Historia de la Sociedad Política, Madrid, 2013. Pág. 364.

¹³ Sieyés, Emmanuel-Joseph. «¿Qué es el estado llano? Ensayo sobre los privilegios» Trad. esp. E. Rico-Godoy. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección: Clásicos Políticos, Madrid, 1988. Pág. 40.

¹⁴ Álvarez conde, Enrique; Garrido Mayol, Vicente y Tur Ausina, Rosario, «*Derecho Constitucional*», pág. 43. Editorial Tecnos, Madrid, 2011.

¹⁵ Kedourie, Elie «Nacionalismo». Trad. esp. J.J. Solozábal. Editorial: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección: Estudios Políticos, Madrid, 1988. Pág. 85.

político y el nacionalismo cultural o étnico no deberían ser dos doctrinas contrapuestas sino más bien complementarias. Las razones étnicas pueden ser un motivo que propicie la formación de una voluntad colectiva que aspire a la consecución del autogobierno, siempre que tengan en cuenta que pueden ser también otros motivos los que conformen esa voluntad de autodeterminación¹⁶.

En el debate constitucional el término nación y el término nacionalidades fue objeto de un intenso debate. Así se ha considerado que el término nacionalidades es ambiguo, confuso, peligroso, discriminatorio, innecesario e, incluso, insuficiente¹⁷. Por otra parte, el término nación fue considerado inadecuado, porque «*España no es una nación, sino un Estado formado por un conjunto de naciones*»¹⁸. Comentando este precepto, el diputado Herrero Rodríguez de Miñón opinaba: «*El proyecto que nos presenta la ponencia reconoce a España como tal nación de una manera taxativa y eso, a nuestro juicio, es un principio irrenunciable; y al atribuir al pueblo español en su conjunto la soberanía nacional –y ahí está la importancia del término–, excluye toda posibilidad de separatismo legal, puesto que reconoce un solo sujeto de autodeterminación*»¹⁹.

¿Qué significa, entonces, el término nacionalidades? Siguiendo al mismo autor, responde a esta pregunta en los siguientes términos: «... *al lado, de este principio de autodeterminación, el proyecto de Constitución reconoce un principio de autoidentificación de aquellos hechos diferenciales con conciencia de su propia, infungible e irreductible personalidad*»²⁰. Según esta interpretación, realizada por un miembro de la Ponencia constitucional, parece evidente que los términos nación y nacionalidad no son intercambiables y, por tanto, entender que el término nación utilizado en el preámbulo del Estatuto de Cataluña no puede interpretarse como nacionalidad, aunque con esta expresión se limite a reconocer determinadas características culturales, que pretendan autoidentificar a esa comunidad, pero que en ningún caso puede conllevar el principio de autodeterminación.

Partiendo de la idea nacionalista es importante remontarse a los primeros textos internacionales que situaron la soberanía en el pueblo, huyendo así del antecedente histórico absolutista que enfocaba todo el poder en el monarca.

¹⁶ Souto Paz, José Antonio. *La idea medieval de nación*. En Cuaderno de Derecho Público nº2 septiembre-diciembre. INAP. Madrid. 1997. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/468>

¹⁷ Vid. Garrido Falla, Fernando et al.... *Comentarios a la Constitución*. pág.44. Editorial Civitas, Madrid, 1985. Pág. 119.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Vid. Garrido Falla, Fernando et al.... *Comentarios a la Constitución*. Editorial Civitas, Madrid, 1985. Pág.45.

²⁰ *Ibidem*.

III. SOBERANÍA Y LA PROCLAMACIÓN DE LA SOBERANÍA POPULAR

En la polémica medieval el problema se centra en que la soberanía (cualquier poder) estaba limitado por la ley divina, problema que no resolvió Bodino, porque, aun sosteniendo que el poder era absoluto, sin embargo matizaba que, en última instancia, estaba limitado por la ley divina. Bodino en realidad es el continuador de una teoría que había sido elaborada a lo largo de la Edad Media. Así sostiene que la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de la república²¹.

La soberanía, en el Estado moderno, se entiende así como un poder supremo hacia el exterior, lo cual supone su independencia no sólo respecto al emperador, sino también en relación con el papa²². Bodino desliga al reino de la sumisión al papa, pero mantiene la sujeción de la ley humana a la ley eterna y a la ley natural. Así, aunque afirma que no hay superior sobre la institución real, pues el rey es soberano, consagra así el término soberanía. Recogiendo la idea medieval de la soberanía, nadie superior al rey, vincula así la idea de la soberanía a la figura del monarca. Por otra parte, sitúa la soberanía en el ámbito del Derecho, al que concibe como condición inexcusable para la realización de los fines políticos, por ello el poder legítimo está sometido al derecho y, en concreto, al derecho divino: «*El poder absoluto no significa otra cosa que la posibilidad de derogación de las leyes civiles, sin poder atentar contra la ley de Dios*»²³ La ley, en consecuencia, es el instrumento real para la realización de la justicia, pues «*es necesario que la ley del príncipe sea hecha a medida de la ley de Dios*»²⁴.

La limitación de la soberanía a través de la sumisión al derecho divino y natural, cuyo legítimo intérprete es el Papa, va a ser superada por Hobbes al dejar clara constancia de la supremacía del poder civil sobre el poder religioso, de la unidad de la soberanía y de cómo ésta abarca tanto la dimensión temporal como la espiritual²⁵

Estos dos conceptos se funden en la Revolución francesa donde se produce un cambio radical en la nueva concepción de soberano, pues ya no se

²¹ Bodino, Juan. *Los seis libros de la República*. Libro I, cap. I. Trad. Española. Ediciones Orbis, 1973.

²² Souto Paz, José Antonio. *Comunidad política y libertad de creencias: Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*. Editorial Marcial Pons. 3ª edición, Madrid, 2007. Págs. 99-103

²³ Bodino, Juan. *Los seis libros de la República*. Libro I, cap. I, cit., I, 8. Trad. Española. Ediciones Orbis. 1973.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Hobbes, Thomas. *Leviatán*. 2ª Edición. Traducción de Antonio Escotado. Editora Nacional, Madrid, 1980. Cap. XVIII, págs. 268- 278.

encuentra reconocida esa soberanía en el rey, ni se encuentra supeditada por el poder temporal ni espiritual, sino que la soberanía va a residir en el pueblo, es decir, el Estado llano como soberano de la nación.

Fue Sièyes quien propuso la primera reforma más significativa invitando a que el tercer Estado se constituyera en Asamblea Nacional. Tras un largo debate el Tercer Estado se proclamaba Asamblea Nacional, convirtiéndose en la depositaria de la soberanía popular²⁶. El 9 de julio la Asamblea se auto-proclama Asamblea Constituyente. La Asamblea Nacional- después de proceder a la derogación de los derechos feudales y proclamar a Luis XVI regenerador de la libertad francesa- aprobó el marco ideológico del nuevo Estado francés contenido en la Declaración de Derecho del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789²⁷.

De tal manera que se proclamó en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano el principio de que la soberanía reside en la nación. En la Declaración se establece que: *«El origen de toda la soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún órgano, ni ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella»*. Este principio fue ratificado por la Constitución de 1791: *«La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la nación; ninguna sección del pueblo, ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio»*

Esta proclamación de la soberanía de la nación rompe con la idea del monarca como soberano, lo que supone un avance en el reconocimiento de derechos y libertades de los ciudadanos, así como la proclamación de la igualdad. Artola reconoce esta fragmentación de la monarquía absoluta en los siguientes términos: *«La soberanía no reside en el Rey, como ocurría en el absolutismo político, sino en la nación, es decir, en el pueblo»* La asociación del pueblo, convertido en nación tiene como aspectos más relevantes el total y absoluto reconocimiento de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Los derechos reconocidos en la declaración son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Derechos que coincidirán con los derechos reconocidos en la Constitución de 1812 en la que se establece que *«La nación está obligada a conservar y proteger las leyes sabias y justas, la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen»*.

²⁶ Souto Paz, José Antonio y Souto Galván, Clara. *El derecho de libertad de creencias*. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Colección: Manuales Universitarios, Madrid, 2011. Pág. 30.

²⁷ Fauré, Christine. *Las declaraciones de los derechos del hombre 1789*. Edición española, México, 1995.

IV. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1812: NACIÓN Y LIBERTADES PÚBLICAS

La Constitución española de 1812 va a entrar en vigor en un contexto en el que se pretende constituir un Estado sobre los mismos pilares de la monarquía, pues realizan una reforma constitucional que facilita la reorganización del Estado de acuerdo con los nuevos principios revolucionarios.

Esta Constitución resulta especialmente interesante por su condición de primera Constitución aprobada por los españoles y por la inclusión de principios constitucionales en su texto. Continúa la tendencia liberal de la época, que procura establecer de forma pormenorizada las bases del constitucionalismo liberal en España, asentado entre otros principios en los de separación de poderes, libertad de expresión y de soberanía nacional. Tales principios pueden verse reflejados mediante algunas de sus peculiaridades, como establecer el Parlamento unicameral atribuyendo a una asamblea nacional el Poder legislativo y excluyendo del mismo al Senado; la soberanía que hasta entonces recalaba en el rey, ahora pasa a manos de la nación, por lo que pasamos de una soberanía compartida entre el Rey y las Cortes a una soberanía nacional, decretado así en su artículo 3²⁸. La forma de Gobierno elegida es la Monarquía moderada y hereditaria, limitando el poder real pero conservando la titularidad del Poder ejecutivo y una leve participación en el Poder legislativo respecto a su iniciativa; los derechos fundamentales no se incorporaron a través de una carta de derechos, sino que fueron recogidos algunos de ellos en su articulado.

De la nación española se habla en los cuatro primeros artículos, garantizando que es libre e independiente, y no es, ni puede ser, patrimonio de ninguna familia ni persona. La soberanía reside esencialmente en la nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales.

Y para que no hubiera dudas ni recelos sobre esa atribución de la soberanía a la nación, Argüelles agrega lo siguiente: «*La nación, Señor; víctima de un olvido tan funesto y no menos desgraciada por haberse dejado despojar por los ministros y favoritos de los reyes de todos los derechos e instituciones que aseguraban la libertad de sus individuos, se ha visto obligada a levantarse toda ella para oponerse a la más inaudita agresión que han visto los siglos antiguos y modernos: la que se había preparado y comenzado a favor de la ignorancia y oscuridad en que yacían tan santas y sencillas verdades. Napoleón, para usurpar el trono de España, intentó establecer, como principio*

²⁸ Constitución política de la Monarquía española. Promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812. «*La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales*»

incontrastable, que la nación era una propiedad real, y bajo tan absurda suposición arrancó en Bayona las cesiones de los reyes, padre e hijo»²⁹

Aunque fue una Constitución que estuvo en vigencia en varios períodos cortos de tiempo, se puede afirmar que fue una Constitución que sentó las bases de un Estado liberal, muy avanzada para su época, sobre todo conociendo los largos períodos de absolutismo político. Siguiendo el ejemplo de la Constitución de Bayona, que sirvió de estímulo para la redacción de la Constitución española de 1812, se proclamaron como principios políticos; la soberanía nacional y el mandato representativo, como base constitucional para una democracia representativa.

La sociedad del Nuevo Régimen se asentaba en la igualdad formal de los ciudadanos, con eliminación de los privilegios, y en la libertad económica, que se vierte principalmente en las de comercio, industria y trabajo, lo que supuso la abolición del régimen señorial, la supresión de los mayorazgos y la desamortización de las propiedades eclesiásticas y municipales, que se convertirán en bienes nacionales entre 1836-1841³⁰.

La aprobación de la Constitución de 1812 supuso, entre otros, los siguientes cambios:

- Se produce el cambio más significativo, el titular de la soberanía, ya no será el rey como lo era en los períodos absolutistas, sino que el titular soberano será la nación y con ello la aparición del poder constituyente que supondrá que el órgano de mayor jerarquía constitucional serán las Cortes.
- Se reconocerá en la Constitución un régimen mucho más significativo de derechos y libertades.

Estos cambios se traducen en la Constitución en los siguientes términos;

La soberanía reside en la nación y las Cortes serán el órgano representativo de la nación, lo que supondrá el ejercicio parlamentario de esta soberanía nacional. Por lo que a la nación como soberana es a la única que le corresponde el derecho de establecer sus leyes fundamentales y determinar su forma de gobierno:

Preámbulo: Las Cortes como representantes de la nación, ejercen el poder constituyente, pero también la propia constitución como norma suprema, es depositaria de la soberanía nacional.

Artículo 1: La nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios.

²⁹ De Argüelles, Agustín. *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*. Con introducción de Luis Sánchez Agesta. Edición: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Cuadernos y Debates. Bicentenario de las Cortes de Cádiz, Madrid, 1981.

³⁰ Torres del Moral, Antonio. *Constitucionalismo histórico español*. Ediciones Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999. Págs. 15-54.

Artículo 2: La nación española es libre e independiente y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona.

Y llegamos al artículo 3, que es el punto de partida de la Constitución de 1812 «*la soberanía reside esencialmente en la nación, y por lo mismo pertenece a esta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales.*» Artículo que reafirma que la soberanía reside en la nación y la nación no es de ninguna familia en particular, como establece el art. 2: «*La nación española es libre e independiente, y no es, ni puede ser, patrimonio de ninguna familia ni persona.*».

En lo que respecta a la cuestión de los derechos individuales reconocidos en esta Carta Magna, como ya hemos dicho, no existe en la Constitución de 1812 un título dedicado específicamente a los derechos y libertades.

La dispersión de estos enunciados a lo largo del texto fundamental tampoco ha sido justificada, si bien puede deducirse de la propia ordenación interna del texto que más proclive a regular la organización del Estado que la situación jurídica de las personas singulares, una vez reconocidos los derechos y libertades básicas que antes hemos mencionado.

Es necesario precisar, sin embargo, que tales omisiones no obedecen tanto a una intención de exclusión de los derechos individuales como a una sistemática más preocupada por la organización del poder, que pretende ofrecer una actualización de unas leyes fundamentales tradicionales españolas violadas por el absolutismo³¹. Así lo expresa Argüelles en su discurso preliminar, al decir que: «*Nada ofrece la Comisión que no se halle consignado del modo más auténtico y soberano en los diferentes cuerpos de la legislación española.*». Esta tesis ha sido sostenida con notable tenacidad por Martínez Marina que trata de descubrir en la antigua Constitución española el principio de participación del pueblo en el gobierno al haber pretendido entroncar, con la tradición medieval de los fueros, los derechos individuales, adelantándose a esa interpretación, que no es el momento de criticar, en la que han insistido modernamente, entre otros, Riaza³².

No obstante, al plantear el tema de los derechos individuales la Constitución sigue el esquema de la Declaración de los derechos del Hombre de 1789³³, como sostienen entre otros Martínez Marina.

³¹ Torres del Moral, Antonio. *Constitucionalismo histórico español*. Ediciones Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999. Pág. 37.

³² Martínez Marina, Francisco. *Discurso sobre el origen de la Monarquía y sobre la naturaleza del Gobierno español*. Pág. 71. Estado preliminar de José Antonio Maravall. Edición: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Cuadernos y Debates. Bicentenario de las Cortes de Cádiz, Madrid, 1988.

³³ *Ibidem*.

Sin atenerse a este último modelo y de manera fragmentaria, la Constitución doceañista reconoció expresamente algunos derechos como la libertad, la igualdad y seguridad personales³⁴. En relación con esto, su artículo 247³⁵ reconoce la unidad jurisdiccional como fundamento de la independencia judicial y la función jurisdiccional reservada a los jueces y tribunales determinados con anterioridad por la ley, así como el derecho a la jurisdicción de los ciudadanos, evitando que se pueda producir una posible indefensión. Del mismo modo, el artículo 280³⁶ permite la elección a los ciudadanos de poder recurrir a la jurisdicción ordinaria o de forma extrajudicial a través de una declaración de voluntad a un juez arbitro para poder resolver sus controversias y obligarse a cumplir la decisión de éste, lo que supone el reconocimiento de la institución del arbitraje. En relación con estos derechos, la Constitución de Cádiz reconoce igualmente el derecho del detenido a ser presentado ante el juez para que le reciba declaración que será sin juramento en el artículo 290, así como también la publicidad del proceso en el artículo 302, la prohibición del tormento, de los apremios, y la pena de confiscación de bienes y la inviolabilidad del domicilio (art.303-306).

Entre los derechos electorales se reconoce tanto el derecho de sufragio³⁷ activo como pasivo, aunque el reconocimiento de este derecho es muy restrictivo. Por lo que respecta al sufragio activo, éste era muy próximo al universal, masculino e indirecto, debido a que para la elección de los diputados se debían pasar varios grados, hasta cuatro, de forma sucesiva siendo los varones mayores de 25 años los encargados de elegir a los compromisarios y sucesivamente las juntas electorales de parroquia, juntas de partido y de provincia, hasta que éstas elegían a los diputados. Mientras que el derecho de sufragio pasivo tenía carácter censitario, requería ser mayor de 25 años con renta anual por bienes propios, como se puede observar en los artículos 34 y siguientes³⁸.

Cabe reseñar el reconocimiento del derecho a la instrucción pública (arts. 366-370), así como el derecho a la libertad de escribir, imprimir y publicar sus

³⁴ Vid. Lorente Sariñena, Marta. *Las infracciones a la Constitución de 1812*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. Pág. 200.

³⁵ Vid. Segura Ortega, Manuel. *Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812*. En Puy Muñoz, Francisco (Coord.), *Los derechos en el constitucionalismo español*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, págs. 27, 28 y 30.

³⁶ Vid. Merchán Álvarez, Antonio. *La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz*. Revista: Historia. Instituciones. Documentos. ISSN 0210-7716. Nº 15. 1988. Págs. 127-144.

³⁷ Varela Suanzes, Joaquín. *Propiedad, Ciudadanía y Sufragio en el constitucionalismo español (1810-1845)*. En *Historia Constitucional*. nº 6. 2005. Págs. 1-2.

³⁸ Pérez Garzón, Juan Sisinio. *América en las Cortes de Cádiz*. Editorial Síntesis, Madrid, España, 2007. Págs. 42-45.

ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes (art. 371). Así pues, respecto a la libertad de imprenta Argüelles explica la razón de este reconocimiento como reacción ante la actitud que había observado anteriormente la Junta Central, de este modo explica, en un contexto histórico, el fracaso de la acción gubernamental al mantener la censura como mecanismo de control de la oposición pública, pero no duda en señalar los obstáculos que su reconocimiento iba a encontrar.

En efecto, advierte que la ley que se quería imponer no sólo era contraria a las reglas adoptadas en casi toda la Europa respecto a la imprenta, sino que en España encontraba un obstáculo invencible en la peculiar severidad introducida por la inquisición. La autoridad del Santo Oficio, además de no tener límites, era independiente de todo poder temporal.

La empresa que se pretendía llevar a cabo era, lógicamente, arriesgada y compleja. Pero las Cortes no podían renunciar a este «acto de fortaleza y sabiduría» sin atentar directamente contra la parte más esencial de su misión restauradora. Por ello, se declara que cualquiera que fueran las reformas que se propusiese hacer las Cortes, la libertad de imprenta debía precederlas, pues «*un cuerpo representativo sin el apoyo y guía de la opinión pública pronto se hallaría aislado, pronto se vería reducido a sus propias luces*»³⁹.

Por lo que se refiere a la libertad de opinión política⁴⁰, la pretensión de ampliar la libertad de expresión a las diferentes áreas de la actividad pública, como reconocimiento de la libertad de pensamiento, sufrió, sin embargo, un recorte importante y fundamental al limitar el derecho de libertad de imprenta a las ideas políticas.

En esta limitación, añade, Argüelles «*se hacía un doloroso sacrificio de la libertad de imprenta en obsequio exclusivamente del clero...nadie podrá desconocer que aquella restricción dejaba viva toda la intolerancia sobre*

³⁹ Martínez Marina, Francisco. *Discurso sobre el origen de la Monarquía y sobre la naturaleza del Gobierno español*. Estado preliminar de José Antonio Maravall. Edición: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Cuadernos y Debates. Bicentenario de las Cortes de Cádiz, Madrid, 1988. Más adelante añade: «*Convocar a Cortes Generales de toda la monarquía después de siglos de usurpaciones y trastornos para conservar intacto un régimen que había sumido el estado en un abismo; pretender que se llevare a cabo de una guerra exterminadora, respetando al mismo tiempo todo el desorden, todos los abusos de una administración absurda; sancionarlos de nuevo con la tácita aprobación de la reticencia y el disimulo eran, a la verdad, imposibles de conciliar con la revolución magnánima de haber reunido el gran Consejo de la nación..*» (Ib. Págs. 158-59).

⁴⁰ Vid. Preámbulo del Decreto IX de 10 de noviembre de 1810. Véase el respecto lo comentarios de Segura Ortega, Manuel. *Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812*. En Puy Muñoz, Francisco (Coord.). *Los derechos en el constitucionalismo español*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002. Pág. 30.

materias de religión que había existido siempre. So color de protegerla, la autoridad eclesiástica iba a ser árbitra otra vez de sujetar a su censura y calificación cuántas obras y escritos aludiesen siquiera a las innumerables cuestiones que podrán comprenderse bajo aquella vaga e indefinida.»

Para concluir, en lo que respecta a la ausencia de la libertad religiosa⁴¹ y la intolerancia, existe una doble limitación en el reconocimiento de la libertad de imprenta al concebir este derecho de libertad como libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas «sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes» como reza el artículo 371 de la Constitución de Cádiz.

Este derecho se encuentra doblemente limitado. Por un lado, por la restricción de esta libertad del ámbito político y, por el otro, por lo dispuesto en el artículo 12 de la misma constitución al disponer que «*La Religión de la nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra*». Pero es que el pensamiento humano no se reduce sólo al ámbito político y, por tanto, limitar la libertad de opinión a las ideas políticas supone reducir la libertad de pensamiento y expresión a un marco limitado que no coincide con el marco tan amplio y variado en el que se ocupa el pensamiento humano.

Pero, al prohibir el ejercicio de cualquier otra religión, excluye el derecho de libertad religiosa y, por tanto, el derecho de libertad de opinión en un amplio campo tan vasto como es el que abarca la religión, que más allá de unas creencias religiosas concretas, se expande a ámbitos tan diversos como la filosofía, la ética, las ciencias de la naturaleza y la misma fundamentación de la ciencia política. No es de extrañar, por lo tanto, que Argüelles lamente la aprobación de este precepto constitucional con las siguientes palabras:

«En el punto de la religión se encuentra un error grave, funesto, origen de grandes males, pero inevitable. Se consagra de nuevo la intolerancia religiosa y lo peor era que, por decirlo así, a sabiendas de muchos, que aprobaron con profundo dolor el artículo 12.

Para establecer la doctrina contraria hubiera sido necesario luchar frente a frente con toda la violenta furia teológica del clero, cuyos efectos demasiado experimentados estaban ya, así dentro como fuera de las Cortes.

Por eso se creyó prudente dejar al tiempo, al progreso de las luces, a la ilustrada controversia de los escritores, a las reformas sucesivas y gra-

⁴¹ Vid. González Manso, Ana Isabel. *Tolerancia religiosa y modelo de Iglesia en España en la primera mitad del siglo XIX*. Historia Constitucional, N° 15, Oviedo, 2014. Págs. 113-153.

duables de las Cortes venideras que se corrigiese, sin lucha ni escándalo, el espíritu intolerante que predominaba en una gran parte del estado eclesiástico»⁴².

La ambiciosa tarea de garantizar la libertad de pensamiento y expresión ha quedado gravemente dañada al excluir esta libertad en el ámbito religioso.

No obstante, no se puede culpar a los diputados de 1812 haber renunciado al reconocimiento pleno de este derecho. Al fin y al cabo, la sociedad española no conseguirá este reconocimiento de una manera estable y sin graves oposiciones, salvo el breve paréntesis de la Constitución de la República de 1931, hasta la vigente Constitución de 1978. Tan sólo ciento sesenta y seis años después.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Desde la Constitución de 1812 el concepto de nación se identifica con el pueblo español titular de la soberanía. El mismo concepto se recoge en la vigente Constitución española que expresamente reconoce que la soberanía nacional reside en el pueblo español en su artículo 1.2. Tras reiterar la indisoluble unidad de la nación española, reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran.

La distinción entre nación y nacionalidades es, por tanto, clara y tajante, por lo que parece constitucionalmente admisible la interpretación de que la mención de Cataluña como nación pueda entenderse como nacionalidad. Como hemos señalado anteriormente, la nación conlleva la capacidad de autodeterminación mientras que la nacionalidad comporta la característica de la autoidentificación, es decir, la presencia de un factor cultural desprovisto del elemento fundamental de la nación como es la soberanía y la autodeterminación.

La Constitución de Cádiz, pese a su corta vigencia, tuvo un gran impacto en el constitucionalismo español y es una referencia, en concreto sobre el término nación y su relación con el concepto de soberanía, incorporando este principio del liberalismo democrático. En relación con el reconocimiento de derechos y libertades, aunque no incluye un compendio de derechos y libertades, supuso una transformación tanto en la organización política, como en la social. En consecuencia, su procedimiento de reforma notablemente rígido, establecido en el Título X, supone una garantía para los derechos y libertades que en ella se encuentran consagrados.

El Tribunal Constitucional consiente la afirmación de nación sobre Cataluña si se refiere a una interpretación que no sea desde un aspecto jurídico-constitucional, sino más bien desde un sentido político-social interpretándola

⁴² De Argüelles, Agustín. *Examen histórico de la reforma constitucional de España*. Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1999. Págs. 262- 263.

como «una realidad histórica, cultural o sociológica». A este respecto se debe tener en cuenta además que el conjunto de la ciudadanía perteneciente a Cataluña se encuentra conformado por una pluralidad de costumbres e incluso la existencia de cooficialidad lingüística, como establece el artículo 3 de la Constitución. Es por ello la importancia que se le atribuye al concepto nación desde la perspectiva sociológica, como la voluntad ciudadana de unificar elementos simbólicos de una comunidad con la finalidad de crear un modelo de nación, asumiendo esos elementos distintivos e identificativos por parte de los ciudadanos.

Por ello, el Tribunal en los fundamentos jurídicos de la sentencia, afirma que dentro de los valores que consagran el Estado social y democrático de Derecho que reconoce nuestra Constitución, caben cuantas ideas se quieran defender siempre y cuando no se vulneren los procedimientos establecidos por el Ordenamiento para la formación de la voluntad general, particularmente «la defensa de concepciones ideológicas que, basadas en un determinado entendimiento de la realidad social, cultural y política, pretendan para una determinada colectividad la condición de comunidad nacional, incluso como principio desde el que procurar la conformación de una voluntad constitucionalmente legitimada para, mediando la oportuna e inexcusable reforma de la Constitución, traducir ese entendimiento en una realidad jurídica», apreciando la distinción entre nación política y nación cultural expuesta en la sentencia.

En definitiva, el Estatuto de Cataluña se basaba en la premisa de que Cataluña es una nación. En este sentido, desde una concepción jurídico-constitucional, el Tribunal Constitucional precisa que la Constitución no conoce otra nación que la nación española, como se encuentra dispuesto en su artículo 2. Por todo ello, la interpretación del Tribunal Constitucional parece acorde al espíritu que ha guiado la normativa constitucional donde se ha pretendido diferenciar en el artículo 2, nación y nacionalidades, por lo que interpretar que nación no significa en el Estatuto de Cataluña nacionalidad no deja de ser una declaración que carece de fundamento en el texto constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, et al. ... Valoración general de la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional. Revista catalana de dret públic. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique; GARRIDO MAYOL, Vicente y TUR AUSINA, Rosario. *Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos, Madrid, 2011.
- BODINO, Juan. *Los seis libros de la República*. Libro I, cap. I. Trad. Española. Ediciones Orbis, 1973.

- DE ARGÜELLES, Agustín. *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*. Con introducción de Luis Sánchez Agesta. Edición: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Cuadernos y Debates. Bicentenario de las Cortes de Cádiz, Madrid, 1981.
- . *Examen histórico de la reforma constitucional de España*. Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1999.
- DE JOUVENEL, Bertrand. *La Soberanía*. Colección Crítica del Derecho, sección arte del Derecho. Editorial Comares, Granada, 2000.
- FAURÉ, Christine. *Las declaraciones de los derechos del hombre 1789*. Edición española, México, 1995.
- FERRERES COMELLA, Víctor. *El impacto de la sentencia sobre otros estatutos*. Revista catalana de dret públic. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006.
- GARRIDO FALLA, Fernando et al.... *Comentarios a la Constitución*. Editorial Civitas, Madrid, 1985.
- GONZÁLEZ MANSO, Ana Isabel. *Tolerancia religiosa y modelo de Iglesia en España en la primera mitad del siglo XIX*. Historia Constitucional, Nº 15, Oviedo, 2014.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*. 2ª Edición. Traducción de Antonio Escotado. Editora Nacional, Madrid, 1980.
- KRASNER, Stephen D. *Soberanía, hipocresía organizada*. Editorial Paidós Ibérica S.A., Barcelona, 2001.
- KEDOURIE, Elie. *Nacionalismo*. Trad. esp. J.J. Solozábal. Editorial: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección: Estudios Políticos, Madrid, 1988.
- LÓPEZ FACAL, Javier. *Breve historia cultural de los nacionalismos europeos*. Editorial Catarata, Madrid, 2013.
- LORENTE SARIÑENA, Marta. *Las infracciones a la Constitución de 1812*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- MARAVALL CASESNOVES, José Antonio. *El concepto de España en la Edad Media*. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección: Historia de la Sociedad Política, Madrid, 2013.
- MARTÍNEZ MARINA, Francisco. *Discurso sobre el origen de la Monarquía y sobre la naturaleza del Gobierno español*. Estado preliminar de José Antonio Maravall. Edición: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Cuadernos y Debates. Bicentenario de las Cortes de Cádiz, Madrid, 1988.
- MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. *La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz*. Revista: Historia. Instituciones. Documentos. ISSN 0210-7716. Nº 15, 1988.
- PÉREZ GARZÓN, Juan Sisinio. *América en las Cortes de Cádiz*. Editorial Síntesis, Madrid, España, 2007.
- SEGURA ORTEGA, Manuel. *Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812*. En Puy Muñoz, Francisco (Coord.), Los derechos en el constitucionalismo español, Universidad de Santiago de Compostela, 2002.
- SEYÈS, Emmanuel-Joseph. *¿Qué es el estado llano? Ensayo sobre los privilegios*. Trad. esp. E. Rico-Godoy. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección: Clásicos Políticos, Madrid, 1988.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. *La Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña: una visión de conjunto*. Revista de Estudios Políticos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Nº 151, Madrid, 2011.

- SOUTO PAZ, José Antonio. *La idea medieval de nación*. En Cuaderno de Derecho Público nº2 septiembre-diciembre. INAP, Madrid, 1997. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/468>
- . *Comunidad política y libertad de creencias: Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*. Editorial Marcial Pons. 3ª edición, Madrid, 2007.
- SOUTO PAZ, José Antonio y SOUTO GALVÁN, Clara. *El derecho de libertad de creencias*. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Colección: Manuales Universitarios, Madrid, 2011.
- TORRES DEL MORAL, Antonio. *Constitucionalismo histórico español*. Ediciones Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999.
- TUR AUSINA, Rosario, y ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Las consecuencias jurídicas de la Sentencia 31/2010, de 28 de junio del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña. La Sentencia de la Perfecta Libertad*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2010.
- VARELA SUANZES, Joaquín. *Propiedad, Ciudadanía y Sufragio en el constitucionalismo español (1810-1845)*». Historia Constitucional. nº 6, 2005.

VOLUNTAD POLÍTICA PARA UN TIEMPO DE REFORMAS: PRESUPUESTOS PREVIOS PARA ABORDAR UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

Political will for a time of reforms: Previous conditions to address a constitutional reform

Alexandre H. Catala i Bas
Profesor Titular Derecho Constitucional
Universitat de València

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp205-234](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp205-234)

Recibido: 30.05.2019

Aceptado: 16.12.2019

Resumen

La gran mayoría de españoles desean que la Constitución de 1978 se reforme. Para ello es necesario o, al menos, conveniente que se den una serie de presupuestos previos: que se debata de forma racional sobre ideas, que se minimice al máximo la crispación, que se busque el consenso y que se debata desde la lealtad. El autor coincide con el sentir de gran parte de la doctrina en el sentido de que más que hablar de una reforma hay que hablar de reformas que deberían acometerse gradualmente. También en que no se trata de abrir un nuevo proceso constituyente. Advierte que una anomalía, el llamado proceso independentista catalán, no puede ser el detonante ni condicionar las reformas que se vayan a acometer. Este trabajo está realizado teniendo muy presente la actualidad política por la que se atraviesa. Por ello, junto a citas doctrinales hay constantes referencias a declaraciones de políticos en entrevistas o sesiones parlamentarias, a artículos periodísticos o a barómetros del CIS.

Palabras clave

Reforma constitucional. Debate. Racionalidad. Consenso. Lealtad. Proceso constituyente.

Abstract

The vast majority of Spaniards is in favor of a constitutional reform. Before the undertaking of this reform, there are some previous conditions that need to be granted: a rational debate on ideas; a reduction of the political and social tension; a common goodwill to reach a consensus; and some loyalty during negotiations. As many other scholars, the author agrees that instead of talking about a constitutional reform, it would be more adequate to talk about some constitutional reforms, that should be undertaken gradually. He also stresses that these reforms do not imply the opening of a new constituent process. In addition, he underlines the fact that the Catalan crisis should not be the trigger or impose any condition on the proposed reforms to the Constitution.

Taking into account the current political context in Spain, the author mixes references to Legal doctrine with references and quotes to statements made by politicians in interviews or parliamentary sessions, as well as journalistic articles and statistical data from official sources.

Keywords

Constitutional reform. Debate. Rationality. Consensus. Loyalty. Constituent process

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DEBATE POLÍTICO RACIONAL SOBRE PROPUESTAS Y ALEJADO DE LA CRISPACIÓN. III. BÚSQUEDA DEL CONSENSO. IV. LA LEALTAD. V. ESCUCHAR A LA CIUDADANÍA Y TENER COMO OBJETIVO LA MEJORA DE LA DEMOCRACIA Y DEL BIENESTAR DE LOS CIUDADANOS. VI. REFORMAR NO ES ABRIR UN NUEVO PROCESO CONSTITUYENTE. VII. CONCLUSIÓN: VOLUNTAD POLÍTICA PARA UN TIEMPO DE REFORMAS. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

En 2018 se cumplió el 40 aniversario de nuestra Constitución en un clima de crisis y crispación. En muchos foros: políticos, económicos, académicos, etc, se ha debatido sobre su vigencia y la necesidad de reformarla para adaptarla a los nuevos tiempos. Desgraciadamente todo el debate ha tenido como epicentro una anomalía, el llamado *procès catalán*¹. De hecho la urgencia por reformarla viene dada por este acontecimiento, lo que es una mala base para iniciar cualquier tipo de proceso de reforma pues este ha de asentarse sobre la normalidad y no sobre la anomalía. Se exige serenidad de ánimos y reflexión profunda no enfrentamiento y deslealtad. Ello no obstante, aunque el clima no sea propicio cabe cuestionarse si la anomalía puede condicionar de tal manera la agenda, no solo política, sino social, hasta el punto de impedir o, al menos, postergar, lo que para muchos es necesario para mejorar nuestra convivencia.

La Constitución de 1978, desde la racionalidad democrática estableció un marco flexible donde cupieran todas las sensibilidades y todos los proyectos siempre que no se cuestionara el modelo de convivencia basado en el principio democrático (Estado de Derecho, separación de poderes, respeto a los derechos de los ciudadanos, responsabilidad de la Administración...). Así lo destacaba el entonces Presidente del Gobierno, Adolfo Suarez, en la Sesión del Congreso de los Diputados de 31 de octubre de 1978 en la que fue aprobado el Dictamen de la Comisión Mixta sobre el texto de la Constitución al señalar que nos encontrábamos ante una Constitución fuertemente progresiva, que orienta la vida pública y la acción del gobierno, cualquiera que sea su signo, hacia metas de libertad, igualdad, justicia y solidaridad», añadiendo que «en relación con las plurales concepciones de los partidos, creo que es una Constitución que, en el marco amplio y flexible, permite operar en función de las decisiones electorales del pueblo que solo excluye las opciones violentas

¹ Para algunos destacados académicos la crisis más grave con la que se ha enfrentado España desde la aprobación de la Constitución. *Ideas para una reforma de la Constitución*. http://idpbarcelona.net/docs/actual/ideas_reforma_constitucion. Personalmente reservo este calificativo para el 23-F.

(...) Y solo a partir de una Constitución así concebida, que sea asumida sincera y responsablemente por todos pienso que puede desarrollarse con fecundidad la ordinaria dialéctica política, sin cuestionar los fundamentos del Estado y de la convivencia»². En estas palabras se resumen los presupuestos que deben darse para abordar cualquier reforma constitucional, ya sea del modelo territorial, del Senado o de la carta de derechos, por poner unos ejemplos.

Se elaboró en una época convulsa, compleja y difícil (ruido de sables, crisis económica, terrorismo asesino, etc.) y con unos actores políticos que venían de lados diametralmente opuestos: de la oposición democrática y del franquismo. No se había producido un clima de reconciliación nacional. Todavía se hablaba de los vencedores y de los vencidos. En este sentido, se pueden traer a colación las palabras pronunciadas por el cardenal Vicente Enrique y Tarancón en la Homilía con ocasión del acto de consagración de la Corona en la Iglesia San Jerónimo el Real en Madrid, el 27 de noviembre de 1978 (acto conocido como «la Coronación del Rey») en la que pedía al Rey que fuera «el Rey de todos los españoles, de todos los que se sienten hijos de la Madre Patria, de todos cuantos desean convivir, sin privilegios ni distinciones, en el mutuo respeto y amor. Amor que, como nos enseñó el Concilio, debe extenderse a quienes piensen de manera distinta de la nuestra».³ Y en esa época hubo una altura de miras, de la que, posiblemente, hoy carecemos, para elaborar una Constitución como la que se alumbró en 1978 y es que, como resalta ALZAGA VILLAAMIL, se partía de «la ascunción honrada y compartida por un ancho espectro de las fuerzas políticas del derecho de nuestras gentes a vivir en libertad en el marco de un moderno Estado de Derecho, en el seno de la Europa de nuestro Tiempo»⁴.

Hoy no se dan esos condicionamientos y aunque hay unanimidad en reconocer la existencia de una grave crisis la situación no es tan compleja por mucho que algunos intenten crear un clima de desencuentro. Por ello, puede y debe abordarse un proceso de reformas de nuestra Carta Magna. Como acertadamente señala el presidente Felipe González «tenemos que recuperar cuanto antes el diálogo y el entendimiento porque no hay razón alguna para afirmar que lo que fue posible hace 40 años hoy resulta inalcanzable».⁵

² *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Vol. IV (Cortes Generales, Madrid, 1980, 2ª edición, 1989), pp. 4934 a 4938

³ <https://www.vidanuevadigital.com/2014/06/02/homilia-del-cardenal-tarancon-en-la-coronacion-de-su-majestad-el-rey/>. Actualizado 02/06/2014.

⁴ Óscar ALZAGA VILLAAMIL, *El consenso (del proceso constituyente a las prácticas postconstitucionales)*, Discurso de recepción como académico de número en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2010), 19.

⁵ «Garantía de convivencia». *El País* https://elpais.com/elpais/2018/12/05/opinion/1544031394_526596.html. 6 DIC 2018 - 00:00 CET.

No se va a tratar en estas páginas qué debe reformarse sino qué circunstancias necesarias o, al menos, convenientes han de darse para abordar con unas mínimas garantías de éxito una reforma constitucional.

Con carácter previo ha de quedar claro qué se entiende por Constitución. Al respecto mantiene TORRES DEL MORAL que «el régimen constitucional nace como aquel en el que el poder político está limitado por el derecho (encabezado por la Constitución) y ello a fin de garantizar la libertad de las personas (...) allá donde hay limitación jurídica del poder y garantía de los derechos hay Constitución y allá donde no las hay no»⁶, para seguir diciendo que «si todo país tienen su régimen (democrático o autocrático, absoluto o constitucional), no todo país tiene Constitución en el sentido jurídico de este término. (...) la Constitución, en el sentido pleno de régimen constitucional efectivo, sólo tiene existencia real en la democracia»⁷ y en el mismo sentido SARTORI afirma que hoy Constitución se ha convertido en un término utilizado con dos significados totalmente diferentes: «un significado específico y sustantivo, (el significado garantista) y un significado universal y formal. En el primero de ellos «constitución» es el ordenamiento protector de las libertades de los ciudadanos. En el segundo «constitución» es cualquier forma que se da a sí mismo un Estado.⁸ El segundo significado desvirtúa lo que hoy se entiende por Constitución, pues cualquier texto solemne puede merecer tal calificativo. Sólo nos encontramos ante un texto constitucional cuando responde al primero de esos significados. Sólo son verdaderas constituciones las constituciones democráticas, al igual que como afirma el profesor italiano, sólo son estados constitucionales los que se asientan en una constitución democrática. El profesor italiano afirma con razón que «todo Estado posee una «constitución» (por definición) pero únicamente algunos estados son constitucionales.⁹

II. DEBATE POLÍTICO RACIONAL SOBRE PROPUESTAS Y ALEJADO DE LA CRISPACIÓN

El actual debate político es desoladamente empobrecedor. Como señala PANEBIANCO, a todos los partidos se les puede achacar que dejen en un segundo plano la ideología o proyecto como fin para establecer como prioridad el triunfo electoral¹⁰. Y es que si un partido desea ser competitivo, es

⁶ Antonio TORRES DEL MORAL, *Estado de Derecho y Democracia de Partidos* (Universidad Complutense, Madrid 1991), 134 y 135.

⁷ *Idem* p. 141.

⁸ Giovanni SARTORI, *Constitución en Elementos de teoría política* (Alianza, Madrid, 1992, ed. 2012), 20.

⁹ *Idem*, p. 19.

¹⁰ Angelo PANEBIANCO, *Modelos de partido...* op. cit. p. 32

decir, estar en disposición de luchar por el poder ha de intentar atraer al mayor número de electores. Ello pasa por abandonar o suavizar las partes más controvertidas de su proyecto político, huyendo de los extremismos y elaborando un proyecto atrayente para una parte importante del electorado. A costa, eso sí, de perder parte de su identidad. El objetivo principal de los partidos políticos es la de captación de votos, como ya advertía WEBER¹¹ lo que es especialmente preocupante en los partidos democráticos pues ello les ha llevado a renunciar o relegar a un segundo plano la que debería ser su principal función: la pedagogía democrática. El partido busca hacerse competitivo, lo que lleva a una pérdida de radicalidad ideológica que pasa, como señala OFFE, por una erosión de su identidad colectiva¹². Esa pérdida de radicalidad no es, en principio, mala ya que propicia alcanzar acuerdos con otras formaciones políticas. Ahora bien, ello encierra un peligro puesto de manifiesto entre otros por TOURAINE que advierte que «en este final del siglo XX, en los países industrializados y ricos, el principal peligro es que la democracia se degrade en un mercado político en el que los consumidores busquen los productos que les convienen. Semejante situación no es democrática porque está dominada por un sistema de ofertas que se disfrazan de demandas sociales»¹³. En conclusión, la mayoría de partidos terminan por desidiologizarse al extremo de moverse por puros cálculos electorales lo que ha llevado a ser calificados de partidos escoba, partido atrapatodo (*catch-all*) o meras agencias electorales, en terminología de KIRCHHEIMER¹⁴.

Ello lleva a relegar la exposición razonada de las propias ideas y el debate profundo por el apresuramiento, la superficialidad y el mensaje corto e impactante. Desgraciadamente, las redes sociales están desvirtuando lo que debería ser una democracia mediática. El desarrollo de una idea hace tiempo, antes de que aparecieran, incluso, las nuevas tecnologías, que se sustituyó por el eslogan que puede convertirse en titular de los medios de comunicación o en *trending topic* en las redes sociales; ello no obstante, como afirmaba MALIANDI, «los eslóganes son fórmulas rígidas, artificiales y estupidizantes, inevitables en política»¹⁵. En el mismo sentido VON BEYME

¹¹ Max WEBER, *Economía y sociedad*, Vol. II, (Fondo de Cultura Económica, México, 1944), 1076.

¹² Klaus OFFE, *Partidos políticos...* op. cit. p.65.

¹³ *Ibidem* p. 320.

¹⁴ Otto KIRCHHEIMER, en Kurt LENZ, y Franz Neumann (eds.), *Teoría y Sociología críticas de los Partidos Políticos* (Anagrama, Barcelona, 1988), 328 y ss. Aunque ello, para este autor, no es especialmente negativo, sino que simplemente significa que el partido se abre a nuevas capas de la sociedad

¹⁵ Ricardo MALIANDI, «hacia un concepto integral de democracia comunicativa» en: K D APEL,; A CORTINA, J DE ZAN y D MICHELINI, (Eds.) *Ética comunicativa y democracia*, (Crítica, 1991), 272. Esa forma de hacer política no se da solo en las redes

advierte que con «la desideologización, el *cuidado de la imagen*, y la acuñación de *slogan* publicitariamente eficaces desempeñan un papel creciente»¹⁶. Con razón habla de «política de apariencias» y de que nos encontramos ante un «combate aparente» entre los distintos partidos políticos. «La *política escenificada* obliga a los miembros de la clase política a determinadas formas de conducta que pueden otorgar ventajas de posición (...) en la democracia de espectadores previa a las elecciones, puede difundirse un ánimo irreflexivo de enfrentamiento aparente que posterga cualquier consideración diferenciada de los problemas»¹⁷. La política como espectáculo, incluso como entretenimiento ha relegado a la política en mayúsculas. Ya no interesa tanto lo que se dice sino cómo se dice, la forma prevalece sobre el fondo. No hace falta explicar con argumentos una determinada propuesta basta con lanzar una frase demoledora aunque detrás de ella no haya nada. SARTORI advertía de los peligros que encerraba una sociedad teledirigida. Hablaba de subinformación en el sentido de información insuficiente y desinformación, en el sentido de distorsión de la información¹⁸. Hasta la actual clase política es consciente de la degradación del debate político ocasionado por el mal uso de los nuevos medios de comunicación¹⁹. Cierto es que las nuevas

sociales sino que se recurre a ella cada vez con mayor profusión en el propio parlamento en el que el parlamentario utiliza su turno de palabra para intentar colocar la frase de la que se hagan eco los medios de comunicación trasladando a la opinión pública no un discurso que invite a la reflexión sino que exalte los sentimientos. Con ocasión de las intervenciones de varios líderes políticos en la Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados de 24 de octubre de 2018 Manuel Arias Maldonado, escribía un artículo en *El Mundo* de 27 de octubre de 2018 titulado «Hiperbolant» que se iniciaba con las siguientes acertadas palabras: «A estas alturas, queda claro que la clase política ha adoptado sin pudor la lógica del sistema mediático: se trata de llamar la atención del público a toda costa, excitando su sensibilidad a base de hipótesis y recurriendo a la mentira allí donde se haga necesario. Es tal la distancia entre el ideal y la práctica que uno no sabe si reír o llorar cuando recuerda lo que dicen los manuales de ciencia política: que un debate político civilizado debería proveer de buenas razones a ciudadanos informados. Es verdad que nunca fue así; basta ver una película de periodistas de los años 30. Pero la aparición de las redes sociales ha reforzado la cacofonía natural de la opinión pública, al tiempo que el estilo populista se infiltraba en el cuerpo político. <https://www.elmundo.es/opinion/2018/10/27/5bd30bce468aebc26d8b4584.html>, 13, 29h. de 30 de octubre de 2018.

¹⁶ Klaus VON BEYME, *La clase política en el Estado de partidos* (Alianza, 1995), 166.

¹⁷ Idem, p. 167.

¹⁸ Giovanni SARTORI, *Homo videns. La sociedad teledirigida* (Taurus, 2003) 84.

¹⁹ Por poner dos ejemplos. El actual presidente del Gobierno, Pedro Sánchez en una entrevista en *El País* con ocasión del 40 aniversario de la Constitución habla de «una democracia inmediata. Muy condicionada por los medios de comunicación y muy inmediata. Esa ansia por responder rápidamente, por fijar una posición, hace que la política sea más vulnerable a las presiones». https://elpais.com/politica/2018/12/04/actualidad/1543916726_658727.html. 6 DIC 2018 - 18:09 CET. Por su parte, Pablo Iglesias habla

tecnologías han dado voz a los *invisibles* de la sociedad, a los que no podían acceder a los medios de comunicación clásicos y, por lo tanto, no podían hacer llegar a los que detentan el poder sus demandas y reivindicaciones pero también es cierto, como dice BAUMAN, que «la red entró de un modo triunfal en nuestro mundo con la promesa de crear ‘un hábitat ideal, político y democrático’» pero nos ha llevado «a la actual crisis de la democracia y al agravamiento de las divisiones y los conflictos políticos e ideológicos»²⁰. «En vez de servir a la causa de aumentar la cantidad y mejorar la calidad de la integración humana, de la comprensión mutua, la cooperación y la solidaridad, la red ha facilitado prácticas de aislamiento (*enclousure*), separación, exclusión, enemistad y conflictividad»²¹.

Los partidos se convierten en transversales, las ideas en líquidas en el sentido que da BAUMAN a este término; es decir, cambian de forma cuando se les somete a tensión pues, al igual que los fluidos, «no conservan una forma durante mucho tiempo y están constantemente dispuestos (y proclives) a cambiarla»²². Hay pluralismo político pero realmente no hay una gran oferta electoral pues los grandes partidos ofrecen productos similares que van adaptándose según sopla el viento. Eso se traslada al legislador que tiene, en muchas ocasiones, la pernicioso costumbre de legislar en caliente a partir de criterios de oportunidad política. Una reforma constitucional les obligaría a posicionarse en muchas cuestiones lo que daría elementos a la ciudadanía para diferenciar unos de otros. Se echa en falta, pues, que los diferentes partidos divulguen sin histrionismos sino con un sentido pedagógico que suscite entre la ciudadanía su interés, sus propuestas serias y fruto de la reflexión sobre el contenido de una reforma constitucional.

Actualmente se hace política desde la crispación, utilizada como arma de desgaste del adversario²³ haciendo muy difícil situar el debate en el campo de

de un estilo de política «marcado por Twitter» en el que es fácil que «se [caliente] la boca». Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 170, de 12 de diciembre de 2018, p. 23. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-170.PDF.

²⁰ Zygmunt BAUMAN, y LEONCINI, Thomas: *Generación líquida. Transformaciones en la era 3.0.*, (Espasa, 2018), 74.

²¹ Idem: p. 78. En el mismo sentido Manuel ARIAS MALDONADO señala que «esperábamos un civismo persuasivo y lo que tenemos delante se parece más a un emotivismo polarizante». *La democracia sentimental...* op. cit. p. 169.

²² Zygmunt BAUMAN, *Modernidad líquida* (Fondo de Cultura Económica, 2013), 8.

²³ Como muestra del clima de crispación podemos citar varios ejemplos. Uno, las acaloradas intervenciones en la Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados del 24 de octubre de 2018. El Presidente del Partido Popular, Pablo Casado, se dirigió al Presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, en los siguientes términos: «¿Usted no se da cuenta de que es partícipe y responsable de un golpe de Estado que se está perpetrando ahora mismo en España?». (diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 159, 24 de octubre de

la racionalidad democrática. Todo ello propicia un clima de desafección de parte de la ciudadanía hacia los partidos políticos y hacia instituciones tan básicas como el parlamento. Los partidos políticos y, especialmente, sus líderes cometen la grave irresponsabilidad de avivar sentimientos y emociones valiéndose para ello de las redes sociales y de eslóganes. Hay un mal uso de lo que ha venido en llamarse inteligencia emocional desde el momento en que lo que busca el partido político y sus líderes es conocer y manipular las emociones ajenas en provecho propio, es decir, para ganar votantes²⁴. Como señalaba

2018, pp. 14 y 15). A lo que el Presidente del Gobierno replicó en los siguientes términos: Me ha acusado a mí, al presidente del Gobierno de España, de participe y responsable del golpe de Estado que se está perpetrando en nuestro país. Le insisto, ¿mantiene usted esas palabras, sí o no? ¿Las mantiene, sí o no? Si las mantiene, usted y yo no tenemos nada más de qué hablar. ¿Mantiene usted o no, señor Casado, que soy participe o responsable del golpe de Estado?» (idem p. 59). El Diputado de ERC, Sr. Tardà al hilo de lo anterior se expresó en los siguientes términos: «Si el señor Casado pudiera, nos fusilaría. Sí, sí, claro que sí. El señor Rajoy quizás no, nos metería a la cárcel; de hecho, ya nos ha metido. El señor Casado, si pudiera, nos fusilaría». (Idem pag. 30). También terció el líder de Ciudadanos, Albert Rivera, con las siguientes palabras: «Usted es un señor sin escrúpulos y lo está demostrando. Sin escrúpulos porque es capaz de decir tres meses antes de llegar al Gobierno que nunca, nunca, llegaría al Gobierno con los que han dado un golpe de Estado, y usted está sentado ahí, sin escrúpulos, con los votos de los que dan golpes de Estado. Usted ha negociado los presupuestos de España. Usted está negociando indultos y se atreven a indultar a aquellos que han dado un golpe, en una cárcel, señor Sánchez. ¿Usted me va a hablar a mí de escrúpulos cuando ustedes negocian el pacto de la cárcel, indultos, prebendas en la cárcel a los golpistas? Usted no tiene escrúpulos, señor Sánchez.» (p. 55). Ello no obstante, el devenir político nos hace ver que, en gran parte, no son más que imposturas. Así pocos días después podíamos leer que Gobierno y PP pactaban que el conservador Marchena presida una CGPJ progresista» [http://www.rtve.es/noticias/20181205/ciudadanos-llega-acuerdo-independentistas-para-renovar-cupula-tv3-catalunya-radio/1849149.shtml](https://elpais.com/12-de-noviembre,14-h. Poco después podíamos leer como la formación política Ciudadanos había pactado con las fuerzas llamadas independentistas la renovación de la cúpula de televisión pública de Catalunya, TV3. <a href=). 05.12.2018 | actualización 19:19 horas

Otro ejemplo lo tenemos en la Sesión del Pleno del Congreso en el que oyeron expresiones como fascista, indecente, o golpista. Diario de Sesiones núm 170, 12 de diciembre de 2018. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-170.PDF.

Un último ejemplo. El Sr. Pablo Casado en la sesión de 19 de diciembre de 2018 refiriéndose al President de la Generalitat de Catalunya dijo: «resulta que lo que quiere es un derramamiento de sangre, una guerra civil en Cataluña, desea que se manden tanques y nos llama carroñeros, hienas y víboras a los españoles» Diario de Sesiones de 19 de diciembre de 2018, p. 7. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-173.PDF

²⁴ Sobre la inteligencia emocional vide Daniel GOLEMAN, *La inteligencia emocional* (Kairós, 1996).

LOEWENSTEIN, uno de los defensores de la llamada democracia militante²⁵, la técnica para asumir el poder que basa su estrategia en el *emotionalism* no es democrática.²⁶ Si nos movemos en el campo de la irracionalidad emocional y no en el de la racionalidad democrática es imposible alcanzar un consenso sobre ningún tema. Cierto es que las emociones no son ajenas al debate democrático. Claramente lo describe ARIAS MALDONADO. Asistimos al tránsito entre «un sujeto ideal del liberalismo kantiano, concebido como un maximizador racional de preferencias, y el sujeto real que nos describen las ciencias naturales y sociales entre el giro afectivo: una entidad sometida a múltiples influencias afectivas, cuyo procesamiento racional de información se ve también afectado por distintas patologías»²⁷. La democracia real es una mezcla de racionalidad y emotividad y no está claro cuál es el elemento predominante. Esa influencia de las emociones en la vida política democrática ha hecho que se haya acuñado la expresión democracia postfactual. Y este es el clima propicio para la afloración de los populismos que, como pone de manifiesto VILLACAÑAS, supone una impugnación del liberalismo desde el momento que parte de la convicción de que la sociedad no puede asentarse sobre una base racional²⁸. No hay más que mover las emociones negativas producidas por la insatisfacción para aglutinar a esa ciudadanía insatisfecha alrededor de un líder con cierto carisma y un movimiento carente de ideología pero con gran poder de persuasión emocional. Este clima es muy diferente a aquél que permitió alumbrar la Constitución. Sólo cabe acudir a los debates de la Constituyente y compararlos con un diario de sesiones del Congreso.

En definitiva, y como destaca MARTINEZ SOSPEDRA, especialmente en el caso español, los partidos hoy en día han abandonado «sus tareas de socialización política (...). Abandono que dificulta el desarrollo de una cultura democrática tanto en el seno de los partidos como en el resto de la sociedad»²⁹

III. BUSQUEDA DEL CONSENSO

Es indispensable abordar la reforma desde el consenso. La RAE lo define como «acuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo o entre varios grupos». Señala HELD que éste solo puede darse bajo una

²⁵ Karl LOEWENSTEIN, «Militant Democracy and Fundamental Rights», *The American Political Science Review*, vol. XXXI, nº 3 pp. 417 y ss. y vol. XXXI, nº 4, 638 y ss (1937).

²⁶ Idem. pp. 428 y ss.

²⁷ Manuel ARIAS MALDONADO, *La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI* (Página Indómita, 2016), 31.

²⁸ José Luis VILLACAÑAS, *Populismo*, (La Huerta Grande, 2015), 15.

²⁹ Manuel MARTINEZ SOSPEDRA, *Introducción a los partidos políticos* (Ariel, 1996), 255.

serie de condiciones entre las que incluye «un cierto talante para la conciliación; alta tolerancia para el compromiso; líderes fiables que puedan negociar soluciones a conflictos que obtengan el asentimiento de sus seguidores; un consenso sobre fines o valores básicos que sea lo suficientemente amplio como para alcanzar acuerdos; una identidad nacional que desaliente las exigencias de la separación directa; y un compromiso con los procedimientos democráticos, que excluya los medios violentos y revolucionarios». Incluso si se dan, este autor advierte que ello no es garantía de éxito pues si las tensiones internas son excesivamente fuertes puede colapsar el proceso³⁰. Para SARTORI «la característica general del *consensus-aceptación* es un «compartir» que de alguna manera vincula (obliga)». Obviamente, el consenso solo puede darse en una democracia, o, en todo caso, en una transición democrática. El profesor italiano señala al menos tres posibles objetos compartibles: a) valores fundamentales (tales como la libertad y la igualdad); b) reglas de juego o procedimientos; c) gobiernos y políticas gubernamentales específicas. El primer grado de consenso, o consenso básico facilita la democracia, pero no es una condición necesaria de ella. El segundo consenso, el procedimental, que establece cómo deben resolverse los conflictos es una condición sine qua non de la democracia. El tercer nivel de consenso, que es el consenso a nivel de acción política y los gobiernos es «el que trae a colación el consenso como disenso... Este es el contexto en que la discrepancia, el disenso y la oposición surgen como elementos caracterizadores de la democracia». Sobre este último nivel de consenso, advierte que basta «recordar que el desacuerdo sobre políticas determinadas y sobre la oposición al gobierno es disenso frente a los que gobiernan, no sobre las forma de gobierno. Si lo que se pretende es lo segundo, lo que está en juego es el consenso básico o el procedimental, y probablemente ambos»³¹. SARTORI parece otorgar mayor peso a la democracia procedimental que a la sustancial. PECES-BARBA también sugiere, en términos similares al anterior autor, sobre qué ha de recaer el consenso: aceptación de las reglas del juego mayoritariamente establecidas, respeto a todos los demás derechos fundamentales, (...), renuncia a la violencia como instrumento de acción política en la sociedad democrática, respeto a las minorías y creación de un acervo común de creencias mínimas. *La sociedad democrática necesita de un acervo común de creencias mínimas en las que todos participen*³². Este autor, le da

³⁰ Robert DAHL, *La democracia. Una guía para los ciudadanos* (Santillana de Ediciones, 1999), 174 y 175.

³¹ Giovanni SARTORI, *Teoría de la Democracia 1. el debate contemporáneo* (Alianza, 1988) 121-126

³² La cursiva es mía. Sesión de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, 9 de mayo de 1978. *Constitución española, Trabajos parlamentarios*, Vol I, Cortes Generales, Madrid, edición 1989, p. 721

más peso a la democracia en su dimensión sustantiva o material. Con estas palabras el profesor Peces-Barba se encuentra en plena sintonía con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 en cuyo Preámbulo puede leerse que los Estados Europeos están animados de un mismo espíritu en posesión de un *patrimonio común*³³ de ideales y de tradiciones políticas de respeto a la libertad y a la preeminencia del Derecho³⁴, tradición que asumirá años después la Carta de Niza de la Unión Europea en cuyo Preámbulo puede leerse que «*la Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes*»³⁵ que son «la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad y se basa en los principios de la democracia y los del Estado de Derecho».

Partiendo de que todos los artículos de la Constitución tienen el mismo valor, hay que recordar aquí que la parte dogmática es sustancialista y la orgánica, procedimental. La segunda nunca puede sobreponerse a la primera al igual que no puede desviarse o contradecirse de o con ella. Como advierte PEREZ SERRANO, debe considerarse que sólo la posición de supraordenación de la parte dogmática respecto de la parte orgánica expresa fielmente el control del poder político a favor de la libertad. Así, la parte orgánica «sirve precisamente para asegurar ese sistema liberal y democrático de convivencia. La parte dogmática encierra lo decisivo y orientador; la organización estatal es su instrumento»³⁶. En el mismo sentido dice TORRES DEL MORAL que la parte orgánica «ha estado siempre y debe estar en función de la parte dogmática. La parte orgánica es (...) garantía de la parte dogmática»³⁷. Por ello, con PECES-BARBA, puede afirmarse que la legitimidad democrática no debe quedar reducida a la aceptación de las formas y de las instituciones que rigen la lucha por el poder, sino que la misma debe abarcar «un acuerdo básico aceptado mayoritariamente, sobre los objetivos del ordenamiento, sobre el contenido de moralidad que debe realizar y, consiguientemente, un grado de consenso material para asegurar la obediencia al Derecho»³⁸. Cabe traer a colación las palabras de Sánchez Agesta durante los trabajos parlamentarios que

³³ La cursiva es mía.

³⁴ En este sentido vide la jurisprudencia del TEDH fijada, entre otras, en las SSTEDH Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía, de 30 de enero de 1998 o Partido de la Prosperidad c. Turquía, de 31 de julio de 2001. No lo entiende así nuestro Tribunal Constitucional que en su STC 176/1995, de 11 de diciembre, afirma que «al resguardo de la libertad de expresión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático» (FJ. 2).

³⁵ La cursiva es mía.

³⁶ Nicolás PEREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Constitucional*, (Civitas, 1976), 458.

³⁷ Antonio TORRES DEL MORAL, *Estado de Derecho...* op. cit. p. 149.

³⁸ Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los Valores Superiores* (Tecnos, 1984), 73-74.

alumbraron la Constitución de 1978: «se ha llamado una Constitución de consenso; una Constitución de consenso que parte del pluralismo y el pluralismo es una teoría de la variedad; y una teoría de la variedad exige, al mismo tiempo, una teoría de la unidad. Esa teoría de la unidad no puede asentarse más que en una serie de *valores comunes que se aceptan y se convive en común*»³⁹.

En los debates de la constituyente Peces-Barba, afirmaba con que «para la *consolidación*⁴⁰ de la vida democrática de nuestro país, el Partido Socialista Obrero Español, *convoca a las fuerzas democráticas a la adopción de un compromiso constitucional que garantice definitivamente la libertad y la democracia*⁴¹ a la vez que enfatizaba que la parte orgánica plasmada en la función de seguridad que la Constitución debía desempeñar, debía quedar supeditada a la parte dogmática encarnada en la función de justicia «alimentada por una inspiración democrática» y que «es el contenido de unos valores que dan sentido a la Constitución» de ahí que advirtiera del peligro de caer en el vaciamiento de la libertad y «no convirtamos a esta Constitución en una constitución de reglas organizativas, en una constitución tecnócrata» añadiendo, por último, que por la función de justicia se organiza la garantía de los derechos y de las libertades y de la propia Constitución⁴². Por lo tanto, más allá de considerar a la Constitución como un mero conjunto de reglas procedimentales ésta posee un contenido sustancial al cual aquellas deberían quedar supeditadas.

Tomás y Valiente se preguntaba en este sentido «¿No es precisamente el respeto de los derechos humanos el mínimo ético que, asumido democráticamente, permite la construcción de fórmulas de convivencia pacífica?»⁴³. El consenso sobre los valores y principios sobre los que se asienta la convivencia de una sociedad es, por tanto, nuclear para su pervivencia. Y en democracia, solo hay unos valores. No puede afirmarse, como parece desprenderse de la jurisprudencia constitucional⁴⁴ que en una democracia puede defenderse

³⁹ Sesión del Senado de 5 de octubre de 1978. *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Vol. IV, (Cortes Generales, Madrid, 1980, 2ª edición, 1989), 4819

⁴⁰ La cursiva es mía.

⁴¹ La cursiva es mía.

⁴² 643 a 646.

⁴³ Francisco TOMAS y VALIENTE, «Los derechos y el Estado», *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional* (Centro de Estudios Constitucionales 1993), 162

⁴⁴ En la STC 20/1990, de 15 de febrero, ampara la difusión de aquello que «resulte contrapuesto a los valores y bienes que la Constitución consagra». Ello no obstante, en la STC 214/1991, de 15 de febrero expresamente señala que la Constitución no permite «la violación de (...) los valores superiores del ordenamiento jurídico» (FJ 8). En la STC 176/1995, de 11 de noviembre, afirma lo uno y su contrario. Por una parte, afirma que «es evidente que al resguardo de la libertad de expresión cabe cualquiera por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso la que ataquen al propio sistema democrático» (FJ 2); por otra que: el lenguaje del odio «está en contradicción abierta con los prin-

otros valores distintos a éstos pues fuera de la democracia lo que existen son desvalores. No tienen la misma naturaleza o consideración la libertad que la esclavitud, la igualdad que la desigualdad, la justicia que la injusticia o el pluralismo político que el pensamiento único. Al artículo 1 CE le podemos añadir otros valores, complementarios de los ya explicitados, como la solidaridad o la tolerancia, que son plenamente democráticos. Sus antagónicos, la insolidaridad y la intolerancia, no son valores sino desvalores y cuestiono que pueda defenderse un proyecto político cuyo fin sea implantar ese tipo de desvalores en nuestra sociedad.

El consenso de todas las fuerzas políticas en alumbrar no cualquier constitución, sino, de forma irrenunciable, una constitución democrática fue el elemento nuclear en la elaboración de la Constitución de 1978. ALZAGA VILLAAMIL al inicio de su discurso de recepción como académico de número de la Real Academia de Ciencias Políticas y Morales al que antes hemos hecho referencia afirmaba «que es una obviedad recordar que el gran activo de nuestra historia política en el siglo XX es «la transición» por antonomasia. Y que de su seno destaca un elemento capital, «el consenso», o vía para elaborar la Constitución de 1978, adjetivada en las fechas de diciembre de aquel año en que se sometió a referéndum como ‘la Constitución de la concordia’»⁴⁵. El consenso busca superar, para determinados asuntos, el principio democrático de la mayoría. Va más allá de la dialéctica mayoría gobernante - minoría opositora desde el momento en que pretende integrar a la minoría en el proceso de negociación y en el resultado. Por utilizar una palabra de la época: con el consenso se buscaba que el texto no fuese una imposición de la mayoría y una «trágala» para la minoría. Ese fue el espíritu de la transición: no marginar a nadie trazando, en todo caso, la línea roja en que ese resultado había de ser una Constitución democrática.

Solo cabe acudir a los debates que precedieron a la aprobación de nuestra Carta Magna para comprobar su importancia. En 1978 todos los partidos políticos tenían claro que solo desde la lealtad democrática podía darse dicho consenso que suponía renuncias a posicionamientos propios y aceptación de ajenos o transacciones entre unos y otros. Podemos recordar aquí la intervención de Herrero de Miñón en la Comisión de Asuntos Constitucionales y

cipios de un sistema democrático» (FJ 5) y que «la apología de los verdugos (...) a costa de la humillación de las víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana (...) se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional» (FJ 6).

⁴⁵ Óscar ALZAGA VILLAAMIL, *El consenso (del proceso constituyente a las prácticas postconstitucionales)* (Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2010), 13.

Libertades Públicas en el Congreso de los Diputados: «la Constitución que de aquí surja no sea la imposición de nadie sino la imposición de la voluntad general de los españoles»⁴⁶. Peces-Barba, por su parte, de forma meridiana-mente clara decía: «para la consolidación de la vida democrática de nuestro país el PSOE convoca a las fuerzas democráticas a la adopción de un compromiso constitucional⁴⁷ que garantice definitivamente la libertad y la democracia» añadiendo a continuación que los socialistas «hemos afirmado y defendido la necesidad del consenso y es que no se debe hacer ningún texto, o debemos tender a no hacer ningún texto donde exista algo que sea absolutamente inaceptable para un Grupo Parlamentario (...) porque entendemos que con esta Constitución deben poder gobernar todos, es decir, todos aquellos a los que la voluntad popular les lleve al gobierno (...) Nuestra idea de consenso, nuestra buena voluntad para no hacer una constitución partidista, sino una regla de juego válido para todos. Y pedimos desde esa perspectiva a todos los Grupos Parlamentarios que tomen buena nota de aquellos aspectos que suponen para nosotros graves dificultades de aceptación de la misma forma que nosotros estamos con la máxima atención y con el máximo interés escuchando los argumentos de los demás Grupos parlamentarios para tomar buena nota, también de aquello que pueda ser absolutamente inaceptable para los demás⁴⁸. Fraga Iribarne hablaba, por su parte de un «pacto al renunciar a imponer unos a otros un trágala constitucional, es evidente que el consenso sólo puede lograrse a partir de un *clima de confianza*»⁴⁹. Roca Junyent unía implícitamente la idea de consenso con la lealtad al pueblo soberano que demandaba una constitución democrática con las siguientes palabras: «quería aceptar, por ejemplo, que el consenso debía buscarse en lo fundamental. Quería decir aceptar que el consenso no supone jamás plena estimación de una posición particular, que el consenso requiere aceptar en su profundidad los grandes desafíos que la democracia nos plantea para su consolidación. El argumento de que hay que aplazar la solución de estos grandes desafíos, porque tenemos ya demasiados problemas planteados, porque estamos en días de inquietud, sería un gravísimo error. Hay momentos solemnes, solemnemente fecundos en la vida de los pueblos, y estamos en uno de ellos, y es en estos momentos en que pueden resolverse en días problemas que en épocas de normalidad no podrían resolverse en años (...) Y en esta línea creo yo que se ha avanzado positivamente⁵⁰.

⁴⁶ *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Vol. I, (Cortes Generales, Madrid, 1980, 2ª edición, 1989), 637.

⁴⁷ La cursiva es mía.

⁴⁸ Idem p. 648.

⁴⁹ La cursiva es mía. Se unen así los principios de lealtad y confianza.

⁵⁰ Idem p. 667.

Ese consenso no desapareció con la aprobación de nuestra Carta Magna sino que se ha mantenido hasta nuestros días. Existe un consenso sobre los valores sobre los que se asienta nuestra sociedad y para ello sólo hay que acudir a los Estatutos de los diferentes partidos políticos. Todos defienden la democracia como único sistema político posible. Y existe también consenso sobre que las reformas han de abordarse desde el respeto a las reglas de juego que aparecen en la Constitución. Si existe ese primer consenso, valores a preservar y promover y reglas de juego, es posible alcanzar acuerdos sobre contenidos.

Si que es cierto que, una vez aprobada la Constitución, se abría un nuevo periodo en el que los partidos políticos se enfrascarían en la lucha política siempre teniendo en cuenta, eso sí, que la democracia supone la *concordia discors*. Advertía, Felipe González que intentar mantener un consenso en el sentido de acuerdo unánime en todo momento supondría incluso un peligro para la democracia. Eso no impediría, dejaba claro el líder socialista, llegar a acuerdos en los grandes asuntos de Estado. En la Sesión de 31 de octubre señalará en ese sentido que mantenerlo a toda costa ya en democracia «tal vez sería caminar en la dirección contraria a la democracia» pues «no se puede seguir gobernando, desde ese consenso, este país indefinidamente, aunque a veces tengamos que renunciar a parte de nuestras posiciones en favor de una solidaridad y en la búsqueda de objetivos nacionales»⁵¹. Podemos hablar, por lo tanto, de un consenso básico, vigente desde la transición. Somos una sociedad democrática y deseamos perfeccionar día la misma convirtiéndonos en una sociedad democrática avanzada. Para ello, paradójicamente, es necesario el disenso. En definitiva, el consenso básico apuesta por el disenso pues si exigiera el consenso en todo momento no existiría pluralismo ni democracia; sin embargo, ese disenso no puede alcanzar a cuestionar la propia democracia, ha de quedarse en la discusión sobre cómo perfeccionarla.

Desde algunos sectores, se ha intentado desacreditar el consenso de la transición tildándolo de consenso del miedo por el ambiente en que se elaboró el Texto Constitucional. En ese debate constituyente estaban Carrillo, Dolores Ibarruri, Alberti, Felipe González, etc. Nadie de ellos mostró el más mínimo temor a la hora de acometer la tarea de elaborar la Constitución. Acudiendo, una vez más, al Diario de Sesiones vemos que dicha afirmación es correcta. De nuestra podemos reproducir las palabras de Santiago Carrillo en relación a la defensa de la constitución y de la democracia. En la sesión del Pleno del Congreso de los Diputados de 4 de julio de 1978, Carrillo adoptaba una postura extremadamente combativa en defensa de la democracia

⁵¹ *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Vol. IV (Cortes Generales, Madrid, 1980, 2ª edición, 1989), 4930

que dejaban traducir el compromiso del Partido Comunista no sólo de defender la democracia, sino que el camino hacia la democracia no podía, en ningún caso, ser desandado. Así manifestaba que «si algún día hay que oponerse en este país a la amenaza de una dictadura, sea la que sea, los comunistas, seremos los primeros en hacerlo. Si algún día hay que defender la Constitución que vamos a aprobar, nosotros no vacilaremos ni un segundo (...). Para nosotros lo decisivo es la democracia (...) las fuerzas de ultraderecha, conscientes de que por la vía democrática no saldrán nunca de una posición minoritaria llaman ya a votar contra la Constitución, tratando de mantener vivos los residuos ideológicos de la guerra y de impedir que la democracia selle la reconciliación y la paz civil. (...) La respuesta de la inmensa mayoría de los españoles debe ser el «sí» a la Constitución»⁵². En la Sesión de 31 de octubre añadía que «en todo caso, yo quiero dejar claro que no nos apartaremos de la voluntad de consolidar la democracia, de la voluntad de la Constitución el cauce de la realidad de nuestro país, ni las metralletas terroristas, ni las bombas, ni las conspiraciones contra la democracia que puedan darse, que puedan realizarse por muy serias y activas que puedan ser»⁵³.

Hoy en día es considerado de forma positiva por la mayoría de españoles, que ven en él un motivo de orgullo.⁵⁴ No fue un consenso perfecto en el sentido que dejó irresueltas o abiertas cuestiones de especial trascendencia pero aun no siendo perfecto, la experiencia fue tremendamente positiva. Alumbró una Constitución que, en palabras de todos, no era ni de vencedores ni de vencidos. Ese texto fue refrendado por el 87,78 % de votantes, con un 33% de abstención.

IV. LA LEALTAD

Unida a los anteriores elementos se encuentra la lealtad. Para alcanzar un consenso se ha de negociar desde ella. Éste es un principio, no el único, que subyace en toda relación política. De acuerdo con la primera acepción de la R.A.E. por tal cabe entender «cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad»; por su parte, la primera acepción de fidelidad, a su vez, nos remite a la lealtad: «lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona». Y como afirma TOURAINE, «el poder político ha impuesto manifestaciones

⁵² Idem: p. 1844.

⁵³ Idem Vol IV p. 4927.

⁵⁴ En este sentido puede verse el barómetro del CIS de septiembre de 2018. Ante la pregunta ¿cree Ud. que la forma en que se llevó a cabo la transición a la democracia en España constituye un motivo de orgullo para los/as españoles/as?, el 67,3% de los encuestados responde de forma afirmativa frente a un 22 % que lo hace de forma negativa. http://datos.cis.es/pdf/Es3223mar_A.pdf

de pertenencia y de lealtad»⁵⁵ La lealtad supone un compromiso y como tal puede incumplirse. En este caso hablamos de deslealtad e, incluso, de traición pues de acuerdo con la RAE por tal cabe entender «falta que se comete quebrantando la fidelidad o lealtad que se debe guardar o tener».

En el ámbito político la lealtad exige un actor político que emite ese compromiso y alguien, otro actor político o algo, una Constitución, que lo recibe. Desde la antigüedad este principio ha estado presente y ha exigido respetar los términos del pacto, *pacta sunt servanda*.

Para que exista lealtad es preciso anteponer el interés general a los intereses particulares, algunos de ellos, incluso, espurios. Ya Madison, en enero de 1788, en pleno debate para la aprobación de la Constitución de los Estados Unidos redactada por la Convención de Filadelfia, advertía que una obra de tal calibre podía suscitar intereses, pasiones y actitudes que dificulten «de uno y otro lado, una discusión leal y un juicio exacto de sus méritos»⁵⁶. Por lo tanto, solo desde la lealtad puede conseguirse el consenso.

El propio Madison así lo destacaba en el mismo escrito en los siguientes términos: «todas las diputaciones que integraron la convención quedaron satisfechas con el documento definitivo o dieron su consentimiento convencidas de la necesidad de sacrificar al bien público las opiniones particulares y los interés parciales»⁵⁷.

Defiendo, que ese deber de lealtad debería extenderse, entre todos los principios estructurales de la Constitución, de forma irrenunciable al principio democrático. Ninguna democracia debe permitir que se acabe con ella pues vivir en democracia es un derecho de los ciudadanos y de las generaciones futuras. En este sentido dirá el TEDH, caso Ahmed, de 2 de septiembre de 1988, toda generación, tiene el derecho de vivir en democracia y todo poder político la obligación de hacerlo posible y, añadido yo, toda generación tiene la obligación de transmitir el legado de vivir en libertad a la siguiente, de tal suerte que si una de ellas la pretendiera hurtar a las futuras merecería ser tachada de desleal y traidora para con ellas. Tajante se mostrará el anterior Tribunal al afirmar en la STEDH Partido de la Prosperidad, de 31 de julio de 2001 que «no existe democracia cuando la población de un Estado, aunque sea de forma mayoritaria, renuncia a sus poderes Legislativo y Judicial en provecho de un ente que no es responsable ante el pueblo que ella gobierna» (párf. 43). Por lo tanto, para el TEDH no hay un supuesto derecho al suicidio democrático. Si analizamos la jurisprudencia del TEDH podremos

⁵⁵ Alain TOURAINE, *¿Qué es la democracia?* (Ensayo, 1994), 31.

⁵⁶ James MADISON, *El Anunciador Cotidiano*, 11 de enero de 1788. A. HAMILTON, J. MADISON, y J. JAY, *El Federalista*, (Edición Fondo de Cultura Económica, 1994), 147.

⁵⁷ Idem, p. 152.

concluir que atacar la democracia supone un incurriría en un abuso del derecho. El Derecho a vivir democracia no incluye *el ius abutendi*, el derecho a la muerte democrática.

Definirá el Tribunal Constitucional en la STC 122/1983, de 16 de diciembre el deber de lealtad de los cargos públicos, en los siguientes términos: «la fidelidad a la Constitución puede entenderse el compromiso de aceptar las reglas del juego político y del orden jurídico existente en tanto existe y a intentar su transformación por medios legales. La fidelidad de esta línea interpretativa no entraña una prohibición de representar y de perseguir ideales políticos diversos a los encarnados por la Constitución... siempre que se respeten aquellas reglas de juego» (FJ 5). La lealtad, para el Alto Tribunal queda reducida a una mera lealtad procedimental. Similar deber de lealtad debe exigirse a instituciones, e incluso a partidos políticos. Esta lealtad también estuvo presente en los trabajos que alumbraron la Constitución de 1978. Así Sánchez Agesta en la Sesión del Senado celebrada el 5 de octubre de 1978 se refiere al espíritu de *fair play* que había imperado en proceso de elaboración de aquella⁵⁸. Esto que parece tan sencillo de cumplir, acatar las reglas de juego democrático, no se ha dado ni se está dando en el momento de escribir estas líneas por parte del Parlament y del Govern de Catalunya en el llamado *procès soberanista*. Ello no obstante, hay que contextualizar estos hechos. Tiene dicho el TEDH en numerosas sentencias que para que un proyecto político sea defendible en democracia ha de cumplir dos condiciones: que se haga por medios pacíficos y que el proyecto sea en sí democrático, pues la democracia es el único sistema político compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Superados esos dos requisitos que definen el principio democrático, todo proyecto es defendible aunque ponga en jaque principios estructurales de la constitución de turno como el de la unidad nacional⁵⁹. En este caso tenemos un proyecto democrático: que Cataluña sea una república democrática; para ello se utiliza un mecanismo o medio democrático: un referéndum. Por lo tanto, medio y fines son democráticos y cumplirían con las exigencias del TEDH. Ello no obstante, ni el objetivo ni el medio están previstos en la legislación vigente. El hecho de utilizar una vía democrática pero no prevista en nuestro ordenamiento podría ser tildado de antidemocrático, pues la democracia tiene una dimensión sustancial y una procedimental, en cuanto no se sigue el procedimiento establecido que sería plantear una reforma constitucional, lo que, desde luego, y en mi opinión, sí que puede ser tachado de desleal. Por tanto, instituciones, partidos políticos y demás asociaciones que han ido por esta vía

⁵⁸ *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Vol. IV, (Cortes Generales, Madrid, 1980, 2ª edición, 1989), 4819.

⁵⁹ Vide, por todas, SSTEDH Partido Comunista Unificado c. Turquía, de 30 de enero de 1998 y Partido Socialista c. Turquía, de 25 de mayo de 1998.

han sido desleales con la Constitución y, en su caso, desleales con la democracia procedimental. El problema se agrava cuando persisten de forma contumaz en esa actitud. El Parlament de Catalunya aprobó la Ley 20/2017, de 8 de septiembre de transitoriedad jurídica y fundacional de la República Catalana, que fue suspendida por el Tribunal Constitucional el 12 de septiembre del mismo año y que nunca entró en vigor. De igual manera se aprobó la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación que fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su sentencia 114/2017, de 17 de octubre. Posteriormente se aprobó el Decreto 139/2017, de 6 de septiembre, de convocatoria del referéndum de autodeterminación de Cataluña anulado por el Tribunal Constitucional en la STC 122/2017, de 31 de octubre. En el mismo sentido se pronunció el Alto Tribunal, STC 121/2017, de 31 de octubre, en relación con el Decreto de la Generalitat de Cataluña 140/2017, de 7 de septiembre, de normas complementarias para la celebración del referéndum de autodeterminación. Siguió idéntica suerte la Resolución 807/XI del Parlamento de Cataluña por la que se designan los miembros de la sindicatura electoral de Cataluña al amparo de la disposición adicional tercera de la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, denominada «del referéndum de autodeterminación», STC 120/2017, de 31 de octubre. Todo ello a pesar de existir un Informe contrario a la aprobación de dichas leyes, llamadas de desconexión, de los letrados del Parlament de Catalunya fechado el 6 de septiembre de 2017⁶⁰ y de los Dictámenes del Consell de Garanties Estatutàries 7/2017, de 6 de juliol, sobre la Proposta de reforma parcial del Reglament del Parlament, 8/2017, de 20 de juliol, sobre la Proposició de llei del Codi tributari de Catalunya i d'aprovació dels llibres primer, segon i tercer, relatius a l'Administració tributària de la Generalitat.

El Referéndum fue convocado el 1 de octubre de 2017 a pesar de haber sido suspendido por el Tribunal Constitucional el 13 de septiembre de ese mismo año. El 27 de octubre de 2017 se aprobó en el Parlamento de Cataluña la declaración unilateral de independencia. A raíz de dicha declaración, el Gobierno de España intervino la autonomía de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución española. Tras las elecciones autonómicas de 21 de diciembre de 2017, la intervención fue revocada.

Ello no obstante, desde las instituciones catalanas se ha seguido insistiendo en la legalidad del referéndum y en la realidad de la proclamación de la República Catalana. Solo cabe acudir, en este sentido a la Conferencia del presidente de la Generalitat, Quim Torra, titulada «Nuestro momento» celebrada el 4 de septiembre de 2018, en la que situó el «punto de partida» de su

⁶⁰ <https://www.elperiodico.com/es/politica/20170906/letrado-mayor-ecretario-general-parlament-adviernten-sobre-aprovacion-ley-referendum-6267500>. 06/09/2017 | Actualizado el 07/09/2017 a las 16:40 CEST

proyecto en el «referéndum del 1 de octubre», la «gran movilización» del 3 de octubre y la «declaración política de independencia» del 27 de ese mes, aprobada por el Parlament⁶¹. Por ello llama un tanto la atención que desde las instituciones catalanas se demande lealtad al Gobierno de España⁶²

V. ESCUCCHAR A LA CIUDADANÍA Y TENER COMO OBJETIVO LA MEJORA DE LA DEMOCRACIA Y DEL BIENESTAR DE LOS CIUDADANOS

Señalaba ARANGUREN que nos encontramos ante una democracia *hacedera*⁶³. Ello supone que el electorado vota y luego se desentiende de la *res pública* dejando vía libre para hacer y deshacer a los partidos que en todo caso rendirán cuentas en los siguientes comicios. Esta dejación de funciones del electorado es alentada en privado por los propios partidos políticos en un ambiente propicio como es una sociedad de consumo en la que el *homo economicus* y el *homo videns* han arrinconado al *homo politicus*. Ya advertía MARCUSE de que «una sociedad que parece cada día más capaz de satisfacer las necesidades de los individuos por medio de la forma en que está organizada, priva a la independencia de pensamiento, a la autonomía y al derecho de oposición política de sus función crítica básica⁶⁴. También SARTORI pondrá de relieve la apatía –falta de interés, elevado nivel de ignorancia, participación mínima- de la inmensa mayoría de ciudadanos a pesar del aumento del nivel educativo de la población⁶⁵ lo que, en sus palabras, termina convirtiendo al ciudadano en *idion*, idiota; es decir, aquel que no se ocupa de la cosa pública⁶⁶, para él el *homo videns*, «se traduce en un ciudadano que cada vez sabe menos de política»⁶⁷.

El Estado burgués tendrá como objetivo, como dirá CONSTANT «el disfrute apacible de la independencia privada»⁶⁸. HABERMAS advierte en este

⁶¹ Puede consultarse el texto íntegro de la conferencia en <https://govern.cat/salaprensa/notes-premsa/307776/conferencia-president-generalitat-tnc-moment>. 4 setembre 2018 20:47

⁶² «El Govern se declara ‘sorprendido’ con Pedro Sánchez y le exige ‘lealtad y volver al diálogo’», <https://www.elmundo.es/cataluna/2018/12/11/5c0fb99521efa05f3c8b45c9.html>, 11 DIC. 2018 14:20.

⁶³ Aranguren, José Luís: «Ética comunicativa y democracia» en *Ética comunicativa y democracia* ... op. cit. p.211.

⁶⁴ Herbert MARCUSE, *El hombre unidimensional* (Seix Barral, 1969), 32.

⁶⁵ Giovanni SARTORI, *Teoría de la democracia*, vol. I... op. cit. p. 141.

⁶⁶ Giovanni SARTORI, *Teoría de la democracia*, vol. II,... op.cit. p. 352.

⁶⁷ Giovanni SARTORI, *Homo videns*..., op. cit. pp. 164 y 165.

⁶⁸ Benjamín CONSTANT, *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, (Centro de Estudios Constitucionales, 1989), 268.

sentido que «la contribución motivacional más importante característica de las novedades del capitalismo tardío, consiste en «los síndromes de un privatismo civil y de un privatismo profesional (...) que corresponde a las estructuras de «lo público» despolitizado»⁶⁹. Una sociedad no preocupada por los asuntos concernientes a la *res publica*, desideologizada, consumista y desinformada es más fácil de dominar que otra que muestra interés por este tipo de asuntos, está informada y se muestra crítica con el poder siendo capaz de marcar o influir al menos en la agenda política de aquellos que detentan el poder. Con razón afirmaba SNIDERMAN que el ciudadano alienado puede comportarse lealmente y el apenas alienado de forma desleal⁷⁰.

Ahora bien, las redes sociales activan políticamente a la ciudadanía. Parte de ésta, la que está enganchada a aquéllas, participa en foros, debates, etc. Sucede, no obstante, como se ha señalado, que, en muchas ocasiones, en las redes no prima el debate racional sino el emocional. El ciudadano, sin apenas analizar la cuestión, puede adoptar una opinión favorable o contraria al tema tratado arrastrado por el ruido de fondo sin apenas contrastar o analizar desde la racionalidad la información recibida. No se puede caer en el error de alumbrar lo que ha venido en denominarse «democracia de emjambre» en la que todos hablan y nadie escucha y en el que debate racional es ahogado a modo de acción/reacción por el ruido propio de la aprobación o desaprobación casi instantánea.

Toda reforma supone una redistribución del poder. Advertía Madison, partiendo de que en todo lo puro hay algo de impuro, y de que todo poder, cuya obligación es buscar la felicidad pública, puede, en uso de sus facultades discrecionales, apartarse de dicho objetivo, que «en todos los casos que se ha conferir un poder, lo primero que ha de decidirse es si dicho poder es necesario para el bien público»⁷¹. No ha de perderse de vista esta reflexión a la hora de abordar cualquier reforma constitucional. Toda propuesta de reforma ha de contener una explicación clara de cómo redundará en la mejora de nuestro sistema democrático en general, y de los derechos y si se quiere, del bienestar, de los ciudadanos en particular. Toda propuesta que no persiga estos objetivos ha de ser, de entrada, rechazada. Parece obvio pero hay que estar atento a esta cuestión pues es una realidad que existe una clase política con tintes oligárquicos que puede caer en la tentación de anteponer sus intereses particulares a los generales o dejarse influir por poderosos *lobbys*, grupos de presión, etc. que pueden perseguir intereses no coincidentes con dichos objetivos.

⁶⁹ Jürgen HABERMAS, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, (Amorruu, 1975), 46.

⁷⁰ Citado por Klaus VON BEYME, *La clase política en el Estado de partidos*, (Alianza 1995), 195.

⁷¹ James MADISON, *El Federalista...*, op. cit. p. 170.

En 1994 el CIS mostraba como un 43.4% de la población estaba a favor de una reforma de la Constitución frente a un 34.6% que consideraba que había que dejarla como estaba⁷².

Ante la pregunta: ¿Y en qué aspectos considera Vd. que la Constitución española debería ser reformada? (multirrespuesta), los españoles contestaron:

- Retocarla para adaptarla a las necesidades: 11.9%.
- Reformar el Título de las Autonomías: 11.0%.
- Mayor participación ciudadana: 1.3%.
- Reformar el Senado: 1.5%.
- Más libertades, más derechos de los ciudadanos: 5.2%.
- Que se aplique: 1.1%.
- Crítica o insatisfacción con aspectos relacionados con la justicia: 16.4%.
- Manifestaciones de crítica sobre aspectos sociales y políticos: 13.3%⁷³.

A finales de 2018, de acuerdo con el barómetro del CIS es el 69,6% de los ciudadanos el que está a favor de una reforma frente a un exiguo 14,9% que no lo considera necesario. Entre los que se inclinan por reformar nuestra Carta Magna, el 49,3% se inclina por una reforma importante, el 33,2% por una pequeña reforma y el 14% por una reforma total⁷⁴.

Y ante la pregunta: ¿Y en qué aspectos o cuestiones concretas cree Ud. que habría que introducir reformas en la Constitución de 1978? (con un máximo dos respuestas) los españoles responden:

- Para profundizar la integración de España en la Unión Europea y sus instituciones: 3,4%.
- En una mejor coordinación de competencias en educación y sanidad: 32,4%.
- En las competencias del Senado: 6,4%.
- En la sucesión de la Corona: 12,6%.
- En la regulación de competencias de las Comunidades Autónomas: 19,3%.
- En la manera de nombrar a cada una de las Comunidades Autónomas: 2,6%.
- En mejorar la protección de los derechos sociales: 22,7%.
- En garantizar una mayor igualdad de las mujeres: 19,3%.
- En proteger en mayor grado los derechos y libertades de los/as ciudadanos/as: 17,2%.

⁷² http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2120_2139/2124/e212400.html

⁷³ http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2120_2139/2124/e212400.html

⁷⁴ http://datos.cis.es/pdf/Es3223mar_A.pdf. 1 sept. 2018.

- En incrementar la transparencia y el control de la actividad política: 28,9%.
- En modificar el sistema electoral: 16,7%⁷⁵.

No está entre las principales prioridades de los españoles la reforma del modelo territorial del Estado. Si están entre las prioridades de los ciudadanos aquellas cuestiones que más directamente les afectan: educación, sanidad, transparencia y control de la actividad política e igualdad y derechos. Los ciudadanos reclaman principalmente hacer reformas en el Título I de la Constitución. Es hora de dar contenido efectivo a derechos como el derecho a la vivienda o el derecho a un medio ambiente sano que, aunque contenidos en la Constitución, aunque con diferente naturaleza, son más virtuales que reales. Es hora de introducir nuevos derechos como el derecho a una administración transparente y efectiva o el derecho al acceso a las nuevas tecnologías. Toda reforma de la parte orgánica de la Constitución, como la del modelo territorial ha de hacerse sin perder de vista lo anterior. Han aparecido nuevos derechos, como el derecho a una Administración efectiva, que están recogidos en la Carta de Niza y en muchos Estatutos de Autonomía, tras las reformas estatutarias operadas en la VIII Legislatura, lo que lleva al sinsentido de tener unos derechos como ciudadano/a de una Comunidad Autónoma y de la Unión Europea que no se reconocen a nivel estatal.

Y, sin embargo, la reforma del modelo territorial es la que ocupa y, en teoría, preocupa, a gran parte de la clase política. Sin duda, es una cuestión irresuelta. Ya en 2006, el Consejo de Estado consideraba necesario cerrar el proceso autonómico mediante una reforma constitucional⁷⁶. Como dice Francesc DE CARRERAS, «la asignatura todavía pendiente que no se acaba de aprobar»⁷⁷. El Título VIII hay que reformarlo en profundidad. En gran parte es derecho consumado. La urgencia viene dada, como advierte CRUZ VILLALÓN, por «el engarce entre Constitución y Estatutos. Hasta ahora la Constitución ha dejado demasiado campo al «principio dispositivo» a favor de las autonomías. En este sentido se plantea una tarea de reequilibrio de la actual situación en favor de la Constitución. Esto no tiene nada que ver con una negativa a profundizar en el Estado de las Autonomías. Lo único que persigue es que dicha profundización esté en la Constitución, y no que la Constitución vaya, por así decir, a remolque de los Estatutos»⁷⁸. La ciudadanía está preocupada más por la mejora en los servicios y la implantación real

⁷⁵ http://datos.cis.es/pdf/Es3223mar_A.pdf. 1 sept. 2018

⁷⁶ Informe sobre la reforma constitucional de 16 de febrero de 2006.

⁷⁷ Francesc DE CARRERAS, «El dilema del Estado de las autonomías. ¿Cierre del modelo o apertura indefinida?» *Claves de la Razón Práctica*, núm, 188, (200), 10

⁷⁸ Pedro CRUZ VILLALÓN, *La cesta de la reforma*, *El País*, 7 de octubre de 2004. https://elpais.com/diario/2004/10/07/opinion/1097100007_850215.html

de los derechos sociales: sanidad, educación, vivienda....; la clase política por la organización territorial del estado. Esta última debería hacer pedagogía en el sentido de eliminar del imaginario colectivo que ese debate es un debate entre élites políticas, nacionales y territoriales, por el reparto del poder y, primero, interiorizar y luego explicar a la ciudadanía que la racionalización del modelo territorial del Estado tiene como único fin la mejora en la prestación de servicios a la ciudadanía.

VI. REFORMAR NO ES ABRIR UN NUEVO PROCESO CONSTITUYENTE

Desde algunos sectores se aboga por abrir un nuevo proceso constituyente partiendo del argumento al que hemos hecho referencia de que la Constitución de 1978 se elaboró desde el miedo y reforzándolo con el «novedoso» de que la generación actual no votó la actual Constitución. De entrada, de novedoso u original este segundo argumento no tiene nada. Es tan antiguo como el mismo constitucionalismo. En su carta dirigida a James Madison el 6 de septiembre de 1789, Thomas JEFFERSON se cuestionaba si una generación humana tiene derecho a vincular a otra y llegaba a una conclusión negativa. Al igual que la tierra es de los vivos y no de los muertos ninguna generación puede quedar vinculada por lo hecho por la generación anterior. Cada generación, que Jefferson fijaba en cada 34 años a la vista de los certificados de defunción de personas mayores de veintiún años, ha de elaborar las leyes por las que ha de regirse. «toda constitución, y toda ley, caducan naturalmente pasados treinta y cuatro años. Si se aplica después, es por un acto de fuerza, y no de derecho»⁷⁹. La idea no prosperó. No parece que este sea el sentir ni de la ciudadanía ni de la clase política ni de la Academia. La gran mayoría habla de reforma no de nuevo proceso constituyente⁸⁰.

Nuestros constituyentes no cerraban en absoluto las puertas a que en un futuro se reformara la Constitución. En la Sesión de 31 de octubre Felipe

⁷⁹ Thomas JEFFERSON, carta a James Madison de 6 de septiembre de 1789. Puede consultarse en castellano en Thomas JEFFERSON. *Escritos políticos*, Edición de Jaime de Salas, (Tecnos, 2014), 422.

⁸⁰ En este sentido, en el escrito firmado por varios catedráticos de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo *Ideas para una reforma de la Constitución*, se aboga por la reforma que supone cambios parciales de la norma jurídica y no por un proceso constituyente que «implica cambios políticos radicales, a menudo revolucionarios» recordando que «las constituciones históricas españolas han acabado mal. Ante los problemas y crisis constitucionales no se ha procedido a la reforma constitucional sino que se ha optado por la revolución o el golpe de Estado y, en su caso, la apertura de un periodo constituyente o la instalación de un régimen autoritario». http://idpbarcelona.net/docs/actual/ideas_reforma_constitucion.

González se expresaba en los siguientes términos: «asistimos a un alumbramiento: el alumbramiento de una Constitución democrática para nuestro país. Y como todo alumbramiento hay algo de dolor y de alegría: el dolor no por la renuncia a que cada uno se ha visto forzado para llegar al consenso, es más bien el dolor que nos produce los liberticidas, estos que quieren acabar con la democracia y la libertad. Pero la alegría siempre compensa al dolor de todo alumbramiento, porque se trae a la vida algo nuevo, algo bueno, algo positivo para todos los españoles» (...). «Ningún poder se legitima en este país sin pasar por esas reglas de juego que establece el texto. Por consiguiente, sea cual sea el poder, tendrá que someterse a la soberanía que expresa el texto de la Constitución (...) Admitimos su *perfectibilidad*⁸¹ y, por consiguiente, admitimos que el pueblo en cualquier momento, cuando la Constitución esté rodada decida y quiera *cambiarla para hacerla mejor*⁸², para hacerla más adecuada a nuestras circunstancias políticas, sociales y económicas»⁸³.

Muchas constituciones han sido reformadas. La Constitución de los Estados Unidos de América lo ha sido en veintisiete ocasiones. Ciertamente es que el artículo 168 CE permite la revisión total de la Constitución pero como advierte Pedro de VEGA, la lectura aislada del artículo 168.1 CE no nos puede llevar a la conclusión de que nuestro texto fundamental ha optado por un indiferentismo ideológico total. Semejante decisión implica olvidar que la revisión es fundamentalmente un procedimiento de defensa, no de subversión de la Constitución⁸⁴. Se afirma de forma mayoritaria de que no hay límites materiales a la reforma constitucional; sin embargo, y de acuerdo con lo señalado *supra* hay uno. Cualquier reforma ha de respetar el principio democrático. Es decir, llevarse a cabo por vías democráticas y su resultado no puede ser liquidar la propia democracia. Ya en 1985, Ignacio DE OTTO, que mantenía que nuestra Constitución no consagra una democracia militante, afirmaba que desde el punto de vista de la Teoría Constitucional democrática, la cuestión de si hay límites absolutos a la reforma tiene que responderse afirmativamente: «sin duda alguna hay un límite absoluto, uno al menos que consiste, para decirlo en términos concisos, en que la democracia no puede destruirse a sí misma por decisión democrática».⁸⁵ Por vía de la reforma

⁸¹ N. del autor: la cursiva es mía

⁸² La cursiva es mía.

⁸³ *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Vol. IV..., op. cit., p. 4928 a 4930.

⁸⁴ Pedro DE VEGA, «La reforma constitucional» en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, (Madrid 1978) 220. En el mismo sentido Jiménez Campo, Javier: «Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución», *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 1980, pp. 87-88.

⁸⁵ Ignacio DE OTTO, *Defensa de la Constitución...* op. cit. pp. 29 y 30. Vide en el mismo sentido Díaz, Elías: *De la maldad Estatal y la soberanía popular* (Debate, 1984), 67 y 68.

constitucional del artículo 168 CE no puede sustituirse la redacción del actual artículo 1 por otra en la que se diga que «España es una unidad de destino en lo universal». En una democracia no tiene sentido destruir una constitución democrática y elaborar otra. Lo que es racional y razonable es modificar, en el sentido, de mejorar la existente. Y ello porque no existen valores distintos a los democráticos. Lo que hay fuera de éstos no son otros valores, sino desvalores. Sí que pueden existir valores democráticos que no aparecen explicitados en la Constitución, como puede ser el caso de la tolerancia. No hay problema en incorporarlos como no hay problema en modificar la naturaleza de nuestro Estado de Derecho pasando a un estadio superior y en este sentido, en el artículo 1 podría sustituirse la referencia al Estado social de Derecho por la acuñación del concepto Estado solidario de derecho (que supone un estadio superior al igual que el primero lo es respecto al Estado liberal) introduciendo nuevos valores como la tolerancia, mecanismos para hacer realmente efectivos los derechos sociales y derechos de tercera generación⁸⁶.

VII. CONCLUSIÓN: VOLUNTAD POLÍTICA PARA UN TIEMPO DE REFORMAS

¿Se dan los presupuestos para una reforma constitucional? A día de hoy, mediados 2019, muchos opinan que no. Faltan propuestas racionales, consenso y lealtad, y sobra apariencia, *emocionalismo* y crispación. No parece existir una verdadera voluntad política de los partidos políticos para que se den todos o algunos de los presupuestos citados. Ese clima enrarecido lo han creado ellos no la ciudadanía y son ellos los que tienen la responsabilidad de ponerle fin. Estamos en el inicio de la XIII legislatura. Los partidos se reposicionan ante un Congreso más fragmentado que puede conducir a un escenario de tensiones e inestabilidad ante el cual la reforma tendría que ser aplazada, una vez más, *sine die*.

Para los presidentes Felipe González, José María Aznar y José Luis Rodríguez Zapatero la situación actual no es la propicia para abordar una reforma constitucional. Todos ellos, alejados de la primera línea de la política hablan desde la experiencia y la reflexión. El primero de ellos, por ejemplo, declara tener «la sensación dolorosa de que los que no tuvieron necesidad de superar las trincheras para crear un espacio compartido en el que todos podemos defender nuestras ideas vuelven a abrirlas sin sentido, crispando el debate con más descalificaciones que argumentos»⁸⁷. Los tres piden

⁸⁶ Al respecto vide Alexandre H CATALÀ i BAS, *La intolerancia en el Estado de Derecho*, (Ediciones Revista General de Derecho, 2002).

⁸⁷ «Garantía de convivencia», *El País*. https://elpais.com/elpais/2018/12/05/opinion/1544031394_526596.html. 6 DIC 2018 - 00:00 CET.

consenso, lealtad eliminar el clima de crispación y propuestas de futuro claras y no cortoplacistas.⁸⁸

En cuanto a los actuales líderes de los principales partidos políticos, todo y reconocer que el clima de crispación y falta de consenso y de lealtad, es un impedimento para abordar una reforma parecen abiertos a introducir reformas aunque de diferente calado. El líder del Partido Socialista Obrero Español y Presidente del Gobierno, Pedro Sánchez aboga por reformarla en aquellos puntos en que haya consenso⁸⁹; el Líder de Podemos, Pablo Iglesias, aboga por una reforma profunda de la Constitución⁹⁰, el del Partido Popular, Pablo Casado, se inclina por reformas puntuales⁹¹; Albert Ribera, líder de Ciudadanos, habla de reformarla no de demolerla⁹².

El mundo académico también ve necesaria una reforma de la Carta Magna. Es muy complicado que puedan abordarse a la vez todas las reformas que se deseen pues el grado madurez de las propuestas y el consenso que suscitan puede ser diferente. Por lo tanto, mejor que hablar de la *reforma* de la Constitución es hablar de las *reformas* de la Constitución e ir abordándolas en base a esos dos elementos.

Las prioridades también han de tenerse en cuenta pero éstas las deberían marcar la ciudadanía no la clase política o la academia. En estos dos ámbitos la prioridad parece ser la reforma del modelo territorial. Ello no obstante, y visto que el problema catalán se ha enquistado y es de difícil solución, esta reforma necesita de mayor tiempo, reflexión, madurez y acuerdo que otras. Ello no debe llevar al inmovilismo por lo que lo lógico sería empezar por lo fácil, creando, de paso, una cultura de reforma constitucional que la ciudadanía no ha adquirido pues las dos únicas reformas se han hecho sin contar con ella que, además, como se afirma, puede servir de banderín de enganche de las nuevas generaciones. Debería inaugurarse un «tiempo de reformas» en el que se vayan abordando sucesivamente las diferentes cuestiones que se

⁸⁸ Vide en relación con los dos primeros sus declaraciones en el Acto 40 aniversario de la Constitución organizado por *El País* el 28 de septiembre de 2018. https://elpais.com/politica/2018/09/20/actualidad/1537443467_352270.html 20 SEP 2018 - 23:23 CEST. Rodríguez Zapatero, Entrevista 40º aniversario de la Constitución. *La Nueva España*. <https://www.lne.es/noticias-hoy/40-aniversario-constitucion-entrevista-jose-luis-rodriguez-zapatero.html>. 05.12.2018 | 13:23

⁸⁹ https://elpais.com/politica/2018/12/04/actualidad/1543916726_658727.html. 6 DIC 2018 - 18:09 CET

⁹⁰ https://elpais.com/politica/2018/11/28/actualidad/1543424221_050040.html. 6 DIC 2018 - 17:54 CET

⁹¹ https://elpais.com/politica/2018/11/28/actualidad/1543422955_026078.html. 6 DIC 2018 - 17:52 CET

⁹² https://elpais.com/politica/2018/11/28/actualidad/1543422865_729627.html. 6 DIC 2018 - 17:54 CET

deseen reformar⁹³. Para ello, creo que la primera reforma debería ser la del artículo 166 CE en el sentido de permitir la iniciativa popular para la reforma constitucional y que toda reforma, aunque sea por la vía del 167CE, debería ser sometida a referéndum. Si la reforma constitucional tiene una «función integradora y de renovación de la legitimidad»⁹⁴, dicha función se vería potenciada con estas dos cuestiones lo que, de paso, obligaría a los partidos a escuchar a la ciudadanía y, de una vez por todas, a hacer pedagogía de la Constitución.

Una última cuestión que parece baladí pero que no lo es: Cuándo someter a referéndum las reformas. Algunos pensarán que para no cansar al electorado con consultas, deberían realizarse aprovechando la celebración de elecciones. No es esta mi opinión. Primero, pasadas ya todos las elecciones, (generales, autonómicas, locales y europeas) habría que esperar mucho tiempo; por otro lado, hacer coincidir las consultas con unos comicios mezcla dos debates que han de situarse en planos diferentes. No parece razonable mezclar un debate sobre la reforma de la Constitución, que ha de ser sosegado y racional, con el debate electoral, más visceral. Ello no obstante, esa función legitimadora a la que se hacía referencia *supra* sólo se conseguiría con unos porcentajes altos de participación y es una incógnita, por la inexistencia de una verdadera cultura participativa, la implicación de la ciudadanía en ese proceso reformador, elemento que, al menos, quedaría desdibujado si se hiciera coincidir las consultas con comicios por el natural efecto arrastre de estos últimos.

BIBLIOGRAFÍA

- Óscar ALZAGA VILLAAMIL, *El consenso (del proceso constituyente a las prácticas postconstitucionales)* (Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2010).
- Manuel ARIAS MALDONADO, *La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI* (Página Indómita, 2016).
- Zygmunt BAUMAN, y LEONCINI, Thomas: *Generación líquida. Transformaciones en la era 3.0.*, (Espasa, 2018).
- Zygmunt BAUMAN, *Modernidad líquida* (Fondo de Cultura Económica, 2013).
- Fransesc DE CARRERAS, «El dilema del Estado de las autonomías. ¿Cierre del modelo o apertura indefinida?» *Claves de la Razón Práctica*, núm. 188, (200), 10 y ss.
- Benjamín CONSTANT, *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, (Centro de Estudios Constitucionales, 1989).

⁹³ A ello se hace referencia en el escrito firmado por catedráticos de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo *Ideas para una reforma de la Constitución* de 20 de noviembre de 2017. http://idpbarcelona.net/docs/actual/ideas_reforma_constitucion.pdf

⁹⁴ *Ibidem* p. 7.

- Robert DAHL, *La democracia. Una guía para los ciudadanos* (Santillana de Ediciones, 1999).
- Elias DIAZ, *De la maldad Estatal y la soberanía popular* (Debate, 1984).
- Daniel GOLEMAN, *La inteligencia emocional* (Kairós, 1996).
- Alexandre H. CATALÀ i BAS, *La intolerancia en el Estado de Derecho*, (Ediciones Revista General de Derecho, 2002).
- Otto KIRCHHEIMER, en Kurt LENZ, y Franz NEUMANN (eds.), *Teoría y Sociología críticas de los Partidos Políticos* (Anagrama, Barcelona, 1988).
- Jürgen HABERMAS, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, (Aморrortu, 1975).
- Thomas JEFFERSON, carta a James Madison de 6 de septiembre de 1789. Puede consultarse en castellano en Thomas JEFFERSSON. *Escritos políticos*, Edición de Jaime de Salas, (Tecnos, 2014), 422.
- Javier JIMENEZ CAMPO, «Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución», *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 1980, 87 y ss.
- Karl LOEWENSTEIN, «Militant Democracy and Fundamental Rights», *The American Political Science Review*, vol. XXXI, nº 3 pp. 417 y ss. y vol. XXXI, nº 4, 638 y ss. (1937).
- James MADISON, , *El Anunciador Cotidiano*, 11 de enero de 1788. A. HAMILTON, J. MADISON, . y J. JAY, *El Federalista*, (Edición Fondo de Cultura Económica, 1994).
- Ricardo MALIANDI, «hacia un concepto integral de democracia comunicativa» en: K. D. APEL; A. CORTINA, J. De Zan y D. MICHELINI, (Eds.) *Ética comunicativa y democracia*, (Crítica, 1991).
- Manuel MARTINEZ SOSPEDRA, *Introducción a los partidos políticos* (Ariel, 1996).
- Herbert MARCUSE, *El hombre unidimensional* (Seix Barral, 1969).
- Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los Valores Superiores* (Tecnos, 1984).
- Nicolás PEREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Constitucional*, (Civitas, 1976).
- Giovani SARTORI, Constitución en *Elementos de teoría política* (Alianza, Madrid, 1992, ed. 2012).
- Giovanni SARTORI, *Teoría de la Democracia 1. el debate contemporáneo* (Alianza, 1988).
- Francisco TOMAS Y VALIENTE, «Los derechos y el Estado», *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional* (Centro de Estudios Constitucionales 1993).
- Alain TOURAINE, *¿Qué es la democracia?* (Ensayo, 1994).
- Antonio TORRES DEL MORAL, *Estado de Derecho y Democracia de Partidos* (Universidad Complutense, Madrid 1991).
- Pedro DE VEGA, «La reforma constitucional» en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, (Madrid 1978), 220 y ss.
- José Luis VILLACAÑAS, *Populismo*, (La Huerta Grande, 2015).
- Klaus VON BEYME, *La clase política en el Estado de partidos*, (Alianza 1995).
- Max WEBER, *Economía y sociedad*, Vol. II, (Fondo de Cultura Económica, México, 1944).

HISTORIA Y FUNDAMENTOS DE LA EXTENSIÓN DE EFECTOS DE SENTENCIAS FIRMES COMO FIGURA PROCESAL AUTÓNOMA

*History and foundations of the extension of effects of final
judicial sentences as autonomous procedural figure*

María Luisa Domínguez Barragán

Profesora de Derecho Procesal

Universidad de Córdoba

mldominguez@uco.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp235-261](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp235-261)

Recibido: 23.07.2019

Aceptado: 16.12.2019

Resumen

En este trabajo se abordan los aspectos históricos de la introducción de la extensión de efectos de sentencias firmes en el ordenamiento jurídico nacional y el impacto que esta figura ha tenido en el ámbito contencioso-administrativo desde una perspectiva procesal. Igualmente, se exponen sus fundamentos tanto sustantivos como formales, acercando esta herramienta (que es bastante desconocida) a los operadores jurídicos. Cuestiones como el derecho a la tutela judicial efectiva, la ejecución de sentencias o la extensión de la cosa juzgada son sometidas a revisión cuando entra en juego un instrumento de estas características. Pero, ¿realmente es tanta su eficacia como para justificar su difícil encaje en el ordenamiento? De ahí radica la importancia de conocer su historia y de establecer su fundamentación.

Palabras clave

Extensión de efectos, sentencias firmes, derecho a la tutela judicial efectiva, ejecución, cosa juzgada.

Abstract

This paper addresses the historical aspects of the introduction of the extension of effects of final judgments in the national legal order and the impact this figure has had on the contentious-administrative field from a procedural perspective. Likewise, both substantive and formal foundations are expounded, bringing this tool closer, (which is quite unknown) to legal operators. Issues such as the right to effective judicial protection, the execution of judgments or the extension of *res judicata* are subject to review when such an instrument comes into play. But, Is it really so effective as to justify its difficult fit into the legal system? Hence the importance of knowing its history and establishing its foundations.

Keywords

Extension of effects, final judgments, effective judicial protection, execution, *res judicata*.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. III. FUNDAMENTOS DE LA FIGURA. 1. *Clasificación de los fundamentos.* 1.1. Razones que cimentan la extensión de efectos en el ámbito general. 1.2 Razones que fundamentan la extensión para la esfera del ciudadano. 1.3. Razones de carácter técnico. 2. *Visión jurisprudencial.* IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: OBJETIVOS DE LA FIGURA. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de extensión de efectos de sentencias firmes en el ordenamiento jurídico nacional pasa necesariamente por el ámbito contencioso-administrativo. Nos encontramos ante una figura procesal desconocida, de carácter novedoso y de naturaleza híbrida pero autónoma dentro del sistema, que posee un gran número de cualidades a la hora de afrontar una renovación del anquilosado modelo de justicia español. El interés social de la mejora en la eficacia, impulsado por los principios de celeridad y de economía en el ámbito judicial, impacta de lleno en la consideración de esta institución como clave para el desarrollo del ámbito ejecutivo en el área contencioso-administrativa¹.

Desde una perspectiva formal, podemos decir que la mayoría de las veces se buscan soluciones procesales más allá del propio ordenamiento cuando, si profundizamos un poco en las instituciones, vemos que el legislador ya ha encontrado problemas y ha intentado buscarles solución. Este es el caso de la figura objeto de este estudio, que pretende hacer frente a la pluriincidencia procesal sobre una misma cuestión o ámbito dentro del orden contencioso-administrativo.

¿Quién no es consciente de la importancia de un derecho fundamental como es la igualdad a la hora de un enjuiciamiento? Esta ha sido una preocupación constante para todos los operadores jurídicos. Sin embargo, la mayoría desconoce u olvida que, en sede de ejecución de sentencias, existe en el orden contencioso-administrativo un sistema habilitante de un título

¹ Como indica el Consejo General del Poder Judicial, los justiciables demandan una justicia predecible, equitativa y rápida. Vid. CGPJ - Estimación de los tiempos medios de los asuntos terminados (consulta en abierto: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-los-asuntos-terminados/>, consultado el 18 de julio de 2019).

ejecutivo basado en la identidad². Este sistema, regulado con cierta cautela (en palabras de la propia Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en adelante LJCA) permite la extrapolación de lo enjuiciado en un pleito anterior a sujetos no partes, ampliando de esta forma los límites de la cosa juzgada y revelando, por tanto, unas nuevas líneas para el derecho procesal. Se trata de una introducción de elementos declarativos en una fase posterior como es la ejecutiva. Sin duda, estamos ante uno de los avances jurídico-formales más olvidados de los últimos años.

Así, la pretensión de este trabajo no es otra que exponer los orígenes y fundamentar (desde la perspectiva procesal) una institución ciertamente abandonada, que puede ser capaz de lograr mejoras en el seno de una de las jurisdicciones más saturadas de la Administración de Justicia y, también por qué no, en los órdenes restantes. No debe olvidarse que, de un tiempo a esta parte, estamos asistiendo cada vez más a un fenómeno de masificación social, influenciado en gran medida por las plataformas digitales³. Por ello, una figura dedicada al tratamiento judicial de las masas debe recibir una atención más intensa de la que ha tenido tradicionalmente. Es ahora, cuando la individualidad va perdiendo terreno, el momento en el que una institución de estas características ha de ocupar un puesto relevante dentro del ordenamiento jurídico. La importancia del concepto de multitud en el siglo XXI ve su impacto en la regulación legal y, por ende, en nuestros Tribunales de Justicia. Hacer frente de manera amplia y conjunta no es ya una opción, sino que se ha convertido en una necesidad real del sistema judicial para poder ofrecer una respuesta jurídica rápida, igualitaria y eficaz⁴.

² El desconocimiento es bastante generalizado, ya que ni siquiera es un elemento que aparezca en las estadísticas judiciales por materias que gestiona el CGPJ y que pueden consultarse en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/>.

³ El desvelo por el impacto del poder de las masas en la sociedad fue una constante durante todo el siglo XX, y ha perdurado hasta la actualidad. Por ejemplo, vid. ORTEGA Y GASSET, J., *La rebelión de las masas* (edición de HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, D.), Madrid, 2012 o CIVERA MARTÍNEZ, M. y ABAD CARRETERO, L., *En pos de un nuevo Humanismo*, Santander, 2018.

⁴ La preocupación acerca de la masificación de este orden jurisdiccional viene de lejos y, aún hoy, sigue siendo una cuestión prioritaria al afrontar los problemas judiciales de nuestro país. Aquí hemos hecho referencia a la masificación con carácter general. Para más información acerca de las razones de la masificación en el ámbito contencioso-administrativo puede consultarse: DE DIEGO DÍEZ, L.A., *Extensión de efectos y pleito testigo en la Jurisdicción Administrativa*, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 21 y ss., PÉREZ ANDRÉS, A.A., *Los Efectos de las Sentencias de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Elcano (Navarra), 2000, pp. 250 y ss., o CORDERO LOZANO, F., «La extensión de los efectos de la sentencia a terceros; un nuevo reto jurisdiccional» en *Administración de Andalucía: revista andaluza de Administración Pública*, núm. 47, 2002, pp. 113 y ss.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La cuestión de la igualdad y su tratamiento entre los administrados ha estado siempre muy presente en el ámbito contencioso. Ya la Ley de 13 de septiembre de 1888 sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa reconocía en su artículo segundo *in fine* una legitimación para casos idénticos⁵. Un hecho que ha pasado desapercibido para los distintos estudios histórico-procesales, pero que marca la tendencia legislativa (y, en su caso, jurisprudencial) de luchar por el respeto de la identidad y la similitud en los procedimientos judiciales de este orden. Podemos decir que esta idea, junto al tratamiento que ha de recibir un tercero afectado por el acto o disposición en conflicto, son los pilares básicos sobre los que se construye la figura que estamos tratando, teniendo en cuenta el principio general de la eficacia *inter partes* de las resoluciones judiciales y, como no, el respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución Española (en adelante, CE).

Durante el siglo XX, en España, para el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se han promulgado dos leyes reguladoras. ¿Cómo han ido integrando esta figura en sus disposiciones? Al principio, la mencionada eficacia *inter partes* era un axioma inamovible. Sin embargo, el paso de los años y las distintas experiencias fueron demostrando que la conjugación de esta máxima con el tratamiento igualitario hacia los terceros afectados por el mismo acto o resolución era una acción positiva y eficaz, aunque no exenta de polémica.

La Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dejaba claro en su art. 86 que las sentencias solo producirían efectos entre las partes del proceso⁶, salvo las que fuesen estimatorias

⁵ Vid. Gaceta de Madrid de 14 de septiembre de 1888 (Año CCXXVII-núm. 258, Tomo III, pp. 773).

⁶ La doctrina avalaba esta posición al considerar que si se entendía que todas las sentencias eran susceptibles de eficacia general, perdería todo el sentido la eficacia *inter partes*. Vid. por ejemplo: CALVO DÍAZ, G., «Extensión de efectos de las sentencias dictadas por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario al artículo 86.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en Actualidad Administrativa, 1991, núm. 30, p. 380.

De todas formas, los afectados eran únicamente los directamente afectados por ese acto impugnado, excluyendo así otros similares, parecidos o idénticos pero independientes del acto anulado (Cfr. CUERNO LLATA, J.R., «Extensión de efectos de las sentencias dictadas por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en Revista de Estudios Locales CUNAL, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1998, núm. 22, p. 69).

Como indica la STS 1278/1996, de 29 de febrero, esta excepción se justificaba porque no tenía sentido que, declarada la nulidad de una disposición o un acto administrativo en

de pretensiones anulatorias de actos o disposiciones, que también extendían su eficacia a las personas que estuviesen afectadas por ellos⁷. Esta afirmación ya abría un camino dentro de la eficacia clásica, al considerar que las anulaciones sí debían tener un estatus extensivo⁸, pero siempre de connotación subjetiva. Ha de afirmarse, por tanto, que la anulación era generalizada frente al reconocimiento de plena jurisdicción que tenía un carácter individualizado⁹.

virtud de sentencia firme, se ejerciera una nueva pretensión anulatoria por un tercero cuando ya el acto que se trataba de impugnar había desaparecido de la realidad jurídica.

⁷ La cualidad de las personas afectadas (quiénes eran éstas etc.) también suscitó dudas. Vid. por ejemplo: FONT I LLOVET, T., «la extensión a terceros de los efectos de la sentencia en vía de ejecución», en *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, nº extraordinario de 1999, p. 168.

⁸ Vid. por ejemplo: STS 1445/1994, de 4 de marzo, FJ 2º (En la misma línea; STS 1278/1996, de 29 de febrero, FJ 6º). Más profunda es la reflexión de la STS 9685/1995, de 4 de marzo (FJ 3º), donde ya se expone la cuestión de la posible extensión de la cosa juzgada:

«Debemos, pues, analizar los elementos objetivos y subjetivos de aquel litigio para decidir en consecuencia, ya que si bien los términos del precepto contenido en el art. 86.2 de la Ley de esta Jurisdicción, resultan claros cuando se anula por sentencia una disposición de carácter general, al extender la eficacia de la cosa juzgada no sólo a las partes litigantes sino a las demás personas afectadas por la disposición anulada, lo que permite afirmar que la sentencia produce efectos erga omnes, sin embargo no aparece el contenido del indicado precepto tan evidente cuando la sentencia anula los actos administrativos, y de aquí que alguna doctrina (Sentencia de 4 de mayo de 1977 -Aranzadi 1956) haya distinguido entre la ampliación de los límites subjetivos de la cosa juzgada material y la extensión objetiva de lo resuelto en la sentencia, para concluir que no es posible ampliar ésta en perjuicio de las partes más allá de lo que fue objeto de la pretensión procesal acogida en la parte dispositiva.

Según esta tesis, la sentencia firme, pronunciada por el Tribunal indicado, no tendría otra eficacia que la de haber anulado el acto administrativo concreto impugnado en el recurso contencioso-administrativo al que puso fin. No obstante, la jurisprudencia consolidada de esta Sala ha declarado que los efectos erga omnes de las sentencias anulatorias de los actos administrativos no dependen de la pretensión deducida sino del contenido de la propia sentencia, de manera que su anulación alcanza a quienes se encuentren en la misma situación que los recurrentes aunque ello no posibilite el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas (Sentencias de 9 de diciembre de 1983 - Aranzadi 6.148 -, 4 de diciembre de 1981 - Aranzadi 4.837 - y 17 de agosto de 1984 de la antigua Sala Quinta del Tribunal Supremo), llegando a afirmarse que el efecto erga omnes de la anulación del acto administrativo provoca la extinción de los procesos iniciados por otras personas contra el mismo acto en virtud de la satisfacción extraprocésal de la pretensión (Sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo, de 3 de julio de 1991; 12 de febrero de 1992 y 1 de junio de 1992)».

⁹ Como ejemplo, por todas, traemos aquí los Considerando núm. 2 y 3 de la STS de 4 de diciembre de 1981 (nº Aranzadi 4837), que refleja muy claramente el sentido del art. 86.2 de la Ley de 1956:

«Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86-2 de la Ley Jurisdiccional, las Sentencias que anulen el acto o la disposición recurridos producen

Se respetaban así los límites subjetivos del proceso¹⁰.

efecto no solo entre las partes, sino también respecto de las personas afectadas por los mismos, de cuyo precepto se desprende el poder expansivo de las Sentencias anulatorias en los procesos contencioso- administrativos, mediante el cual extienden sus efectos a terceros que se encuentran, respecto al acto o disposición anulados en idéntica situación que los recurrentes, amparando por tanto intereses legítimos situados fuera del área del litigio, según declaró la Sentencia de 21 de abril de 1961, reiterada por las de 22 de septiembre de 1967 y las que en ella se citan, 16 de junio de 1969, 25 de abril de 1971 y 26 de enero de 1973, habiendo expresado la de 23 de marzo de 1979, que la sentencia produce efectos generales «erga omnes» y por tanto el pronunciamiento de la misma es vinculante para los afectados por dicha resolución, de cuyo principio se deduce la ampliación de los límites subjetivos del anterior pronunciamiento, a quienes sin haber sido parte en el proceso en que se dictó se encuentren afectados por los actos recurridos, de tal manera que puedan acogerse a los efectos favorables del mismo y en igual forma a como se resuelve en la expresada sentencia respecto a los que allí litigaron.

Que admitiendo la Administración esta doctrina no accede a las pretensiones de los aquí recurrentes, por estimar que el asunto está prejuzgado negativamente, por una de las dos sentencias que se ejecuta, la de 28 de septiembre de 1977, relativa a los Letrados, al expresar en uno de sus Considerandos «que la eficacia positiva de cosa juzgada de las Sentencias contencioso-administrativas anulatorias del acto o disposición recurridos declarada en el artículo 86-2 de la Ley Reguladora, no comprende al reconocimiento del derecho jurisdiccional individualizado pretendido por los litigantes, como consecuencia de aquella previa anulación que no es dable a quienes no han sido parte en el proceso, alterando los límites subjetivos de éste...».

Sin embargo la STS continúa exponiendo las razones en el Considerando nº 4:

«Que este razonamiento que no está recogido en la Sentencia de 26 de septiembre de 1977, sobre los Veterinarios, no tiene la transcendencia negativa que le confiere la Administración, sino que su significado es el de que no procedía pronunciarse en la Sentencia sobre la situación jurídica individualizada de quien no había sido parte en el pleito, afirmación acorde con los límites subjetivos del proceso en virtud de los cuales sólo puede ventilarse con las partes intervinientes en el mismo, pero que no cercena los efectos «erga omnes» de la Sentencia anulatoria, pues como declaró la Sentencia de esta Sala de 16 de junio de 1969, «tal efecto no se extiende directamente al reconocimiento de las situaciones jurídicas individualizadas de los que no fueron parte en el proceso, las que deberán ser objeto de atención por la Administración al llevar a puro y debido efecto la Sentencia, adoptando/ las medidas adecuadas a la respectiva situación de los demás afectados por la anulación, que si no obtienen de oficio o a su instancia el reconocimiento procedente como consecuencia del fallo, podrá interponer otros procesos, previa solicitud de la extensión a su favor de lo resuelto jurisdiccionalmente», siendo es te el sentido que hay que darle al razonamiento de la Sentencia de 28 de septiembre de 1977 y en ningún supuesto el de estimar que en ella se resolvía para el futuro sobre los derechos de los que no habiendo sido litigantes en el pleito resultaba afectados por la sentencia dictada en el mismo.»

¹⁰ De hecho, DE LA OLIVA SANTOS, A. (Sobre la cosa juzgada: civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,

Como indicó CALVO DÍAZ, las dos cuestiones a las que había que atender eran, sin duda, la naturaleza de la pretensión de la sentencia originaria y la clase de acto o disposición impugnada¹¹. No obstante, un sector doctrinal entendía que la anulación extensiva implicaba también los derechos o pretensiones que hubieran derivado de dicha anulación¹², pero no así los derechos subjetivos reconocidos al actor originario. Los terceros que por obra de esta *vis* extensiva de la anulación se veían beneficiados, si la Administración no actuaba de oficio, debían acudir a la vía administrativa para hacer efectivos los derechos derivados de la misma. Si en vía administrativa veían denegada su pretensión o no recibían respuesta, tenían que instar un nuevo proceso contencioso-administrativo¹³.

Es cierto que, en su momento, se abrió un gran debate (tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial) debido a la confusión entre los límites de la cosa juzgada y los efectos jurídico-materiales de las anulaciones¹⁴. Así, como expone ROSENDE VILLAR, existían dos corrientes doctrinales enfrentadas, basadas en el texto literal del art. 86.2 de la antigua Ley: por un lado, los defensores de la extensión de la cosa juzgada por disposición legal y, por otro, los partidarios de la propia eficacia jurídico-material de las sentencias constitutivas¹⁵.

Madrid, 1991, p. 134) llega a afirmar que, a su juicio, tanto la dicción literal del art. 86.2 LJCA como la naturaleza misma de las sentencias que reconocen situaciones o derechos individualizados imponen, en principio, una respuesta contraria a extender a terceros no litigantes la eficacia de cosa juzgada.

¹¹ Vid. CALVO DÍAZ, G., «Extensión de efectos de las sentencias dictadas por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa...», ob. cit., p. 379. En la actualidad, esta afirmación sigue plenamente vigente.

¹² Por ejemplo: vid. XIOL RÍOS, J.A., «Consideración de algunos aspectos del proceso administrativo como respuesta a los fenómenos de masificación social: la legitimación, la limitación de las instancias, el tratamiento en serie de los recursos y los efectos de la sentencia», en «Jurisdicción contencioso-administrativa: aspectos procesales», Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, XV, p. 188 o QUINTANA REDONDO, C. et al., *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, Madrid, 1965, vol. II, p. 509.

¹³ En esta época, más que una extensión de efectos propiamente dicha podemos ver que se configuraba un precedente judicial que, en cierto grado, debía ser respetado por los Tribunales debido a los efectos positivos de la cosa juzgada material. Dicho de otro modo, los terceros no partes del proceso pero beneficiados por uno anterior no podían utilizar la sentencia originaria como título ejecutivo de forma directa.

¹⁴ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada: civil, contencioso-administrativa y penal...*, ob. cit., pp. 127 y ss.

¹⁵ Cfr. ROSENDE VILLAR, C., *La Eficacia Frente a Terceros de las Sentencias Contencioso-Administrativas*, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 118. Puede verse además todo el recorrido jurisprudencial a favor y en contra de esta técnica jurídica. *Ibid.*, pp. 118 y ss. En igual sentido: VEGA CASTRO, J.L., «La extensión a terceros de los efectos de

A pesar de los mencionados antecedentes, esta situación ve un cambio radical con el impacto del Auto del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre de 1985. Las interpretaciones jurisprudenciales con sus proyecciones extensivas modificarán el sentido de la norma contenida en el art. 86 de la antigua Ley, poniendo la semilla del nuevo sistema y abriendo la posibilidad de reconocer a terceros no partes en el proceso situaciones jurídicas individualizadas¹⁶. De todas formas, será una introducción paulatina que, como hemos visto *ut supra* con las sentencias de la década de los noventa del pasado siglo, no gozará de una gran repercusión a nivel jurisprudencial. Esta nueva figura se incorporará a partir de 1998 en el ordenamiento contencioso-administrativo y, concretamente, en el art. 110 LJCA.

¿Cómo pudo el Alto Tribunal ampliar la eficacia de la cosa juzgada material? La forma de hacerlo fue la personación en la fase de ejecución de sentencias, con base en el mencionado Auto. Sin embargo, como indicaban algunos autores, tal personación era admisible para la reiteración de la nulidad ya declarada con carácter general, pero no para reconocer derechos concretos¹⁷. No debe olvidarse que la fase de ejecución de sentencias no tenía por

las sentencias dictadas por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el seno de la vía de ejecución: una solución problemática», en AAVV., *La Justicia Administrativa*, Barcelona, 2003, p. 909.

¹⁶ Como indica PÉREZ ANDRÉS, A. A., *Los Efectos de las Sentencias...*, ob. cit., p. 255: «El Auto que comentamos se inclinó por la posibilidad de que la negativa de la Administración fuese impugnada directamente en vía de ejecución de la sentencia modelo, ante la Sala que fuera competente.»

¹⁷ Vid. por ejemplo: CALVO DÍAZ, G., «Extensión de efectos de las sentencias dictadas por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa...», ob. cit., pág. 382. De hecho, como recuerda la STS 57/2017 de 11 de enero, FJ 2º:

«El principio de legalidad exige que los actos administrativos se ajusten al ordenamiento jurídico, permitiendo que la Administración revise los actos ilegales. Por el contrario, la seguridad jurídica, en cuanto valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico, exige que los actos administrativos dictados, y consiguientemente las situaciones por ellos creadas, gocen de estabilidad y no puedan ser revisados fuera de determinados plazos. Ahora bien, cuando la ilegalidad del acto afecta al interés público general, al tratarse de infracciones especialmente graves, su conservación resulta contraria al propio sistema, como sucede en los supuestos de nulidad de pleno derecho, por lo que la revisión de tales actos no está sometida a un plazo para su ejercicio (art. 102 de la Ley 30/1992).

La declaración de nulidad queda limitada a los supuestos particularmente graves y evidentes, al permitir que el ejercicio de la acción tendente a revisar actos que se han presumido válidos durante un largo periodo de tiempo por sus destinatarios pueda producirse fuera de los plazos ordinarios de impugnación que el ordenamiento establece (...).»

Como vemos, el acto administrativo podía y puede ser declarado nulo de pleno derecho en cualquier momento, con lo que sus efectos dejaran de tener eficacia en vía admi-

esas fechas (ni tiene en la actualidad) como objeto el ámbito declarativo, por lo que su uso no puede abarcar todas las facultades del proceso¹⁸.

El FJ 5º de este Auto de 1985 contiene lo que podemos llamar el germen de la extensión de efectos como figura procesal individualizable. Así expone:

«(...) Si la Administración no reconoce los efectos del art. 86.2 de la Ley Jurisdiccional, no hay que seguir un nuevo proceso contencioso-administrativo, lo cual haría poco operativa dicha norma, sino que frente a la negativa, los afectados pueden conforme a los arts. 103 y siguientes de la citada Ley, insertarse dentro de la fase ejecutiva del proceso anterior, para que los efectos de la sentencia les alcancen.»

Podemos comprobar que, a diferencia de lo que ocurría desde 1956, donde el potencial reconocimiento de efectos era, para la jurisprudencia favorable, inmediato por las características de las anulaciones, a partir de este Auto son los interesados afectados de forma directa pero no partes en el proceso, los que han de personarse para que se les aplique la extensión y, además, se les reconozcan situaciones jurídico-individualizadas. Cambia el paradigma procesal, pues aquí se utiliza un elemento de la fase declarativa en el momento de la ejecución de una sentencia anterior.

En nuestra opinión, el Tribunal Supremo en 1985 dio un paso más. Mientras que las interpretaciones anteriores se basaban en el principio de igualdad y su finalidad era el respeto al mismo en el mayor grado posible, aquí el Tribunal ya busca lograr la eficiencia y considera innecesario el comenzar un nuevo proceso desde el origen. No puede negarse que, a nivel creativo, se trata de un hecho relevante para toda la materia procesal del ámbito contencioso. De hecho, esta interpretación que el Tribunal Supremo concedió al art. 86 de la antigua Ley, puede ser considerada como precursora de las nuevas líneas de gestión de los recursos en materia judicial, pues ponía el acento ya en la poca operatividad de llevar a cabo reiteraciones en casos idénticos, llegando incluso

nistrativa, pero pasar de esta situación a la contraria y ya en vía judicial, es decir, reconocer efectos *erga omnes* a una sentencia que reconocía situaciones jurídicas dictada *inter partes* vía jurisdiccional sin establecerse legalmente era, como indica esta autora, ir demasiado lejos.

¹⁸ Esta afirmación conforma en nuestra opinión uno de los fundamentos de la naturaleza de la figura comprendida en el art. 110 LJCA. De hecho, CALVO DÍAZ, G. («Extensión de efectos de las sentencias dictadas por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa...»), ob. cit., p. 383) llega a expresar que: «la consecuencia es que tal contenido limitado hace imposible incardinar, en esta fase, el juicio de subsunción de aquellos sujetos que se dicen afectados por la sentencia en el supuesto de hecho que ha dado lugar a ella, labor ésta de confrontación de la sentencia en cuestión con la petición de los que se dicen afectados, que excede completamente del contenido propio de la fase de ejecución y que resultaría, al mismo tiempo, imprescindible para reconocer o no los efectos cuya extensión se solicita.»

a reconocer la efectividad de los derechos enjuiciados¹⁹. Desafortunadamente, la novedosa situación creada a partir del citado Auto de 1985 no durará mucho, pues de nuevo se alzarán voces contra el carácter extensivo y de consideración amplia de las anulaciones, siendo su máximo exponente la STS 1278/1996, de 29 de febrero, donde se alude a una idea que aún hoy sigue presente: la falta de sustantividad propia del incidente de ejecución de sentencias para poder reconocer situaciones jurídicas individualizadas *ultra partem*²⁰.

La LJCA de 1998 recogerá este testigo y establecerá en su articulado todo un sistema de extensión *ultra partem* de los efectos de las sentencias, dando un paso al frente en la sistemática procesal contencioso-administrativa. Este mecanismo no estará exento de críticas, siendo incluso cuestionada su denominación.

III. FUNDAMENTOS DE LA FIGURA

En el caso de la extensión de efectos de sentencias firmes podemos distinguir entre varios tipos de causas por las cuáles esta herramienta procesal toma forma. Podría parecer que no tiene sentido plantear una clasificación de las razones que fundamentan la institución, ya que éstas se encuentran en planos distintos y responden a necesidades concretas según la perspectiva que analicemos. No obstante, como medio para facilitar la comprensión de las mismas podemos sistematizarlas de manera global por la proyección del impacto que producen, puesto que encontramos aspectos o razones que benefician al Estado en general, otras que se centran más en el ámbito propio del ciudadano e, incluso, algunas bases que únicamente son de carácter técnico-procesal.

¹⁹ No obstante, algunas líneas jurisprudenciales aún seguían reconociendo un cierto papel prevalente de la Administración. Lo podemos ver en el ATS 322/1997, de 31 de julio (FJ 2º):

«(...)La consecuencia que cabe extraer no es otra que, en todo caso, y aun siendo indiscutible el efecto erga omnes que reconoce el repetido art. 82.6 a toda Sentencia anulatoria de un acto administrativo en este orden jurisdiccional, procede previamente brindar a la Administración la oportunidad de realizar los actos oportunos para lograr todas las consecuencias inherentes a la anulación de sus actos respecto de los interesados a que se refiere el aludido precepto, mediante la correspondiente petición en vía administrativa, sin perjuicio de recurrir en su caso al ulterior cauce procesal jurisdiccional para la efectividad de los derechos que brinda este artículo a quienes no han sido parte en el proceso.»

²⁰ Para una mayor comprensión del recorrido histórico de la figura puede consultarse la STS 5470/2007, de 19 de julio, que muestra el *íter* evolutivo de la extensión de los efectos a terceros no partes a partir de la inclusión del art. 86.2 de la Ley de 1956. ¿Realmente la extensión de efectos es un incidente de ejecución? La naturaleza jurídica de esta figura aún hoy sigue sin definirse categóricamente.

En relación con la clasificación citada, puede decirse que la extensión de efectos de sentencias firmes repercute en la paz jurídico-social del Estado, en el sentido de que otorga un mecanismo de tutela judicial que favorece un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia y, además, tiende a evitar las contradicciones judiciales. Por otro lado, la esfera personal del ciudadano que se enfrenta a la Administración también mejora, en tanto que se acortan los plazos y los gastos.

1. *Clasificación de los fundamentos*

La extensión de efectos de sentencias firmes tal como la conocemos surge a raíz de una serie de interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales más aperturistas de la eficacia *inter partes* de las sentencias que, por motivos de ahorro temporal y agilización en el funcionamiento de los Tribunales, permitieron su posterior reconocimiento legal. Es evidente que, como indica la Exposición de Motivos de la LJCA y acepta la mayoría de los autores, la finalidad del art 110 LJCA es la de evitar la multiplicación de procesos sobre idénticas situaciones jurídicas en las materias reservadas²¹. Sin embargo, debe profundizarse en las razones que subyacen a esta afirmación. Hemos comentado *ut supra* que no puede plantearse una clasificación estándar de carácter temporal ni tampoco en función de su importancia, ya que todas las razones que han fundamentado la extensión de efectos se han ido superponiendo a lo largo del tiempo, y su relevancia dependerá de la valoración que se pretenda obtener. De hecho, la doctrina incluso mezcla los distintos fundamentos porque, obviamente, están fuertemente interconectados²². Además, como en muchos otros ámbitos, se produce la paradoja de que las bases de la institución se confunden con sus objetivos o finalidad.

De todas formas, con estas premisas, podemos distinguir distintos grupos de razones que analizaremos a continuación.

1.1. Razones que cimentan la extensión de efectos en el ámbito general

La LJCA en el art. 110 otorga un plus de tutela (en el sentido de poder obtener una resolución más abreviadamente) a ciertas materias cuando se

²¹ Por ejemplo, ROMERO REY, C., en QUINTANA CARRETERO, J.P., (dir.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Valladolid, 2013, p. 767, es claro: «el art. 110 tiene por finalidad evitar la multiplicación de procesos sobre idénticas situaciones jurídicas en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración Pública» (A lo que actualmente habría que añadir la materia de unidad de mercado).

²² Los fundamentos de la extensión de efectos no han sido un tema muy recurrente para la doctrina, que se ha limitado, en la mayoría de los casos, a aceptar *ope legis* la figura.

cumplen unos requisitos concretos, con base en la identidad de situaciones. Así, la principal razón material que fundamenta la extensión de efectos es, a nuestro parecer, el principio de igualdad ante la Ley y, expresamente en su aplicación²³. Como indica ROSENDE VILLAR²⁴: *«la ley determina (...) no tanto que los órganos judiciales dispensen necesariamente un mismo trato jurídico a los que se hallan en idéntica situación, sino más bien que situaciones iguales no sean juzgadas de un modo distinto injustificadamente»*.

De igual manera, y al hilo con lo anterior, podemos decir que el ordenamiento jurídico se ve beneficiado en tanto que se amplía la efectividad de la tutela judicial contenida en el art. 24 CE²⁵, principalmente en su vertiente de acceso a la jurisdicción, pues se abren dos caminos: por un lado, el proceso ordinario contencioso-administrativo y, por otro (únicamente para las materias reservadas), la extensión de efectos de sentencias²⁶. De hecho, PÉREZ DEL BLANCO, considera que la extensión de efectos agiliza la satisfacción del derecho a la tutela jurisdiccional en los supuestos donde la única variación de su otorgamiento sea el sujeto que se hace acreedor de la misma²⁷.

Sin embargo, cuando se analiza la perspectiva que el Tribunal Constitucional otorga a este derecho²⁸, vuelve a surgir la duda acerca de si su

²³ No obstante, DE MIGUEL PAJUELO, F., «La extensión A Terceros de los Efectos de la Sentencia», en PALOMAR OLMEDA, A. (dir.) et al., *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 932 entiende que el principio de igualdad ante la ley es el fundamento únicamente del requisito de la necesaria identidad entre las situaciones.

²⁴ Cfr. ROSENDE VILLAR, Cecilia, *La Eficacia Frente a Terceros...*, ob. cit., p. 170.

²⁵ Poco tiempo después de la entrada en vigor de la LJCA, LÓPEZ BENÍTEZ, M., («Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», en Edición especial del núm. 100, Revista Española de Derecho Administrativo, 1999, p. 780) afirmaba acerca de la extensión de efectos lo siguiente: *«(...) La LJCA salda así, por vía legislativa, la títubeante posición que, al respecto viene manteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y da satisfacción a una necesidad hondamente sentida por nuestra doctrina y que afecta de manera relevante a la efectividad del derecho a la tutela judicial»*.

²⁶ No se produciría una vulneración del derecho de defensa porque a los primeros recurrentes o recurrentes originarios se les concede trámite de audiencia.

²⁷ Cfr. PÉREZ DEL BLANCO, G. «La extensión subjetiva de los efectos de las sentencias administrativa en los supuestos de litigios en masa», en CEFLegal, Junio, 2005, núm. 53, p. 88.

²⁸ Como podemos ver en la STC 182/2002, de 14 de octubre:

«Este Tribunal ha declarado reiteradamente, desde nuestra temprana sentencia del Tribunal Constitucional 19/1981, de 8 de junio, que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española comprende primordialmente el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial (entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 115/1984, de 3 de

verdadero carácter no es otro que el carácter administrativo previo a la vía judicial (como se manifestaba en la redacción original del art. 110 LJCA), en tanto que no se está provocando a la autoridad judicial para que decida, sino que se solicita una asimilación de una previa resolución por igualdad; el solicitante solo tiene que justificar las razones de la identidad de situaciones tanto fácticas como jurídicas. Así, MENÉNDEZ PÉREZ incluso expresa que ni siquiera es necesario que el tercero ejerza la acción judicial²⁹ y PENDÁS GARCÍA manifiesta que es el propio *modus operandi* de la Administración (que resuelve muchos expedientes idénticos con una misma resolución) el que fundamenta la previsión legal del art. 110 LJCA³⁰. Esta postura es manifiestamente contraria a otra de las cuestiones que surgen con relación a la extensión de efectos: si, realmente, la función del juzgador en ella forma también parte de la potestad del art. 117.3 CE de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que le corresponde en exclusiva a los Tribunales. Nuestra opinión es afirmativa, ya que podemos decir que se lleva a cabo un desplazamiento del enjuiciamiento que ya se ha producido en un proceso anterior, por lo que únicamente el juez ha de comprobar la identidad de situaciones, pero haciendo ya una labor de valoración; la prueba fáctica es que resuelve a través de un auto. De nuevo, se vuelve a evidenciar la naturaleza híbrida y mixta de esta figura, por lo que debido a sus múltiples aristas es imposible su clasificación absoluta y así lo ha demostrado el legislador con los cambios que ha ido sufriendo el art. 110 desde 1998.

A la par, se ha planteado ante el Tribunal Constitucional la vulneración del art. 24 CE en su vertiente del derecho a que las resoluciones judiciales sean ejecutadas en sus propios términos, puesto que en una extensión de efectos la Sala resolvió de forma contraria a lo que en su día dispuso para una recurrente anterior³¹. Este Tribunal ha sido claro y en su STC 146/2005, de 6 de junio entendió que no existe un derecho al acierto, ya que los derechos y

diciembre, FJ 1; 211/1996, de 17 de diciembre, FJ 2; 36/1997, de 25 de febrero, FJ 3; 132/1997, de 15 de julio, FJ 2), por lo que se erige en elemento esencial de su contenido el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes...». En el mismo sentido vid. STC 111/2009, de 11 de mayo (FJ 2º).

²⁹ Vid. MENÉNDEZ PÉREZ, S., en BAENA DEL ALCÁZAR, M. (dir.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1999, p. 702.

³⁰ Cfr. PENDÁS GARCÍA, B. (coord.), *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Estudio sistemático*, Barcelona, 1999, p. 396.

³¹ Para mayor información: vid. 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, nº 2: 347-372.

garantías del art. 24 CE no garantizan la justicia de la decisión y tampoco la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso.

Otro de los aspectos del binomio tutela judicial efectiva-extensión de efectos de sentencias firmes que ha sido cuestionado es la constitucionalidad de la posibilidad casacional de los autos resolutorios de extensión de efectos. En este sentido, el Tribunal Supremo ha considerado que no puede entenderse vulnerado el art. 24 CE, puesto que el derecho al recurso es un derecho de configuración legal que no puede extralimitarse³².

³² Así lo expone, por ejemplo, el ATS 12524/2017, de 21 de diciembre: *«El hecho de que la ley establezca la posibilidad de recurrir en casación las sentencias dictadas en única instancia por un juzgado unipersonal cuando sean susceptibles de extensión de efectos está justificada por la especialidad que representa el mecanismo previsto en el art. 110 de la LJ, al permitir que las sentencias en materia tributaria, de personal y unidad de mercado que hubieran reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas «pueda extenderse a otras, en ejecución de sentencia» si los interesados se encuentran «en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo». En definitiva, la posibilidad de extender los efectos de una sentencia favorable a otros muchos afectados, mediante un incidente de ejecución y sin necesidad de entablar un recurso autónomo en materias en las que existen potencialmente otros afectados en la misma situación, dota a estos pronunciamientos de un efecto multiplicador que trasciende del caso concreto y tiene la virtualidad de proyectarse sobre otros muchos, lo que tradicionalmente ha justificado que puedan tener acceso al recurso de casación los Autos dictados en aplicación del art. 110, tanto en el anterior régimen casacional (art. 87.2) como en el actual (art. 87.1.e). Estas sentencias trascienden, por su eventual fuerza expansiva, del caso singular enjuiciado, lo que justifica que la decisión adoptada pueda ser revisada en casación, impidiéndose así que una sentencia equivocada y gravemente dañosa para los intereses generales tenga una fuerza expansiva de la que carecen los pronunciamientos que limitan sus efectos a un supuesto concreto. En este contexto se enmarca la previsión contenida en el art. 86.1 párrafo segundo. Es cierto que por el juego combinado de los artículos 86.1 y 100 de la LJ tan solo resultan recurribles en casación las sentencias de los juzgados unipersonales cuando, versando sobre determinadas materias, reconozcan una situación jurídica individualizada y, por ende, cuando sean estimatorias. También es cierto que, como regla general, la Administración ostenta la posición de parte demandada en el proceso judicial de instancia, por lo que será ésta y no el particular la que normalmente podrá recurrir en casación estas sentencias, ya que el particular, que ha visto satisfechas sus pretensiones, no tendrá interés legítimo en recurrir una sentencia que le es favorable.*

Pero, esta previsión legal no introduce, como parece sostener el recurrente, una limitación subjetiva y discriminatoria en favor de la Administración y en contra de los particulares. La recurribilidad de la sentencia en casación no viene condicionada por razones subjetivas (particular o Administración) ni por la posición que cada una de estas partes ostentaba en la instancia. De hecho esta disposición opera también en los casos en los que la Administración actúa como parte demandante y el particular como demandado (como es el caso del recurso de lesividad), o en aquellos otros en los que un particular se persona como codemandado en la instancia. La razón que justifica estos asuntos pueda

Para la doctrina, las razones que fundamentan la existencia de la extensión de efectos también son de carácter general pero de otra índole. Por ejemplo, para DE DIEGO DÍEZ³³, la razón principal que hace surgir la extensión de efectos como la conocemos hoy en día es la masificación del orden contencioso-administrativo, debido a la creciente intervención pública en los distintos ámbitos sociales. En la misma línea, AGÚNDEZ FERNÁNDEZ³⁴ entiende que los principios de economía procesal y tutela judicial efectiva hacen extensibles los pronunciamientos del fallo a los ciudadanos, evitándose nuevos procesos y haciendo más eficaz y eficiente la actuación de las Administraciones Públicas, tanto en beneficio de los intereses generales como de los particulares³⁵. De la misma forma,

acceder al Tribunal Supremo es el eventual efecto expansivo y multiplicador que estas sentencias pueden tener para otros afectados que se encuentren en la misma situación, y, por lo tanto, por los efectos que pueden desplegar con los consiguientes perjuicios al interés general general. Y este efecto tan solo se produce en las sentencias estimatorias sobre determinadas materias, pues solo éstas pueden proyectar el pronunciamiento recaído en ese caso concreto sobre otros muchos afectados sin tener que entablar un recurso autónomo. De ahí que solo estas sentencias, con independencia de quien sea la parte recurrente, son las que tienen abierta la posibilidad de que el Tribunal Supremo revise, si el asunto presenta interés casacional objetivo, la conformidad o disconformidad a derecho del pronunciamiento emitido.

Por todo ello, este Tribunal no alberga dudas sobre la constitucionalidad de estos preceptos que le exija el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, al entender que regulación no resulta contraria al derecho a la tutela judicial efectiva ni introduce una diferenciación carente de justificación objetiva y razonable...» En la misma línea: ATS 7502/2018, de 25 de junio (FJ 2º *in fine*).

³³ Vid. DE DIEGO DÍEZ, L.A., *Extensión de efectos...*, ob. cit., pp. 21 y ss. Este autor considera además que la LJCA ha tenido que responder al fenómeno de otorgar eficacia *ultra partes* a los fallos que reconocían situaciones jurídicas individualizadas a los miembros de un grupo, cuestión a la que la respuesta que otorgaba la Ley de 1956 era insuficiente.

En la misma línea se muestra CONTÍN TRILLO-FIGUEROA, E. («Extensión de los efectos de la sentencia en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, Junio, 2008, p. 591) que expone: «*la finalidad de estos preceptos es hacer frente a la situación de saturación del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que ha sufrido hasta el extraordinario el incremento de la litigiosidad, con el objeto de contribuir a aliviar y descongestionar el orden contencioso-administrativo*».

³⁴ Cfr. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A. et al., *El proceso Contencioso-Administrativo...*, ob. cit., p. 887. En igual sentido, MENÉNDEZ PÉREZ, S., en BAENA DEL AL-CÁZAR, M. (dir.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, ob. cit., p. 703.

³⁵ Como ya adelantábamos, intentar clasificar las razones es una tarea difícil que, si bien simplifica en ciertos casos la comprensión de los fundamentos de la extensión, en

SANTAMARÍA PASTOR³⁶ considera que la técnica de la extensión de efectos permitiría ahorrar «*un tiempo y esfuerzo extraordinario de los jueces y de sus respectivas oficinas judiciales*».

GÓMEZ-FERRER MORANT matiza las opiniones anteriores, añadiendo el continuo cambio legislativo como razón por la cual se producen disposiciones generales y actos administrativos que son impugnados posteriormente mediante series interminables de recursos de idéntico objeto que dan lugar a una masificación de la justicia, lo que ha conllevado el surgimiento de mecanismos como el que estamos tratando en estas líneas³⁷.

Asimismo, el papel de la seguridad jurídica es clave a la hora de analizar los fundamentos de la extensión de efectos. Como exponía DÍEZ-PICAZO³⁸, la seguridad jurídica significa la previsibilidad de que los poderes públicos en un caso concreto, actúen o dejarán de hacerlo, y de que, si actúan, lo harán de una manera concreta, por lo que puede determinarse como base de la extensión de sentencias firmes. También puede considerarse fundamento de la extensión el abaratamiento de los costes que ha de conllevar su uso, principalmente por el acortamiento del proceso. Esta es la opinión que mantiene MARTÍNEZ ALARCON, cuando entiende que con la extensión de efectos se ven beneficiados los principios de economía procesal y tutela judicial efectiva con el consiguiente abaratamiento de los costes económicos³⁹.

1.2. Razones que fundamentan la extensión para la esfera del ciudadano

En nuestra opinión, los fundamentos de la extensión de efectos hay que buscarlos más en la implicación para la justicia que para el propio ciudadano, aunque éste se vea beneficiado por las mejoras de su ordenamiento jurídico en un plano directo. No podemos afirmar, por tanto, que la razón de ser de la extensión de efectos de sentencias firmes sea el beneficio de la ciudadanía, pues en ese caso, el legislador no habría limitado las materias (no olvidemos

otros casos como éste simplemente otorga una visión que se superpone en las dos esferas: general y particular.

³⁶ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Comentario*, Madrid, 2010, p. 1149. No obstante, este autor considera que el nuevo mecanismo ha sido un fracaso y no ha otorgado beneficios para los litigantes que la han usado.

³⁷ Vid. GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Artículo 111», en *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 100, 1998, p. 791.

³⁸ Cfr. DÍEZ PICAZO, L.M., «La doctrina del precedente administrativo», en *Revista de Administración Pública*, 1982, núm. 98, p. 13.

³⁹ Vid. MARTÍNEZ ALARCÓN, M., en MORENO MOLINA, J.A., (dir.) et al., *Procedimiento y Proceso Administrativo Práctico (Vol. III, Proceso Contencioso-Administrativo)*, Madrid, 2006, p. 987.

que la extensión de efectos solo puede producirse en asuntos de materia de personal al servicio de las Administraciones públicas, asuntos tributarios o de unidad de mercado) ni tampoco sería tan restrictivo a la hora de la presentación de una solicitud de estas características. Es indudable que el ciudadano se ve beneficiado al no tener que interponer un recurso ordinario, aunque, de todas formas, ha de iniciar un procedimiento⁴⁰. A diferencia de lo que venimos manifestando, ciertos autores consideran que el fundamento de la extensión está en la mejora de la esfera jurídica ciudadana. Así, CORDERO LOZANO⁴¹ entiende que la innovación del art. 110 LJCA es, para el administrado, una respuesta ante los tradicionales privilegios que ha ostentado la Administración, principalmente a la hora de los plazos por el retardo de la justicia.

En otra línea se encuentra VEGA CASTRO. Para este autor el motivo del art. 110 LJCA es el de dar respuesta legal a la eficacia de las sentencias y sus consecuencias en los actos masa⁴², a lo que SENÉS MOTILLA añade el consiguiente ahorro tanto económico como temporal⁴³.

FONT I LLOVET defiende que con la LJCA se produjo un cambio de funcionalidad en el orden contencioso-administrativo, donde el ciudadano

⁴⁰ CORDOBA CASTROVERDE añade una precisión interesante cuando entiende que el beneficio particular al ciudadano se cimenta en la posibilidad de que éstos no estarían obligados a recurrir de forma separada los actos administrativos que les afectasen de forma individual cuando se basaran en una misma fundamentación, bastando con que lo hiciera uno y tras esperar un pronunciamiento firme poder solicitar, por vía de ejecución de la sentencia, la extensión de los efectos de la misma. (Cfr. CÓRDOBA CASTROVERDE, D., en «Dificultades y problemas que plantea en la actualidad la extensión de efectos de las sentencias en el orden contencioso-administrativo», Revista de Jurisprudencia El Derecho núm. 4, Diciembre 2011, consulta en abierto: <https://elderecho.com/dificultades-y-problemas-que-plantea-en-la-actualidad-la-extension-de-efectos-de-las-sentencias-en-el-orden-contencioso-administrativo>, consultado el 14 de julio de 2019).

⁴¹ Vid. CORDERO LOZANO, F., «La extensión de los efectos de la sentencia a terceros en el artículo 110 de la LJCA; una reflexión», en Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 21, Diciembre, 2002, pp. 441 y ss.

⁴² Vid. VEGA CASTRO, J.L., «La extensión a terceros de los efectos...», ob. cit., pp. 907 y 908. La misma opinión es la que manifiestan PERA VERDAGUER, F., *Comentarios a la Ley de lo Contencioso Administrativo*, Barcelona, 2004, p. 761 o HUERTA GARICANO, I. y DE LA CRUZ MERA, F., «La extensión de efectos como cauce alternativo a la interposición del recurso contencioso-administrativo», Foro Abierto», Revista de Jurisprudencia El Derecho, núm. 2, 2011, pp. 7 y ss.

⁴³ Vid. SENÉS MOTILLA, C., «La ejecución de las sentencias en la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa» en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1998, núm.6, (D-323), p. 2263. En el mismo sentido, BLÁZQUEZ LIDOY, A., «La extensión de efectos de las sentencias en materia tributaria (art.110 de la LJCA)», en MERINO JARA, I. (dir.) et al., *Estudios sobre el proceso contencioso-administrativo en materia tributaria*, Barcelona, 2015, p. 790.

pudo comprobar que ostentaba derechos frente a la Administración y que éstos recibían tutela por parte de los Tribunales, pero teniendo que hacer frente a una justicia lenta y desigual que propició el nacimiento de distintas figuras que mejoraron la efectividad y la protección de los derechos individuales de las cuales una representante ha sido la extensión de efectos del art. 110 LJCA⁴⁴. El fundamento que para este autor sirve de base de la creación del art. 110 LJCA está en la línea con los nuevos aires de mejora de la justicia que ha propugnado la Unión Europea.

Podemos observar, por tanto que, en esta corriente, la doctrina se sitúa en la postura de entender la extensión de efectos como un mecanismo que beneficia a los ciudadanos de forma directa a la hora de iniciar una solicitud de extensión de efectos, intentando con ella abreviar los plazos y también abaratar el coste judicial.

1.3. Razones de carácter técnico

Por último, podemos comprobar que una parte de la doctrina entiende que las razones de la existencia de este instituto jurídico son puramente técnicas.

En este sector, CUERNO LLATA considera que la extensión de efectos enfatiza el incremento de las garantías en la ejecución de las sentencias⁴⁵. Asimismo, ROMERO REY va más allá y entiende que la razón última es únicamente de carácter procesal: crear un título de ejecución del mismo contenido que el que pretende una determinada sentencia firme, en favor de una persona que, aun no habiendo sido parte en el proceso donde ésta haya sido dictada, se encuentre en idéntica situación a las personas individualmente favorecidas por el fallo de dicha sentencia⁴⁶.

Entre los máximos exponentes de esta corriente encontramos a ALUM LÓPEZ que considera que la extensión de efectos es únicamente «una medida de economía procesal que imprime celeridad y eficacia a la Justicia consistente en emplear una misma Sentencia para la resolución de litigios con idéntico objeto», clasificándola como mero remedio procesal⁴⁷. De igual

⁴⁴ Vid. FONT I LLOVET, T., «la extensión a terceros de los efectos de la sentencia en vía de ejecución», ob. cit., pp. 166 y ss.

⁴⁵ Vid. CUERNO LLATA, J.R., «Extensión de efectos de las sentencias dictadas por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», ob. cit., pp. 66 y ss.

⁴⁶ Cfr. ROMERO REY, C., en QUINTANA CARRETERO, J.P. (dir.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, ob. cit., p. 767.

⁴⁷ Vid. ALUM LÓPEZ, C., «El proceso contencioso-administrativo en materia tributaria: extensión de efectos de sentencias y problemas de ejecución», en AA.VV., *Nuevo régimen jurídico de los procedimientos tributarios, Estudios de derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, núm.77, p. 474. La misma postura adopta MARTÍNEZ MICÓ, J.G., «Extensión de los efectos de una sentencia firme en materia

manera, para MARTÍN FERNÁNDEZ el fundamento de la extensión de efectos no es más que salvaguardar el principio de economía procesal, al considerar absurdo llevar a cabo otro proceso cuando el Tribunal va a decidir en los mismos términos plasmados en una resolución firme anterior⁴⁸. En la misma línea se manifiesta GRAU RUIZ⁴⁹.

BAEZA DÍAZ-PORTALES, resume de forma muy acertada toda esta corriente al entender que el fundamento de la extensión es el articular un cauce procesal más sencillo para obtener una más pronta solución, evitando la multiplicidad de trámites y la más larga duración del proceso convencional⁵⁰. Por último, PÉREZ DEL BLANCO entiende que la principal causa de la extensión de efectos de sentencias firmes es la economía procesal⁵¹.

2. *Visión jurisprudencial*

En un plano estrictamente jurídico, el Tribunal Supremo considera que son razones de carácter procesal las que fundamentan la existencia del art. 110 LJCA. Podemos verlo en el FJ 3º de la STS 5476/2008, de 22 de octubre cuando expone:

«(...) Se trata, como es bien sabido, de un mecanismo dirigido a evitar procesos innecesarios cuando, sobre una situación idéntica a la que vaya a encarnar el tema de un litigio, existe ya un precedente judicial con carácter de firmeza; y pretende por ello dar cumplida satisfacción a los derechos a la igualdad en la aplicación de la ley y a la tutela judicial efectiva reconocidos en los artículos 14 y 24 de la Constitución.

tributaria», en Tribuna Fiscal, CISS, 2009, núm. 221, p. 11. En sentido similar: ARANGUREN PÉREZ, I., y GONZÁLEZ RIVAS J.J., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998 de 13 de Julio*, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 1179.

⁴⁸ Cfr. MARTÍN FERNÁNDEZ, J., «Incidencia de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en materia tributaria: suspensión de la ejecución del acto impugnado y extensión de los efectos de una sentencia firme a personas que no han sido parte en el procedimiento», en *Revista de Información Fiscal*, núm. 32, 1999, p. 34. Opinamos que esta afirmación es errónea, en tanto que el sistema del precedente no es una herramienta instalada en nuestro país, por lo que las sentencias pueden no seguir el mismo fundamento.

⁴⁹ Vid. GRAU RUIZ, M.A., «Cuestiones suscitadas en la extensión de los efectos de las sentencias en materia tributaria» en MONTOYA MELGAR, A. (coord.), *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Madrid, 2010, p. 1041.

⁵⁰ Cfr. BAEZA DÍAZ-PORTALES, M.J., «Extensión de los efectos de las sentencias a terceros (regulación legal, doctrina judicial y examen crítico)», en *Tribuna Fiscal* n° 246, Abril 2011, p. 9.

⁵¹ Cfr. PÉREZ DEL BLANCO, G., «La extensión subjetiva de los efectos de las sentencia administrativa en los supuestos de litigios en masa», ob. cit., p. 88.

Ésa es la que pudiéramos llamar la vertiente sustantiva de la institución, pero también desde el punto de vista procesal tiene un perfil propio: su finalidad es crear un título de ejecución, del mismo contenido que el que presente una determinada sentencia firme, en favor de una persona que, aun no habiendo sido parte en el proceso donde esta haya sido dictada, se encuentre en idéntica situación a las personas individualmente favorecidas por el fallo de dicha sentencia. (...)».

En la misma línea se manifiesta el Tribunal Constitucional, en su STC 13/2011, de 28 de febrero de 2011, FJ 2º:

«Tal objeción ha de ser rechazada de plano pues de la simple lectura del precepto indicado se desprende que la extensión de efectos de sentencias firmes que hubieran reconocido una situación jurídica individualizada en materia tributaria no se configura en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa como un remedio procesal frente a Sentencias lesivas de la igualdad sino como un procedimiento preventivo y simplificador del procedimiento judicial, que no puede configurarse como una obligación del ciudadano, ni mucho menos entenderse su omisión como una renuncia al derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley.»

Para un gran número de autores⁵² (encabezados por GIMENO SENDRA y a los que nos sumamos), además de la mejora de la eficacia en el seno judicial, el fundamento principal de la extensión de efectos del art. 110 LJCA se encuentra en la STC 10/1998, de 13 de enero y, especialmente, en el principio constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley⁵³, puesto que: *«sería contrario al referido principio constitucional y al derecho a una tutela judicial efectiva y sin dilaciones indebidas que los litisconsortes nativos, que no reaccionaron, en su día, mediante el correspondiente recurso contencioso-administrativo, se vieran ante la ejecutoriedad del acto, discriminados frente a los activos que decidieron interponer dicho recurso en tiempo y forma»*⁵⁴.

De hecho, así lo ha corroborado el Tribunal Supremo, cuando en su STS 5886/2011, de 13 de septiembre⁵⁵ en su FJ 6º expone:

«(...) No cabe olvidar que la extensión de efectos se configura en la ley como un instrumento procesal dirigido a evitar la reiteración de procesos

⁵² Vid. por ejemplo, PUEBLA AGRAMUNT, N., «¿Quiere realmente el supremo acabar con la extensión de efectos en materia tributaria?», en Quincena Fiscal, 2009, núm. 18, p. 17.

⁵³ De hecho, en su STS 2846/2018, de 18 de julio, FJ único, por el mismo principio de igualdad en la aplicación de la Ley no expone los razonamientos jurídicos al ser los mismos aplicados en una sentencia anterior que reproduce.

⁵⁴ Cfr. GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. y SALA SÁNCHEZ, P., *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, 2004, p. 281.

⁵⁵ Rec. Nº 4418/2010.

contra los llamados actos masa y que se funda en el principio de igualdad en la aplicación de la ley por los tribunales, siendo presupuesto necesario la firmeza de la sentencia cuya corrección jurídica el Tribunal Supremo no puede ya revisar, salvo que se invoque que la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postula fuese contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, circunstancia que no concurre en el caso.»

En la misma línea se expresa en su STS 3445/2018, de 9 de octubre, cuando en su FJ 2º expresa:

«Lo expuesto nos lleva a recordar que las normas de los artículos 110, 111 y 37.2 de la LJCA de 1998 sirven para garantizar el principio constitucional de igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley, además de evitar el coste y el retraso de la repetición de procesos en lo que se han denominado «actos en masa» en materia tributaria, de personal y de unidad de mercado. Y es evidente que, en este caso, el respeto a la igualdad nos vincula por partida doble, dado el número considerable de precedentes planteados como se ha dicho y que se han enumerado, lo que nos autoriza a examinar en forma breve esta impugnación. Las Administraciones deben acomodar su actuación, en la medida que les sea posible, a lo que resuelvan los Tribunales en casos en que los interesados se encuentran en idéntica situación fáctica y jurídica y acomodarse a lo resuelto o «juzgado», pero en este caso el recurso esgrime que no hay identidad de situaciones, lo que nos llevará a un examen más extenso de esa cuestión.»

Sin embargo, llama la atención el matiz sobre el que incide el Tribunal Constitucional, cuando entiende que la extensión de efectos no tiene como objetivo evitar la dispersión de resoluciones judiciales (STC 87/2008 de 21 de julio, FJ 5º):

«(...) el citado mecanismo procesal no tiene por objeto evitar la dispersión de soluciones judiciales, sin perjuicio de que pueda coadyuvar a ello, sino «ahorrar la reiteración de múltiples procesos innecesarios contra los llamados actos en masa», según el preámbulo de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. No cabe duda, por tanto, de que es constitucionalmente legítimo que los pronunciamientos sobre extensión del fallo se reserven al órgano que los dictó y que éste sólo pueda efectuar la extensión si tiene competencia para conocer de la nueva pretensión...»

No obstante, es el ATS 8103/2018, de 16 de julio el que, a nivel jurisprudencial, expone de forma más rotunda los fundamentos de la extensión de efectos de sentencias firmes para el ordenamiento jurídico nacional. De la siguiente forma se manifiesta en su FJ 3º:

«(...)Las Administraciones deben acomodar su actuación, en la medida que les sea posible, a lo que resuelvan los Tribunales en casos en que los interesados se encuentran en idéntica situación fáctica y jurídica y acomodarse a lo resuelto o «juzgado» en supuestos como el que nos ocu-

pa, lo que justifica las normas de los artículos 110, 111 y 37.2 LJCA , dictadas para garantizar el principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley y evitar el coste y el retraso de la repetición de procesos en lo que se han denominado actos en masa en materia tributaria, de personal y de unidad de mercado.»

Sin duda, es la previsibilidad de una resolución similar en un caso muy parecido el que llevar a poder exigir una extensión de efectos. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en su STS 4529/2016, de 17 de octubre, FJ 5º:

«(...) la LJCA considera que, ya que la extensión de los efectos de la sentencia no resulta exigible en virtud del estricto cumplimiento de la misma, sino más bien como consecuencia de la previsibilidad de una decisión idéntica en el proceso en que se plantee la misma cuestión, no puede darse lugar a dicha extensión cuando la existencia de jurisprudencia contraria impediría al juzgado o tribunal sentenciador reiterar la doctrina aplicada, sin perjuicio de que la sentencia deba mantener estrictamente sus efectos entre las partes como consecuencia del principio de cosa juzgada...»

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: OBJETIVOS DE LA FIGURA

Como hemos podido comprobar, en muchos casos (y, sobre todo, desde los enfoques más técnicos) la fundamentación de base para entender el art. 110 LJCA se mezcla con su finalidad u objetivos. En este punto, nos mostramos totalmente de acuerdo con lo que declara MAGALDI cuando expone que los objetivos que se perseguían con la creación de la extensión de efectos eran: la descongestión judicial, la agilización de los trámites judiciales y de los plazos procesales, y la evitación de los pronunciamientos judiciales contradictorios⁵⁶. En la misma línea, se muestra CHAMORRO GONZÁLEZ, para el que la extensión de efectos es un mecanismo que surge con el objetivo de paliar *«el endémico atasco en el que se encontraban los Órganos Judiciales»*⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. MAGALDI, N., «La extensión de los efectos de las sentencias» en EZQUERRA HUERVA, A. (dir.) y OLIVÁN DEL CACHO, J.J., (dir.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Valencia, 2014, pp. 1024, 1053, 1054 y 1071. Asimismo, puede verse también ROJÍ BUQUERAS, J.M., «La extensión de los efectos de sentencias en materia tributaria (un análisis del art. 110 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)», en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, 2001, Año núm. 17: núm.1, pp. 264 y 265.

⁵⁷ Cfr. CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M., «La extensión de efectos de Sentencias del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo», en *Tributos Locales*, núm. 94, Abril-Mayo 2010, p. 115.

La pregunta que surge a continuación es la referente al grado de cumplimiento de estos objetivos iniciales. En nuestra opinión⁵⁸, la extensión de efectos no ha gozado en el ordenamiento jurídico español (y especialmente en el ámbito contencioso-administrativo) del papel relevante que se pretendía con su incursión legal. El legislador ha ido poniendo trabas para su uso, modificando el articulado y delimitando cada vez unos requisitos muy estrictos, mientras que el ciudadano (y también muchos operadores jurídicos) en la mayoría de los casos ni siquiera conoce la existencia de la figura. Como expresan la mayoría de los autores, el balance sobre la utilización de este mecanismo es bastante desolador. Sin duda, su controvertida introducción en el ordenamiento y su difícil encaje procesal han provocado, en parte, esta situación, aunque en la materia de personal al servicio de las Administraciones Públicas parece que últimamente está volviendo a cobrar protagonismo.

Podría afirmarse que la fundamentación de la extensión de efectos únicamente responde a motivos de orden puramente práctico, motivos de carácter formal que, por la utilidad que ofrece la institución, van a provocar su aparición en el sistema contencioso-administrativo y que, por conformar los antecedentes, dieron lugar a la incorporación del art. 110 a la LJCA. No obstante, por otro lado, también existen razones sustantivas o materiales que fundamentan la extensión de efectos y que parecen supeditadas a las primeras. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista son éstas las que poseen consistencia jurídica para incorporar una figura tan atípica y complicada como es la extensión de efectos de sentencias firmes. Igualmente, se evidencia que, aunque en su origen respondiese a otro tipo de pretensiones, actualmente esta institución puede encuadrarse en las nuevas tendencias que ha fomentado la Unión Europea para evitar o, al menos, reducir la litigiosidad ante los Tribunales de Justicia⁵⁹. Incluso, podría llegar a pensarse en la extensión de efectos más que

También es interesante traer aquí la opinión de MENÉNDEZ PÉREZ, S. (en BAENA DEL ALCÁZAR, M. [dir.], *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, ob. cit., p. 702) cuando entiende que con la extensión de efectos de sentencias firmes se trata de «*facilitar la solución de conflictos que son idénticos a otro u otros ya decididos por sentencia firme, enfrentando a la Administración con esta decisión a la hora de tomar postura, aligerando la carga de trabajo, tanto de tramitación como de decisión que pesa sobre los órganos judiciales y, en fin, dificultando la adopción de soluciones contradictorias en casos idénticos*».

⁵⁸ En la misma postura se encuentra la mayoría de la doctrina. Vid. por ejemplo IBÍDEM o CÓRDOBA CASTROVERDE, D., «Réquiem por la extensión de efectos de las sentencias en el orden contencioso-administrativo», en *Revista de Jurisprudencia el Derecho*, Febrero, 2007, núm. 2, pp. 1 y ss.

⁵⁹ Como ejemplo de estas tendencias podemos citar el fomento por parte de la UE del uso de los sistemas alternativos de resolución de litigios y, especialmente la creación de la plataforma de resolución de litigios en línea.

como derecho sustantivo en una especie de norma *soft law*, ya que, con el art. 110 LJCA nos encontramos ante un artículo de opción potestativa para el ciudadano pero que, con su uso, puede llegar a influir en la calidad judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A. (dir.), et al., *El proceso Contencioso Administrativo, Comentarios y Jurisprudencia a la Ley 29/1998 de 13 de Julio* (Actualizada a la Ley 37/2011 de 10 de Octubre), Comares, Granada, 2013.
- ALUM LÓPEZ, C., «El proceso contencioso-administrativo en materia tributaria: extensión de efectos de sentencias y problemas de ejecución», en A.A.V.V., *Nuevo régimen jurídico de los procedimientos tributarios, Estudios de derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, núm.77.
- ARANGUREN PÉREZ, I., y GONZÁLEZ RIVAS, J.J., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998 de 13 de Julio*, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M. (dir.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Doctrina y Jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1999.
- BAEZA DÍAZ-PORTALES, M.J., «Extensión de los efectos de las sentencias a terceros (regulación legal, doctrina judicial y examen crítico)», en *Tribuna Fiscal* n° 246, Abril 2011.
- CALVO DÍAZ, G., «Extensión de efectos de las sentencias dictadas por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario al artículo 86.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *Actualidad Administrativa*, núm.30, 1991.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M., «La extensión de efectos de Sentencias del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo», en *Tributos Locales*, núm. 94, Abril-Mayo 2010.
- CIVERA MARTÍNEZ, M. y ABAD CARRETERO, L., *En pos de un nuevo Humanismo*, Santander, 2018.
- CONTÍN TRILLO-FIGUEROA, E., «Extensión de los efectos de la sentencia en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, Junio, 2008.
- CORDERO LOZANO, F., «La extensión de los efectos de la sentencia a terceros; un nuevo reto jurisdiccional» en *Administración de Andalucía: revista andaluza de Administración Pública*, núm. 47, 2002.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, D., «Dificultades y problemas que plantea en la actualidad la extensión de efectos de las sentencias en el orden contencioso-administrativo», en *Revista de Jurisprudencia El Derecho* núm. 4, Diciembre, 2011.
- , «Réquiem por la extensión de efectos de las sentencias en el orden contencioso-administrativo», en *Revista de Jurisprudencia el Derecho*, Febrero, 2007.
- CUBILLO LÓPEZ, I.J., «El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional». *Estudios de Deusto* 66, 2018.
- CUERNO LLATA, J.R., «Extensión de efectos de las sentencias dictadas por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *Revista de Estudios*

- Locales CUNAL, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1998, núm. 22.
- DE DIEGO DíEZ, L.A., *Extensión de efectos y pleito testigo en la Jurisdicción Administrativa*, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada: civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991.
- DÍEZ PICAZO, L.M., «La doctrina del precedente administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 98, 1982.
- EZQUERRA HUERVA, A., y OLIVÁN DEL CACHO, J., *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant Lo Blanch Tratados, Valencia, 2014.
- FONT I LLOVET, T., «la extensión a terceros de los efectos de la sentencia en vía de ejecución», en *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. extraordinario de 1999.
- GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. y SALA SÁNCHEZ, P., *Derecho Procesal Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Artículo 111», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 100, 1998.
- HUERTA GARICANO, I. y DE LA CRUZ MERA, F., «La extensión de efectos como cauce alternativo a la interposición del recurso contencioso-administrativo» *Foro Abierto*, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2, 2011.
- LÓPEZ BENITEZ, M., «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», en Edición especial del núm. 100, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1999.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, J., «Incidencia de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en materia tributaria: suspensión de la ejecución del acto impugnado y extensión de los efectos de una sentencia firme a personas que no han sido parte en el procedimiento», en *Revista de Información Fiscal*, núm. 32, 1999.
- MARTÍNEZ MICÓ, Juan Gonzalo, «Extensión de los efectos de una sentencia firme en materia tributaria», en *Tribuna Fiscal*, CISS, núm. 221, 2009.
- MERINO JARA, I. (dir.) et al., *Estudios sobre el proceso contencioso-administrativo en materia tributaria*, Bosch, Barcelona, 2015.
- MONTOYA MELGAR, A. (coord.), *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010.
- MORENO MOLINA, J.A., (dir.) et al., *Procedimiento y Proceso Administrativo Práctico (Vol. III, Proceso Contencioso-Administrativo)*, La Ley, Madrid, 2006.
- ORTEGA Y GASSET, J., *La rebelión de las masas* (edición de HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, D.), Tecnos, Madrid, 2012.
- PALOMAR OLMEDA, A. (dir.) et al., *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- PENDÁS GARCÍA, B. (coord.), *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Estudio sistemático*, Praxis, Barcelona, 1999.
- PERA VERDAGUER, F., *Comentarios a la Ley de lo Contencioso Administrativo*, Bosch, Barcelona, 2004.
- PÉREZ ANDRÉS, A.A., *Los Efectos de las Sentencias de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.

- PÉREZ DEL BLANCO, G., «La extensión subjetiva de los efectos de las sentencia administrativa en los supuestos de litigios en masa» en CEFLegal, Junio, núm. 53, 2005.
- PUEBLA AGRAMUNT, N., «¿Quiere realmente el supremo acabar con la extensión de efectos en materia tributaria?», en Quincena Fiscal, núm. 18, 2009.
- QUINTANA CARRETERO, J.P., (dir.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Thomson-Reuters, Valladolid, 2013.
- QUINTANA REDONDO, C. et al., *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, Santillana, Madrid, 1965, vol. II.
- ROJÍ BUQUERAS, J.M., «La extensión de los efectos de sentencias en materia tributaria. (Un análisis del art.110 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)», en Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia, Año núm. 17: núm.1, 2001.
- ROSENDE VILLAR, C., *La Eficacia Frente a Terceros de las Sentencias Contencioso-Administrativas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario*, Iustel, Madrid, 2010.
- SENÉS MOTILLA, C., «La ejecución de las sentencias en la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa», en La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm.6, (D-323), 1998.
- VEGA CASTRO, J.L., «La extensión a terceros de los efectos de las sentencias dictadas por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el seno de la vía de ejecución: una solución problemática», en AAVV., *La Justicia Administrativa, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003.
- XIOL RÍOS, J.A., «Consideración de algunos aspectos del proceso administrativo como respuesta a los fenómenos de masificación social: la legitimación, la limitación de las instancias, el tratamiento en serie de los recursos y los efectos de la sentencia», en «Jurisdicción contencioso-administrativa: aspectos procesales», Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, XV.

RADIOGRAFÍA DE UNA PROPUESTA OLVIDADA: LA PROPOSICIÓN DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA JUNTA GENERAL ASTURIANA SOBRE DEMOCRACIA SEMIDIRECTA

*Overview of a forgotten proposal: The proposal
for constitutional reform by the General Council of Asturias
on semi-direct democracy*

Daniel López Rubio

Profesor de Derecho Constitucional

Universidad Carlos III de Madrid

dlr.eql@gmail.com / daniel.lopez@uc3m.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp263-295](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp263-295)

Recibido: 19.07.2019

Aceptado: 16.12.2019

Resumen

El Anteproyecto de Constitución elaborado en 1978 por la ponencia de la Comisión Constitucional contempló un amplio catálogo de mecanismos de democracia semidirecta. Tras el intento del partido radical italiano, en junio de ese mismo año, de derogar vía referéndum el sistema de financiación pública de los partidos políticos, el temor a que un empleo populista de los mismos pudiera impedir la consolidación de la arquitectura constitucional llevó al constituyente a diluir intensamente la propuesta primigenia, resultando un modelo de democracia basado, casi incontestablemente, en la representación. Casi cuarenta años después, la Junta General del Principado de Asturias lanza en 2014 una proposición de reforma constitucional a las Cortes Generales, sugiriendo recuperar parcialmente algunas de las ideas previstas en aquel Anteproyecto. El artículo pretende analizar en detalle los elementos de esta interesante propuesta, destacando sus virtudes y defectos a la luz de la experiencia comparada.

Palabras clave

Referéndum; iniciativa legislativa popular; democracia semidirecta; reforma constitucional.

Abstract

The draft of the Constitution made in 1978 by the Constitutional Commission comprised a broad set of mechanisms of semi-direct democracy. In June the same year, after the attempt by the Italian Radical Party to derogate the system for the public financing of political parties through a referendum, a fear that populists would use those mechanisms to prevent the consolidation of the constitutional regime led the constituent to considerably soften the original proposal, resulting in a model of democracy based, almost undoubtedly, in representation. Almost forty years later, in 2014, the General Council of the Principality of Asturias put forward to the Spanish Parliament a proposal to reform the Constitution, which suggested the partial recovery of some of the ideas of that draft. This paper aims to analyse in detail the key elements of this interesting proposal, by highlighting its virtues and flaws considering comparative experiences.

Keywords

Referendum; popular legislative initiative; semi-direct democracy; constitutional reform.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA DEMOCRACIA DIRECTA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978. II. EL ORIGEN DE LA PROPUESTA. III. LOS CAMBIOS PROPUESTOS (I): REFORMA DEL ARTÍCULO 87.3. IV. LOS CAMBIOS PROPUESTOS (II): REFORMA DEL ARTÍCULO 92. 1. *Cambios en el referéndum consultivo*. 2. *Incorporación del referéndum abrogativo*. V. LOS CAMBIOS PROPUESTOS (III): REFORMA DEL ARTÍCULO 166. VI. REFLEXIONES FINALES. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN. LA DEMOCRACIA DIRECTA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

El 24 de mayo de 2014 la Junta General del Principado de Asturias aprobaba una proposición de reforma constitucional –la primera emprendida por una Comunidad Autónoma– centrada en los artículos 87.3, 92 y 166 de la Constitución. Desde entonces la propuesta, que fue admitida a trámite por la Mesa del Congreso de los Diputados el 21 de octubre de 2014, duerme el sueño de los justos en la Cámara Baja. La inestabilidad política que arrancó en España el año 2015, y que ha traído tres elecciones generales en un lustro, ha enterrado en el olvido una muy interesante proposición, a cuyas principales virtudes y defectos dedicaremos este estudio.

La proposición, tomando conciencia de la escasa influencia de los mecanismos de democracia semidirecta en nuestro actual sistema constitucional, pretende dar un nuevo impulso a los mismos, introduciendo cuatro novedades fundamentales:

- i) La posibilidad de que la iniciativa legislativa popular afecte a materias propias de ley orgánica.
- ii) La ampliación de los sujetos legitimados para activar un referéndum consultivo.
- iii) La creación de una modalidad abrogativa de referéndum.
- iv) La incorporación de la iniciativa popular en el ámbito de la reforma constitucional.

Como es de sobra conocido, el artículo 23 de la Constitución consagra como derecho fundamental la participación política de los ciudadanos en los asuntos públicos, y lo hace abarcando sus dos vertientes fundamentales: la representativa y la directa. Así, el artículo reconoce «el derecho de participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». El desarrollo de este precepto, en lo relativo a la participación directa, fue muy restrictivo en el articulado constitucional. Referéndum e iniciativa legislativa popular, las dos únicas instituciones que, junto con el concejo abierto, el

Tribunal Constitucional considera desarrollo del derecho fundamental de participación política¹, son configurados por el texto supremo de un modo extraordinariamente limitado.

En primer lugar, el artículo 87.3 de la Constitución sujeta el empleo de la iniciativa legislativa popular a la obtención de no menos de 500.000 firmas –compárese, por ejemplo, con las 50.000 exigidas en Italia²– e impide el mismo en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, así como en lo relativo a la prerrogativa de gracia. En segundo lugar, el referéndum queda limitado a cuatro únicos supuestos: i) el consultivo del artículo 92 CE, cuya iniciativa corresponde en exclusiva al Presidente del Gobierno; ii) los de acceso a la autonomía y reforma estatutaria (artículos 151 y 152 CE); iii) los de reforma constitucional, vía artículos 167 CE (facultativo a iniciativa de una décima parte de las Cámaras) y 168 CE (preceptivo); y iv) los que puedan realizarse, siempre previa autorización del Estado por imperativo del artículo 149.1.32 CE, en los diversos niveles territoriales, y que en la actualidad solo encuentran materialización en el ámbito local (artículo 71 de la Ley de Bases del Régimen Local).

Esta regulación acredita, como expresa Garrorena (1991: 148), «una filosofía o concepción de la democracia que está –para decirlo apretadamente– más cerca de Montesquieu que de Rousseau, más próxima a la confianza en los representantes (...) que al ejercicio de la capacidad de participar». En efecto, la Constitución de 1978 situó al Parlamento como el eje central de toda la vida pública, renunciando incluso a complementar su acción con mecanismos de participación directa ágiles. El Tribunal Constitucional (STC 103/2008, FJ 2) ha insistido en ello, subrayando que el referéndum es

«un cauce especial o extraordinario, por oposición al ordinario o común de la representación política, pues no en vano el art. 1.3 CE «proclama la Monarquía parlamentaria como forma de gobierno o forma política del Estado español y, acorde con esta premisa, diseña un sistema de participación política de los ciudadanos en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa», siendo así que «el propio Texto constitucional, al regular las características de los instrumentos de participación directa, restringe su alcance y condiciones de ejercicio», de suerte que, en el caso de otra manifestación típica de la democracia directa, como es la iniciativa legislativa popular, su ejercicio «sobre determinadas materias, por lo delicado de su naturaleza o por las implicaciones que entrañan, queda reservado a la mediación de los representantes políticos» (STC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 3)».

¹ STC 119/1995, FJ 3.

² Artículo 71 de la Constitución italiana de 1948.

Resulta vital recordar, sin embargo, que esta apuesta tan decidida por arrinconar los mecanismos de participación directa no fue una constante de todo el proceso constituyente. Antes al contrario, el Anteproyecto de Constitución redactado por los siete ponentes nombrados en el seno de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas apostaba por otorgar a estos instrumentos un peso mucho mayor. Así, el artículo 80 de aquel Anteproyecto establecía para la iniciativa legislativa popular: i) la limitación estricta del número de firmas exigidas a quinientas mil; ii) la posibilidad de emplear el mecanismo en materia de ley orgánica; y iii) en conexión con el artículo 157, la posibilidad de emplear la iniciativa popular en el ámbito de la reforma constitucional.

En relación con el referéndum, el artículo 85 del Anteproyecto contemplaba: i) un referéndum sobre leyes aprobadas y aún no sancionadas, a propuesta del Gobierno, a iniciativa de cualquiera de las Cámaras, o de tres Asambleas de territorios autónomos; ii) un referéndum sobre decisiones políticas de gran trascendencia, con idéntica iniciativa; y iii) un referéndum derogatorio sobre leyes en vigor, que añadía la iniciativa de setecientos cincuenta mil electores. Por su parte, en el ámbito de la reforma constitucional, el artículo 158 establecía la necesidad de referéndum en cualquier reforma constitucional.

El inicial entusiasmo que despertaban los instrumentos de participación ciudadana directa fue tornándose en total escepticismo, con un recorte espectacular tanto en el elenco como en su configuración. Así, en primer lugar, sería aprobada en el ámbito de la Comisión una enmienda *in voce* de Óscar Alzaga que acortaba el terreno de juego de la iniciativa legislativa popular, pues fijaba las quinientas mil firmas como un umbral mínimo ampliable por la ley orgánica que quedaba llamada a regular «las formas de ejercicio y los requisitos» de la institución.

El siguiente hito del proceso de recorte vino dado por la Comisión en lo relativo a las figuras referendarias contempladas en el artículo 85 del Anteproyecto. La ya célebre enmienda *in voce* presentada por Jordi Solé Tura supuso lo que Illueca (2018: 31) califica de «demolición completa de la arquitectura constitucional del referendo que proponía este precepto». En efecto, la enmienda suprimía las dos modalidades legislativas de referéndum, perviviendo únicamente el relativo a decisiones políticas de gran trascendencia, cuyos efectos pasaban a ser consultivos y cuya iniciativa quedaba reservada al Presidente del Gobierno –previa aprobación del Congreso. La enmienda obtuvo el respaldo mayoritario de los grupos parlamentarios, aunque encontró un rechazo frontal en la figura de Manuel Fraga Iribarne.

En el momento de presentar su enmienda, el diputado Solé Tura puso el foco en los riesgos que podrían derivarse para el naciente sistema democrático del empleo de los instrumentos de participación directa. Así, en relación

con los referendos legislativos, expresó su temor hacia «la posibilidad de que la soberanía del Parlamento [fuera] absolutamente menoscabada», pudiendo producirse «conflictos muy serios entre Gobierno, Rey y Parlamento»³. En su turno en contra, Fraga Iribarne negaba que debiera preservarse la soberanía del Parlamento, recordando que la Constitución no habla de tal cosa sino «de la soberanía nacional que reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado, incluyendo, naturalmente, al Parlamento»⁴. En este sentido, el diputado de Alianza Popular manifestó su deseo de que el artículo 85 perviviera tal y como fue redactado por la ponencia, evitando así cualquier intento de reinstalar la soberanía del Parlamento «a través del predominio único y exclusivo de los partidos políticos»⁵.

Solé Tura respondió a estos argumentos incidiendo en la necesidad de garantizar «que el órgano legislativo máximo, que son las Cortes, funcione con claridad y que no haya mecanismos de interferencia que puedan menoscabar esa labor»⁶. Además, quiso referirse de modo específico a las preocupaciones de Fraga Iribarne sobre la probabilidad de que el recorte propuesto en el artículo 85 del Anteproyecto terminara por provocar una peligrosa partitocracia:

«Yo creo que el tema de la partitocracia se presta a muchísimas deformaciones; pero en un país donde precisamente no ha sido éste el mal fundamental, sino precisamente la negación de la existencia de los partidos, creo que en este momento contemplar o denunciar el mal de la partitocracia es un mal servicio a la causa de la consolidación de la democracia que intentamos llevar adelante. Aquí el problema que tenemos hoy no es la partitocracia, sino conseguir que los partidos funcionen, conseguir que los partidos sean representativos, que los partidos tengan fuerza, que los partidos sean reconocidos como intérpretes concretos de las grandes masas de la población y eso es lo fundamental»⁷.

Sumándose a la posición del diputado comunista, Gregorio Peces-Barba empleó su turno para destacar algunos problemas recurrentes de los referendos, como la posibilidad de manipulación en la pregunta, la polarización del debate político y social en torno a dos grandes bloques y la simplificación de los temas⁸. Sobre esta base, reiteró su apoyo a la enmienda «por un deseo de consolidación de la democracia en nuestro país»⁹.

³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados – Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, núm. 81, 6 de junio de 1978, p. 2937.

⁴ *Ibid.* p. 2939.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, p. 2942.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.* p. 2943.

⁹ *Ibid.* p. 2944.

Tras el debate, la enmienda fue sometida a votación, logrando ser aprobada por treinta y tres votos a favor, solo dos en contra y sin abstenciones. De este modo, la redacción original del artículo 85, que tanto espacio dejaba a la práctica referendaria, quedaba absolutamente demolida. Sobre las razones que estarían detrás de este giro de ciento ochenta grados se ha escrito mucho. En ocasiones se apunta a la experiencia plebiscitaria franquista, así como a la práctica gaullista en torno al artículo 11 de la Constitución francesa de 1958, como elementos que debieron pesar en los componentes de la Comisión¹⁰. Ello nos resulta, sin embargo, poco convincente. Téngase en cuenta que los principales defensores del giro emprendido –como Solé Tura, Peces-Barba, Pérez-Llorca o Miquel Roca– habían formado parte de la ponencia que tan entusiastamente dotó de pleno contenido al artículo 85 del Anteproyecto. Pues bien, en el momento de su redacción ambas prácticas eran perfectamente conocidas, resultando poco probable que solo vinieran a la mente de estos diputados en el debate de Comisión. Resulta más plausible que algún episodio acaecido entre uno y otro momento hiciera saltar las alarmas contra el referéndum y provocara la puesta en marcha del proceso de recorte. La respuesta, en efecto, se encontraba en Italia. El 11 de junio, es decir, apenas cinco días después de aquel debate en la Comisión, se celebrarían en la República italiana dos importantes referendos.

El 1977 el Partido Radical italiano puso en marcha una potente campaña de recogida de firmas para llevar a las urnas la derogación de ocho leyes de temáticas muy distintas. Su objetivo era, como ha dicho Luciani (2008: 14), «hacer más difícil el diálogo entre DC y PCI; abrir dentro de la mayoría y de la oposición fuertes contradicciones, crearse un espacio político más amplio (...), trasladando el terreno de la confrontación de la sede parlamentaria a las plazas y a las urnas referendarias». En suma, el Partido Radical quiso emplear el mecanismo referendario como vehículo para presentar al electorado un auténtico programa político alternativo. A results del proceso de control de admisibilidad sustanciado sobre las propuestas, la Corte Constitucional emitió una sentencia, ya célebre, en la que se vio obligada a enunciar límites al referéndum abrogativo más allá de los expresamente dispuestos por el artículo 75 de la Constitución. En base a estos nuevos límites, cuatro de las ocho consultas propuestas fueron declaradas inadmisibles. El parlamento evitó la convocatoria de otros dos referendos procediendo a modificar la

¹⁰ Véase, por ejemplo, Oliver Araujo (1989: 141-142). En contra de la consideración de la práctica franquista como elemento motivador del proceso de recorte, encontramos a Virgala Foruria (2013: 19), que entiende que «ni su utilización fue lo que mantuvo al régimen franquista en el poder ni tampoco fue un mecanismo utilizado de forma continuada (hay que recordar que Franco solo convocó dos referenda: 1947 Ley de Sucesión; 1966 LOE)».

normativa que pretendía derogarse. De los dos referendos que quedaban en pie, uno de ellos resultaba totalmente disruptivo, pues planteaba la abolición de la financiación pública de los partidos. Muy probablemente deba verse esta consulta como el principal motor del proceso de recorte impulsado por Solé Tura y respaldado por la mayoría de los grupos de la Comisión¹¹. De hecho, como sostiene Illueca (2018: 32), el hecho de que los resultados del referéndum fueran sumamente ajustados, con un 43,6% del electorado italiano apostando por el sí a la derogación de la ley de financiación de partidos, hacía ya especialmente difícil que en momentos posteriores del debate constituyente pudiera recuperarse, total o parcialmente, la redacción original del artículo 85 del Anteproyecto.

El proceso de recorte siguió pocos días después, el 20 de junio, con la interposición por parte del diputado Cisneros Laborda –otro de los siete ponentes responsables del artículo 85 original– de dos nuevas enmiendas *in voce*, esta vez encaminadas a la supresión de la iniciativa popular en el ámbito de la reforma constitucional y de la necesidad de celebrar obligatoriamente referéndum para ratificar cualquier modificación del texto supremo¹². Las enmiendas fueron aprobadas sin problemas, con la solitaria oposición del grupo de Alianza Popular.

El golpe definitivo al esquema de participación directa diseñado por el texto acontecería en el ámbito de la Comisión Mixta Congreso-Senado. Pese a no ser un punto que despertara conflicto alguno entre las Cámaras –cuya resolución suponía el cometido principal de la Comisión– se procedió a restringir aún más la iniciativa legislativa popular, incorporándose entre las materias vedadas a la misma aquellas propias de ley orgánica.

El texto final, pues, excluía el empleo del referéndum del proceso legislativo –pese a lo cual el artículo 92 siguió incardinado en el Capítulo II del Título III, denominado «De la elaboración de las leyes»–, suprimía toda iniciativa popular de referéndum, mantenía un referéndum de ámbito estatal meramente consultivo, y restringía extraordinariamente la iniciativa legislativa popular, que no solo no podría emplearse en materias propias de ley orgánica sino que tampoco podría operar en el ámbito de la reforma constitucional. La voluntad de asentar y dar estabilidad al naciente sistema democrático de partidos parece la razón fundamental de tan drástico recorte, siendo evidente que el episodio italiano debió constituir un recordatorio crucial del

¹¹ El diputado Peces-Barba llegó a referirse, si bien con suma parquedad, al reciente episodio italiano como ejemplo de que el referéndum podía dar lugar a «prácticas antidemocráticas». Véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados – Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, núm. 81, 6 de junio de 1978, p. 2943.

¹² Véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados – Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, núm. 93, 20 de junio de 1978, pp. 3462-3466.

riesgo que podían ofrecer los instrumentos de participación directa de cara a la consecución del objetivo.

La visión pausada de estos antecedentes resulta imprescindible a los fines de nuestro trabajo por dos motivos. Primero, porque, tal y como reconoce explícitamente el Preámbulo de la proposición de reforma constitucional elevada a las Cortes por la Junta General asturiana, la propuesta trata de recuperar buena parte de las fórmulas de democracia semidirecta plasmadas originalmente en el Anteproyecto. Segundo, porque en la reflexión sobre la pertinencia de aprobar la propuesta deberán tenerse en cuenta los motivos que llevaron al constituyente a su exclusión, debiendo plantearse si, cuarenta años después, perviven o no.

II. ORIGEN DE LA PROPUESTA

Entre junio y diciembre de 2011 miles de personas respaldaron con su firma la propuesta «Por la democracia directa»¹³, que pedía recuperar buena parte de los instrumentos participativos suprimidos durante los debates constituyentes. Empleando el derecho de petición reconocido en el artículo 29 de la Constitución, los ciudadanos solicitaron a sus respectivos Parlamentos autonómicos que hicieran uso, para alcanzar esta meta, de su facultad de elevar proposiciones de reforma constitucional a las Cortes Generales. En Asturias fueron siete mil setecientas las personas que se dirigieron a la Junta General del Principado para solicitar la articulación de una reforma constitucional que reconociera el derecho de los ciudadanos a pedir la convocatoria de un referéndum, a decidir sobre la abrogación de un texto legal en vigor o a solicitar una reforma constitucional.

Un año después, el grupo de Izquierda Unida en la Junta General de Asturias hacía suya la propuesta ciudadana y decidía impulsar su tramitación parlamentaria, empleando para ello el cauce de proposición de reforma constitucional. La propuesta original registrada en el Parlamento autonómico¹⁴ recogía: i) la supresión de todos los límites materiales a la iniciativa legislativa popular; ii) la incorporación del referéndum sobre leyes aprobadas y no sancionadas y también del de derogación de leyes en vigor; iii) la previsión de la iniciativa popular para activar ambos referendos, así como el relativo a decisiones políticas de gran trascendencia; iv) la conversión en vinculante de este último referéndum; y v) la admisión de la iniciativa popular en el ámbito de la reforma constitucional.

¹³ Todo lo relativo a este movimiento ciudadano puede consultarse en: <https://porlademocraciadirecta.org/entradas1/> (consultado el 10 de julio de 2019)

¹⁴ Puede consultarse en el Boletín Oficial de la Junta General del Principado de Asturias, Serie A, núm. 16.1, de 12 de diciembre de 2012.

El debate sobre la toma en consideración fue sustanciado en la sesión plenaria del 24 de mayo de 2013¹⁵, recibiendo la propuesta el apoyo de los grupos parlamentarios de Izquierda Unida, Socialista y Mixto. Votaron en contra los grupos popular y de Foro Asturias. El representante de Izquierda Unida, González Álvarez, apeló en su turno de intervención a la «creciente desafección y desconfianza hacia la política», impulsada en buena medida por la crisis económica. En su opinión, las fuerzas políticas tenían la obligación de «romper con este presente y de abrir una nueva etapa democrática que dote de los instrumentos y las prácticas necesarias para permitir la recuperación de esa confianza perdida»¹⁶. Así, la propuesta «pretende trasladar a la ciudadanía la sensación de que hemos entendido el mensaje, nos hemos puesto manos a la obra para ir cambiando la arquitectura institucional del país, empezando por darles la voz directa que hasta ahora se les ha vedado en buena medida»¹⁷.

Coincidió en el diagnóstico y en la solución el diputado Prendes Prendes, que intervino como representante de UPyD en el Grupo Mixto. Destacó, pues, la necesidad de emprender un proceso de regeneración democrática en España, que «devuelva la política a los ciudadanos» y que «restaure la confianza en el buen funcionamiento de las instituciones públicas». Para ello, añadió, iniciativa legislativa popular y referéndum «constituyen dos herramientas fundamentales»¹⁸. Por su parte, el diputado socialista Lastra Valdés subrayó la paradoja de que la propuesta fuera defendida por Izquierda Unida, habiendo sido el profesor Solé Tura, comunista, el principal impulsor del recorte en el modelo. Asimismo, recordó al partido popular que fue su antiguo Presidente de honor, Fraga Iribarne, el mayor defensor del artículo 85 original¹⁹. Coincidiendo en la necesidad de mejorar los complementos a la democracia representativa, emitió su parecer favorable a la toma en consideración del texto.

El diputado popular Rodríguez Feito recurrió a los riesgos de «abrir el melón de la reforma constitucional», y consideró la propuesta un «intento de alarmar y agitar a la sociedad española y asturiana con cuestiones que únicamente interesan a unos pocos»²⁰. Criticó, igualmente, su origen, destacando que fue «el resultado de la petición llevada a cabo en Asturias por el 0,77% de la ciudadanía, es decir, siete mil setecientas personas, una minoría

¹⁵ Diario de Sesiones de la Junta General del Principado de Asturias, Serie P, núm. 60, de 24 de mayo de 2013.

¹⁶ *Ibid.*, p. 5.

¹⁷ *Ibid.*, p. 6.

¹⁸ *Ibid.*, p. 9.

¹⁹ *Ibid.*, p. 15.

²⁰ *Ibid.*, p. 11.

mayoritariamente vinculada al movimiento 15-M, o simpatizantes con él, un movimiento promovido desde grupos de extrema izquierda o antisistema»²¹. En cuanto al contenido de la propuesta, el diputado entendió que a través de estos mecanismos Izquierda Unida pretendía «limitar la acción del Gobierno democráticamente elegido por todos los españoles», considerando además que la Constitución ya recoge «un amplio abanico de oportunidades para participar en su desarrollo»²².

Finalmente, en opinión de la diputada de Foro Asturias Coto de la Mata, la propuesta «es un exceso, que supera además lo que existe en cualquier país». Su aprobación supondría, pues, «transformar nuestro sistema político, claramente representativo, en un sistema de representación directa, pero con unos requisitos y un alcance que harán que sea casi asambleario»²³. Pese a todo, la diputada manifestó su simpatía por el aumento del alcance de la iniciativa legislativa popular.

Sobre la propuesta de modificar el artículo 92, fueron presentadas enmiendas por los grupos socialista, mixto y de Foro Asturias²⁴. Este último defendió, directamente, la supresión de la nueva redacción propuesta al artículo, justificando su posición en que la «pretensión de instaurar, con carácter obligatorio, la celebración de un referéndum para la aprobación de una ley, para su derogación o sobre cualquier cuestión política con la mera solicitud de quinientos mil electores supone (...) implantar un sistema de representación directa, pero con unos requisitos de tipo asambleario». La ponencia nombrada en el seno de la Comisión de Presidencia desestimó la enmienda.

Las enmiendas de los grupos socialista y mixto iban encaminadas a suprimir el carácter vinculante del referéndum sobre decisiones políticas de gran trascendencia, eliminar el referéndum sobre leyes aprobadas y aún no sancionadas, y rodear de cautelas el derogatorio. Así, éste solo podría convocarse a iniciativa de quinientos mil ciudadanos, y no podría emplearse en determinadas materias –tributarias, presupuestarias, internacionales o relativas a la prerrogativa de gracia en la propuesta socialista, y solo presupuestarias e internacionales en la del grupo mixto. La ponencia de la Comisión decidió redactar un texto transaccional entre ambas propuestas, que finalmente sería plasmado en su informe²⁵. En él quedaron recogidos los tres objetivos de las enmiendas originales, siendo las materias finalmente excluidas del

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*, p. 13.

²⁴ Pueden consultarse en el Boletín Oficial de la Junta General del Principado de Asturias, Serie A, núm. 16.9, de 26 de marzo de 2014.

²⁵ Véase el Boletín Oficial de la Junta General del Principado de Asturias, serie A, núm. 16.11, de 3 de julio de 2014.

referéndum derogatorio las presupuestarias, tributarias e internacionales, así como las relativas a la prerrogativa de gracia.

En cuanto al artículo 87.3, el grupo socialista planteó una enmienda con el fin de impedir el empleo de la iniciativa legislativa popular en materias tributarias o de carácter internacional, en lo relativo a la prerrogativa de gracia, y cuando implique incremento de los gastos o disminución de los ingresos de los Presupuestos Generales del Estado. En su enmienda en relación con este artículo, el grupo mixto apostaba por los mismos límites materiales que el grupo socialista, con la salvedad de las cuestiones tributarias y la prerrogativa de gracia. Además, eliminaba la consideración de las quinientas mil firmas como un mínimo que la Ley Orgánica reguladora de la figura pudiera incrementar. Finalmente, el grupo de Foro Asturias, pese a haber mostrado su disposición a la reforma del artículo 87.3, presentaba ahora una enmienda de supresión de la propuesta en relación con este artículo, por considerar la ausencia de límites materiales una posición extrema. De las tres enmiendas surgió un texto transaccional que supuso la retirada de todas ellas, y que fue aprobado por todos los grupos salvo el popular. Se mantuvieron en él las quinientas mil firmas como número máximo para poder emplear la iniciativa, y quedaron fijados como límites materiales la Ley de Presupuestos Generales del Estado, las materias tributarias e internacionales, y lo relativo a la prerrogativa de gracia²⁶.

El informe de la ponencia, respaldado por la Comisión en su Dictamen del 11 de julio de 2014, resultaría aprobado por el Pleno de la Junta General el 19 de septiembre del mismo año. Ofreciendo argumentos muy similares a los planteados en la toma en consideración, votaron a favor del texto los grupos de Izquierda Unida, socialista y mixto, y se opusieron los grupos popular y de Foro Asturias. Así pues, por 23 votos a favor y 22 en contra, la proposición quedó aprobada y pudo ser trasladada a la Mesa del Congreso de los Diputados.

El 21 de octubre de 2014 la Cámara baja admitió a trámite la proposición de reforma constitucional²⁷. Prácticamente justo un año después, el 26 de octubre de 2015, el Presidente del Gobierno disolvía las Cortes Generales y convocaba elecciones generales, sin que la propuesta hubiera llegado a someterse a su toma en consideración. Como es sabido, las proposiciones de origen autonómico no caducan tras la disolución de las Cámaras²⁸, por lo que

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie B, núm. 194-1, de 24 de octubre de 2014, pp. 1-3.

²⁸ El artículo 207 del Reglamento del Congreso de los Diputados establece que «disuelto el Congreso de los Diputados o expirado su mandato, quedarán caducados todos los asuntos pendientes de examen y resolución por la Cámara». Pese a lo contundente de la

el texto fue trasladado a la siguiente legislatura²⁹. El nuevo mandato de las Cámaras fue breve, pues el fracaso continuado en el proceso de elección de nuevo Presidente del Gobierno activó la disolución automática de las Cortes (artículo 99.5 de la Constitución). De este modo, la propuesta se trasladó de nuevo a la legislatura emanada de las elecciones generales de junio de 2016³⁰. Durante el tiempo de la misma, el trámite de toma en consideración nunca llegó a llevarse a cabo, siendo tan notable demora difícil de justificar. Las elecciones generales de marzo de 2019 abrieron un nuevo mandato de las Cámaras, permaneciendo la proposición asturiana a la espera del arranque de su tramitación parlamentaria³¹.

Casi cinco años después de su aprobación por la Junta General del Principado de Asturias, la proposición de reforma constitucional permanece olvidada en el Congreso de los Diputados. Compartimos con Garrido López (2019: 341-343) la identificación de dos motivos centrales detrás de esta preferición: en primer lugar, la existencia en los últimos años de una serie de referendos cuyos resultados han sido impactantes –la aprobación de la salida del Reino Unido de la Unión Europea; la derrota de la propuesta de reforma constitucional Renzi-Boschi en Italia; el rechazo griego al plan de rescate elaborado por la *Troika*; el fracaso del plan de paz suscrito entre el gobierno colombiano y las FARC...; en segundo lugar, el hecho de que cualquier debate sobre la institución referendaria tiende a vincularse en España con los intentos secesionistas catalanes. En estas circunstancias, la propuesta se mantiene en hibernación a la espera de su consideración parlamentaria. Los siguientes epígrafes serán dedicados a su estudio sustantivo, ofreciendo las principales ventajas e inconvenientes de todos y cada uno de los elementos objeto de la misma.

redacción, existen dos excepciones a la regla general de caducidad de las iniciativas pendientes. Así, en primer lugar, la Ley Orgánica 3/1984, reguladora de la iniciativa legislativa popular, fija en su artículo 14 la no caducidad de las proposiciones provenientes del ejercicio de este instrumento. En segundo lugar, y en lo que a nosotros interesa, las sucesivas Mesas del Congreso vienen considerando que las iniciativas provenientes de las Comunidades Autónomas no caducan con la disolución de las Cortes Generales. García-Escudero Márquez (2006: 223 y ss.) subraya, sin embargo, que esta excepción se aplica siempre y cuando el Congreso no haya procedido a la toma en consideración de la proposición autonómica. De haberlo hecho, explica la autora, ya no estaríamos ante una propuesta proveniente de un sujeto ajeno a la Cámara, «sino que habría sido asumida por ella en ejercicio de su facultad de iniciativa legislativa.

²⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie D, núm. 758, de 20 de noviembre de 2015, p. 1473.

³⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie D, núm. 76, de 20 de mayo de 2016, p. 477.

³¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie D, núm. 519, de 27 de marzo de 2019, p. 1193.

III. LOS CAMBIOS PROPUESTOS (I): LA REFORMA DEL ARTÍCULO 87.3 CE

La modificación propuesta de la regulación constitucional de la iniciativa legislativa popular gira en torno a dos grandes elementos. Primero, el levantamiento de buena parte de sus restricciones materiales; segundo, la limitación del número de firmas máximo exigible. Con ambas medidas, especialmente con la primera, la proposición trata de revitalizar una herramienta cuya regulación actual la hace escasamente atractiva a la ciudadanía. Entre 1983 y 2018 se han presentado 140 iniciativas, de las cuales 45 fueron inadmitidas en términos absolutos, 45 caducaron y 10 fueron rechazadas en la toma en consideración. Del resto tan solo dos han logrado ser aprobadas —una directamente, aunque con modificaciones respecto de la propuesta original, y otra a través de su subsunción en otra iniciativa—, aunque este dato debe ser relativizado: los ciudadanos disponen de capacidad de iniciativa, pero la responsabilidad última en el procedimiento legislativo es de las Cortes Generales. Así pues, lo relevante no es que las propuestas lleguen o no a ser respaldadas por las Cámaras, sino que logren ser discutidas. El hecho de que solo una porción relativamente baja de las proposiciones puestas encima de la mesa por los ciudadanos haya llegado a ser debatida en el Parlamento sí es un hecho ilustrativo de la escasa funcionalidad actual del instrumento³².

La proposición asturiana trata en primer lugar, como se ha dicho, de hacer más atractiva la iniciativa legislativa popular eliminando relevantes restricciones materiales. En efecto, el texto aprobado por la Junta General del Principado excluye de entre las materias vedadas aquellas propias de ley orgánica. La presencia de este límite, ausente en el Anteproyecto de Constitución elaborado por la ponencia, impide la actividad propositiva ciudadana en gran cantidad de asuntos: el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas; los Estatutos de Autonomía; el régimen electoral general; la estabilidad presupuestaria; el Tribunal Constitucional; el Defensor del Pueblo; el Consejo General del Poder Judicial... La magnitud de la exclusión resulta desproporcionada³³, máxime si tenemos en cuenta, como lo

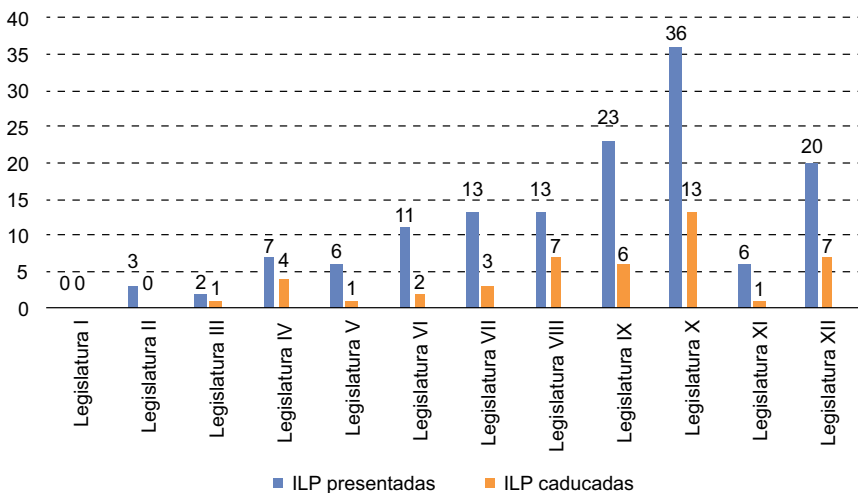
³² Díaz-Revorio (2018: 256), subraya que las cifras también acreditan la necesidad de que los parlamentarios muestren una «mayor sensibilidad hacia este tipo de propuestas que los propios representantes habían ‘olvidado’ o de cualquier forma no habían considerado».

³³ Pese a ello, el Tribunal Constitucional consideró en su sentencia 76/1994 que ninguna infracción constitucional se cometía por el hecho de que el propio texto supremo «al regular las características de los instrumentos de participación directa, restrinja su alcance y condiciones de ejercicio y, más concretamente, que la iniciativa legislativa sobre determinadas materias, por lo delicado de su naturaleza o por las implicaciones que entrañan, quede reservado a la mediación de los representantes políticos».

hace García Majado (2017: 1046), que el principio democrático «no sólo exige que el Legislador dialogue con la ciudadanía, sino que dicho diálogo se intensifique cuando están en juego materias cuyo calado y repercusión social son especialmente profundos».

Resulta injustificado que, en aspectos de gran interés para la ciudadanía, como la regulación de sus derechos fundamentales o del régimen electoral general, a ésta le esté vetado el planteamiento de proposiciones. Recuérdesse que la iniciativa legislativa popular en nada compromete la soberanía legislativa de las Cámaras, que son libres no solo de aprobar o no el texto, sino incluso de no tramitarlo denegando su toma en consideración. En estas circunstancias, limitar el hecho de que los ciudadanos eleven sus propias propuestas en materias de tanta relevancia para ellos carece de todo sentido. De hecho, parece probable que buena parte del fracaso de esta herramienta en cuatro décadas de vigencia constitucional responda a estas restricciones materiales³⁴, habida cuenta de que 45 de las 140 proposiciones intentadas (prácticamente un tercio) no lograron despertar interés entre los electores, fracasando en la recolección del número exigido de firmas (véase gráfico 1³⁵).

Gráfico 1



³⁴ En este sentido se expresan, entre otros, Rubio Llorente (1993: 261) o Presno Lineira (2012: 100).

³⁵ Elaboración propia a partir de los datos extraídos del Portal Web de la Junta Electoral Central: <http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/ilp/legislaturas>

Esto nos lleva al segundo de los elementos que pretende modificar la proposición. La actual regulación constitucional habla de que para la presentación popular de proposiciones de ley «se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas». El texto de la propuesta asturiana dice, por su parte, que «se exigirán 500.000 firmas acreditadas». El cambio, pues, es evidente. En la regulación actual el medio millón de firmas es un mínimo constitucional, pudiendo el legislador orgánico fijar cualquier cifra superior –la Ley Orgánica 3/1984 ha decidido, no obstante, mantener la cifra. Con la modificación propuesta por la Junta General del Principado, el Parlamento no podría en ningún caso incrementar el umbral de firmas exigido.

La propuesta es positiva, pero a todas luces insuficiente. Existe gran consenso en la doctrina³⁶ en torno a la calificación de las quinientas mil firmas como una cifra desproporcionada. De hecho, en el derecho comparado encontramos no pocos ejemplos de países con cifras mucho más bajas. Ténganse en cuenta, por ejemplo, las 200.000 firmas previstas en Austria, las 100.000 exigidas en Polonia o Rumania, las 50.000 fijadas en Italia, o las 35.000 que exige Portugal. Por dar un dato más impactante, la iniciativa legislativa popular en la Unión Europea (28 países con más de 500 millones de habitantes) requiere tan solo un millón de firmas. En consecuencia, la modificación planteada resulta sumamente tímida, siendo conveniente acometer una reducción en el umbral de firmas exigido.

Al elevado número de firmas hay que unir un plazo para su recolección relativamente breve: seis meses, que fueron ampliados a nueve en 2006³⁷. Atendiendo a la elevada tasa de proposiciones caducadas, parece clara la necesidad de incrementar el plazo disponible para la tarea. Especialmente si no hay modificación a la baja del número de firmas requerido.

Así pues, el cambio proyectado presenta luces y sombras. Dar la posibilidad de que los ciudadanos lancen sus propias propuestas en materias de relevancia como aquellas propias de ley orgánica puede incrementar el interés por la figura, revitalizando así el contacto entre representantes y representados. El número de firmas, sin embargo, sigue siendo muy elevado, especialmente si recordamos que estamos ante una mera propuesta a las Cortes para que arranquen el procedimiento legislativo, sin ningún tipo de vinculación al respecto. Tendría sentido mantener un número tan elevado de firmas si la iniciativa, como ocurre en Suiza y en algunos estados de los Estados Unidos, quedara vinculada al referéndum. En ambos modelos, en

³⁶ Véanse, entre otros, Biglino Campos (1987: 100), Aguiar de Luque (2000: 92) o Díaz-Revorio (2018: 254).

³⁷ Artículo 7.3 de la Ley Orgánica 3/1984, modificado por la Ley Orgánica 4/2006. El precepto establece la posibilidad de que la Mesa del Congreso otorgue una prórroga de tres meses, «cuando concurra una causa mayor».

efecto, los ciudadanos pueden plantear una modificación legal al Parlamento, produciéndose una llamada a referéndum si éste decide rechazar la propuesta. En Suiza, además, el Parlamento tiene la facultad de presentar una contrapropuesta, que será votada por los electores de manera conjunta con la proposición ciudadana. En estos supuestos sería lógico que el número de firmas exigido para plantear la iniciativa no fuera escueto, pues la propuesta puede terminar por desencadenar una consulta popular. En modelos como el nuestro, donde la negativa del Parlamento no tiene consecuencia alguna, plantear un umbral de firmas tan elevado carece de toda lógica. Se echa en falta, pues, mayor atrevimiento por la Junta General del Principado a este respecto.

IV. LOS CAMBIOS PROPUESTOS (II): LA REFORMA DEL ARTÍCULO 92 CE

El planteamiento más ambicioso de la propuesta asturiana se centra en el artículo 92 de la Constitución. La disposición, heredera de aquel rico artículo 85 originalmente diseñado por la ponencia constituyente, contempla en la actualidad una única modalidad de referéndum: el estatal de carácter consultivo a iniciativa exclusiva del Presidente del Gobierno para decisiones políticas de gran trascendencia. No parece necesario dedicar demasiado espacio en recordar la escasa virtualidad práctica que este referéndum ha tenido en las cuatro décadas acontecidas desde que la Constitución fue aprobada. Se han celebrado tan solo dos consultas, una relativa a la permanencia de España en la Organización del Tratado del Atlántico Norte (1986), y otra sobre el Tratado Constitucional Europeo (2005).

Ante el escaso recorrido de la figura, la proposición de reforma constitucional aquí estudiada trata de revitalizar el empleo del referéndum en el ámbito estatal a través de dos medidas principales: i) incorporar a la ciudadanía como sujeto titular de iniciativa para poner en marcha un referéndum consultivo; y ii) la recuperación del referéndum derogatorio originalmente previsto en el artículo 85 del Anteproyecto constitucional. Al estudio separado de ambas propuestas dedicados los siguientes apartados.

1. *La incorporación de la iniciativa popular al referéndum consultivo*

El primer párrafo del proyectado artículo 92 establece, en efecto, que la consulta sobre decisiones políticas de gran trascendencia será convocada «por el Rey, a propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizado por el Congreso de los Diputados, o a iniciativa de quinientos mil electores». Se pretende romper, así, el monopolio que la mayoría política del momento ostenta para convocar este tipo de referendos. La propuesta ha sido

ampliamente defendida por la doctrina, que considera que contribuye a eludir intentos de legitimación personal a través de consultas populares³⁸.

Recuérdense, en este sentido, las palabras de Lijphart: «cuando los gobiernos controlan el referéndum tienden a usarlo solo cuando esperan ganar» (1984: 204). Constituye un buen ejemplo al respecto la experiencia francesa en los primeros tiempos de la V República, con el Presidente De Gaulle empleando el referéndum como instrumento de legitimación personal³⁹. Así pues, ampliar el abanico de sujetos legitimados para poner en marcha la convocatoria de un referéndum puede ayudar a reducir las posibilidades de empleo torticero del mismo. Nótese que evitamos emplear el término «eliminar», pues creemos que nada garantiza que un referéndum que sea convocado a instancias de la ciudadanía no termine por ser convertido por los partidos en un plebiscito sobre el gobierno o su líder. LeDuc (2015: 140) es de esta opinión, y pone el ejemplo de la oleada de iniciativas populares sobre el matrimonio homosexual y el aborto que, respaldada por el Partido Republicano, aconteció en los meses previos a las elecciones presidenciales de 2004, y que pretendía movilizar al electorado conservador como vía de legitimación de las políticas de la Administración Bush.

La propuesta original que fue planteada en la Junta General del Principado de Asturias por el grupo de Izquierda Unida contemplaba la posibilidad de poner en marcha este referéndum, además de por quinientos mil ciudadanos, por las Asambleas de tres Comunidades Autónomas. Esta posibilidad fue, finalmente, excluida del texto definitivo. Consideramos, sin embargo, que la medida hubiera sido positiva, pues, como dice Requejo Rodríguez (2014: 280), ello permitiría implicar a las diversas partes que componen la organización territorial del Estado «en decisiones que afectan al todo»⁴⁰. Al requerir que la propuesta venga avalada por una pluralidad de Comunidades (tres en la propuesta original), se garantiza, además, que el móvil de su actuación sea el interés general y no intereses particulares. Sea como fuere, la ruptura del monopolio gubernamental en la iniciativa del referéndum consultivo debe verse con buenos ojos.

2. *La incorporación del referéndum abrogativo*

La medida de mayor calado de todas cuantas recoge la propuesta asturiana consiste en la incorporación del referéndum al ámbito legislativo. Recuérdese

³⁸ Véanse, entre otros, Castellà Andreu (2016: 261), Requejo Rodríguez (2014: 276), Garrido López (2017: 217).

³⁹ Un detallado análisis sobre la cuestión se encuentra en Pérez Sola (1992: 336-343).

⁴⁰ Mismo criterio mantiene Castellà Andreu (2016: 261), que entiende que la incorporación de los parlamentos autonómicos entre los sujetos legitimados para plantear la convocatoria de un referéndum serviría para «favorecer la integración territorial en las decisiones fundamentales del Estado».

que el artículo 85 del Anteproyecto constitucional preveía la posibilidad de someter a referéndum i) leyes aprobadas en el Parlamento y aún no sancionadas, y ii) la derogación de leyes plenamente en vigor. El radical recorte emprendido sobre esta propuesta original dejó prácticamente vacío de contenido el precepto, perviviendo tan solo el referéndum consultivo sobre decisiones políticas de gran trascendencia. Según ha reconocido unánimemente la doctrina, este referéndum no puede emplearse en el terreno legislativo, de modo que a su través los ciudadanos no pueden pronunciarse sobre textos legales⁴¹. En consecuencia, el cuerpo electoral no dispone de capacidad alguna de control sobre la producción legislativa de las Cortes Generales.

La proposición de reforma constitucional pretende, pues, recuperar parcialmente la propuesta original de la ponencia, dando la posibilidad de que los ciudadanos deroguen en referéndum normas aprobadas por el Parlamento. Nótese que esto resolvería un notable error técnico en la ubicación del actual artículo 92, que pervive en el capítulo II del Título III, «De la elaboración de las leyes», simplemente por la inercia de su redacción primigenia, pues no tiene ya influencia alguna sobre la producción legislativa. Con su contenido actual, el precepto encajaría mejor en el Título IV, del Gobierno y de la Administración, o tal vez en el V, sobre las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales, al requerir el primero autorización de las segundas para lograr la convocatoria de la consulta.

La propuesta supone, igualmente, retomar de algún modo un precedente en la historia constitucional española, pues el texto republicano de 1931, siguiendo la estela de la Constitución de Weimar, recogía un referéndum legislativo. Su artículo 66 establecía, en efecto, la posibilidad de que el pueblo atrajera «a su decisión mediante referéndum las leyes votadas por las Cortes». Para ello bastaba con que lo solicitara el 15% del cuerpo electoral. No era posible, añadía el precepto, emplear este recurso sobre el texto de la Constitución, las leyes complementarias de la misma, las de ratificación de Convenios internacionales inscritos en la Sociedad de las Naciones, los Estatutos regionales, ni las leyes tributarias. La Constitución no especificaba si el texto sobre el que una porción del electorado podría forzar una votación habría o no de estar en vigor. Es decir, no quedaba claro si se estaba ante un referéndum suspensivo frente a leyes aprobadas y aún no sancionadas, o ante un referéndum derogatorio de normas legales en vigor. El hecho de que la figura fuera incluida en la Constitución a raíz de un voto particular planteado por el diputado Castrillo en la Comisión de

⁴¹ Véanse, por todos, Oliver Araujo (1989: 158), Linde Paniagua y Herrero Lera (1979: 40) o Rodríguez Zapatero (1986: 1162). En todo caso, como con acierto apunta Requejo Rodríguez (2014: 264), nada impide que, una vez celebrado el referéndum, se termine por plasmar su resultado en una ley.

Constitución, que pretendía incluir un referéndum de tipo suspensivo⁴², parece respaldar la teoría de que la consulta del artículo 66 iría en la misma línea⁴³. Sea como fuere, el artículo imponía que una ley especial regulara las cuestiones procedimentales del referéndum, así como su iniciativa popular, pero ésta nunca llegó a aprobarse⁴⁴, por lo que nada podemos decir sobre su experiencia práctica.

Al margen de estos antecedentes propios, parece claro que si se habla de referéndum abrogativo la mirada debe volverse hacia la experiencia italiana. El artículo 75 de la Constitución de 1947 permite que medio millón de electores soliciten la convocatoria de un referéndum sobre la derogación total o parcial de una ley. Como dijo Bettinelli (1975: 311), la existencia de este referéndum supone la sustracción «al Parlamento de la exclusividad de la función legislativa». Mortati (1976: 836) llegó a afirmar, de hecho, que el régimen democrático creado por la Constitución podía calificarse de tipo «mixto», pues los ciudadanos adquieren la capacidad no solo de designar representantes, sino también de fijar posiciones sobre asuntos concretos, «poniéndose en una posición de alejamiento o incluso de contraposición respecto a la voluntad hecha valer por el Estado». En efecto, la figura deja un margen de manobra relativamente amplio a los ciudadanos, lo que ha sido efectivamente aprovechado por éstos, convirtiendo a Italia en uno de los países europeos con más consultas populares celebradas a nivel nacional: desde 1970⁴⁵ se han

⁴² Véase el Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, Apéndice 10º al núm. 26, de 25 de agosto de 1931, p. 6. En él el diputado Castrillo sugería la posibilidad de someter las normas aprobadas por las Cortes a referéndum de ratificación por el pueblo, exigiéndose para ello: i) solicitud dentro del plazo de quince días fijado para someter las leyes a la promulgación; y ii) que lo pidiera el Gobierno, la tercera parte de los parlamentarios o un número de electores que no bajara del millón.

⁴³ Son de esta opinión Presno Linera (2017: 59) y Cuesta López (2008: 75).

⁴⁴ Pérez Sola (1994: 17) subraya la gran desconfianza que la herramienta suscitaba en la Cámara, recurriendo a una frase de Alcalá Zamora sobre la ley especial que había de desarrollar su regulación: «Los de centroderecha eludieron presentarla; los de izquierda, tendencia que ya en las constituyentes quiso cerrar el paso al artículo 66 e impusieron casi todas las restricciones que éste contiene, se negaron rotundamente».

⁴⁵ Pese a que la Constitución data de 1948, el instituto referendario no arrancó su andadura efectiva hasta 1970, pues la aprobación de la ley que debía desarrollar su regulación fue sistemáticamente demorada. El bloqueo llegó a su fin a raíz de la presentación en el Parlamento de una propuesta de legalización del divorcio, que dividió a la coalición gobernante de centroderecha. Ante la presión de sus socios liberales, la Democracia Cristiana aceptó no impedir la aprobación parlamentaria de la ley, a cambio de que fuera previamente adoptada la normativa reguladora del referéndum, con vistas a activar una primera consulta contra aquella. Así, el 25 de mayo de 1970 fue aprobada la ley nº 352, de normas sobre los referendos previstos en la Constitución y sobre la iniciativa legislativa del pueblo, lográndose la adopción de la ley del divorcio el 1 de diciembre del mismo año.

celebrado nada menos que 71 referendos, de los cuales 67 han sido abrogativos⁴⁶.

Bajo estas influencias, la proposición crea un referéndum derogatorio de cuyos elementos principales pasamos a ocuparnos.

2.1. Iniciativa

La propuesta original registrada por Izquierda Unida en la Junta General del Principado recogía la posibilidad de activar la convocatoria del referéndum consultivo a propuesta del Gobierno, a iniciativa de cualquiera de las Cámaras, de tres Asambleas de Comunidades Autónomas o de quinientos mil electores. Como puede comprobarse, el abanico de sujetos legitimados era idéntico al que preveía el Anteproyecto constitucional, con la única salvedad de que éste fijaba el umbral de firmas para la iniciativa popular en setecientas cincuenta mil. Como ya se ha reiterado, fruto de la tramitación parlamentaria la iniciativa quedó reducida únicamente a los ciudadanos. Se sigue, pues, la misma lógica del texto republicano de 1931 en relación con el referéndum suspensivo.

Encontramos positivo que sean los ciudadanos los que, reuniendo el medio millón necesario de firmas, puedan someter a control del entero cuerpo electoral las normas aprobadas por las Cortes. La práctica demuestra que, cuando la iniciativa se deja en manos de las autoridades, el referéndum adquiere un grado de influencia menor. Sirva como ejemplo el caso irlandés, donde la iniciativa es dejada en manos de las Cámaras⁴⁷, y ello ha motivado su nulo empleo en la práctica. En Dinamarca la iniciativa corresponde a un tercio de los parlamentarios⁴⁸, y desde 1963 tan solo se han convocado cuatro consultas. Muy diferente es la experiencia italiana, donde, como ya se ha dicho, la herramienta puesta en manos de los ciudadanos ha sido empleada de manera profusa. Sáenz Royo (2016: 133) destaca cómo la iniciativa popular ha permitido «introducir en el debate público temas al margen de la voluntad de los grandes partidos», operando como útil contrapeso institucional.

El número de firmas previsto, quinientas mil, es relativamente elevado, sobre todo si tenemos en cuenta que España tiene un censo electoral casi 14 millones más pequeño que el italiano. Ello supone que la consecución del objetivo quede en manos de organizaciones relativamente potentes a nivel personal y económico, como los partidos políticos. De este modo, el intento

⁴⁶ Datos extraídos del Archivio Storico delle elezioni-Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali, Ministero dell'Interno, accesible desde: <http://elezionistorico.interno.gov.it/> (consultado el 14 de marzo de 2019).

⁴⁷ Artículo 27 de la Constitución irlandesa de 1937.

⁴⁸ Artículo 42 de la Constitución danesa de 1953.

de otorgar a los ciudadanos un instrumento que les permita actuar de manera autónoma quedaría algo diluido. En Italia, donde, como decimos, las quinientas mil firmas suponen un porcentaje algo más asequible en relación con el entero cuerpo electoral, este problema ha sido frecuentemente señalado⁴⁹. De hecho, el Partido Radical empleó la figura de manera recurrente como vía para publicitar su propio programa político⁵⁰. No resulta sencillo, en todo caso, lograr un equilibrio en el número de firmas requerido para evitar, por un lado, que las consultas solo puedan ser activadas por grupos sociales poderosos y, por otro, que sean convocadas en número excesivo.

A diferencia de lo previsto en la propuesta original de Izquierda Unida, no se contempla la posibilidad de que las Comunidades Autónomas ostenten papel alguno en el proceso de iniciativa. Aquella redacción primigenia, en efecto, permitía que las Asambleas de tres Comunidades Autónomas pudieran activar la convocatoria del referéndum abrogativo. Esta posibilidad está presente en Italia, donde cinco consejos regionales –por decisión adoptada por mayoría absoluta en cada uno– pueden poner en marcha el procedimiento de consulta⁵¹, o en Suiza, donde ocho cantones pueden someter a referéndum una ley aprobada por el Parlamento federal. Como ya se ha dicho con anterioridad, creemos que esta opción sería útil a los fines de integrar a las diversas partes del Estado en la toma de decisiones global, algo que, a falta de una auténtica cámara de representación territorial en nuestro país, continúa siendo un objetivo pendiente. Por esta vía, aunque de manera limitada, las Comunidades podrían tener un papel de mayor importancia. Ello permitiría generar un incentivo positivo en las Cortes Generales para tener más presentes los intereses autonómicos a la hora de adoptar decisiones.

2.2. Objeto

La proposición habla de la posibilidad de someter a referéndum derogatorio «la derogación de leyes en vigor». Pese a la aparente claridad del texto, pueden plantearse no pocos elementos de reflexión en torno a la cuestión de cuál puede ser el objeto efectivo de la consulta. Así:

- 1) El artículo proyectado habla de leyes en vigor, sin especificar si la derogación pretendida debe referirse al texto legal en su globalidad o

⁴⁹ Véase, por ejemplo, Olivetti (2007: 153).

⁵⁰ Destaca en este sentido la batería de referendos auspiciados por el partido en 1997, que incluía temáticas como la carrera de los magistrados, el servicio militar, la caza, o diversos procesos de privatización de sociedades públicas.

⁵¹ La práctica, sin embargo, acredita un empleo escasísimo de la iniciativa regional. Tan solo un referéndum abrogativo, el convocado en 2016 sobre las concesiones para la extracción de hidrocarburos, se ha realizado a iniciativa de cinco consejos regionales.

si, por el contrario, es posible acotarla a disposiciones concretas. La Constitución italiana establece, en este sentido, que el referéndum abrogativo puede emplearse para decidir sobre «la derogación total o parcial de una ley». Convendría, pues, afinar la literalidad del precepto y aclarar si el referéndum puede referirse únicamente a una parte (un artículo, un capítulo, un título...) del texto legislativo.

- 2) En el supuesto de que sea aceptado el referéndum para la derogación parcial de leyes, ello puede generar consecuencias de no poca relevancia. En efecto, esta posibilidad ha sido empleada en Italia para, a través del recorte selectivo de partes de una determinada normativa, pretender obtener una disciplina distinta de la previamente existente. Y ello en tanto resulta evidente que a través de la supresión de unas pocas palabras de un texto su significado regulatorio puede variar diametralmente. A este tipo de referendos se les ha denominado «manipulativos»⁵². El debate que abran las Cortes Generales sobre la conveniencia de instaurar el referéndum abrogativo debería tener presente la posibilidad de que éste experimente este tipo de mutación hacia algo parecido a un referéndum propositivo.
- 3) La propuesta contempla una serie de materias en las que, por su importancia, no está permitido el empleo del referéndum: tributarias, presupuestarias o de carácter internacional, así como lo relativo a la prerrogativa de gracia. El listado es plenamente coincidente con el previsto en el artículo 75 de la Constitución italiana, por lo que su influencia es indiscutible. Además de estas exclusiones expresas, parece evidente que el referéndum tampoco podría utilizarse sobre i) artículos constitucionales; ii) leyes aprobadas y aún no en vigor; iii) leyes autonómicas; y iv) disposiciones reglamentarias.

Existen, por otro lado, otras materias no previstas en el elenco ofrecido por la propuesta en las que un referéndum podría generar no pocos inconvenientes. Pensemos, por ejemplo, en las leyes electorales. Parece claro que permitir su supresión simple y directa podría generar una crisis institucional de gravedad, pues hasta que el

⁵² El criterio de la Corte Constitucional italiana sobre este tipo de operaciones ha variado a lo largo de los años, pudiendo apreciarse hasta tres fases diferentes. Así, en un primer momento permitió, e incluso fomentó, su empleo en materia electoral (véanse las sentencias 29/1987 o 47/1991). En una segunda fase la Corte decidió cortar en seco esta práctica, prohibiéndola aunque el resultado del recorte fuera la generación de una normativa solo parcialmente novedosa (véase la sentencia 36/1997). En la tercera fase, la Corte dio algo de margen a las tácticas manipulativas, situando el listón para su prohibición en la creación de una disciplina completamente diferente a la original (destacan al respecto las sentencias 43/2003 o 28/2011). Para un análisis detallado de esta evolución puede consultarse Malfatti, Romboli y Panizza (2017: 280-282).

- Parlamento elaborara una nueva normativa el país carecería de las reglas necesarias para renovar sus cargos democráticos⁵³. Todo ello, claro está, salvo que se decidiera que la derogación de la ley electoral vigente supone la recuperación de la normativa sustituida por ésta en su día, cuestión sobre la que se ha reflexionado en Italia⁵⁴. Ofrecemos este ejemplo para ilustrar la necesidad de un debate parlamentario de fondo que, en caso de aprobar la propuesta asturiana, resuelva este tipo de incógnitas.
- 4) Nada dice la propuesta sobre algunas consecuencias cruciales de la aprobación/rechazo del referéndum en relación con la normativa finalmente resultante. Así, en primer lugar, surge la duda de si el Parlamento, una vez derogada una ley a través del referéndum, puede volver a aprobar una norma de idéntico contenido. En Italia esta cuestión ha sido problemática. Por un lado, la mayoría de la doctrina y la Corte Constitucional entienden que referéndum y legislación ordinaria se encuentran al mismo nivel, sin que pueda hablarse de un «plusvalor» en las decisiones populares. Sin embargo, y de manera difícilmente compatible con lo anterior, la propia Corte ha establecido la prohibición de que las Cámaras reintroduzcan la ley derogada mientras no se verifiquen cambios del «marco político» o las «circunstancias de hecho» (sentencia 199/2012)⁵⁵. Sin poder entrar aquí en el

⁵³ Encontramos un ejemplo al respecto en Italia, donde la Corte Constitucional rechazó en sentencia n. 13 de 2012 la admisión de un referéndum solicitado por más de un millón de ciudadanos frente a una reforma de la ley electoral (la conocida como ley Calderoli), argumentando la necesidad de evitar vacíos legislativos que, en caso de triunfo de la consulta, podrían producirse en una normativa imprescindible para la celebración de unas próximas elecciones generales y, por consiguiente, para el entero régimen democrático.

⁵⁴ La Corte Constitucional ha sostenido siempre que la abrogación a través de referéndum nunca puede determinar la reviviscencia de la ley originalmente derogada (sentencias 31/2000, 24/2011 o 13/2012). El argumento central para defender esta regla radica en la expresa configuración constitucional dada al referéndum. Éste, en efecto, es exclusivamente abrogativo, no decisivo. Por ello, a través del referéndum no es posible hacer lo mismo que el Parlamento, que tiene capacidad para limitarse a abrogar, para introducir nuevas reglas sin abrogar otras, o para introducir nuevas reglas abrogando las precedentes. Algunos autores, entre los que puede citarse a Rescigno (2011: 756), defienden el empleo de la reviviscencia en casos excepcionales, en los que la abrogación genere una laguna jurídica insalvable, y como medio para evitar tener que optar por inadmitir un referéndum, opción siempre lesiva para el principio de soberanía popular. Interesantes reflexiones en la materia pueden también encontrarse en Luciani (2006) o Nocilla (2011).

⁵⁵ Ferri (2015: 230-231) enfatiza que la Corte Constitucional ya había reconocido en las sentencias 468/1990 y 32/1993 esta prohibición de reproducción de la ley derogada, aunque sin llegar a establecer pautas claras sobre su duración. De este modo, la sentencia 199/2012 es la primera que especifica el límite en cuestión, declarando que será efectivo

fondo de la cuestión, nos parece conveniente que un punto tan sensible quede despejado en la tramitación parlamentaria de la proposición de reforma constitucional.

En segundo lugar, ¿qué consecuencias tiene el rechazo de la propuesta abrogativa sometida a referéndum? ¿Puede volver a activarse el procedimiento referendario sin límite temporal? En Italia la cuestión ha sido resuelta por la ley 352/1970, reguladora del referéndum, disponiendo que en un plazo de 5 años no podrá volver a solicitarse la derogación de la misma norma (artículo 38). Aunque puede haber debate en torno al plazo concreto que deba fijarse –tal vez con 3 años sea suficiente–, no resulta cuestionable la necesidad de una medida de este tipo, pues permite evitar que la vigencia de una misma norma se encuentre continuamente cuestionada. Nótese que esta restricción no opera cuando el referéndum naufraga por no haberse alcanzado el quórum de participación, pues en rigor no estamos ante una votación «negativa» sino «nula». Es decir, técnicamente el pueblo no habría llegado a manifestar su rechazo a la derogación.

- 5) Precisamente el último de los elementos a considerar es el del quórum de participación. La proposición de reforma establece, de manera idéntica al artículo 75 de la Constitución italiana, que «el resultado del referéndum será vinculante cuando haya participado en la votación la mayoría de quienes tengan derecho a hacerlo». Este es, probablemente, el aspecto menos satisfactorio de la propuesta asturiana. Y ello dados los relevantes inconvenientes que esta exigencia conlleva. En efecto, el Código de Buenas Prácticas sobre referendos elaborado en 2007 por la Comisión de Venecia (Consejo de Europa) recomienda eliminar este quórum (punto 7), pues «asemeja a los votantes que se abstienen a aquellos que votan en contra de la propuesta». El memorándum explicativo del Código ofrece un ejemplo a este respecto. Supongamos que hay un 48% de electores a favor de la propuesta sometida a referéndum, un 5% en contra y un 47% de abstención. El electorado opositor tendrá el incentivo de no participar en la votación para lograr su fracaso, pudiendo lograr su objetivo pese a ser una clara minoría.

Ocurre, de hecho, que en Italia se ha verificado la existencia de este tipo de estrategias⁵⁶. Precisamente por ello, la reforma constitucional impulsada por Matteo Renzi en 2016 planteaba la reforma del artículo 75, disponiendo

hasta que se produzcan cambios en el marco político (parece razonable entender por tal la renovación de las Cámaras en elecciones) o en las circunstancias de hecho.

⁵⁶ De los 67 referendos abrogativos celebrados desde 1970, 28 han naufragado por no alcanzarse el quórum exigido.

que para aquellas propuestas que alcanzaran las 800.000 firmas el quórum de participación ya no sería el de la mayoría del cuerpo electoral, sino el de la mayoría de los electores que hubieran participado en las últimas elecciones a la Cámara de Diputados. Lo positivo de esta propuesta es, fundamentalmente, que toma conciencia de la existencia de un problema y trata de corregirlo. El problema es que la solución propuesta es claramente insuficiente. Como han escrito Romboli y Panizza (2016: 37), si se ha asumido que la actual exigencia de quórum está motivando tácticas torticeras por parte de los opositores a las medidas sometidas a referéndum, no se entiende por qué la reforma se plantea en términos de «premio» para determinadas propuestas en lugar de como solución general. Y ello en tanto en cuanto el referéndum derogatorio «es claramente para el uso de la minoría, y el alcance de un número más alto de firmas es ciertamente más fácil para una minoría organizada que para aquella no vinculada a partidos o sindicatos, para la cual la abrogación de una ley por vía referendaria se haría más dificultosa».

Así pues, sería recomendable que el sistema de quórum diseñado por la propuesta de reforma fuera corregido en su tramitación parlamentaria. La modificación debería pasar o bien por su pura y simple supresión, como aconseja la Comisión de Venecia, o bien por su relajación, fijando su cálculo a partir del dato de participación en las anteriores elecciones generales.

En conclusión, pese a que la incorporación de este instituto debe verse con buenos ojos, pues otorga a los ciudadanos una intensa capacidad de control sobre la acción de sus representantes, son muchos los interrogantes que deberían recibir una respuesta clara a lo largo del procedimiento parlamentario. De lo contrario, habrá de ser la jurisprudencia constitucional quien –como ha ocurrido en Italia– venga a tratar de cubrir las múltiples lagunas existentes al hilo de su ejercicio práctico. Y ello no siempre es sencillo, pues el control de constitucionalidad en materia de decisiones directas de los ciudadanos se torna complejo y de consecuencias no siempre previsibles.

V. LOS CAMBIOS SUGERIDOS (III): LA REFORMA DEL ARTÍCULO 166 CE

La última de las modificaciones constitucionales propuesta por la proposición de la Junta asturiana consiste en extender el ámbito de la iniciativa de reforma constitucional, para incluir en ella a los ciudadanos. De esta manera, se propone que el artículo 166 se remita en la identificación de los sujetos legitimados para poner en marcha el proceso de reforma constitucional al conjunto de los apartados del artículo 87, sin excluir el tercero.

Lo que se propone, pues, es recuperar una medida que ya estaba presente en el Anteproyecto de Constitución elaborado por los siete ponentes, y que fue suprimida después en la Comisión de Asuntos Constitucionales y

Libertades Públicas. Tal vez sea útil, a nuestros efectos, recordar brevemente los términos en que se produjo el debate sobre esta supresión. Como dijimos, fue el diputado Cisneros el que sugirió la misma⁵⁷, y lo hizo entendiendo que la iniciativa popular «desnaturalizaría» la configuración del proceso de reforma constitucional que se estaba forjando. Una configuración fundamentalmente «rígida», con mayorías cualificadas y apelación al referéndum, por lo que, en su opinión, incorporar la iniciativa popular supondría ir en contra de esta regulación.

El diputado Fraga Iribarne, como ya hizo en relación al artículo 85 original, tomó la palabra para defender la pervivencia de la iniciativa popular⁵⁸. En su criterio el procedimiento de reforma constitucional debería guardar cierto equilibrio, «y ese equilibrio se encuentra en todas las partes del proceso de reforma, lo mismo en la iniciativa (...) que luego en quien resuelve». A ello añadió su temor a que la figura suprimida sirviera para «reforzar la partitocracia», y criticó que se estuviera dando una nueva vuelta de tuerca «al frustrante proceso que estamos siguiendo desde hace unas semanas de restringir todo lo que podemos las iniciativas populares directas».

Para defender el sentido de la enmienda unieron sus voces los diputados Peces-Barba y Solé Tura. El primero, en una intervención durísima⁵⁹, afirmó que «esa iniciativa no es ni tiende a favorecer la existencia de la democracia, sino, por el contrario, a causar graves dificultades a la democracia». Además, dijo, estas iniciativas «recuerdan mucho más a las fórmulas plebiscitarias o incluso a esas agrupaciones de ciudadanos que se producían para aclamar a los líderes de los regímenes autoritarios en la época del General Perón o del General Franco». Teniendo en cuenta que estamos ante una mera iniciativa, cuyo destino queda totalmente en manos del criterio de las Cortes Generales, la afirmación resulta exagerada. El diputado Fraga Iribarne respondió con ironía⁶⁰, afirmando que pensaba escribir una carta a Suiza, de la que acababa de regresar, «contando esa historia peronista del señor Peces-Barba, que va a ser el éxito cómico del año».

Solé Tura, por su parte, optó por continuar la estrategia argumental emprendida en la defensa de su enmienda al primigenio artículo 85. Esto es, señalar la necesidad de «consolidar un sistema de partidos que hoy es tremendamente precario»⁶¹. Esta apuesta por asentar el funcionamiento del Parlamento como núcleo del Estado y de los partidos como canales de expresión,

⁵⁷ Véase el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados – Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, núm. 83, de 20 de junio de 1978, p. 3463.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 3464.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 3465.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, p. 3466.

fue respaldada por la mayoría de grupos, quedando la enmienda propuesta por Cisneros aprobada por 27 votos a favor, uno en contra y una abstención.

Es posible que el objetivo destacado por Solé Tura fuera, en efecto, prioritario. Tras cuatro décadas de negación absoluta de pluralismo político y democracia, España trataba de construir un edificio constitucional cuyos cimientos debían anclarse en sólidas bases. Así pues, como sostiene Pérez Royo (1987: 149), puede que en aquel momento incorporar al pueblo al elenco de sujetos capaces de activar la reforma constitucional hubiera supuesto «abrir la puerta a un elemento de confusión, haciendo generar la ilusión de que hay respuestas simples a problemas complejos, que en nada hubiera servido para hacer arraigar en España la democracia parlamentaria, sino más bien para todo lo contrario».

Sea como fuere, parece claro que, desde un punto de vista teórico, en palabras del maestro De Vega (2011: 134), «resulta difícil asimilar que, en un ordenamiento constitucional como el nuestro, donde se proclama la soberanía popular y el poder constituyente del pueblo, y donde en virtud de esos principios se consagra la iniciativa popular para las leyes ordinarias (art. 87), se la elimine luego para la actuación del poder constituyente»⁶². Por ello, lo que tal vez pudo estar justificado en un contexto muy concreto como fue el de la transición, podría no estarlo hoy.

No son pocas las voces, en efecto, que defienden la incorporación de la iniciativa popular de reforma constitucional a nuestro texto supremo. En opinión de Sáenz Royo (2016: 131), si la Constitución debe ser considerada la obra del pueblo, «el pueblo ha de poder reaccionar contra la usurpación de esa voluntad por el partido que tenga la mayoría en el Parlamento y, por tanto, ni la iniciativa ni la decisión final sobre su reforma puede ser excluida de la participación directa del pueblo ni, por tanto, depender exclusivamente de sus representantes». Mismo criterio defiende Cebrián Zazurca (2017: 87), para el que una relación óptima entre reforma de la Constitución y principio democrático pasaría por reconocer tanto «la posibilidad de iniciar el procedimiento por iniciativa popular» como el referéndum como paso final del mismo, cuya celebración debería dejarse, al menos, a criterio de los ciudadanos. Para Díaz Revorio (2018: 254), en una época donde cada vez parece más evidente la necesidad de abrir un proceso de reflexión sobre la reforma de nuestra Constitución, «tal vez una iniciativa popular pudiera suponer el punto de partida que no se termina de dar, o el empuje necesario para tomarse en serio esta tarea pendiente, cada vez más perentoria».

⁶² En sentido coincidente, Presno Linera (2012: 99) habla de «contradicción notable con el principio de soberanía popular (art. 1.2) y con el propio mandato que se impone a los poderes públicos de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política (art. 9.2)».

En definitiva, la propuesta parece ser acreedora de una calificación positiva. Los ciudadanos deben poseer la capacidad para, al menos, sugerir una propuesta de reforma constitucional a sus representantes. Las Cortes Generales seguirán ostentando la última palabra al respecto, pero no podrán eludir tomar posición sobre reivindicaciones ciudadanas muchas veces olvidadas. La propuesta hubiera sido completa si, además, se hubiera previsto que en el procedimiento de reforma constitucional el referéndum debiera convocarse si así lo solicitan un número determinado de ciudadanos⁶³. La regulación actual deja en manos de una décima parte de las Cámaras la solicitud de convocatoria en el procedimiento del artículo 167, lo cual puede generar problemas. A simple vista pudiera parecer que una reforma constitucional que no resulta cuestionada ni siquiera por el 10% de los miembros de las Cámaras es una reforma sobre la que hay gran consenso. Pero no debiéramos confundir el consenso que una medida pueda alcanzar en sede parlamentaria con el existente a nivel social. Es perfectamente imaginable, en efecto, que el sentir de los ciudadanos en un momento dado no esté totalmente alineado con el de sus representantes⁶⁴, y precisamente por ello herramientas como la iniciativa popular de referéndum cobran sentido.

VI. REFLEXIONES FINALES

En 1978, el constituyente tomaba la decisión de forjar una democracia eminentemente representativa, relegando los instrumentos de democracia semidirecta a una posición casi residual. Con ello se daba la espalda a la valiente propuesta forjada por los siete ponentes en el Anteproyecto constitucional, que ofrecía a los ciudadanos amplias capacidades de participación política directa.

En aquel momento pudo el temor a la inestabilidad que podría generar un empleo populista de tales instrumentos en el sistema político. Cuatro décadas de dictadura habían dejado a España como un país sin cultura democrática, sin un sistema de partidos capaz de canalizar eficazmente las demandas de la ciudadanía y sin hábito de transacción parlamentaria. En este contexto, como

⁶³ Es el caso, por ejemplo, de Italia, donde el referéndum constitucional deberá convocarse si así lo solicitan una quinta parte de los miembros de la Cámara, quinientos mil electores o cinco Consejos regionales.

⁶⁴ En esta línea, Cebrián Zazurca (2017: 97) insiste en la inconveniencia de «aplicar criterios representativos a una institución de democracia directa, olvidando —cuando se habla de cifras y de porcentajes— la mediación ofrecida por la aplicación de los sistemas electorales para el Congreso y el Senado (también por lo que afecta concretamente a los que han sido durante muchas Legislaturas los sistemas de partidos fruto de esos sistemas electorales)».

expuso Solé Tura en los debates constituyentes, la prioridad había de ser la de construir un foro parlamentario fuerte y estable, apoyado en el motor de formaciones políticas igualmente robustas. Y, así, la primigenia intención de forjar un sistema donde la democracia semidirecta tuviera un papel decisivo quedó enterrada por la necesidad imperante del momento.

Han pasado, sin embargo, cuarenta años de aquella decisión. Hoy España es una de las veinte «democracias plenas» del mundo⁶⁵. Goza de un sistema de derechos y libertades amplísimo, de un sistema de partidos plenamente asentado, y de unas instituciones que, con sus lógicas deficiencias, respetan el pluralismo político y funcionan de manera razonable. En definitiva, el contexto en relación a 1978 ha cambiado radicalmente. ¿Tiene sentido, pues, mantener el cerrojo a las herramientas de democracia semidirecta en nuestro país?

La Junta General del Principado de Asturias respondió en sentido negativo en 2014. Creyó necesario que, como en muchos de los países de nuestro entorno, los ciudadanos asumieran nuevas responsabilidades en la toma de decisiones públicas, pudiendo actuar con mayor autonomía. Así, la proposición de reforma constitucional elevada a las Cortes Generales amplía el radio de acción de la iniciativa popular, permitiéndola en materias propias de ley orgánica y en la reforma constitucional, habilita a los ciudadanos a instar la convocatoria del referéndum sobre decisiones políticas de gran trascendencia, y les otorga la capacidad de poner en marcha una votación popular sobre la derogación de leyes.

La propuesta, en términos generales, merece una consideración positiva. Preservando el papel central del Parlamento, confiere a los ciudadanos unas imprescindibles capacidades de control sobre su acción. Capacidades hoy prácticamente inexistentes, con la consiguiente merma en la confianza en un sistema político absolutamente dominado por los partidos políticos y sus lógicas internas. La valoración general positiva de la proposición no es óbice para destacar, como hemos hecho a lo largo de este trabajo, algunos elementos que podrían ser objeto de mejora. La rebaja del número de firmas necesario para poner en marcha una iniciativa legislativa popular, la incorporación de la iniciativa autonómica en los dos referendos del artículo 92, y la supresión –o rebaja– del quórum en el referéndum derogatorio se sitúan como los principales.

Por último, debemos destacar que la reforma de los artículos 87.3, 92 y 166 de la Constitución resultaría insuficiente sin una paralela modificación de la Ley Orgánica 2/1980, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum. Y no nos referimos a la obvia adaptación que requeriría la norma

⁶⁵ Según el Democracy Index 2018, elaborado por The Economist, y accesible aquí: https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=Democracy2018 (consultado el 10 de julio de 2019).

para alinearse con los cambios constitucionales, sino a la necesidad de corregir defectos serios en el procedimiento común a toda consulta referendaria. De manera muy sintética podemos destacar los siguientes: i) la incorporación expresa a la Ley de la obligación de que toda pregunta sometida al veredicto ciudadano respete el principio de claridad. Esta exigencia, clave para garantizar una expresión libre y consciente del voto, ha sido enfatizada por el Código de Buenas Prácticas sobre referendos de la Comisión de Venecia (punto 3.1 letra c); ii) el reparto de los espacios gratuitos en los medios de difusión de titularidad pública de manera equitativa entre las dos partes en liza en una consulta (como exige el citado Código en su punto 2.2 letra b), en lugar del sistema actual, que realiza la distribución entre los partidos en proporción a sus resultados en las últimas elecciones (artículo 14 LOMR); y iii) la regulación exhaustiva de la financiación de las campañas de referéndum, partiendo de un trato equitativo a los simpatizantes y opositores de la propuesta sometida a votación (punto 2.2 letra a) del Código de Buenas Prácticas).

De poco sirve, en efecto, contar con nuevos instrumentos de participación política directa si su desarrollo normativo no está debidamente afinado. Sin la debida regulación de los elementos citados, el referéndum podría basarse en la manipulación y el engaño, por un lado, y en un injusto desequilibrio de fuerzas entre las partes enfrentadas, por otro. Resulta imprescindible, pues, una adecuada regulación que garantice que la campaña previa a la decisión popular se asienta en una saludable deliberación.

La propuesta asturiana lleva casi cinco años olvidada en el Congreso de los Diputados. Es probable que en nuestro país cualquier reflexión sobre el referéndum como cauce decisorio suponga un cierto tabú por su habitual instrumentalización en el ámbito del secesionismo. Sin embargo, esta espiral debería ser superada. El hecho de que una Comunidad Autónoma insista en la convocatoria de una consulta infraestatal de objeto ilegal no debería coartar el imprescindible debate sobre cómo mejorar los mecanismos de adopción de decisiones en nuestro país. La Junta General del Principado trató de poner en marcha este debate a través de su proposición. Creemos que, al margen de la suerte que deban correr las medidas concretas por ella sugeridas, una democracia consolidada como España debería afrontar una reflexión de estas características cada cierto tiempo. Y cuarenta años son demasiados.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR DE LUQUE, L. (2000), «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español». En: Trujillo, G., López Guerra, L., y González-Trevijano, P. (coords.): *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

- BETTINELLI, E. (1975), «Referendum abrogativo e riserva di sovranità», *Politica del Diritto*, nº 3, pp. 305-339.
- BIGLINO CAMPOS, P. (1987), «La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 19, pp. 75-130.
- CASTELLA ANDREU, J. M. (2016), «El referéndum en la Constitución: ¿es necesario un replanteamiento de la institución?». En: Cascajo Castro, J. L. y Martín de la Vega, A.: *Participación, representación y democracia – XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 235-266.
- CEBRIÁN ZAZURCA, E. (2017), *Los referéndums de reforma de la Constitución española: un análisis crítico y una propuesta de modificación*. En Sáenz Royo, E. y Garrido López, C., *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 77-102.
- CUESTA LÓPEZ, V. (2008), *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*, Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- DE VEGA, P. (2011), *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 7ª reimpresión, Tecnos, Madrid.
- DÍAZ-REVORIO, F. J. (2018), «Democracia, representación y participación ciudadana, a la búsqueda de un equilibrio que la Constitución no logró», *Revista de Derecho Político*, nº 101, pp. 239-272.
- FERRI, G. (2015), «Revocación popular y restricción para el legislador en Italia: la prohibición de restauración se aplica hasta que se produzca un cambio del ‘marco político’ o ‘circunstancias de hecho’», *Revista de Derecho Político*, nº 92, pp. 227-244.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (2006), *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- GARCÍA MAJADO, P. (2017), «La configuración de la iniciativa legislativa popular: resistencias y soluciones», *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 7, nº 5, pp. 1041-1057.
- GARRIDO LÓPEZ, C. (2017), «El debate sobre los riesgos y los límites de los referéndums en perspectiva comparada. En Sáenz Royo, E. y Garrido López, C., *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 185-236.
- (2019), «La iniciativa popular de referéndum», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 43, pp. 317-345.
- GARRORENA MORALES, Á. (1991), *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid.
- ILLUECA BALLESTER, J. E. (2018), «La participación política directa en el proceso constituyente español de 1977-78», *Historia Constitucional*, nº 19, pp. 17-45.
- LEDUC, L. (2015), «Referendums and deliberative democracy». *Electoral Studies*, 38, 139-148.
- LIPHART, A. (1984), *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, Yale University Press, New Haven.
- LINDE PANIAGUA, E. y HERRERO LERA, M. (1979), «El referéndum en la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Político*, nº 3, pp. 17-48.
- LUCIANI, M. (2006), «Commento all’art. 75». En Pizzorusso, A.: *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, pp. 654 y ss.

- (2008), «El referéndum: cuestiones teóricas y de la experiencia italiana», *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 37, pp. 1-15.
- MALFATTI, E., ROMBOLI, R., y PANIZZA, S. (2017), *Giustizia Costituzionale*, 5ª Edición, Giappichelli, Torino.
- MORTATI, C. (1976), *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 9ª Edición, vol. II, Cedam, Padova.
- NOCILLA, D. (2011), «Divagazioni sparse su abrogazione, referendum abrogativo e leggi elettorali». En VVAA: *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. III, Editoriale Scientifica, Nápolés, pp. 731 y ss.
- OLIVETTI, M. (2007), «Los referendos en serio. La experiencia italiana», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15, pp. 147-175.
- OLIVER ARAUJO, J. (1989), «El referéndum en el sistema constitucional español», *Revista de Derecho Político*, nº 29, pp. 115-182.
- PÉREZ SOLA, N. (1992), «Breve análisis de las experiencias de referéndum en la V República francesa», *Revista de Estudios Políticos*, nº 78, 331-360.
- (1994), *La regulación constitucional del referéndum*, Universidad de Jaén – Secretariado de Publicaciones, Jaén.
- PÉREZ ROYO, F. J. (1987), *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid.
- PRESNO LINERA, M. Á. (2012), «La participación ciudadana en el procedimiento legislativo como parte de la esencia y valor de la democracia», *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 27, pp. 87-119.
- (2017), «El referéndum en la Constitución española: límites y posibles reformas». En Sáenz Royo, E. y Garrido López, C., *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 51-75.
- RESCIGNO, G. U. (2011), «Reviviscenza di disposizioni giuridiche e referendum abrogativo», *Diritto Pubblico*, nº 3, pp. 713-759.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P. (2014), «El referéndum consultivo en España: reflexiones críticas y algunas propuestas de futuro», *Estudios de Deusto*, vol. 62, nº 1, pp. 261-284.
- RODRÍGUEZ ZAPATERO, J. L. (1986), «El referéndum consultivo del artículo 92 en la Constitución española de 1978: un análisis crítico», *Diario La Ley*, nº 7005, pp. 1156-1186.
- ROMBOLI, R. y PANIZZA, S. (2016), *Aspettando il referendum (con el fiato sospeso): Limiti e contenuti della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, Giappichelli, Torino.
- RUBIO LLORENTE, F. (1993), *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SÁENZ ROYO, E. (2016), «La regulación del referendo en el Derecho Comparado: aportaciones para el debate en España», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 108, pp. 123-153.
- VÍRGALA FORURIA, E. (2013), «Crisis de la representación y democracia directa en España», *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 29, pp. 11-25.

LA MULTA CIVIL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO FRANCÉS: «*CUANDO LAS BARBAS DE TU VECINO...*»

*The civil fine in the French Legal Order:
“When your neighbor’s bears ...”*

Efrén Pérez Borges

Doctorando en Derecho Económico y de la Empresa
Universidad Pontificia Comillas

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp297-320](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp297-320)

Recibido: 14.06.2019

Aceptado: 16.12.2019

Resumen

En el ordenamiento jurídico francés, como en el español, se ha afirmado tradicionalmente la exclusiva función reparadora de la responsabilidad civil, descartando toda función preventiva o punitiva. Sin embargo, en el ámbito del derecho internacional privado se ha afirmado con rotundidad que instituciones como los daños punitivos anglosajones no son contrarias al orden público francés. De hecho, no es difícil encontrar reminiscencias preventivo-punitivas tanto en las decisiones judiciales como en determinadas instituciones legales del orden civil. Estas hallan su cúspide en la multa civil que ya se ha introducido en el ordenamiento francés, por vía del derecho de competencia, y que viene estando prevista, para el ámbito civil general, por todos los proyectos de modificación del Código Civil francés desde hace más de una década. En este sentido, la evolución seguida en Francia, tendente a expandir las finalidades del orden civil, puede servir de guía o advertencia para nuestro propio ordenamiento.

Palabras clave

Finalidad de la responsabilidad civil, multa civil, daños punitivos, prevención y punición en el orden civil francés.

Abstract

In the French legal system, as well as in the Spanish one, it has traditionally been affirmed the exclusive redress purpose of civil liability, discarding any preventive or punitive aim. However, when it comes to private international law, it has been firmly stated that institutions like anglo saxon punitive damages are not contrary to the french public order. In fact, it is not difficult to find some preventive and punitive reminiscences both in the civil judicial decisions and in some specific civil legal institutions. These reaches it greatest expression with the civil fine, which has already been introduced in the french legal system through competition law and has been forseen by all the modification projects of the french Civil Code from more than one decade ago to present day. To this extent, the evolution followed in France, which tends to expand the purposes of civil order, may serve as a guide or a warning for our own legal system.

Keywords

Purposes of civil liability, civil fine, punitive damages, prevention and punishment on French civil order.

SUMARIO: I. SÍNTESIS. II. EL ORDEN PÚBLICO FRANCÉS Y EL RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS EXTRANJERAS QUE CONDENAN A DAÑOS PUNITIVOS. III. LA PRÁCTICA JUDICIAL FRANCESA Y SUS REMINISCENCIAS PREVENTIVO-PUNITIVAS. IV. EL DEBATE EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA Y LAS MEDIDAS DE ÁMBITO LEGAL CON REMINISCENCIA PREVENTIVO/PUNITIVA. 1. *Las cláusulas penales y las multas coercitivas*. 2. *En el ámbito de la propiedad intelectual*. 3. *Los daños múltiples y las multas civiles*. V. LOS PROYECTOS DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y LA EVENTUAL INCORPORACIÓN DE MECANISMOS SIMILARES A LOS DESCRITOS. VI. CONCLUSIÓN. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. SÍNTESIS

El concepto «*multa civil*», a los oídos de cualquier jurista patrio que se precie de una mínima ortodoxia, evocaría el mayor de los escándalos. Se trata de un híbrido; un engendro fruto del impensable cruce entre los órdenes penal o administrativo –cuya función principal es la disuasión y la punición de las conductas reprochadas por el ordenamiento– y el orden civil, orgulloso depositario de la justicia conmutativa destinada, exclusivamente, al resarcimiento de los sujetos en lid. No existiría, por tanto, campo semántico para la cópula entre el vocablo «*multa*» y el término «*civil*».

Múltiples son los inconvenientes, incluso de orden constitucional, que los más escandalizados de entre los detractores rápidamente invocarían: ¿qué ocurrirá con las garantías constitucionales más sagradas, aquellas que solo el derecho penal y el administrativo son capaces de salvaguardar? ¿Cómo puede «*multarse*» careciendo de tipificación, de presunción de inocencia, de estándar reforzado de prueba, etc.?

Y, pese a todo, la multa civil ya es una realidad en otros ordenamientos. Lo era desde hace más de una década en algunos como el argentino¹, al que siempre *pudimos* tildar, secretamente, de lejano o ajeno a nuestra tradición jurídica (quizás porque el Océano Atlántico no solo separa las masas de tierra, sino también las lógicas jurídicas). En el ordenamiento italiano, se ven asomar ya, como se dice coloquialmente, las «*orejas del lobo*»: una reciente sentencia de la Corte de Casación² afirma la

¹ Art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor 24240 sancionada el 22 de septiembre de 1993 y modificada mediante la Ley núm. 26.361 el 7 de marzo de 2008.

² Sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación de 5 de julio de 2017 núm. 16.601. Sobre este particular, hemos escrito en otra ocasión (PÉREZ BORGES, E., «Un giro copernicano: la plurifuncionalidad de la responsabilidad civil en Italia». *Revista de Actualidad Civil LA LEY*, núm. 4, (2019)).

plurifuncionalidad de la responsabilidad civil, dejando abierta la puerta a una institución de esta índole –e incluso explicando el Alto Tribunal de aquel país, en esa resolución, cuáles deberían ser los requisitos que una hipotética medida de ese tipo debería cumplir para superar su filtro de constitucionalidad–.

Pero, sobre todo, la multa civil es una realidad próxima porque Francia, nuestro vecino más próximo y, a la sazón, «*padre*» reconocido de nuestro Código Civil ya la ha incorporado a su ordenamiento. Y no parece que vaya a detenerse ahí.

Por esta razón, trascendiendo el ámbito del simple Derecho Comparado, este modesto estudio sobre la multa civil francesa puede servir tanto de pre-sagio como de advertencia. Soplan vientos de cambio y, al sentirlos, los juristas tenemos el deber no solo de analizar el derecho positivo vigente; sino también de prever y adelantar el que se proponga de *lege ferenda*. Debemos decidir, desde la cofa, si encaramos los vientos y aguantamos el temporal, en caso de que arrecie; o, en cambio, si izamos la vela y aprovechamos la inercia.

Pues bien, para abordar el referido estudio será necesario realizar varias «*paradas*». La multa civil supone, como decíamos, la confluencia –para muchos, injustificada intromisión– de materias reservadas al ámbito penal o administrativo en el orden civil. La aquiescencia con dicha institución supone, necesariamente, la atribución de finalidades distintas de las meramente reparadoras a este orden y, en particular, a la responsabilidad civil, donde hallaría aplicación la referida multa.

Por esa razón, por la finalidad preventivo-punitiva de esa institución del orden civil, resulta obligada una primera parada en otra institución, de corte jurídico anglosajón, que, al menos hasta la fecha, había abanderado y acaparado el debate sobre el acercamiento de los órdenes administrativo y penal al civil: los daños punitivos.

Asimismo, tras el análisis de la virtualidad y aceptación de esa «*institución hermana*» de la multa civil en el ordenamiento francés, rebuscaremos en él otras instituciones del orden civil que, según determinados sectores de la doctrina, esconden reminiscencias punitivo-preventivas. En concreto, nos detendremos en el primer supuesto de «*multa civil*» que, en este caso restringido a un universo muy específico de supuestos, ya se encuentra vigente y en funcionamiento en el ordenamiento galo.

Finalmente, tras la constatación del velado, pero existente y actual, contacto entre los órdenes, nos adentraremos en la evolución que ha tenido la «*multa civil*» –esta vez, en un ámbito mucho más generalizado– en los distintos proyectos de modificación del Código Civil francés hasta ser, a día de hoy, una posibilidad bastante susceptible de convertirse en realidad; de pasar a formar parte del derecho positivo francés.

II. EL ORDEN PÚBLICO FRANCÉS Y EL RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS EXTRANJERAS QUE CONDENAN A DAÑOS PUNITIVOS

Como es sabido, los daños punitivos son una institución del derecho anglosajón que tiene su origen en Inglaterra³ y que pronto se extendió y obtuvo su auge en los Estados Unidos de América para atender, esencialmente⁴, a tres grupos de casos⁵: **(i)** los supuestos en los que el cálculo del autor del ilícito o causante del daño señalen que el beneficio que obtendrá de su actuación superará el importe de la reparación; **(ii)** aquellos en los que existe una baja probabilidad –por la dificultad probatoria, la escasa cuantía del daño en términos del dañado individual, etc.– de que la conducta dañina sea judicialmente sancionada; y **(iii)** cuando quien actúa lo hace guiado por una deliberada voluntad de dañar, una especial «malicia», o incluso una absoluta ignorancia de las más elementales reglas de diligencia.

Pues bien, tradicionalmente, el ordenamiento civil galo se ha declarado abiertamente ajeno a la finalidad punitivo-preventiva de la responsabilidad civil –que sí prevén los ordenamientos anglosajones– y, en particular, a los daños punitivos. Pese a lo anterior, sus tribunales han establecido que los daños punitivos no son contrarios, *per se*, a su concepto de orden público («*ordre public*») y, por lo tanto y hasta la fecha, resulta posible el reconocimiento en el ordenamiento francés de aquellas sentencias extranjeras que condenan a las partes a la satisfacción de daños punitivos.

Sin embargo, ello no supone la aceptación de la institución. De hecho, la *Cour de Cassation* francesa también ha considerado que, aunque la institución de origen anglosajón no merezca un rechazo de plano, sí requiere el análisis por los tribunales franceses de la proporcionalidad entre el daño sufrido por la

³ GOLDBERG, J.C.P., SEBOK, A. J. y ZIPURSKY, B. C., *Tort Law. Responsibilities and Redress*, 3ª edición, Nueva York, Ed. Wolters Kluwer Law & Business, 2012, pág. 519 por referencia al caso *Towle v. Blake*, 48 N.H. 92 (1868).

⁴ Por supuesto, es necesario anotar que el concepto «daños punitivos» no es unívoco y que, por ejemplo, en la jurisdicción estadounidense tiene tantas acepciones como modalidades prevén los estatutos de cada estado federado. Sobre las concretas características de los daños punitivos en cada uno de ellos, léase KOZIOL H. Y WILCOX. V. et al., *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, 1ª edición, Viena, Ed. Springer, 2009, págs. 309 y siguientes.

⁵ Sistemmatizados, para los ordenamientos continentales, por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «¿Conviene la introducción de los llamados «daños punitivos» en el Derecho Argentino?». *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, núm. 31 (1993), págs. 88 y siguientes. En este sentido y para nuestro concreto ámbito, también DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen V. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, 1ª edición, Madrid, Ed. Thomson-Reuters, 2011, pág. 24.

víctima y la condena a los daños punitivos, atendiendo al caso concreto. Así lo expresó la *Cour de Cassation* ya en el año 2010 con total claridad⁶:

«*Mais attendu que si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur (...)*»

Pues bien, con ello comprobamos, como punto de partida, que la beligerancia de los tribunales franceses no se vuelca tanto contra la institución de los daños punitivos como contra una eventual desproporción en su aplicación. El temor a que la institución conduzca a resultados materialmente ajenos a la lógica jurídica francesa ronda las decisiones judiciales del país gallo. Sin embargo, veremos a continuación que, según un sector de la doctrina, ya existe una cierta presencia soterrada de daños punitivos en su práctica judicial.

III. LA PRÁCTICA JUDICIAL FRANCESA Y SUS REMINISCENCIAS PREVENTIVO-PUNITIVAS

Sin perjuicio de que no es el objeto de este estudio ahondar en el contenido de las decisiones judiciales del país vecino, sí resulta interesante realizar una breve parada en ellas con un escueto ánimo comparativo.

De este modo, resulta llamativo que en el sistema francés la autoridad judicial carezca de la obligación de justificar la cuantificación del daño al que se condena a la parte⁷. Tal cuestión repele nuestras elementales nociones jurídicas porque, como es sabido, en nuestro ordenamiento no solo es necesario que se demuestren suficientemente los tres elementos de la responsabilidad civil (acción/omisión, daño y nexos causal) y su título de imputación subjetiva; sino que el juez debe justificar, conforme al principio constitucional de motivación de las decisiones judiciales, cómo alcanza el *quantum* indemnizatorio al que condena.

En Francia, sin embargo, basta con que la judicatura justifique los elementos antecedentes para que tenga una amplia capacidad discrecional a la hora de fijar el daño. De este modo, careciendo de la obligación de justificarlo, en la práctica judicial, este suele incorporar elementos que de otro modo no tendrían cabida bajo la finalidad meramente reparadora de la indemnización. A saber: **(i)** el comportamiento del agente del daño; **(ii)** la

⁶ Decisión de la *Chambre Civile 1* de la *Cour de Cassation* de 1 de diciembre de 2010 (09-13.303).

⁷ BORGHETTI, J.S. «Punitive damages in France» en «*Punitive Damages...*», *op. cit.*, coord. KOZIOL H. Y WILCOX. V., págs. 65 y siguientes.

reincidencia en la conducta; **(iii)** el beneficio obtenido por el causante del daño, etc. De este modo, es bastante usual que la amalgama de todos esos reproches, que el juzgador suele querer no dejar impunes, sea incorporada a la indemnización utilizando la «*carcasa*» del daño moral.

Tal práctica supone, *de facto* y para parte de la doctrina, la presencia de un cierto elemento de punición o prevención incorporado a la noción en abstracto de indemnización. Y ello, sencillamente, porque, por ejemplo, aquella «*indemnización*» que tiene en cuenta la reincidencia no responde a un fin exclusivamente reparador; sino que se preocupa de evitar que ese sujeto siga reincidiendo (*i.e.*, prevención especial) y de punir el «*descaro*» que subyace a la comisión reincidente.

No obstante lo anterior, la presencia soterrada de esta herramienta punitivo-disuasoria, por vía del *quantum* del daño moral, resulta más una curiosidad y una muestra de la cercanía mental y fáctica a ese tipo de instituciones, que la aplicación consciente y razonada de una herramienta jurídica concreta y reconocida.

Y es que por más que el juzgador goce de una amplia discrecionalidad para introducir bajo el paraguas del daño moral todos esos conceptos, este resultará, casi siempre, razonablemente proporcionado con el daño de tipo patrimonial. Por lo tanto, los montantes a los que podría condenarse por esta vía serían razonablemente inocuos a los ojos de los acérrimos defensores de la exclusiva función resarcitoria.

IV. EL DEBATE EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA Y LAS MEDIDAS DE ÁMBITO LEGAL CON REMINISCENCIA PREVENTIVO/PUNITIVA

Pese al reconocimiento ocasional de los daños punitivos en sede del derecho internacional privado —y salvo la inclusión *de facto* por los tribunales por la vía del *quantum* del daño—, la prevención y la punición han sido tradicionalmente ajenas al orden civil en Francia. Sin embargo, conforme nos adentramos en el estudio de su normativa y su doctrina científica, descubrimos algunas instituciones que, sin llegar al extremo de los *daños punitivos*, sí parecen arrogan al orden civil una finalidad distinta de la reparación —de hecho, en algunos casos y como veremos, la cuestión parece fuera de toda duda—.

En concreto, se comprueba entre la doctrina una creciente preocupación por una de las tipologías de supuestos para los que nacieron los daños punitivos: aquellos en los que, como decíamos, la causación de un daño, pese a su reparación, sigue reportando beneficio económico al agente y, por lo tanto, se ve perversamente incentivado a reproducir la conducta dañina. Estas conductas llegan a su zénit cuando son precedidas de un cálculo apriorístico del

coste-beneficio de emprenderlas y justifican la honda preocupación de su doctrina.

Algunos de los primeros juristas que se adentraron en el concepto fueron STARCK, ROLAND y BOYER quienes las bautizaron como «*fautes lucratives*»⁸ y las definieron del siguiente modo:

«(...) la falta que, a pesar de los daños que el responsable tiene que pagar, y que se basan en el daño sufrido por la víctima, deja al autor un margen de beneficio suficiente como para que no tenga ninguna razón para no cometerlo»

En este sentido, más ceñido al ámbito del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen⁹, FASQUELLE y MESA las definen como¹⁰:

«La cuestión de las «faltas lucrativas», en primer lugar, se refiere a ciertas violaciones de la privacidad por las empresas de prensa que, a sabiendas, infringen el Artículo 9 del Código Civil **después de calcular que las ganancias obtenidas de las copias adicionales vendidas serán ciertamente mayores que el coste de una posible sentencia para compensar a la víctima**»

Pues bien, esta y otras «*fautes lucratives*» no obtienen respuesta en el ordenamiento francés, como hemos visto, por medio de los daños punitivos ni, *a priori*, se tratan de prevenir en el orden civil, esencialmente reparador.

⁸ STARCK, B., ROLAND, H. y BOYER, L., *Droit civil - Les Obligations, tome I: Responsabilité délictuelle*, 5ª edición, Paris, Ed. Paris Litec, 1996, pág. 1335. Traducción propia del original: «*la faute qui, malgré les dommages et intérêts que le responsable est condamné à payer – et qui sont calqués sur le préjudice subi par la victime – laisse à son auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas la commettre*».

⁹ Ámbito en torno al que, por cierto, también ha girado un interesantísimo debate en nuestro país. Sobre la cuestión, cabe destacar la profundidad de la tesis de VENDRELL CERVANTES, C., «Los derechos fundamentales de la personalidad incorporal y el mercado de los derechos de imagen». Tesis doctoral inédita, Universidad de Barcelona, 2010, Barcelona.

Asimismo, acerca de esta misma cuestión, entre otros muchos, léase Díez PICAZO, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado» en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, 1ª edición, Madrid, Edit. Civitas, 1988, págs. 116 y siguientes.

¹⁰ FASQUELLE, D. y MESA, R., «Les fautes lucratives et les assurances de dommages». *Revue générale du droit des assurances*, núm. 2005-02, (2005), pág. 351. Traducción propia del original: «*La question des «fautes lucratives» évoque, en premier lieu, certaines atteintes à la vie privée réalisées par des entreprises de presse qui transgressent sciemment l'article 9 du Code civil après avoir calculé que les gains réalisés grâce aux exemplaires supplémentaires vendus seront très certainement supérieurs à ce que leur coûtera une éventuelle condamnation à indemniser la victime*».

Sin embargo, BORGHETTI, J.S.¹¹ nos explica que podemos hallar un rastro de disuasión o punición en otros numerosos mecanismos del sistema civil francés. Así, el autor los halla en: **(i)** algunos mecanismos de tipo contractual; **(ii)** en el ámbito de la propiedad intelectual; y **(iii)** en otros mecanismos civiles de aplicación general. A fin de comprobar esta cuestión y de confrontar estas instituciones con sus homólogos en el ordenamiento español, las examinaremos de manera más pormenorizada.

1. Las cláusulas penales y las multas coercitivas

Entre los mecanismos de tipo contractual, merece la pena destacar las cláusulas penales contractuales por su similitud con la institución jurídica homónima del ordenamiento español. La lógica punitiva o preventiva de esta institución resulta clara: la cláusula penal puede desembocar en que el incumplidor de un contrato satisfaga un importe superior al daño realmente sufrido por la otra parte contractual —excediendo el ámbito resarcitorio—, señalando así una posible naturaleza preventiva o disuasoria del incumplimiento¹².

Sin embargo, como el propio profesor BORGHETTI indica, la naturaleza preventivo-punitiva de la institución viene desvirtuada por: **(i)** el hecho de que la cláusula penal esté previamente acordada por las partes —no impuesta por las decisiones judiciales—; y **(ii)** la posibilidad de que el juez la modere.

Por lo tanto, su fundamento lo encontraríamos más en la libertad contractual que en la aplicación *ex lege* de un mecanismo jurídico con un propósito disuasorio determinado. Asimismo, y en todo caso, la institución vendría moderada por la actividad judicial para evitar que se produzca un resultado de «*excesiva*» punición.

En consecuencia, pese a la finalidad última preventivo-punitiva del incumplimiento de la institución, en nuestra opinión, no podemos afirmar su

¹¹ BORGHETTI, J.S. «Punitive damages in France» en «*Punitive Damages...*», *op. cit.*, coord. KOZIOL H. Y WILCOX, V., pág. 58 y siguientes.

¹² En nuestro ordenamiento, nos indica RODRIGUEZ TAPIA, J.M., «Sobre la cláusula penal en el Código Civil». Anuario de Derecho Civil, núm. 2 (1993), pág. 550: «*Sin embargo, la razón por la que llamamos penal a esta cláusula estriba en su poder disuasorio del deudor, para reforzar el vínculo contractual. Cuando el deudor sabe que la pena (por las razones que sean, incluido el mal cálculo o previsión anticipada de daños) es notablemente inferior a los daños que son previsibles, pasado un tiempo después de celebrado el contrato y antes de incumplir, no hay duda de que la pena habrá perdido toda función de refuerzo*».

En el mismo sentido, BLANCO GÓMEZ, J. J., «*La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*», Ed. Dykinson, Madrid, 2002, pág. 138.

incardinación en el ordenamiento como vía para evitar los incumplimientos contractuales, sino como máxima expresión –controlada por los tribunales– de la autonomía de la voluntad. No nos permite, por lo tanto, hablar de una finalidad preventivo-punitiva en el orden civil –ni francés ni español– *stricto sensu*.

En otro orden pero dentro del mismo ámbito contractual, encontramos las multas coercitivas («*astreintes*») que puede imponer un juez a aquel deudor que, pese a la obligación declarada por sentencia, se niega a cumplir con lo contractualmente pactado.

En este sentido, aunque la institución no tiene un origen contractual –no nace del acuerdo de voluntades– sí se aplica para el cumplimiento de una obligación de tipo contractual. Dado que el importe de esta multa coercitiva es ajeno a la reparación o cumplimiento de la obligación y es entregado al acreedor contractual, esta implicaría para el incumplidor un «*excedente*» económico sobre el daño reparable.

De hecho, en el nacimiento de esta institución hace más de medio siglo, gran parte de la doctrina del país galó trató de ceñirla al ámbito resarcitorio pero el *Cour de Cassation* señaló en 1959¹³ que tenía una naturaleza separada, distinta de la compensación por el retraso en el cumplimiento, y tendente a vencer la actitud obstativa al cumplimiento del contrato.

A este respecto, las *astreintes* sí presentan un carácter preventivo-punitivo más marcado, si bien ceñido al ámbito de la obediencia a la autoridad judicial. Cabría por lo tanto plantearse si no es, precisamente, esa otra causa la que da carta de naturaleza a la institución: ¿se pretende prevenir o castigar el incumplimiento o la desobediencia a la autoridad? La respuesta nos parece razonablemente clara: si fuese la desobediencia no existiría ninguna razón lógica por la que el importe de la *astreinte* fuese a parar a manos de la parte contractual incumplida.

En consecuencia, hallamos en esta institución no solo una primera referencia «*válida*» de disuasión y punición en el ordenamiento civil francés; sino una con cierta similitud con los «*daños punitivos*».

2. En el ámbito de la propiedad intelectual

En el ordenamiento francés también hallamos medidas del ámbito de la propiedad intelectual que, por su similitud con las del ámbito español, evitaremos reproducir¹⁴. Baste indicar que, como en el supuesto patrio, se permite

¹³ Sentencia de La Cour de Cassation de 29 de octubre de 1959.

¹⁴ *Vide* art. 140.2 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

calcular la «*indemnización*» del daño por vía del beneficio obtenido por el infractor; lo que despierta el recelo de los acérrimos defensores de un cálculo del daño más «*tradicional*».

En este sentido, el debate entablado es muy similar al que tiene lugar respecto al honor, la intimidad y la propia imagen¹⁵. Baste con indicar en esta sede que los sectores doctrinales patrios oscilan entre la atribución de la naturaleza de la medida al lucro cesante, al Derecho de Enriquecimiento o a una específica medida preventivo-punitiva de la infracción (un «*daño punitivo larvado*», como lo denominan algunos). Y es que los defensores de esta última opción «*hacen del ataque su mejor defensa*» y cuestionan cómo podría justificarse que el beneficio obtenido por el infractor del derecho de propiedad intelectual es uno que habría podido obtener su titular si no cuenta con los mismos medios (a fin de justificar así el trasvase en el Derecho de Enriquecimiento o la acreditación del daño en el lucro cesante).

Siendo un debate, como se ha dicho, extenso –y casi manido– sobre el que poco podemos aportar, preferimos centrarnos a continuación en las figuras innovadoras que, con mucha menos duda, sí incorporan elementos preventivo-punitivos al ordenamiento civil.

3. *Los daños múltiples y las multas civiles*

Por último, de entre todas las instituciones del ordenamiento francés con reminiscencias preventivo-punitivas, las más interesantes resultan: **(i)** los daños múltiples; y **(ii)** las multas civiles («*amende civile*»).

Los primeros consisten en la imposición del doble del interés legal a aquella compañía aseguradora que, debiendo poner a disposición del asegurado la suma de la indemnización en una fecha determinada, no lo hace.

Se pretende de este modo disuadir a las compañías de seguro de la tentación de alargar el pago ante un siniestro. Así, tal y como ocurre en nuestro ordenamiento, si el tipo de interés legal viene a satisfacer el daño causado por el tiempo en que se ha privado al dañado del montante indemnizatorio, su duplo no puede en ningún caso verse justificado por ese mismo concepto. Y es que el tipo de interés legal del dinero viene fijado legislativamente, precisamente, bajo la previsión del «*valor*» del dinero en el tiempo. Ese «*valor*» no se incrementa por el solo hecho de que un concreto deudor, en este caso la aseguradora, se niegue a pagarlo.

No obstante todo lo anterior y la incapacidad que hallamos para encontrarle una lógica no punitiva o preventiva, BORGUETTI señala que, a la postre, nos encontramos ante una cuantía disuasoria casi irrisoria y, por lo tanto, de

¹⁵ *Vide ut supra* nota 9.

escasa relevancia para el ordenamiento: incapaz de perturbar, por sí sola, el orden esencialmente reparador de la responsabilidad civil.

Consideración netamente distinta merece el supuesto de las «*multas civiles*» («*amende civile*») que da título el presente estudio.

Antes de proseguir, es conveniente apuntar cuál es el destino del importe satisfecho por estas multas civiles descritas en el ordenamiento francés. A diferencia de los daños punitivos –en la mayoría de sus manifestaciones, aunque no en todas– el importe de la multa civil se destina a las arcas del Estado¹⁶, evitando así cualquier acusación de enriquecimiento injustificado del dañado.

Y es que en el ordenamiento francés encontramos las siguientes:

- (i) Quien, habiendo sido apercibido de su deber de decir verdad ante los tribunales de justicia, no lo hiciera¹⁷.
- (ii) Otras multas de tipo procesal como, por ejemplo, por la interposición de recursos con ánimo dilatorio o abusivo¹⁸.

En este sentido, la naturaleza *civil* de estas multas reside en el orden jurisdiccional en el que son impuestas y, a nuestro juicio, tienen su fundamento en la proscripción de la mala fe procesal o la desobediencia a la autoridad. Su naturaleza procesal, vinculada con la autoridad y el respeto formal al proceso, hace especialmente complicado erigirlas en supuestos capaces de subvertir la afirmación de la finalidad esencialmente reparadora del orden civil.

Sin embargo, en este sentido, no encontramos indicios de una naturaleza distinta a la de las multas que también se pueden imponer en nuestro ordenamiento por un tribunal a las partes procesales o los testigos por las más diversas razones¹⁹.

¹⁶ BORGHETTI, J.S. en «*Punitive Damages...*», *op. cit.* pág. 61.

¹⁷ Art. 10 del Código Civil francés y 207 del Código de Enjuiciamiento Civil francés: «*Todos están obligados a prestar su colaboración a la justicia a fin de manifestar la verdad. Aquél que sin motivo legítimo se sustraiga a esta obligación habiendo sido legalmente requerido a ello, podrá ser obligado a satisfacerla, si es necesario bajo pena de multa o sanción civil.*»

¹⁸ Arts. 581 y 628 del Código de Enjuiciamiento Civil francés.

¹⁹ *Vide e.g.* arts. 270.2 *in fine* (multa por la presentación extemporánea de pruebas); 283 bis h d y 283 bis k 2 (multas ambas relativas al acceso a las fuentes de prueba y su práctica, con, por cierto, una cuantía nada desdeñable); 286.4 (multa por el ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación de hechos nuevos o de nueva noticia); 288.1 (multa por no ejecución de la prueba en el tiempo previsto); 292.1 y 4 (multa por no comparecer la parte citada al interrogatorio o los testigos); art. 320 (multa por la impugnación temeraria de documentos); art. 344.2 (multa por temeridad en la tacha de testigos); 381.2 (multa por la falta de envío del pliego de preguntas por escrito); todos ellos de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil española.

Aunque las multas de tipo procesal no sean el objeto central de este estudio, sí resulta interesante comprobar que son el único tipo de multa civil que, en esencia, compartimos con el país francés. En este sentido, cabe preguntarse qué diferencia estas multas de tipo procesal con aquellas que castigan comportamientos materiales. Sería legítimo preguntarse por qué no hallamos impedimentos en la aplicación de aquéllas, pero, para un amplio sector de la doctrina española, resulta inconcebible una multa impuesta por un tribunal civil respecto de incumplimientos materiales, de fondo.

- (iii) Para sancionar la violación de los deberes profesionales de algunos cargos públicos (e.g. registradores)²⁰.
- (iv) Por el incumplimiento de las obligaciones de tutela²¹.

En este caso, además, resulta llamativa la prohibición expresa de recurso de la resolución que acuerde la multa²². Se convierte así no solo en un ejemplo claro de punición civil, sino, además, en uno especialmente expeditivo y sumario.

- (v) Frente a prácticas colusorias e infractoras de deberes inherentes al ámbito empresarial y de la competencia.

Resulta, con diferencia, el supuesto más interesante y merecedor de nuestra atención. Y ello porque la multa a imponer por el tribunal no trae causa, a diferencia, de la mayoría de los casos anteriores, de un comportamiento procesal o es tan específica que no permite generalizar la idea de punición-prevenición de una conducta. En cambio, esta última multa civil se asienta en causas materiales y de fondo, ni accesorias ni cualitativamente irrelevantes.

En efecto, el art. L442-6 del Código de Comercio francés recoge, en su apartado I, un catálogo de actuaciones que «*comprometerá(n) la responsabilidad de su autor y le obligará(n) a reparar el daño causado*»²³:

«1° *Obtener o intentar obtener de la otra parte en la negociación cualquier ventaja que no corresponda a ningún servicio comercial efectivamente prestado o manifiestamente desproporcionado con relación al valor del servicio prestado (...)*;

2° *Someter o intentar someter a un colaborador comercial a obligaciones que provoquen un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes;*

²⁰ Art. 50 del Código Civil francés.

²¹ Art. 395 del Código Civil francés en relación con el 1.230 del Código de Enjuiciamiento Civil francés.

²² Art. 1.230 del Código de Enjuiciamiento Civil francés: «*Las resoluciones que las impongan no serán susceptibles del recurso previsto en el artículo 1.215*».

²³ Art. L442-6 del Código de Comercio francés. Traducción: Victoria de Diego Ángeles y Fernando Feldman.

3° *Obtener o intentar obtener una ventaja como condición previa para realizar pedidos, sin acompañarlo de un compromiso escrito sobre un volumen de compra proporcionado y, eventualmente, de un servicio solicitado por el proveedor y que hubiera sido objeto de un acuerdo escrito;*

4° *Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura brutal, total o parcial de las relaciones comerciales, condiciones manifiestamente abusivas respecto a los precios, los plazos de pago, las condiciones de venta o los servicios no correspondientes a las obligaciones de compra y de venta;*

5° *Romper bruscamente, incluso de forma parcial, una relación comercial establecida sin previo aviso escrito que tenga en cuenta la duración de la relación comercial y que respete el plazo mínimo establecido para dicho aviso por los usos y costumbres del comercio para acuerdos interprofesionales. (...);*

6° *Participar directa o indirectamente en la infracción de la prohibición de reventa fuera de la red asignada al distribuidor vinculado por un acuerdo de distribución selectiva o exclusiva no válido por las normas aplicables del derecho de libre competencia;*

7° *Someter a un colaborador a condiciones de pago que no cumplan el límite establecido en el párrafo noveno del Artículo L. 441-6 o que sean manifiestamente abusivas, teniendo en cuenta las buenas prácticas y los usos comerciales, y que se aparten, en detrimento del acreedor, sin razón objetiva, del plazo indicado en el párrafo octavo del Artículo L. 441-6. Será considerado especialmente abusivo por parte del deudor, el hecho de solicitar al acreedor, sin razón objetiva, que posponga la fecha de emisión de la factura;*

8° *Proceder a rechazar o devolver mercancías o deducir de oficio del importe de la factura establecida por el proveedor las penalizaciones o descuentos correspondientes al incumplimiento de una fecha de entrega o a la no conformidad de las mercancías, cuando la deuda no sea cierta, líquida y exigible, o el proveedor no haya tenido la oportunidad de comprobar la realidad del motivo correspondiente;*

9° *No comunicar sus condiciones generales de venta, en las condiciones previstas en el Artículo L. 441-6 a cualquier comprador de productos o cualquier solicitante de prestaciones de servicios que lo hubiera solicitado para el ejercicio de una actividad profesional;*

10° *Negarse a mencionar en el etiquetado de un producto vendido bajo marca de distribuidor el nombre y la dirección del fabricante cuando este lo hubiera solicitado de conformidad con el Artículo L. 112-6 del Código de Consumo;*

11° *Anunciar precios fuera de los lugares de venta, para fruta o verdura fresca, sin cumplir las normas definidas en los puntos II y III del Artículo L. 441-2 del presente código;*

12° *No adjuntar a la fruta y verdura fresca destinada a la venta o la reventa en un profesional establecido en Francia, para su transporte por el territorio nacional, el documento previsto en el Artículo L. 441-3-1;*

13° *Beneficiarse de descuentos, rebajas y reintegros en la compra de fruta y verdura fresca infringiendo el Artículo L. 441-2-2.»*

Pues bien, una vez fijado el catálogo de conductas proscritas²⁴, el apartado III del artículo habilita a: **(i)** cualquier interesado; y **(ii)** una serie de organismos públicos (en concreto, el ministerio fiscal, el ministerio de economía o la autoridad de competencia) al ejercicio de acciones con fundamento en las susodichas prácticas, incluyendo, por supuesto, la acción de reparación del daño causado por ellas²⁵.

²⁴ Resulta sumamente interesante comprobar la dicción literal de este catálogo de prácticas. Y ello porque uno de los principales escollos que suele encontrar la institución de la «multa civil» es el principio de tipicidad: en nuestro ordenamiento al menos, se exige una concreción máxima en la definición de las conductas merecedoras de un reproche de tipo punitivo y es uno de los argumentos normalmente esgrimidos para alejarlos del ámbito de la responsabilidad civil, generalmente de carácter abierto, no tasado.

Pues bien, comprobamos que el catálogo de prácticas del art. L442-6 del Código de Comercio incluye, en algunas ocasiones, conductas bastante «*abiertas*» (e.g. apartados 1, 2, 4 y 7) con expresiones como:

«(...) *obtener (...) cualquier ventaja que no corresponda a ningún servicio comercial*»; «*someter (...) a obligaciones que provoquen un desequilibrio*», parece ser que de cualquier tipo; «*obtener (...) condiciones manifiestamente abusivas*», cualesquiera que estas sean; o «*romper bruscamente (...) una relación comercial establecida sin previo aviso escrito que tenga en cuenta la duración de la relación comercial y que respete el plazo mínimo establecido para dicho aviso por los usos y costumbres del comercio*», sin que quepa conocerse cuál es ese plazo con exactitud.

Por el contrario, otras conductas del precepto son mucho más concretas, estrechando así la tipificación de la conducta (e.g. apartados 3, 6 y 8 al 13).

Sin embargo, pese a lo anterior, lo cierto es que la «*tipificación abierta*» de las conductas merecedoras del reproche civil y su posible conflicto con los principios constitucionales no ha supuesto un inconveniente para el legislador galo. Tampoco lo ha sido para los tribunales de aquel país que, como veremos más adelante, han refrendado el precepto en varias ocasiones.

²⁵ Resulta también interesante, desde una óptica civil, entender cómo un organismo público cuenta con legitimación activa para exigir al causante la reparación del daño ocasionado a un tercero que no forma parte del procedimiento. Y es que, al habilitar a los ministerios y a la autoridad de competencia a «*reclamar el resarcimiento de los perjuicios sufridos*» cabe preguntarnos si se refiere al perjuicio sufrido por estos organismos (como mucho, abstracto o difuso) o el de los particulares afectados. Por más que la conducta dañina entre dentro del ámbito de las competencias del órgano administrativo, esta última posibilidad parece orillar las reglas más elementales de nuestro ordenamiento. No ahondaremos en tal posibilidad, por exceder el ámbito de este estudio, pero sí interesa apuntar al menos la posibilidad de que este mecanismo de «*cuasisubrogación*» o de tutela pública de intereses privados podría suplir la falta de iniciativa privada (apatía racional, regla de minimis, etc.) en algunos casos en los que los dañados individuales no demandan. La idoneidad de la medida, sin embargo, es una cuestión muy diferente.

Lo realmente novedoso del precepto es que, en ese procedimiento, el ministerio de economía y el ministerio fiscal²⁶ pueden solicitar: **(i)** el cese de las prácticas contrarias a la norma; **(ii)** la nulidad de cláusulas contractuales que incurran en alguna de las prohibiciones; y **(iii)** la imposición de una multa civil de hasta 5 millones de euros²⁷ –susceptible de un incremento²⁸ hasta el triple de la cantidad indebidamente pagada, el beneficio obtenido por la práctica o el 5% de la facturación de la empresa en el último ejercicio²⁹–.

Pues bien, atendido el precepto legal, resulta también relevante examinar la jurisprudencia del país galo en la que se describe su naturaleza. Así, el Consejo Constitucional francés expresó que, a la multa civil, le son aplicables los principios de presunción de inocencia y de responsabilidad por los propios actos, al tratarse de una «sanción pecuniaria no penal»³⁰:

«En premier lieu, l'amende civile instituée par les dispositions contestées, qui sanctionne les pratiques restrictives de concurrence, a la nature d'une sanction pécuniaire. Le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait lui est applicable.»

[...]

10. Les dispositions contestées permettent qu'une sanction pécuniaire non pénale (...)»

Así las cosas, nos hallamos ante el supuesto de «*multa civil*» más interesante del ordenamiento galo por dos razones:

²⁶ Nótese que se ha privado de esa legitimación activa, tras el inicio del procedimiento, tanto al interesado como a la autoridad de competencia. Los motivos de tal decisión nos son desconocidos.

²⁷ En la redacción original anterior a la ley núm. 2016-1691 de 9 de diciembre de 2016 el importe de la multa ascendía a 2 millones. Sin embargo, el legislador consideró insuficiente ese importe para elevarlo a 5 millones. Asimismo, en su redacción previa a la ley núm. 2015-990 de 6 de agosto de 2015, tampoco se preveía el incremento de la sanción por referencia al beneficio obtenido o el volumen de facturación de la empresa; todo lo cual nos da una idea de la tendencia y preocupación del legislador francés.

²⁸ Resulta curioso comprobar cómo los límites establecidos en el ordenamiento francés para esta multa coercitiva son prácticamente idénticos a los que ya establecieran 16 estados de EEUU a los *punitive damages*. En efecto, los límites en derecho francés se configuran: **(i)** por un múltiplo de la cantidad dejada de pagar (o daño); **(ii)** el beneficio obtenido por la concreta práctica; y **(iii)** un importe relativo a la facturación de la empresa. Asimismo, los límites en esos 16 estados se basan en que los *punitive damages* no puede rebasar: **(i)** el triple de la indemnización compensatoria; **(ii)** los ingresos brutos del demandado; o **(iii)** una cuantía fija de 5 millones de dólares (KOZIOL H. Y WILCOX. V. et al., *Punitive Damages...*, *op.cit.*, pág. 143). Se comprueba así la similitud, siquiera teleológica, entre las figuras.

²⁹ Es de hacer notar que el precepto fue avalado por el *Conseil Constitutionnel* en su *Décision* núm. 2011-126 QPC de 13 de mayo de 2011.

³⁰ *Décision* del *Conseil Constitutionnel* núm. 2016-542 QPC de 18 de mayo de 2016.

- a. Por un lado, porque el procedimiento civil puede ser iniciado por los particulares y, una vez suscitado este, si consiguen la personación del Ministerio de Economía o el Ministerio Fiscal, podría derivarse la referida multa civil de la iniciativa del afectado, siquiera de forma mediata.

En nuestra opinión, no se trata de una cuestión baladí. Aunque la legitimación para solicitar la multa al tribunal sigue residiendo en organismos públicos, sujetos a su principio de discrecionalidad (de forma similar a como ocurre en el derecho administrativo), el que los particulares tengan la oportunidad de suscitar la cuestión en sede de un tribunal civil es un avance y un freno, al menos estético, si se quiere, a la discrecionalidad administrativa que, en ocasiones, deja «impunes» muchas conductas proscritas.

Asimismo, sin perjuicio del criterio seguido por el legislador francés, nada parece indicar que dicha legitimación deba residir, necesariamente, en los dos organismos públicos escogidos. En buena lógica, el legislador podría haber optado por extender esa legitimación a la autoridad de competencia (que sí figura en el apartado II) e incluso a los particulares. Y ello sin que, materialmente, variase la naturaleza del precepto (la naturaleza de la institución sería idéntica, las garantías para el demandado no variarían, el juzgador seguiría estando en disposición de aceptarla o no, etc.).

- b. Por otro lado, la multa civil del Código de Comercio francés también resulta especialmente importante por: **(i)** su cuantía; y **(ii)** el tipo de casos que pretende solventar (muy relacionados con las «*fautes lucratives*» estudiadas anteriormente).

En lo relativo a la cuantía, la previsión de una multa de 5 millones de euros con la posibilidad de aumentar en relación con lo *lucrativa* que haya sido la conducta supone un salto cualitativo (por su trascendencia simbólica) y cuantitativo respecto del resto de precedentes de multa civil.

Si con los daños múltiples BORGUETTI desterraba su estudio y consideración por su escasa significación, la multa del art. L442-6 no puede ser desdeñada. Y es que tanto el montante absoluto (5 millones) como el relativo, con sus sucesivos aumentos, se convierten, a nuestro juicio, en una auténtica declaración de intenciones del legislador: «*no se tolerará la causación de un daño del que se obtenga lucro*».

Asimismo, aunque la concreta tipificación de las conductas es, a nuestro entender, una cuestión razonablemente irrelevante³¹, sí merece la

³¹ Entiéndase que, a nuestro juicio, resulta relevante si nos hallamos ante la previsión de conductas muy concretas o si, en cambio, se «tipifican» supuestos abiertos capaces de

pena comprobar que no solo encontramos entre ellas prácticas colusorias, más propias del Derecho de la Competencia, sino también prácticas que se adentran en el ámbito más netamente civil (como es la ruptura sorpresiva de una relación estable de negocio o el rechazo o devolución de mercancías bajo determinadas circunstancias).

En definitiva, esta multa sienta un precedente sumamente interesante en uno de los ordenamientos de los países de nuestro entorno. Como veremos en el siguiente apartado, tampoco ha sido la única vez que el legislador se lo ha planteado.

V. LOS PROYECTOS DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y LA EVENTUAL INCORPORACIÓN DE MECANISMOS SIMILARES A LOS DESCRITOS

Atendido todo lo anterior y, en particular, el precedente del Código de Comercio, no es de extrañar que en la última década se hayan multiplicado las voces y los intentos de incorporar a la legislación gala instrumentos de aplicación más genérica que el Art. L442-6 del Código de Comercio y que solventen supuestos de hecho similares.

En este sentido, encontramos tres iniciativas que, aunque a la fecha de este estudio no hayan sido recibidas por la legislación francesa, resultan de suma importancia: se trata del *Project Catalá*, que pretendió la incorporación de los daños punitivos *stricto sensu*; el *Project Terré*, con una visión más moderada; y el más reciente Anteproyecto de Reforma del Código Civil que incorpora una multa civil muy similar a la ya estudiada.

En efecto, en el año 2006, se publicó el Proyecto de Reforma del Código Civil francés realizado por el Prof. Catalá junto con otros 34 juristas, en su mayoría, del ámbito académico. En ese texto, lejos de prohibirse, se prevenían los daños punitivos en el ordenamiento francés. Así se hacía en el art. 1371³²:

«El autor de una culpa manifiestamente deliberada, y principalmente de una culpa lucrativa, puede ser condenado, además de a la indemnización de los daños y perjuicios compensatorios, a la indemnización de los daños punitivos, de los cuales el juez tiene la facultad de hacer beneficiar en una parte al Tesoro público. La decisión del juez de otorgar tal indemnización de daños y perjuicios debe ser especialmente motivada y su

englobar distintos tipos de actuaciones. Y ello por su importancia desde un punto de vista de técnica legislativa y cumplimiento de los requisitos constitucionalmente exigidos. Pero desde un punto de vista material, resulta razonablemente irrelevante si se está multando un «*trust*» o la ruptura intencionada de negociaciones.

³² Avant-Projet Catalá presentado ante el Ministro de justicia francés en septiembre de 2005.

*montante se distingue del de los otros daños y perjuicios acordados a la víctima. Los daños punitivos no son asegurables.*³³»

En este sentido, es necesario apuntar que el concepto de «*culpa lucrativa*» se aproxima al elemento subjetivo que subyace a las *fautes* homónimas. Se definen, por tanto, como «*la hipótesis en la que el sujeto quiera lograr un beneficio superior a la condena pecuniaria posible*»³⁴.

Sin embargo, aunque este proyecto causó una honda impresión inicial, la incorporación de su propuesta a la normativa positiva, siempre postergada, parece cada vez menos probable. Sirve, sin embargo, para examinar cómo un grupo nada desdeñable de juristas franceses estuvieron a punto de incorporar al ordenamiento francés unos daños punitivos con bastante similitud con la institución anglosajona.

Entre los años 2009 y 2013, se fraguó otro proyecto de modernización por el profesor François Terré en el que se abordó la cuestión desde una óptica diferente. En él, se pretendía otorgar al juez la capacidad de elegir entre dos modos de «*resarcimiento*»: el daño sufrido o el beneficio obtenido por el causante con su conducta³⁵.

De este modo, expresaba en su artículo 54³⁶:

«Cuando el autor del daño haya cometido intencionalmente una falta lucrativa, el juez tendrá el poder de otorgar, mediante una decisión especialmente motivada, la cantidad de beneficios retirados por el acusado en lugar de la indemnización por el daño sufrido por el demandante.

El montante que exceda a la que hubiera recibido el demandante por daños compensatorios no puede ser cubierto por un seguro de responsabilidad»

Como resulta evidente, sin tratarse de daños punitivos, la iniciativa del Project Terré guarda muchas similitudes con la institución y, sobre todo, supone una clara opción por exceder el ámbito reparador de la responsabilidad civil y adentrarse en el preventivo-punitivo.

³³ Traducción contenida en CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)». *Anuario de Derecho Civil*, tomo LX, fasc. II (2007).

³⁴ FERRANTE, Alfredo, «Una primera aproximación al Avant-Projet CATALA y a la nueva responsabilidad civil en el Derecho Francés», *InDret 1/2008, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona (2008), pág. 12.

³⁵ Con una fórmula que ya nos resulta similar tanto en el ordenamiento francés como en el español (*vide ut supra* apartado IV d).

³⁶ Traducción propia del art. 54 del Project Terré original: «*Lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur. La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité.*»

Así las cosas, el tiempo transcurrido desde la publicación de estos proyectos, la centralización de los esfuerzos de los sucesivos gobiernos galos en el ámbito de la modernización de las obligaciones y los contratos³⁷ –postergando el ámbito extracontractual– y la irrupción de un nuevo anteproyecto de reforma han postergado el Project Catalá y el Project Terrè a un ámbito de referencia, en el que las sucesivas propuestas se mirarán y compararán.

De hecho, así ocurre con el nuevo Anteproyecto de Reforma del Código Civil Francés³⁸ que, lejos de desocuparse de la cuestión que nos incumbe, prevé una nueva multa civil con un alcance mucho mayor que las ya expuestas.

En este sentido su artículo 1.266 reza:

«Cuando el autor del daño ha cometido deliberadamente una negligencia grave, en particular cuando esta última ha generado una ganancia o una ventaja económica para su autor, el juez puede condenarlo, mediante una decisión especialmente motivada, al pago de una multa civil.

Esta multa será proporcional a la gravedad de la conducta cometida, a la capacidad contributiva del autor o a los beneficios que hubiese obtenido de ella.

La multa no podrá exceder los 2 millones de euros. Sin embargo, podrá alcanzar diez veces la cantidad de ganancias o ahorros obtenidos con la conducta.

Si la persona responsable es una persona jurídica, la multa puede aumentarse hasta el 10% del montante de la facturación mundial, excluyendo los impuestos, más alta obtenida durante un año fiscal cerrado y posterior al año financiero anterior al que se cometió la negligencia».

Esta multa se usará para financiar un fondo de compensación relacionado con la naturaleza del daño sufrido o, en su defecto, se destinará al Tesoro Público.»³⁹

³⁷ Mediante la ordenanza de 10 de febrero de 2016 se incorporaron finalmente las modificaciones en materia de obligaciones y contratos al derecho positivo francés.

³⁸ Avant-projet de Loi de Reforme de la Responsabilite Civile remitido por el Ministro de Justicia, el viernes, 29 de abril del año 2016, Direction des Affaires Civiles et du Sceau, consultable en <http://www.textes.justice.gouv.fr>.

³⁹ Traducción propia del original. Texto original: «Lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés. L'amende ne peut être supérieure à 2 millions d'euros. Toutefois, elle peut atteindre le décuple du montant du profit ou de l'économie réalisés. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise. Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public.»

Pues bien, poco se puede añadir a la claridad con que se expresa la propuesta. No sorprende el abandono de la «*senda*» de los daños punitivos para discurrir por caminos más conocidos, menos ajenos a la tradición jurídica francesa y, sobre todo, más refrendados por su corte constitucional –por el precedente del Código de Comercio–.

De este modo, adoptando una fórmula muy similar a la del Art. L442-6 del Código de Comercio, se propone una multa: **(i)** prevista para evitar supuestos en los que se obtenga un lucro de la causación del daño⁴⁰; **(ii)** con una formulación abierta que permita dar cabida a multitud de supuestos de hecho; y **(iii)** que tenga en cuenta la gravedad de la conducta, el beneficio obtenido y la posición económica del agente del daño⁴¹.

Sin embargo, la propuesta no ofrece la multa civil de forma «*gratuita*» y, a cambio, exige al juzgador: **(i)** una motivación adecuada; **(ii)** el respeto de límites cuantitativos y **(iii)** que el montante se destine a fondos de compensación o el tesoro público en su integridad.

Cabe destacar en este punto, las diferencias con el Project Català⁴². Sin perjuicio de la obvia distinción en la naturaleza *ex ante* de la institución recogida en cada precepto, lo cierto es que el primer proyecto era más específico acerca de cuál debía ser el objeto de la especial motivación del juzgador. Así, en aquel se añadía que los «*daños punitivos*» debían específicamente diferenciarse de la amalgama de daños carentes de necesaria justificación, como hemos visto. En el actual Anteproyecto, sin embargo, no parece del todo claro si el juzgador ha de motivar los presupuestos de la conducta o el *quantum* de la multa (o ambos).

Asimismo, en el proyecto inicial no se hacía referencia a limitación cuantitativa alguna (siguiendo el esquema apriorístico de los daños punitivos) y pensando, probablemente, en la posterior tamización jurisprudencial.

Adicionalmente, en el Project Català solo se preveía que parte de los daños punitivos fuesen a parar al erario público mientras que, en el proyecto más moderno, a fin de desterrar completamente la sombra del enriquecimiento injusto, se destinan a un fin más específico (fondos de

⁴⁰ Algunos autores han criticado la falta de precisión terminológica en la descripción de la conducta. A modo de ejemplo, MUSTAFA MEKKI, «Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile: maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile». *Gazette du palais: Recueil bimestral*, vol. 136, núm. 3 (2016), págs. 1512-1514. En ese caso, el autor entiende que la confusión entre «*falta o negligencia grave*» («*faute grave*») y lo que hemos venido denominando «*falta lucrativa*» («*faute lucrative*») es heredada de los proyectos anteriores.

⁴¹ Cuestiones, todas ellas que, como ya hemos comprobado ya estaban siendo parcialmente incorporadas por los jueces a sus decisiones en la práctica (*vide ut supra* apartado III).

⁴² No nos centraremos en el Project Terrè por ser un paso intermedio entre ambos y ofrecer una solución menos «*disruptiva*».

compensación relacionados con el daño) y, en su defecto, el Tesoro Público.

Por último, llama la atención la supresión de cualquier referencia a la asegurable de la eventual multa, lo que *a priori* debería suponer la posibilidad de su aseguramiento y, quizás, su devaluación como instrumento jurídico útil.

En definitiva, sin perjuicio del porvenir que finalmente reciba este precepto, no cabe la menor duda de que, después de años de maduración y con el precedente del Código de Comercio, tiene su génesis en una preocupación real y legítima del legislador y los juristas galos que ha permanecido en el tiempo. Es decir, que no es pasajera.

Cabe destacar, igualmente, la valentía con la que, en el ordenamiento vecino, se ha abordado la problemática tratando de aunar lo mejor de las instituciones ajenas con el respeto, sin dogmatismos, a la tradición jurídica propia. No en vano, recientemente, el ministro de justicia francés explicaba que⁴³:

«La idea es abrir un camino intermedio entre el camino civil clásico (centrado en la reparación de daños) y la forma penal (centrada en la sanción de los comportamientos).»

VI. CONCLUSIÓN

En definitiva, resulta llamativo examinar el amplio debate judicial, doctrinal e incluso legislativo que sobre esta cuestión viene teniendo lugar desde hace más de una década en Francia. Y ello por comparación con la sencilla muestra de, si se nos permite la expresión, «*desinterés*» que, en general, se observa en nuestro ordenamiento, siendo como es tan similar al francés.

Es cierto que, hasta el momento y en el ordenamiento galo, determinadas soluciones jurídicas *ex lege* podían suscitar dudas sobre su naturaleza. También es cierto que, haciendo un cierto esfuerzo imaginativo, podían hallarse justificaciones para ellas distintas de la prevención y la punición. Así ocurría con las acciones en el ámbito de la propiedad intelectual (justificándolas con el Derecho de Enriquecimiento u otros «*malabarismos*»); las cláusulas penales (bajo el paraguas de la autonomía de la voluntad); las *astreintes* o las multas civiles más procesales (ocultándolas en el parapeto del derecho adjetivo).

Sin embargo, la incorporación de una multa civil al ordenamiento continental por antonomasia es toda una declaración contundente e indubitada de

⁴³ Traducción propia del original en la presentación del 13 de marzo de 2017 que realizó el ministro de justicia francés, Jean-Jacques Urvoas sobre la reforma: «*L'idée consiste à ouvrir une voie intermédiaire entre la voie civile classique (centrée sur la réparation des dommages) et la voie pénale (axée sur la sanction des comportements).*» Accesible en <http://www.justice.gouv.fr>.

que en el ámbito civil se ha trascendido la mera reparación. Y no es menos cierto que su incorporación también supone el reconocimiento tácito del problema jurídico-económico subyacente, las conductas lucrativas, y de la insuficiencia de los métodos clásicos para atajarlo.

Abandonando, para finalizar y por unos momentos, el ámbito investigador y adentrándonos en el opinativo, quizás sea oportuno recalcar en aquel viejo refrán –tan propio, aunque con origen en el «hogar común» que es el mundo latino⁴⁴– que sugería poner en remojo las propias barbas cuando se viesen las del vecino cortar. Es innegable que existe una problemática concreta y real que, en otros ordenamientos –tanto ajenos a nuestra tradición jurídica como hermanos e inspiradores de la nuestra–, se ha reconocido abiertamente. Y en ellos se están buscando, insistentemente, mecanismos jurídicos más eficientes, nuevos y sin anclajes en dogmatismos de dudosa justificación para resolver esas cuestiones –como es, de hecho, la multa civil en el caso galo–. La duda, ahora, reside en si esperaremos, como hasta la fecha, nuestro turno en la barbería, detrás de nuestros vecinos, o si salimos a su encuentro y, si se quiere, debate.

De un modo u otro, la decisión sobre cómo afrontar estos problemas y la discusión sobre ello nos ha de llegar, porque ya se sabe lo que dice el viejo refrán: «cuando las barbas de tu vecino veas cortar, pon las tuyas a remojar».

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO GÓMEZ, J. J., *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)». *Anuario de Derecho Civil*, tomo LX, fasc. II (2007).
- DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen V. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, 1ª edición, Madrid, Ed. Thomson-Reuters, 2011.
- «La doctrina del enriquecimiento injustificado» en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, 1ª edición, Madrid, Edit. Civitas, 1988.
- FASQUELLE, D. y MÉSA, R., «Les fautes lucratives et les assurances de dommages». *Revue générale du droit des assurances*, núm. 2005-02, (2005), págs. 351 y ss.
- FERRANTE, Alfredo, «Una primera aproximación al Avant-Projet CATALA y a la nueva responsabilidad civil en el Derecho Francés», *InDret 1/2008, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona (2008), págs. 12 y ss.
- GOLDBERG, J.C.P., SEBOK, A. J. y ZIPURSKY, B. C., *Tort Law. Responsibilities and Redress*, 3ª edición, Nueva York, Ed. Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

⁴⁴ *Barbam propinqui radere, heus, cum videris, prabe lavandos barbula prudens pilos.*

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «¿Conviene la introducción de los llamados «daños punitivos» en el Derecho Argentino?». *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, núm. 31 (1993), págs. 88 y ss.
- KOZIOL H. y WILCOX, V. et al., *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, 1ª edición, Viena, Ed. Springer, 2009.
- MUSTAFA MEKKI, «Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile: maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile». *Gazette du palais: Recueil bimestral*, vol. 136, núm. 3 (2016), págs. 1512-1514.
- PÉREZ BORGES, E., «Un giro copernicano: la plurifuncionalidad de la responsabilidad civil en Italia». *Revista de Actualidad Civil LA LEY*, núm. 4, (2019).
- RODRIGUEZ TAPIA, J.M., «Sobre la cláusula penal en el Código Civil». *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2 (1993), pág. 550 y ss.
- STARCK, B., ROLAND, H. y BOYER, L., *Droit civil - Les Obligations, tome 1: Responsabilité délictuelle*, 5ª edición, Paris, Ed. Paris Litec, 1996.
- VENDRELL CERVANTES, C., *Los derechos fundamentales de la personalidad incorporal y el mercado de los derechos de imagen*. Tesis doctoral inédita, Universidad de Barcelona, 2010, Barcelona.

ATTICUS FINCH: INTELIGENCIA EMOCIONAL Y
LIDERAZGO, COMO HERRAMIENTAS DE GESTIÓN,
EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA. (ANÁLISIS
DE LA PELÍCULA «MATAR A UN RUISEÑOR»)

*Atticus Finch: Emotional Intelligence and Leadership, as
Management Tools, in the Exercise of the Legal Profession.
(Analysis of the film “To kill a Mockingbird”)*

Manuel-Óscar Remeseiro Fernández
Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Educación a Distancia (U.N.E.D.)

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp321-351](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp321-351)

Recibido: 12.11.2018

Aceptado: 16.12.2019

Resumen

A lo largo del presente artículo pretendemos demostrar la importancia que la inteligencia emocional tiene, como herramienta de gestión, en el ejercicio de la abogacía, y que, por las características específicas de la actividad forense, no puede desligarse de otro aspecto esencial del desempeño profesional de los abogados: la capacidad de liderazgo. El jurista ideal debería contar con una buena dosis de ambas cualidades: de la primera; para comprender el funcionamiento de las emociones y las relaciones humanas, y sus implicaciones en los casos en que interviene; de la segunda; para plantear, de forma convincente, las estrategias procesales más pertinentes en cada supuesto y llevarlas a buen puerto. El personaje de Atticus Finch (Gregory Peck), protagonista de la película «Matar a un ruiseñor» (1962), constituye, entendemos, un ejemplo paradigmático, a este respecto y es, por ello, objeto de nuestro análisis.

Palabras clave

Abogacía, Inteligencia emocional, Liderazgo.

Abstract

Throughout this article we intend to demonstrate the importance of emotional intelligence, as a management tool, in the practice of law, and that the specific characteristics of forensic activity, cannot be separated from other essential aspect of professional performance of lawyers: the leadership. The ideal jurist should have a good dose of both attributes: the first; to understand the functioning of emotions and human relationships, and its implications in the cases in which they are involved; the second; to suggest, convincingly, the most relevant procedural strategies in each case. The character of Atticus Finch (Gregory Peck), protagonist of the film «To kill a Mockingbird» (1962), is, as we understand, a paradigmatic example regarding to this, so therefore, a proper case for our paper.

Keywords

Advocacy, Emotional intelligence, Leadership.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ATTICUS FINCH Y LA INTELIGENCIA EMOCIONAL COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN PROFESIONAL DEL ABOGADO. III. EL ESTILO DE LIDERAZGO DE ATTICUS FINCH Y SU TRASCENDENCIA EN LA DEFENSA DE TOM ROBINSON. IV. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA PELÍCULA. V. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

La inteligencia emocional y la capacidad de liderazgo son dos cualidades indispensables en todo buen jurista. El abogado Atticus Finch (Gregory Peck), en la película «Matar a un ruiseñor» (1962), posee una buena dosis de ambas y, por ello, va a ser objeto de nuestro análisis. El hecho de que se trate de un personaje de ficción no disminuye su elevado valor icónico-simbólico. Por dos razones esenciales: su conducta supone una firme defensa de la legalidad, en un contexto socioeconómico complejo y adverso, y, además, apuesta por resolver la injusticia dentro del sistema, aun dejando entrever sus profundos fallos y contradicciones.

Antes de comenzar a estudiar, más detalladamente, las dos cualidades antes mentadas, y como se ponen de manifiesto, en escenas concretas de la película, es conveniente que fijemos las coordenadas espaciotemporales, que determinan el entorno en el que se desenvuelve la actividad vital, y profesional, del protagonista.

La acción del filme, basado en la novela homónima de la escritora Harper Lee, transcurre en el pueblo imaginario de Maycomb (Alabama), al sur de los Estados Unidos, en el año 1932, durante los años de la «Gran Depresión», posteriores a la crisis bursátil de 1929. Allí, el abogado, viudo y de mediana edad, Atticus Finch vive con sus dos hijos: Jem, de diez años y Scout, de seis (que es la narradora de la historia, ya en la edad adulta). Finch es, lo que podríamos denominar, un «pilar de su comunidad»: profesional reputado y querido por sus vecinos, que acuden a él para solventar sus problemas jurídicos. Ese aserto respecto a sus conciudadanos, y su prestigio como letrado, llevan al juez local, el señor Taylor, a turnarle de oficio un caso conflictivo: el fiscal del distrito acusa a un hombre afroamericano (Tom Robinson) de la violación de una mujer blanca (Mayella Ewell). A través de la mirada inocente, de la pequeña Scout, y de su hermano Jem, somos testigos del devenir de los acontecimientos y de los conflictos que estos desencadenan. Tom Robinson es condenado, por un jurado compuesto enteramente de hombres blancos, sin que existan pruebas concluyentes en su contra, y a pesar del buen hacer de Atticus que demuestra, fehacientemente, durante el juicio, que la víctima, y su padre (testigo principal) cometen perjurio en sus declaraciones. Robinson muere poco después, como consecuencia de un disparo de la policía, cuando intentaba escapar, durante un

traslado carcelario, presa del pánico y de una profunda desesperación. Robert Ewell, el padre de Mayella, borracho y maltratador, no perdona a Finch el haber defendido a Tom Robinson y trata de hacerles daño a sus hijos. Es entonces cuando otro vecino, Boo Radley (un joven disminuido psíquico al que su familia oculta en casa por vergüenza) salva a Jem y Scout y mata a Ewell. El fuerte sentido ético de Finch le impele a la comunicación de lo ocurrido a las autoridades. Piensa, por un momento, que su hijo Jem ha podido matar a Ewell. No obstante, al haber actuado en legítima defensa sería absuelto fácilmente. El sheriff del condado, el Sr. Tate, le dice que tal cosa resulta inverosímil (parece meridianamente claro que Boo Radley acuchilló a Ewell), y le persuade de la conveniencia de aducir que Ewell se mató al caer sobre su propio cuchillo y cerrar así el caso; puesto que cree que, el destino, en un golpe de justicia poética, ha compensado la muerte de un hombre inocente con la de un hombre culpable. Hacer lo contrario, y dada la animadversión que los vecinos tenían al difunto Ewell, provocaría la conversión del otrora escondido Boo Radley en una figura popular. Lo que acabaría perjudicando a este último y sería, según Scout, como «matar a un rruiseñor» (de ahí, el título de la película).

A modo de conclusión, de este epígrafe introductorio, señalar que casos muy similares, al que narra el guion, ocurrieron en la realidad. Quizás, el más conocido sea el llamado: «Caso de los muchachos de Scottsboro», que tuvo lugar en 1931, y en el que nueve menores afroamericanos fueron acusados, por un grupo de adolescentes blancos, de la presunta violación, en un tren de mercancías, de dos chicas blancas (acción por la que serían condenados, sin pruebas concluyentes, y, también, por un jurado compuesto exclusivamente por hombres de esta última raza). Tras varios recursos, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ordenó la repetición del juicio. En esa ocasión, el encargado de la defensa fue el famoso abogado neoyorkino Samuel Leibowitz, miembro del Partido Demócrata, (quien, además, renunció a la percepción de sus honorarios) y que consiguió demostrar, en el acto del juicio, como una de las dos supuestas víctimas había mentido, por miedo a ser acusada del delito de prostitución. A pesar de lo anterior, los procesados fueron declarados culpables y condenados a penas que oscilaban entre los setenta y cinco años de cárcel y la pena de muerte¹. Finalmente, ninguno de ellos sería ejecutado. Las

¹ Ver, sobre el caso, la página web de la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cornell, donde se licenció el abogado Samuel Leibowitz: <https://web.archive.org/web/20070719194229/http://library.lawschool.cornell.edu/WhatWeHave/SpecialCollections/Scottsboro.cfm>

También, la página web: «Juicios estadounidenses famosos», del Profesor Douglas Linder, de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Missouri-Kansas: <https://web.archive.org/web/20070710224417/http://www.law.umkc.edu:80/faculty/projects/ftrials/scottsboro/scottsb.htm>

similitudes entre los dos casos resultan evidentes, si bien parece que Harper Lee, la autora de la novela, en que se basa la película, se inspiró en la figura de su propio padre, también abogado y que, en 1919, defendió a dos afroamericanos en un asunto penal resultando estos condenados, respectivamente, a las penas de ahorcamiento y mutilación. Tras ello, el padre de Lee no volvió a llevar casos penales nunca más (Shields. 2006: 120-121).

II. ATTICUS FINCH Y LA INTELIGENCIA EMOCIONAL COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN PROFESIONAL DEL ABOGADO

El concepto de «inteligencia emocional» surge, en los años 80, cuando algunos psicólogos se dan cuenta de que la definición tradicional de «inteligencia», excesivamente ligada al concepto de «cociente intelectual» (C.I.) del individuo, no ponderaba otra serie de aspectos que pueden resultar infinitamente más relevantes en nuestras vidas que aquellos que, rigidamente, evaluaban, los cuestionarios al uso. El cambio de paradigma se produciría, en buena medida, tras las aportaciones teóricas de Howard Gardner.

Howard Gardner, psicólogo, y profesor de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Harvard, publicó en el año 1983 su libro: «Frames of Mind: The Theory of Multiple Intelligences». En él, desarrolla la «Teoría de las inteligencias múltiples» y subdivide la inteligencia en siete inteligencias diferentes: lingüística, lógico-matemática, musical, espacial, capacidad de coordinación del movimiento corporal, interpersonal e intrapersonal. (Gardner. 1983: 9) La inteligencia emocional, para Gardner, estaría vinculada a las dos últimas: tanto a la inteligencia interpersonal (dotes de liderazgo, aptitud para establecer y mantener relaciones personales, capacidad de solucionar conflictos y habilidad para el análisis social); como a la inteligencia intrapersonal (autoconocimiento, motivación y capacidad de introspección).

David Goleman, influyente psicólogo y exprofesor de la Universidad de Harvard, valora, de este modo, algunas de las implicaciones de la teoría de Gardner:

«Si hay una persona que comprende las limitaciones inherentes al antiguo modo de concebir la inteligencia, ésa es Gardner, que no deja de insistir en que los días de gloria del C.I. han llegado a su fin. El creador del test de papel y lápiz para la determinación del C.I. fue un psicólogo de Stanford, llamado Lewis Terman, durante la Primera Guerra Mundial, cuando dos millones de norteamericanos fueron clasificados mediante la primera aplicación masiva de ese test. Esto condujo a varias décadas de lo que Gardner denomina «el pensamiento C.I.», un tipo de pensamiento según el cual «la gente es inteligente o no lo es, la inteligencia es un dato innato (y no hay mucho que podamos hacer, a este respecto, para cambiar las cosas) y exis-

ten pruebas para discriminar entre ambos grupos. El test S.A.T. que se realiza para entrar en la universidad se basa en el mismo principio de que una prueba de aptitud sirve para determinar el futuro. Esa forma de pensar impregna a toda nuestra sociedad» (Goleman. 1996: 73-74).

Pero ¿qué es y en qué consiste, en realidad, la inteligencia emocional?:

«La inteligencia emocional es aquella parte de la inteligencia social que se refiere a la capacidad de percibir los sentimientos y emociones, propios y ajenos, para, meditando sobre ellos, utilizar esa información para guiar las propias acciones y pensamientos» (Salovey y Mayer. 1990: 189). Esta definición tiene un carácter holístico e incluye, dentro de la «inteligencia social», a las inteligencias personal e intrapersonal de Gardner. Salovey y Mayer, subsumieron los siete tipos de inteligencias, de éste, y las agruparon, en cinco áreas de competencias principales (Goleman. 1993: 83-85):

«1. Conocimiento de las propias emociones. 2. Capacidad de controlar las emociones. 3. La capacidad de motivarse uno mismo. 4. El reconocimiento de las emociones ajenas. 5. El control de las relaciones».

Serán estos, los cinco parámetros que utilizaremos para analizar la inteligencia emocional de Atticus Finch. Lo haremos mediante la descripción detallada de escenas concretas de la película, y el estudio de su aplicabilidad práctica al ejercicio cotidiano de la abogacía.

1. *Conocimiento de las propias emociones (Autoconocimiento)*

Entendemos como tal, la capacidad de reconocer un sentimiento propio, en el mismo momento en que aparece. Constituye la piedra angular de la inteligencia emocional (Goleman. 1993: 83). Dicha capacidad es indispensable para la introspección psicológica y para la comprensión de uno mismo e incluye, también, la intuición. Veamos un par de ejemplos del ejercicio práctico del autoconocimiento por parte de Atticus Finch:

1.1. Análisis de la escena en que el Juez Taylor visita a Atticus y le comunica que está pensando encargarle, de oficio, la defensa de Tom Robinson

(Es de noche, Finch está sentado en el porche de su casa, meditando, tras haber acostado a sus hijos, y el Juez Taylor llega de visita):

JUEZ TAYLOR. Buenas noches, Atticus.

ATTICUS. Buenas, Señor Juez. ¿Hace calor verdad?

JUEZ TAYLOR. (Acerca una silla y se sienta junto a Atticus). Sí, ya lo creo.

ATTICUS. ¿Cómo está su esposa?

JUEZ TAYLOR. Mucho mejor. Gracias. (Cambiando de tema) ¿Te has enterado de lo de Tom Robinson?

ATTICUS. Sí señor.

JUEZ TAYLOR. Mañana se le formularán los cargos ante el jurado. Yo... estaba pensando en nombrarte defensor de oficio, aunque sé que estás muy ocupado con los asuntos de tu bufete y que tus chicos te llevan gran parte de tu tiempo.

ATTICUS. Cierto. (Medita un momento, antes de responder). Aceptaré el caso.²

Podría sorprendernos la celeridad con la que Atticus acepta la propuesta del juez Taylor, pero en eso consiste la aplicabilidad del autoconocimiento a la toma de decisiones: analizar la información disponible, a veces en poco tiempo, y dejarse guiar, en buena medida, por la intuición. En palabras de Goleman, Boyatzis y McKee:

«La intuición es una habilidad que se deriva de la conciencia de uno mismo y que permite al líder recurrir no sólo a sus conocimientos técnicos, sino aplicar también su sabiduría de la vida. (...) No debemos olvidar que la investigación neurológica ha puesto de manifiesto que la memoria emocional nos capacita para juzgar adecuadamente la información (...) En resumen, la intuición brinda a los líderes emocionalmente inteligentes una puerta de acceso a la sabiduría vital acumulada sobre un determinado tema. Pero, para poder escuchar ese mensaje, es necesario conocerse a uno mismo.» (Goleman, Boyatzis y McKee. 2002: 75-78).

1.2. Análisis de la escena en la que Atticus explica a Scout por qué defiende a Tom Robinson

El autoconocimiento de uno mismo implica, además de la intuición, estudiada en la escena anterior, el seguimiento de las propias convicciones. En este diálogo, Finch expone a su hija, de forma sumamente didáctica, el alcance de sus principios y lo hace reconociendo la madurez de ésta, a pesar de su corta edad:

(Por la tarde, Scout está sentada en las escaleras del porche, con la cabeza sobre las rodillas. Parece abatida. Atticus acaba de llegar y se dirige hacia ella):

ATTICUS. (Preocupado) Pero... Scout ¿Qué te pasa?

SCOUT. Atticus, ¿Tú defiendes a esos despreciables negros?

ATTICUS. (Contrariado) ¡No hables así de ellos!

SCOUT. (Explicándose) No soy yo, sino Cecil Jacobs, y me peleé con él por eso.

ATTICUS. (Disgustado) Scout, no quiero que te pelees con nadie.

SCOUT. Tuve que hacerlo porque...

² Robert Mulligan, 1962: 0:16:54.

ATTICUS. (Le interrumpe) ¡No me importan los motivos! ¡Te prohíbo que vuelvas a pelearte!

SCOUT. Está bien.

ATTICUS. De todos modos, me encargo de la defensa de un negro: Tom Robinson. Scout, aún eres demasiado pequeña para llegar a comprender ciertas cosas. La verdad es que se ha hablado mucho en esta población respecto al hecho de que no debería defender a ese hombre.

SCOUT. Si no deberías defenderle, entonces, ¿por qué lo haces?

ATTICUS. Entre varias razones, porque si no lo hiciera no podría ir con la cabeza bien alta. Ni siquiera podría decirlo a ti y a Jem qué es lo que debéis hacer. Scout, oirás en la escuela muchas murmuraciones sobre este asunto, pero quiero que me prometas una cosa: que no volverás a pelearte a causa de ello, a pesar de que digan lo que digan.

SCOUT. Te lo prometo.³

Tras la conversación padre-hija, a Scout le queda muy clara la razón de porqué su padre defiende a un afroamericano: lo hace por una cuestión de integridad personal y, también, profesional: todo ser humano tiene derecho a una adecuada defensa letrada y esa premisa es, para Atticus, algo innegociable, más allá de los infundios, y vilezas, que alguna gente pueda sembrar contra su buen nombre. Y, más allá, también, de la raza y la extracción social de cada uno. En este sentido, suscribimos la acerada observación de la criminóloga Nicole Rafter:

«Matar a un rruiseñor, (1962), rodada en pleno auge del «movimiento por los derechos civiles», ataca directamente a una América que lucha por reconciliar su diversidad y diferencias. (El año anterior, John Ford filmaba «El sargento negro», una película del oeste en la que un oficial de caballería afroamericano era acusado, falsamente, de robar y violar a una mujer blanca). El jurado permanece ciego a todos los detalles del caso, excepto a que el acusado es un hombre afroamericano y la víctima una mujer blanca. La mendaz acusación de violación, de esta última, es tomada en consideración por la ciudad, el jurado y el sistema jurídico penal, pero el solo hecho de que Atticus Finch (Gregory Peck), el heroico abogado defensor, haya llevado el caso es un símbolo de que el sistema puede ser redimido» (Rafter. 2006: 40).

De ahí, la importancia de los valores individuales, las propias convicciones y del autoconocimiento de estos, en el ejercicio responsable de la abogacía. En un alarde de inteligencia emocional aplicada, el abogado Atticus Finch nos demuestra que no puede, ni debe, ver condicionada su actuación en un proceso por el temor al rechazo de la comunidad o por miedo a las opiniones que puedan verterse en su contra. Esto último, nos llevaría a que, en aquellos casos más polémicos (como el del propio Tom Robinson), o de

³ Robert Mulligan, 1962: 0:51:13.

perfil mediático más acusado, la calidad de la defensa del justiciable podría verse comprometida por presiones externas, y ajenas, al propio sistema jurídico penal. Este tipo de presiones, pueden llegar a conformarse, en la práctica, como una sutil herramienta de control social informal y/o una suerte de mecanismo de linchamiento colectivo.

Por eso mismo, ya en textos de la época de la Ilustración se conminaba a los abogados a extremar las cuestiones éticas, y a no olvidar la defensa del desfavorecido, en la actividad forense. Veamos un ejemplo, de 1794, del libro «Ciencia del foro o Reglas para formar un abogado»:

«Regla X. Es de la mayor consecuencia para el buen crédito de un Abogado, que los motivos que lo animan a la defensa de las causas, sean siempre los más puros y conformes a la verdad. Por lo mismo, nunca debe dar la menor ocasión de pensar que hay por su parte alguna mira de interés, odio, venganza, o cosa semejante. En esto consiste la buena opinión de su conducta. (...)

Regla XVI. Debe el Abogado defender la causa de la viuda, del huérfano y del pobre, con la misma eficacia, actividad, e interés, que las de las personas más ricas y poderosas.» (Varios autores. 1794: 143-149).

1.3. Análisis de la escena en la que Atticus y el sheriff Tate dirimen la conveniencia, o no, de comunicar las circunstancias del fallecimiento de Bob Ewell a las autoridades

(Es de noche, Atticus y el sheriff, Heck Tate, han salido a conversar al porche):

ATTICUS. (Preocupado) Heck, yo creo que... Sí, creo que lo que hay que hacer es... (Scout sale al porche con Boo Radley y ambos se sientan en el columpio que hay al fondo de él) ¡Dios mío!, estoy perdiendo la memoria... No puedo recordar que edad tiene Jem, si son doce o trece años (diez, en el guion original de la película).

De todos modos, habrá que llevar esto ante los tribunales del condado... Claro que es un caso evidente de legítima defensa. Yo, en fin... Tendré que presentar el caso.

TATE. (Convincente y, a la vez, en tono muy serio) Señor Finch, ¿usted cree que Jem mató a Ewell?, ¿es lo que piensa? Su hijo no lo apuñaló. (Ambos miran a Boo Radley) Bob Ewell cayó sobre su cuchillo. Él se mató. Un negro murió, sin culpa alguna, y, ahora, ha muerto el culpable de su muerte. Deje que, esta vez, un muerto entierre a otro muerto, señor Finch. Nunca he oído decir que sea contrario a la ley que un ciudadano haga todo lo posible para evitar un crimen. Que es, exactamente, lo que él ha hecho (se refiere a Boo Radley). Quizá, usted me diga que mi obligación es declarar la verdad y no ocultársela al pueblo. Pero ¿sabe qué pasaría? Que todas las señoras de Maycomb, incluyendo a mi mujer, irían a llamar a su puerta para regalarle dulces y pasteles. A mi modo de pensar, coger a un hombre que ha hecho un gran favor, a usted y a la población, y

tratar de sacarlo, con su dulce timidez, a la luz pública, es un pecado... Sí, señor. Lo es. Y, por mi parte, no he de cometerlo. No soy hombre importante, señor Finch, pero todavía soy el sheriff del condado. (Tajante) Bob Ewell se cayó sobre su cuchillo. Buenas noches. (Tate se va).

SCOUT. (Se acerca a su padre, quien la pone de pie sobre una silla, y le acaricia los brazos) El señor Tate tiene razón...

ATTICUS. ¿Qué quieres decir?

SCOUT. Que eso sería algo así como matar a un ruiseñor, ¿no crees? (Atticus abraza a Scout)⁴

Esta escena de la película nos plantea un dilema ético esencial, que afecta tanto al protagonista como al sheriff Tate, quien representa, en última instancia, a la autoridad: ¿Debe llevarse la aplicación de la ley hasta sus últimas consecuencias o ha de ponderarse buscando la conciliación de ésta con el bien común? No es una pregunta nueva, en el mundo jurídico, y ya Cicerón, en el año 44 antes de Cristo, nos ilustra sobre el particular:

«Porque es necesario referirse, en todo, a aquellos fundamentos de la justicia que propuse al principio; lo primero, que no se haga daño a nadie, y lo segundo, que se mire por la común utilidad (...) Proviene, también, algunas injusticias de las cavilaciones y de la astuta, y maliciosa, interpretación de las leyes. De modo que se usa ya, como proverbio vulgar, aquel dicho: «El sumo rigor del derecho viene a ser suma injusticia» («Summun ius, summa iniuria»)). (Peñalosa. 1998: 12).

Esta modulación de los efectos adversos de la aplicación, puramente mecánica, de la norma jurídica entronca con el concepto griego de ἐπιχειρία (epiqueya). Santo Tomás de Aquino, influido por Aristóteles, la define así:

«Como vimos anteriormente, al tratar de las leyes, por ser los actos humanos, sobre los que recaen las leyes, singulares y contingentes, que pueden ofrecer ilimitadas formas, no fue posible establecer una ley que no fallase en un caso concreto. Los legisladores legislan según lo que sucede en la mayoría de los casos, pero observar punto por punto la ley en todos los casos va contra la equidad y el bien común, que es lo que persigue la ley. Así, por ejemplo, la ley ordena que se devuelvan los depósitos, porque esto es normalmente lo justo; pero puede a veces ser nocivo: pensemos en un loco que depositó su espada y la reclama en estado de demencia, o si uno exige lo que depositó para atacar a la patria. Por tanto, en estas y similares circunstancias sería peligroso cumplir la ley a rajatabla; lo bueno es, dejando a un lado la letra de la ley, seguir lo que pide la justicia y el bien común. Y a esto se ordena la epiqueya, que entre nosotros se llama «equidad»: Por tanto, es evidente que la epiqueya es virtud.»⁵ (Aquino. 2014: 293).

⁴ Robert Mulligan, 1962: 2:01:06.

⁵ Tomás de Aquino, 2014: 293. <https://www.dominicos.org/media/uploads/recursos/libros/suma/4.pdf> consultada el 23/10/2018).

Así pues, y, en síntesis, la epiqueya consiste en la interpretación y aplicación de la ley, a cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias que en él concurren, y tomando como fiel de la balanza el bien común. Pero ¿cuándo debemos aplicarla?:

Según Francisco Suárez, eximio jurista y teólogo jesuita del siglo XVI, la epiqueya puede aplicarse en tres casos: «a) Para evitar algo injusto: En este caso, se acude a la epiqueya cuando hay otro precepto (de la ley divina o de la natural), al cual sea contraria la ley humana. b) Para evitar la aplicación de una ley excesivamente gravosa: Se analiza la norma tomando en cuenta su obligatoriedad y las circunstancias del caso. Se juzga si por tales circunstancias se escapa a tal obligatoriedad. c) Para dejar de lado la norma analizando la intención del legislador: aquí la epiqueya se aplica tomando en cuenta las circunstancias, la práctica, el tipo de autoridad y soluciones en casos semejantes. Cuando consta con certeza que la materia de la ley, por cualquier circunstancia, se ha convertido en injusta o contraria a otro precepto o virtud más obligatoria, cesa la obligación de la ley y puede prescindirse de la misma por la propia autoridad, sin acudir al superior»⁶. (Pérez. 2017: 274-275).

Una vez definido el concepto de epiqueya, y su margen y criterios de aplicabilidad, parece sensato inferir que el proceder del sheriff Heck Tate y, consiguientemente, el de Atticus Finch son ajustados al espíritu de la ley (y, más concretamente, al tercer supuesto de aplicación de la epiqueya señalado por Suárez). Ambos, emplean su inteligencia emocional para percibir la grave injusticia que cometerían dando parte, sin más, a las autoridades, de lo ocurrido, causando un eventual daño a quien, lejos de provocar mal alguno, ha salvado dos vidas. Esta capacidad de percepción de la injusticia, que debería ser inherente a todo profesional del derecho, se sustenta, en última instancia, en sus convicciones más íntimas. Por eso, el autoconocimiento de uno mismo es una de las piedras angulares de la inteligencia emocional y del bienestar personal. (Goleman. 1993: 91).

2. *Capacidad de controlar las propias emociones (Autocontrol)*

«La conciencia de uno mismo es una habilidad básica que nos permite controlar nuestros sentimientos y adecuarlos al momento. (...) Las personas que carecen de esta habilidad tienen que batallar constantemente con las tensiones desagradables mientras que, por el contrario, quienes destacan en el ejercicio de esta capacidad se recuperan mucho más rápidamente de los reveses y contratiempos de la vida (Goleman. 1993: 83-84). Esta

⁶ Matilde Pérez, 2017: 274-275. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/epiqueya-vision-francisco-suarez.pdf> (Consultado el 22/10/2018)

capacidad incluye, para el autor, entre otras habilidades: la gestión del enfado, de la ansiedad y el control de la tristeza. Nos queda claro, tras la lectura de la definición de Goleman, que el primer componente de la inteligencia emocional, el autoconocimiento de sí mismo, está fuertemente vinculado al segundo: la autogestión de las propias emociones, que es el que estudiaremos a continuación. Y ello, por un motivo muy evidente: difícilmente puede gestionar sus emociones aquél que es incapaz de percibir las. Ese no es el caso de Atticus Finch. En las siguientes líneas, analizaremos tres escenas en las que nuestro personaje hace gala de una envidiable capacidad de control de la ansiedad (en la primera) y del enfado (en la segunda y tercera):

2.1. Análisis de la escena en que Atticus sacrifica un perro rabioso que ponía en peligro al vecindario

(Calpurnia, asistente afroamericana de los Finch, avisa a Atticus de la presencia de un perro rabioso en las inmediaciones de su casa. Atticus acude enseguida, acompañado por el sheriff Tate que le acerca en su coche. Ambos se bajan del vehículo y observan la situación):

ATTICUS. Ahí está.

TATE. Efectivamente, parece rabioso.

ATTICUS. (Dirigiéndose a Jem) ¡No salgas, hijo, meteos en casa! Está a nuestro alcance, Heck.

TATE. Dispare usted, ¿quiere?

SCOUT. (Preocupada por su padre) Oh no, Sr. Tate. Él no sabe.

ATTICUS. (Animando a Tate a disparar) No pierda tiempo.

TATE. Pero, Señor Finch, hay que matarlo instantáneamente. Antes de que empiece a correr. ¡Mire dónde está! Yo no soy buen tirador.

ATTICUS. (Escéptico) Hace años que no manejo un rifle.

TATE. (Suplicante) Pues, por favor, hágalo usted ahora. (Entrega el arma a Finch).

(Atticus toma el rifle del sheriff Tate y apunta al perro. Sus gafas le molestan, para apuntar, y las deja caer, con suavidad, al suelo. Encañona de nuevo al animal y dispara. Lo alcanza a la primera, con gran sorpresa y estupefacción de sus hijos, especialmente de Jem, quien tenía a su padre por un completo inútil en aquellas actividades cotidianas ajenas a su profesión).

ATTICUS. (A sus hijos) No os acerquéis a ese perro. Es tan peligroso ahora como cuando estaba vivo.

JEM. (Muy sorprendido, todavía) Está bien. Atticus...

ATTICUS. ¿Qué, hijo?

JEM. Nada...

TATE. (Divertido, a Jem) ¿Qué te pasa muchacho? ¿No puedes hablar? ¿No sabías que tu padre es el mejor tirador del contorno?

ATTICUS. (Modesto) Calle, Heck, ¡volvamos al juzgado! Y recordad que no debéis acercaros a ese perro. (Se sube al coche del sheriff).

JEM. (Todavía muy sorprendido) Descuida.

TATE. Daré aviso para que vengan a retirarlo.⁷

En esta escena, somos testigos de un episodio muy interesante de auto-gestión emocional. En pocos segundos, Atticus Finch, debe tomar una decisión en un contexto de peligro potencial para su familia y para sí mismo: disparar o no al perro rabioso que se encuentra en las inmediaciones de su casa. Él ha sido buen tirador en su juventud, pero lleva muchos años sin ejercitarse y eso le hace dudar. Pero la duda no le paraliza, porque, en el fondo de su corazón, sabe muy bien lo que es capaz de hacer. De ahí, la importancia del autocontrol para conocer los propios límites en momentos clave. Un aspecto que también tiene importantes aplicaciones en la vida profesional del abogado, como veremos en las siguientes escenas.

2.2. Análisis del «encontronazo» con Bob Ewell en el juzgado

(Acabada la vista previa, de la causa de Tom Robinson, en el juzgado de Maycomb, Scout, Tífi y Jem son sorprendidos por Atticus, delante de la puerta de la sala de audiencias. Éste, enfadado, les manda volver a casa.):

ATTICUS. (Irritado) Scout. Jem. ¿Se puede saber qué hacéis aquí?

JEM. (Compungido) Hola, Atticus...

ATTICUS. Bueno, hablad. ¿A qué habéis venido?

SCOUT. A ver el sótano en el que encerraron a Boo Radley. Nos dijeron que había murciélagos.

ATTICUS. (Disgustado) Volved a casa inmediatamente, ¿entendido?

JEM. Sí, Atticus.

ATTICUS. Vamos, ¡ligeros! Os veré a la hora de cenar.

(Poco después de que los niños salgan de escena, el señor. Ewell se acerca a Atticus).

EWELL. (Cortándole el paso a Atticus, apoyando su brazo derecho en la pared) Quería verle, señor. Finch.

ATTICUS. Señor Ewell...

EWELL. (En actitud chulesca) Con franqueza, lamento que le hayan confiado la defensa de ese negro que violó a mi hija Mayella. No sé por qué no le maté, en lugar de acudir al sheriff. Les hubiera ahorrado a ustedes, y a los contribuyentes, muchas molestias.

ATTICUS. (Zafándose y haciendo ademán de irse) Discúlpeme, tengo mucha prisa.

EWELL. (Se interpone, de nuevo) Aguarde un momento, por favor. Ahora, mientras salíamos, me han dicho que daba usted crédito a lo que cuenta

⁷ Robert Mulligan, 1962: 0:42:08.

Tom Robinson en contra de nuestra denuncia. Y yo les he contestado: (se echa a reír, nervioso) eso es un disparate, ¡cómo va el señor Finch a creer más a un negro que a nosotros! (Atticus le observa, impasible). Son habladoras, ¿verdad?

ATTICUS. (Contundente) He sido nombrado para defender a Tom Robinson y es lo que haré, ahora que se han formulado los cargos.

EWELL. (Alterado) ¿Con qué va a ocuparse de...?

ATTICUS. Discúlpeme, señor Ewell. (Se marcha).

EWELL. (De malos modos y gritando, amenazador, mientras Finch se va) ¿Qué clase de hombre es usted? ¡Recuerde que tiene hijos también!⁸

En este diálogo observamos un tipo de conducta que, por desgracia, resulta sumamente habitual tanto en la vida cotidiana como en la profesional: una persona (Bob Ewell) que, ante una forma de actuar determinada, y perfectamente legítima, de otra (Atticus Finch) opta por el enfrentamiento, el chantaje emocional y la descalificación de su semejante. Esa reacción no es casual y esconde un poderoso detonante: el miedo. El miedo a que un abogado competente como Finch descubra que la denuncia de Ewell es completamente falsa y que el acusado, Tom Robinson, es inocente. La forma de obrar de Bob Ewell es intrínsecamente «malvada», sabe cómo han ocurrido los hechos realmente pero no le importa, en absoluto, comprometer la vida, o la integridad, de una persona inocente y tampoco amenazar a quien, honesta y profesionalmente, opta por defenderlo. Para auto-justificarse, recurre a un mecanismo mental: la negación optimista (Goleman. 1993: 137). La cadena de pensamientos en la mente de Bob Ewell sería algo así como: «De acuerdo, él no lo hizo, pero es un maldito negro y estaba con mi hija Mayella, así aprenderá a dejar en paz a las mujeres blancas». La utilidad de dicho esquema mental de razonamiento es que, quien así procede, no sienta ningún tipo de remordimiento por su conducta. El perfil psicológico de Bob Ewell no es, desde luego, un modelo de equilibrio emocional: alcohólico, maltratador, de extracción social humilde, viudo a cargo de una familia numerosa, de muy bajo nivel cultural y con graves problemas económicos (los granjeros sufrieron con especial dureza la crisis provocada por la crisis bursátil de 1929 y recordemos que la acción de la película transcurre en 1932). El personaje se halla, por tanto, fuertemente condicionado por sus circunstancias. En el lado contrario, Atticus Finch reacciona de forma comedida pero contundente ante la actitud desafiante de Ewell. Finch, no pierde el control en ningún momento y, elegantemente, trata de evitar el enfrentamiento, pero, cuando este se produce, expresa de forma asertiva su forma de pensar, dejando claro a Ewell que no se siente intimidado por éste. No se deja provocar y no entra en su espiral de violencia. ¡Qué mejor ejemplo de una elevada capacidad de gestión de las propias emociones!

⁸ Robert Mulligan, 1964: 0:22:40.

2.3. Análisis del enfrentamiento con Ewell frente a la casa de Tom Robinson

(Atticus debe acudir a casa de Tom Robinson, a comunicar a su familia que ha fallecido, tratando de escapar, cuando era conducido a la cárcel de Abbotsville. Jem se empeña en acompañar a Atticus y se queda en el coche mientras su padre entra a hablar con Helen, la mujer de Tom. Delante del porche están reunidos familiares y amigos de Tom.)

SPENCE. ¿Cómo está, señor Finch? Soy Spence, el padre de Tom.

ATTICUS. ¡Qué tal, Spence! (Hace una pausa larga, como para tomar aliento) ¿Está Helen?

SPENCE. Sí señor. Se ha echado para intentar dormir un rato. Estábamos hablando de la apelación, señor Finch. ¿Cuánto tiempo cree usted que tardará?

ATTICUS. Spence, no hace falta ya ninguna apelación. Ya no. Tom ha muerto.

SPENCE. (Impresionado) Muerto...

ATTICUS. (La mujer de Tom aparece en el porche) Helen... (Ella ve a Atticus, intuye la noticia, y se desmaya).

(Jem sigue los acontecimientos, muy impresionado, desde dentro del coche. Aparece Ewell y se queda, observando todo lo que ocurre, junto al vehículo de Finch. Los familiares de Tom entran en la casa y fuera permanecen algunos hombres, amigos o vecinos).

EWELL. (Borracho, y en tono de chulería, se dirige a uno de los afroamericanos allí congregados) ¡Eh, tú! Entra a decirle a Atticus Finch que he dicho yo que salga aquí. Anda, entra...

(El hombre entra en la casa. Poco después, Atticus sale y se dirige hacia Ewell. Cuando está a su altura le mira fijamente. De repente, Ewell le escupe a la cara. Atticus sostiene la mirada, respira hondo y se limpia el escupitajo con un pañuelo, que tira al suelo. Acto seguido, ignora a Ewell, sube al coche y se marcha con Jem. Las luces del vehículo iluminan el rostro de Bob Ewell, que refleja un odio sin límites.⁹)

Esta escena podría definirse como una versión «agravada» de la que hemos analizado en el sub-epígrafe anterior. Por dos motivos principales: Tom Robinson ha muerto, al intentar escapar durante un traslado carcelario, y Bob Ewell, dejado en evidencia en el juicio por Finch, canaliza todo su odio hacia éste, mostrándonos su carácter vengativo. Lo primero que llama la atención de la conducta de Ewell es su desfachatez. Es capaz de presentarse en la casa de Tom Robinson, que ha muerto por su culpa, para desafiar a Finch. Este tipo de comportamiento, carente de un ápice de empatía, lo sitúa en el ámbito de la delincuencia psicopática. (Goleman. 1993: 186-189).

⁹ Robert Mulligan, 1964: 1:46:36.

Ewell, escupe, groseramente, en la cara, a Finch quien, de nuevo, no cae en la provocación y arroja al suelo el pañuelo, con el que se limpia el escupitajo, en señal de contenido, pero contundente, desprecio hacia su agresor; al que ignora, mientras accede a su vehículo, para marcharse, con su hijo Jem, a casa. En ese momento, vemos el odio reflejado en la mirada de Ewell. Un odio cerval que anuncia una inminente venganza.

3. *La capacidad de motivarse uno mismo (Automotivación)*

Otro elemento nuclear de la inteligencia emocional lo constituye la capacidad del individuo de motivarse a sí mismo. Esta habilidad permite la superación de los obstáculos y experiencias negativas mediante el incremento de la confianza en las propias cualidades. Además, los individuos con una actitud positiva ante la vida, en general, construyen experiencias interpersonales que les facilitan la consecución de mejores resultados en sus quehaceres y la obtención de grandes satisfacciones para sí mismos y para quienes les rodean (Salovey y Mayer. 1990: 200).

En el siguiente fragmento, Atticus finaliza su intervención en la sala de vistas y exhorta a los miembros del jurado a cumplir, con lealtad, sus obligaciones como ciudadanos. Se muestra confiado, pero no iluso. Y es una distinción importante, porque no debemos confundir el optimismo con la ingenuidad.

(Atticus está en la sala de vistas concluyendo su alegato final ante el jurado y quiere trasladar, a los miembros de éste, la importancia de que cumplan con su deber en el ejercicio de la función jurisdiccional).

ATTICUS. (Solemne) Bien, señores. En este país los tribunales tienen que ser de una gran equidad. Y, para ellos, todos los individuos han nacido iguales. No soy un iluso que crea, firmemente, en la integridad de nuestros tribunales y en el sistema del jurado. No me parece lo ideal, pero es una realidad a la que no hay más remedio que sujetarse. Pero ahora, confío en que ustedes, señores, examinarán, sin prejuicios de ninguna clase, los testimonios que han escuchado y su decisión devolverá a este hombre al seno de su familia. (Hace una pausa larga) En el nombre de Dios, cumplan con su deber. En el nombre de Dios, den crédito a Tom Robinson.¹⁰

(Cuando el jurado concluye sus deliberaciones, la sesión vuelve a reanudarse):

AGENTE JUDICIAL. Se reanuda la sesión. Levántense. (El juez Taylor entra en la sala y todos los asistentes se ponen en pie. Cuando el juez toma asiento el resto hacen lo propio).

JUEZ TAYLOR. (Mirando hacia el jurado) Señores del jurado, ¿han acordado, ustedes, su veredicto?

¹⁰ Robert Mulligan, 1962: 1:34:35.

PORTAVOZ. Sí, señor juez.

JUEZ TAYLOR. El acusado debe ponerse de pie de cara al jurado. (Tom se levanta y mira al jurado).

¿Cuál es el veredicto?

PORTAVOZ. Hallamos culpable al acusado de los hechos que se le imputan (Tom Robinson se sienta. Su rostro denota desolación. Se hace un gran silencio en la sala).

JUEZ TAYLOR. Señores, el jurado puede retirarse.

AGENTE JUDICIAL. La vista ha terminado. (El juez Taylor se levanta y abandona la sala. El resto de los asistentes también comienzan a abandonar el local).

ATTICUS. (Dirigiéndose a Tom Robinson, en tono calmado e intentando tranquilizarle, mientras es conducido a la cárcel por varios agentes) Iré a ver a Helen mañana. Ya le dije a usted que no se apurase, aunque perdiésemos el juicio en primera instancia... Tom... (Robinson le mira, desconsolado, sin poder articular palabra)¹¹

En este caso, el optimismo no ha servido a Finch para superar el primer envite judicial, pero, lejos de desmoronarse, se dispone a encarar la segunda instancia con plena convicción en sus posibilidades de triunfo y así se lo hace saber a su cliente, quien, visible y comprensiblemente, desolado por el veredicto, no es capaz de asimilar lo que le dice su letrado. El optimismo, como componente básico de la motivación, no garantiza, per se, el éxito, pero puede convertirse en una potente herramienta para reformular el fracaso. A su vez, el enfoque optimista de un problema incrementa, exponencialmente, las posibilidades de solucionarlo. Como dijo el general estadounidense Colin L. Powell, en su Decálogo: «el optimismo perpetuo es un multiplicador de fuerza»¹² (Powell. 2012: 3-4).

4. *El reconocimiento de las emociones ajenas (Empatía)*

Para Salovey y Mayer, la empatía es: «La peculiar, e interesante, interacción entre la valoración emocional y la expresión de los sentimientos: la capacidad de comprender los sentimientos de los otros y volver a experimentarlos uno mismo. Rogers creía que el esfuerzo activo para comprender a otros, y empatizar con ellos, es un valioso regalo y una premisa esencial para ayudarles a crecer como personas. La empatía se configura como una característica clave de la inteligencia emocional. Tal y como los científicos sociales han demostrado, en los últimos años, los familiares, amigos y vecinos de una persona constituyen una crucial aportación a su bienestar. Cuando

¹¹ Robert Mulligan, 1962: 1:37:40.

¹² Colin L. Powell, 2012: 3-4.

alguien se relaciona con otro, de forma positiva, éste experimenta una gran satisfacción vital y un menor grado de estrés. Por ejemplo, la empatía de un asesor es un elemento decisivo para que este sea percibido como competente. La empatía es, además, un elemento favorecedor del comportamiento altruista. Las personas con alto grado de empatía acostumbran a desarrollar la competencia social necesaria para establecer un extenso entramado de relaciones interpersonales». (Salovey y Mayer. 1990: 194).

No se nos ocurre mejor ejemplo práctico, para ilustrar la definición de empatía de Salovey y Mayer, que la escena en la que Atticus Finch conversa durante unos minutos con su anciana vecina, la señora Dubose. Haciendo muestra de una excepcional capacidad empática, consigue mitigar los sentimientos negativos de una mujer, enferma crónica, cuyo mal carácter no es sino un síntoma de la elevada frustración que le acarrearán tanto sus dolencias como su soledad:

4.1. Análisis de la escena en que Atticus conversa con la señora Dubose

(La Sra. Dubose, está sentada, en el porche de su casa, y Atticus la saluda, muy amablemente. Le acompañan Jem, Scout y Tití):

ATTICUS. Buenas tardes, Sra. Dubose. Pero, caramba... (Zalamero) ¡Qué buen aspecto tiene usted hoy!

SCOUT. (Irónica, susurrando a Jem y Tití) No dice qué clase de aspecto.

ATTICUS. ¡Y qué flores tan bonitas las de su jardín! Nunca he visto nada tan maravilloso. Señora Dubose, le aseguro que las de los jardines de Bellingrath no tienen comparación con las suyas.

SRA. DUBOSE. (Halagada) Más lozanas eran las de años anteriores...

ATTICUS. (Convincente) Siento no estar de acuerdo con usted. Creo que su jardín es la envidia de toda la población.

JEM. (Susurrando a Tití, detrás de Atticus) Le habla de sus chifladuras para que no sea tan gruñona.

ATTICUS. Bueno, encantado de saludarla, Sra. Dubose.

(Atticus, Jem, Scout y Tití se marchan y continúan caminando por la calle)¹³

Atticus regresa de su despacho, concluidas sus tareas profesionales, y debe pasar por delante de la casa de su vecina. Conocedor de las circunstancias de ésta, aprovecha unos instantes de su tiempo para halagarla a ella y a su jardín. La anciana muestra, de inmediato, una súbita mejora de su estado de ánimo, puesto que su autoestima se ha visto reforzada por los piropos que Atticus, quien, buen conocedor de la gran afición de la señora Dubose por las flores, hace especial mención de ello. Su conducta es enteramente altruista y no busca con ella más que el alivio de la venerable anciana. (Goleman. 1993: 186).

¹³ Robert Mulligan, 1962: 0:12:28.

En la próxima escena, Finch convierte una rabieta escolar de su hija Scout en la excusa perfecta para enseñarle el valor crucial de la empatía como herramienta de comprensión del prójimo. Pero no sólo eso, le muestra, además, la utilidad de llegar a acuerdos, en el terreno emocional, para la solución pacífica de los conflictos interpersonales.

4.2. Análisis de la escena en que Atticus explica a Scout en qué consiste la empatía, sin citarla como tal

(Scout está llorando en el columpio el porche):

SCOUT. (Solloza) No quiero volver...

ATTICUS. ¿Se puede saber qué demonios te pasa? Anda, cuéntamelo.

SCOUT. (Terminante) Atticus, no voy a volver a la escuela nunca más.

ATTICUS. Scout, es que hoy ha sido el primer día.

SCOUT. (Muy disgustada) No me importa. Todo me salió mal. La maestra se enfadó mucho conmigo y me dijo que tu modo de enseñarme a leer es una equivocación. Que no siguieras... Luego hizo la tontería de querer darle una moneda a Walter Cunningham, cuando todo el mundo sabe que Cunningham no quiere aceptar ningún regalo. Hasta un idiota se daría cuenta...

ATTICUS. (Conciliador) Bueno, quizá estaba nerviosa. También era su primer día como maestra y, además, es nueva aquí.

SCOUT. Oh, Atticus...

ATTICUS. Anda, escúchame un momento... (Acerca a Scout a su lado y la abraza) Si consigues aprender una sola cosa te llevarás mucho mejor con todos tus semejantes. Nunca llegarás a comprender a una persona hasta que no veas las cosas desde su punto de vista.

SCOUT. ¿Cómo?

ATTICUS. Hasta que no logres meterte en su piel y sentirte... cómodamente...

SCOUT. Pero, si continuó yendo a la escuela, no podremos leer juntos.

ATTICUS. Scout, ¿sabes lo que significa «transigir»?

SCOUT. ¿No hacer caso de la ley?

ATTICUS. (Divertido) Mmm... no. Es un acuerdo al que se llega por consentimiento mutuo. Ahora te explicaré en qué consiste: tú consientes en ir a la escuela, porque es necesario, y yo consiento en que cada noche continuemos leyendo juntos, como hemos venido haciendo, ¿trato hecho?

SCOUT. (Voz en off. Scout reflexiona sobre la escena vivida, en su infancia, ya siendo adulta) No había nadie capaz de explicar las cosas con tanta claridad como Atticus y, aunque, esa cualidad suya, no nos sirviera para despertar la admiración de nuestros amigos, Jem y yo teníamos que admitir que, en eso, era un maestro. Pero, nosotros, creíamos que, quizá, fuese lo único que era capaz de hacer.¹⁴

¹⁴ Robert Mulligan, 1962: 0:39:40.

La capacidad pedagógica de Atticus es tal que su hija recuerda la escena, con infinito cariño, muchos años después, reconociendo ese extraordinario don de su padre. Es significativa, también, la ausencia de comentarios al reproche que la maestra de Scout hace a Atticus, respecto a su forma de enseñarle a leer. Simplemente cree que hace lo correcto y que tal cosa les incumbe tan sólo a su hija y a él. Y ambas cuestiones, capacidad empática y enfoque transaccional en la resolución de controversias personales, son dos valiosísimas herramientas en el ejercicio de la abogacía.

5. *El control de las relaciones (Gestión interpersonal)*

El último componente de la inteligencia emocional, según Salovey y Mayer, es la gestión interpersonal. Esto es, la capacidad de establecer relaciones con los demás y desarrollarlas. Esta cualidad está íntimamente relacionada con conceptos tales como popularidad, liderazgo y eficacia interpersonal. Como señala Goleman: «las personas que sobresalen en este tipo de habilidades suelen ser auténticas «estrellas» que tienen éxito en todas las cuestiones vinculadas a la relación interpersonal» (Goleman. 1993: 84). Veamos, seguidamente, dos ejemplos de la capacidad de relación interpersonal de Atticus Finch.

5.1. Análisis de la escena de la visita del Señor Cunningham a Atticus

(Por la mañana, Scout está jugando en el jardín, y llega el Sr. Cunningham, quien trae un saco de nueces para la familia):

SCOUT. Buenos días, señor Cunningham.

CUNNINGHAM. Buenos días, señorita.

SCOUT. Mi papá se está vistiendo, ¿quiere, usted, que le llame?

CUNNINGHAM. No, señorita. No quisiera molestarle.

SCOUT. No es ninguna molestia, señor Cunningham. Se alegrará de verle. (Se acerca a la puerta y llama a su padre) ¡Atticus, Atticus! Ha venido el señor Cunningham.

ATTICUS. (Sale a recibir al señor Cunningham) Buenos días, Walter.

CUNNINGHAM. (Algo azorado) Buenos días, señor Finch. Perdone, pero no quería molestarle. He venido a traerle estas nueces a cuenta de mi deuda.

ATTICUS. Muchas gracias. La verdura que nos trajo la semana pasada era deliciosa.

CUNNINGHAM. Me alegro. Buenos días.

ATTICUS. Buenos días, Walter.

(El señor Cunningham se despide y se marcha)

ATTICUS. Scout, creo que es mejor que no me llames la próxima vez que venga el señor Cunningham.

SCOUT. ¿No te gusta darle las gracias?

ATTICUS. Claro, pero él se siente cohibido cuando se las doy. (Deja el saco de nueces en la escalera de la cocina).

SCOUT. ¿Por qué te trae todas esas cosas?
 ATTICUS. Me está pagando los honorarios de un pleito que le defendí.
 SCOUT. (Intrigada) ¿Por qué te paga de esa forma?
 ATTICUS. Es su único medio de poder hacerlo. No tiene dinero.
 SCOUT. ¿Es pobre?
 ATTICUS. Sí
 SCOUT. ¿Nosotros también lo somos?
 ATTICUS. (Con naturalidad) Desde luego.
 SCOUT. ¿Tan pobres como los Cunningham?
 ATTICUS. No, no tanto como eso. Ellos son campesinos y la Depresión les afectó más duramente.¹⁵

En esta escena podemos apreciar detalles muy significativos de la forma de comportarse de Atticus, con respecto al Sr. Cunningham y a su hija Scout. En primer lugar, respeta enormemente la dignidad como persona de Walter. Por eso, le dice a Scout que no le llame cuando éste venga a casa a llevar productos para saldar la deuda que tiene con él. Walter Cunningham atraviesa una situación económica difícil, pero posee un elevado concepto del honor y le avergüenza no poder compensar a Finch de otra forma que no sea en especie. Finch lo sabe y prefiere ahorrarle el mal trago de que le tenga que ver cada vez que acude a pagar. En segundo lugar, explica la situación a Scout, con la mayor naturalidad y así lo entiende ella, que pregunta a su padre acerca de su propio estatus financiero. Finch, modesto, se sitúa, a los ojos de Scout, casi en el mismo plano en su nivel de ingresos que los Cunningham, con un probable doble objeto: que Scout no valore a nadie como persona por su nivel de renta y que sea consciente de la difícil situación que experimentan muchos de sus amigos y vecinos. De nuevo, observamos el «enfoque empático» de Finch en la conversación con Scout. La conciencia de uno mismo es la facultad sobre la que se erige la empatía, puesto que, cuanto más abiertos nos hallemos a nuestras propias emociones, mayor será nuestra destreza en la comprensión de los sentimientos de los demás. (Goleman. 1993: 170). Atticus Finch se esfuerza vivamente en hacer comprender esto a su hija.

5.2. Análisis de la escena de la conversación entre Atticus y sus hijos acerca del empleo de las armas

(Atticus está sentado a la mesa con sus hijos, Scout y Jem. Los acompaña, también, Walter, compañero de clase de Scout, al que han invitado a comer. Es el hijo de Walter Cunningham, cliente y amigo de Finch.)

ATTICUS. (Dirigiéndose a Walter) Supongo que esta comida te gustará.

¹⁵ Robert Mulligan, 1962: 0:05:11.

WALTER. Sí señor. Hace tiempo que no he comido carne asada. Sólo, de vez en cuando, podemos comer algún conejo. Mi padre y yo vamos de caza cuando no hay nada que hacer.

JEM. (Intrigado) ¿Tú tienes escopeta?

WALTER. (Sin darle importancia) Pues claro.

JEM. ¿Desde hace mucho?

WALTER. Cosa de un año o así. (Mira a Atticus) ¿Puedo tomar un poco de compota?

ATTICUS. Claro, hijo. ¿Quieres hacer el favor de traer la compota, Calpurnia?

CALPURNIA. (Desde la cocina) Sí, señor.

JEM. ¿Cuántos años tenías cuando te regalaron tu primera escopeta, Atticus?

ATTICUS. Trece o catorce. Recuerdo, muy bien, cuando mi padre me la dio. Me advirtió que no debía apuntar nunca contra nada de la casa. Y sólo me dejaba disparar, en el huerto, contra latas viejas. Pero, considerando que, tarde o temprano, me vencería, un día, la tentación de tirar a los pájaros... Dijo que ya podía matar todos los grajos que quisiera, si les daba, pero que no olvidase que matar a un ruiseñor era un grave pecado.

JEM. ¿Por qué?

ATTICUS. Pues, supongo, que porque los ruiseñores no hacen otra cosa que cantar para regalarnos el oído. No picotean los sembrados. No entran en los graneros a comerse el trigo. No hacen más que cantar con todas sus fuerzas para alegrarnos.»¹⁶

En este diálogo podemos apreciar que Finch ha sabido inculcar a sus hijos la preocupación por las necesidades de los demás: Scout y Jem han invitado a comer a Walter, su compañero de clase, porque este no se había llevado el almuerzo a la escuela, dada la precaria situación económica de su familia. Cuando surge, en la conversación, el tema de la escopeta de caza la actitud de Walter contrasta con la de Jem. Este contraste pone de manifiesto de forma evidente la diferencia de clases entre ambos. Para Walter la escopeta de caza es una herramienta de trabajo que les sirve, a su padre y a él, para paliar su deficiente alimentación abatiendo a algún conejo. Para Jem, por el contrario, la escopeta es una especie de juguete que se empeña en reclamar a su padre con un doble objeto: reivindicar que ya es mayor y poder tener una nueva distracción en la que emplear su tiempo libre. No obstante, la parte esencial de la conversación es la declaración de principios de Atticus respecto al uso de las armas. Señalar que, más allá de su literalidad, encarna un elevado valor simbólico, reflejado en la figura del «ruiseñor». No sólo previene a Jem de la necesaria capacidad de discernimiento a la hora de abatir una pieza u otra cuando dispare su arma. Le indica que no todo está permitido. Y lo hace transmitiendo las enseñanzas que,

¹⁶ Robert Mulligan, 1962: 0:36:09.

en su día, le inculcó su propio padre (el abuelo de Jem). La carga icónica de la imagen del pájaro, y la enseñanza que lleva aparejada, sirven para dar título a la película. La escena refleja, también, el fuerte ascendente de Atticus sobre sus hijos, a los que siempre trata con respeto y a los que deja expresar sus opiniones, aun siendo consciente de que son niños. En este caso las relaciones interpersonales del protagonista se desenvuelven en el ámbito estrictamente familiar, pero ello no es óbice para que, una vez más, podamos concluir que la inteligencia emocional del personaje nos parece sobresaliente.

III. EL ESTILO DE LIDERAZGO DE ATTICUS FINCH Y SU TRASCENDENCIA EN LA DEFENSA DE TOM ROBINSON

Tras analizar la inteligencia emocional de nuestro protagonista, Atticus Finch, dedicaremos el presente epígrafe al estudio de su capacidad y estilo de liderazgo. Incidiremos también en la trascendencia práctica de tales cuestiones en la defensa de su cliente, Tom Robinson.

1. *¿Qué es el liderazgo? Liderazgo e inteligencia emocional.*

Existen numerosas definiciones de liderazgo, en la literatura de la gestión de empresas. De entre todas ellas, nos parece sumamente certera la del consultor Stephen R. Covey:

«El liderazgo en realidad es el arte de posibilitar. El propósito de las escuelas es educar a los niños, pero si uno tiene un mal liderazgo, uno tiene una mala educación. El propósito de la medicina es ayudar a la gente a ponerse bien, pero si uno tiene un mal liderazgo, uno tiene una mala medicina. Un ejemplo tras otro, podrían demostrar que el liderazgo es la más elevada de las artes, simplemente porque posibilita que todas las otras artes y profesiones funcionen (...) El liderazgo en la Era de los Trabajadores del Conocimiento se caracterizará por aquellos que encuentren su propia voz y que, cualquiera que sea su posición, inspiren a otros a encontrar la suya. Será un liderazgo en el que la gente comunique con tanta claridad a los demás el valor y el potencial que tienen, que ellos podrán verlo por sí mismos. En eso radica un futuro ilimitado».¹⁷ (Covey. 2010: 23-31).

Así pues, Covey nos habla, en su bella aproximación conceptual, de liderazgo como «arte de posibilitar» pero ¿cómo se consigue tal cosa? Goleman, Boyatzis y McKee nos dan algunas pistas para ello:

«El líder es la persona que mejor sabe encauzar las emociones del grupo (...) Cuando los líderes encauzan las emociones en una dirección positiva

¹⁷ Stephen R. Covey, 2010: 23-31.

movilizan lo mejor de las personas y provocan un efecto al que llamamos «resonancia»(...) Por todo eso la clave del liderazgo primal (como acto original y como el acto más importante del liderazgo) se asienta en las competencias de la inteligencia emocional que posean los líderes, es decir, en el modo en que gestionan la relación consigo mismos y con los demás.» (Goleman, Boyatzis y McKee. 2002: 33-34).

El liderazgo, entonces, y completando entre sí, ambas definiciones, sería: «el arte de posibilitar, a través de la gestión positiva de las emociones, propias y del entorno, el máximo grado de desarrollo del potencial de las personas (resonancia), para alcanzar las metas más elevadas que puedan plantearse a cualquier organización humana, en el presente o en el futuro». Vemos, por tanto, que el liderazgo y la inteligencia emocional están íntima, e intrínsecamente, unidos.

2. *Los estilos de liderazgo. El liderazgo transformacional.*

Casi tan numerosas, como las definiciones de liderazgo, son las taxonomías de los diversos estilos de liderazgo. Centrándonos en las especiales características del personaje de Atticus Finch hemos optado por clasificar su liderazgo como «transformacional» (de acuerdo con los criterios de Bass y Avolio, 1997). Así explican el concepto los profesores Molero y Cuadrado, especialistas en psicología de las organizaciones: «Según Bass (1985) hay dos tipos de liderazgo, uno de «bajo nivel», basado en el intercambio de recompensas entre líder y seguidores al que denomina liderazgo transaccional. El liderazgo transaccional, cuando se aplica adecuadamente, produce efectos positivos en los subordinados y en la organización, pero dichos efectos tienen un carácter limitado. El líder transformacional, por su parte, es capaz de cambiar los valores, creencias y actitudes de las personas que trabajan con él, aumentando la eficacia de su unidad de trabajo más allá de lo esperado. Este tipo de liderazgo puede darse, en mayor o menor grado, en cualquier tipo de organización y en cualquier nivel de ella. (...) Son este tipo de líderes los que, bajo las circunstancias adecuadas, crean y transforman las culturas organizacionales»¹⁸. El líder transformacional se caracteriza por las siguientes cualidades (Bass y Avolio, 1997, citados por Molero y Cuadrado, 2004):

- a) Influencia idealizada-carisma (aspectos atribucionales). Este factor señala los aspectos de la conducta del líder que contribuyen a que se le atribuya carisma por parte de las personas que trabajan con él. Entre los ítems que constituyen este factor podemos mencionar, por ejemplo «Me

¹⁸ Fernando Molero, Isabel Cuadrado, 2004: 203-204.

- hace sentir orgulloso de trabajar con él». La reacción de Jem, tras el abatimiento del perro rabioso por Atticus, refleja válidamente este ítem.
- b) Influencia idealizada-carisma (aspectos conductuales). Parecido al anterior. Este factor se centra, sin embargo, en las posibles conductas de los líderes carismáticos, como la que se expresa a través del ítem «Nos habla de los valores y creencias importantes para él». Apreciamos este ítem en el diálogo que Atticus mantiene, con sus hijos, acerca del uso de las armas de fuego, transmitiéndoles sus valores y creencias sobre ello.
 - c) Motivación inspiracional. Este factor puede solaparse en ocasiones con los dos anteriores dependiendo de hasta qué punto las personas asociadas con el líder busquen identificarse con él. Sin embargo, la motivación inspiracional hace referencia al grado en que el líder es capaz de transmitir la importancia de la misión a realizar. Un ítem ejemplo de este factor es «Articula una atractiva visión de futuro». La explicación de Atticus a Scout del motivo por el que defiende a Tom Robinson, y la trascendencia que ello implica para las generaciones venideras, representadas por Scout y Jem, constituye un muy buen ejemplo de este ítem.
 - d) Estimulación intelectual. Hace referencia a aquellas conductas del líder que motivan a las personas que trabajan con él a pensar por sí mismos y a resolver los problemas de forma creativa. Un ítem ejemplo de este factor es «Hace que vea los problemas desde ángulos diferentes». La escena de la conversación entre Atticus y Scout, tras su primer día de escuela, encajaría a la perfección en este ítem.
 - e) Consideración individualizada. Las conductas expresadas en este factor señalan a un líder que trata a las personas que trabajan con él de manera individual y les proporciona consejo cuando es necesario. El ítem «Me trata más como persona individual que como miembro de un grupo» es uno de los que constituyen este factor. La forma en que Atticus se preocupa en tener al corriente a Helen, a la esposa de Tom Robinson, de las vicisitudes procesales de su marido, más allá de una típica, y fría relación abogado-cliente es un adecuado reflejo de este ítem.

Una vez descritas las características del liderazgo transformacional, sus ítems y su correspondencia con las escenas analizadas de la película, podemos concluir que Atticus Finch es, en nuestra opinión, un líder transformacional. Dicho de otro modo, por Goleman, Boyatzis y McKee:

«Los líderes que poseen una elevada conciencia emocional están en contacto con sus señales interiores y reconocen el modo en que sus sentimientos les afectan y acaban influyendo en su rendimiento laboral. Son personas que también están en contacto con los valores que les guían y que, muy a menudo,

pueden ver la imagen global de una determinada situación compleja e intuir así el curso de acción más adecuado. Los líderes emocionalmente conscientes de sí mismos suelen ser sinceros y auténticos y son capaces de hablar abiertamente de sus emociones y de expresar con convicción la visión que les guía.» (Goleman, Boyatzis y McKee. 2002: 309).

A mayor abundamiento, el consultor Chris Lowney afirma:

«Los líderes verdaderos, los verdaderos héroes, encuentran realización, significado y hasta éxito al tender la mirada más allá de su propio interés para servir al prójimo, y se crecen si enfocan algo más grande que el solo interés propio». ¹⁹ (Lowney. 2008: 298).

Veamos, seguidamente, como trasciende ese liderazgo en la defensa de Tom Robinson.

3. *El estilo de liderazgo de Atticus Finch y su trascendencia en la defensa de Tom Robinson: empatía, autoconocimiento, autogestión, gestión interpersonal y motivación*

Finch desarrolla, como abogado, una estrategia de defensa proactiva. Su principal línea argumental se centra en desmontar las falacias del relato de la acusación. Y lo hace de una manera extraordinariamente sencilla: poniendo el foco en los hechos objetivamente demostrables y rebatiendo las conjeturas de los demandantes perjurios, a quienes consigue dejar en evidencia frente al jurado.

La sencillez del discurso de Finch viene dada porque lo adapta a su auditorio y al jurado: gente del medio rural, con un nivel de instrucción formal bajo y escasos conocimientos jurídicos, pero perfectamente capaces de discernir lo que ha pasado y las diferencias entre el bien y el mal. Esto, en sí mismo, no es más que una aplicación práctica de la empatía y la gestión interpersonal.

Veamos, pues, los principales puntos de la defensa de Tom Robinson:

- El día de autos, no hubo constatación médica de que el delito denunciado se hubiese producido realmente. Esto, constituye una gravísima falta de diligencia, por parte del sheriff Tate, y debería haber provocado el archivo de la causa, en ausencia de otras pruebas concluyentes, como señala Finch en su alegato final.
- La víctima fue agredida (esto es lo único que parece claro y verdadero en todo el caso) por un hombre zurdo, pero el acusado perdió toda la movilidad de su brazo izquierdo, tras un accidente laboral, cuando era un niño. Por tanto, resulta de todo punto imposible el que pudiese haber agredido a la denunciante de la forma que ella relata.

¹⁹ Chris Lowney, 2008: 298.

- La única testigo de los hechos es la propia víctima y su testimonio y el del acusado son diametralmente opuestos. El padre de la víctima sólo puede acreditar que el procesado estaba en el lugar donde ocurrieron los hechos cuando él llegó. Nada más.
- En un brillante interrogatorio, y mostrando un gran respeto por la teórica víctima, Mayella Ewell, Finch logra desmontar su relato, por inconsistente, y viene a demostrar que sólo pudo haber sido golpeada por su propio padre (alcohólico, violento y maltratador), al que también interroga y del que queda constancia, tras pedirle Atticus que escriba su nombre en un papel, que es zurdo.
- No obstante, todo ese esfuerzo de oratoria y argumentación jurídica no vale absolutamente para nada. Tom Robinson es condenado por un jurado que se deja arrastrar por sus prejuicios y cuyo veredicto parece haber estado predeterminado de antemano. Ello no es motivo para que su abogado desfallezca. En este sentido, señala el profesor Rodríguez Mourullo: «Como se ve, cuando nos adentramos en un proceso judicial, no nos hallamos en el mundo de las premisas incontestables que, a través de una demostración analítica, conducen a una conclusión necesaria, sino en el reino de lo opinable, de lo discutible, en el marco de lo dual, de las dos verdades, la duda y el duelo dialéctico que abre paso a la decisión final, es decir, a la elección de una entre las varias soluciones posibles, porque la sentencia no encierra nunca la justicia absoluta, sino –como con acierto subrayó Legaz y Lacambra– «un punto de vista sobre la justicia».²⁰ (Rodríguez Mourullo. 1988: 23-24).
- Y ese «punto de vista sobre la justicia», expresado por el jurado, y, a la sazón, bastante «injusto», lejos de desmoralizarle a Finch, le impele a perseverar. Confía en poder lograr la absolución de su cliente en la segunda instancia y, en cuanto concluye el juicio, comienza a pensar en la apelación (denotando un elevado grado de autoconocimiento, autogestión y motivación). La trágica muerte de Tom Robinson cercena toda posibilidad de seguir luchando por su inocencia.

En resumen, el letrado Finch despliega todo su abanico de herramientas jurídicas y de liderazgo e inteligencia emocional en el proceso, pero no puede evitar que su cliente sea condenado por una triste y terrible razón: Tom Robinson es declarado culpable, únicamente, por ser afroamericano. Es el color de su piel, y no sus actos, lo que le lleva a la cárcel. Lo condenan los prejuicios, no los argumentos jurídicos, y en esa tesitura no hay ley ni abogado capaces de hacer triunfar la verdad.

²⁰ Gonzalo Rodríguez Mourullo, 1988: 23-24.

IV. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA PELÍCULA. CONCLUSIONES

- El filme, basado en la novela homónima de la escritora Harper Lee, constituye una crítica a la segregación y a la discriminación raciales. El personaje del abogado Atticus Finch es presentado como un modelo de comportamiento ético a seguir, en un momento histórico, los años sesenta, en que las tensiones raciales pasaron a articularse socialmente a través del movimiento por los derechos civiles; estableciéndose así un cauce de lucha política frente a una situación de violencia generalizada contra la población afroamericana. Así lo expresa Howard Zinn, historiador progresista estadounidense:

«En 1967 tuvieron lugar los mayores disturbios urbanos de la historia americana en los «ghettos» negros del país. Según el informe del Comité de Consejo Nacional para los Disturbios Urbanos, hubo ocho alzamientos importantes, treinta y tres sublevaciones «graves, pero no trascendentes» y ciento veintitrés «pequeños» disturbios. Murieron ochenta y tres personas por disparos de armas de fuego, en su mayoría en Newark y Detroit. «La abrumadora mayoría de personas que murieron o resultaron heridas en todos los disturbios eran civiles negros». El «alborotador típico» -según la Comisión- era el joven que había dejado el instituto de educación secundaria, pero «con una educación ligeramente más alta que su vecino negro no alborotador» y «la mayoría de las veces con trabajos parciales o de baja categoría»; estaba «orgullosa de su raza, y era extremadamente hostil tanto hacia los blancos como hacia los negros de clase media, y aunque estaba al corriente de la situación política, no tenía ninguna confianza en el sistema político»²¹. (Zinn. 2005: 426-427). El hecho de que gran parte de estas situaciones perduren en nuestros días debería hacernos reflexionar, entre otras cosas, acerca de la falta de liderazgo e inteligencia emocional entre la clase política. No es menos preocupante el escaso ejercicio del criterio por parte de los ciudadanos a la hora de dar su apoyo en las urnas a determinadas fuerzas políticas que hacen de ideas simples, verdades a medias, o completas mentiras la esencia de sus idearios y programas. El «alborotador típico», al que aludía Zinn, se ha convertido, hoy, en votante y apoyo de lo que se ha dado en llamar «populismo» pero que, en realidad, no es más que una manifestación contemporánea de la demagogia más añeja.

- En la película son patentes, también, otro tipo de críticas no tan incisivas. Entre ellas, al sistema del jurado, del que Finch expresa sus dudas, pero sin llegar a profundizar e identificarlo como un medio de control social de ciertos grupos mediante la selección sesgada y arbitraria de sus componentes (todos hombres de raza blanca). Finch cree en el sistema, más allá de los fallos de éste. Se focaliza la atención en el caso

²¹ Howard Zinn, 2005: 426-427.

concreto de Tom Robinson, pero la crítica al racismo y a la segregación racial no ahonda en las raíces últimas de la misma. Lo mismo ocurre con la identificación entre criminalidad e ignorancia, pobreza, alcoholismo y baja extracción social. Los delinquentes son los desfavorecidos. Para los sociólogos criminales Reiman y Leighton:

«Parece extenderse la idea de que el objetivo de nuestro sistema jurídico penal no es eliminar el delito o llegar a alcanzar la justicia sino proyectar, a la ciudadanía estadounidense, una imagen creíble de la amenaza del crimen como una amenaza proveniente de los pobres. Para completar esta visión, la administración de justicia exhibe ante nuestros ojos una considerable nómina de delinquentes pobres.»²² (Reiman y Leighton. 2013: 1).

- Dada que la acción de la obra se sitúa en 1932, incluso el propio Atticus Finch entiende como tolerables ciertos niveles de racismo. Nos referimos a la conveniencia de que no se establezcan relaciones personales mixtas entre blancos y afroamericanos. Y lo expresa, en su propio alegato, ante el jurado:

ATTICUS. (...) ¿Y qué era lo que había hecho (Mayella Ewell)? Había tentado a un negro. Ella era blanca y había tentado a un negro. Hizo una cosa que en nuestra sociedad es algo imperdonable: besar a un hombre negro.²³

- Y es que existe un elevado grado de machismo subyacente en la película. Podría establecerse una suerte de paralelismo simbólico entre el personaje de Mayella Ewell y la Eva bíblica. Ambas son las que traen el mal al «Paraíso»: tientan al hombre y le conducen a su perdición. Salvo Mayella, y con la excepción del personaje de Scout, (independiente, rebelde y soñadora, aunque se nos presente un tanto «asilvestrada», en su aspecto físico y atuendo, como queriendo recalcar su orfandad y la ausencia de un referente materno) cuyo protagonismo se refuerza por ser la narradora de los hechos, los personajes femeninos tienen un papel marcadamente secundario: la señorita Maudie, la tía Stephanie, la señora Dubose y la asistenta, Calpurnia son más observadoras de lo que ocurre que motores de la acción.
- El personaje de Boo Radley presenta un marcado carácter ambivalente. Se trata de un joven discapacitado, al que su familia oculta por vergüenza, y al que todos temen, por desconocimiento e ignorancia, pero que acaba salvando de la muerte a Scout y Jem. La interpretación de las implicaciones subconscientes que encarna el personaje no es sencilla.

²² Jeffrey Reiman, Paul Leighton, 2013: 1.

²³ Robert Mulligan, 1962: 1:31:14.

Por un lado, podríamos extraer la conclusión de que muchas veces somos injustos en nuestras apreciaciones respecto a los demás y que aquellos que catalogamos como potencialmente peligrosos para nosotros son, en realidad, aquellos con los que tenemos más en común y quienes pueden salvarnos/comprendernos. Por otro, Boo Radley encarnaría una suerte de invocación subliminal a la justicia primitiva, más allá de un sistema jurídico penal inhumano e injusto que deja libre al culpable y lleva a la muerte al inocente.

- Pensamos que el personaje de Atticus Finch, con ligeros ajustes y matices, y su fuerte compromiso ético, no ha perdido vigencia con los años. Pero hoy, nuestro abogado, tendría que lidiar con una nueva y compleja realidad, incipiente en los años treinta del siglo XX, pero omnipresente en nuestros días: los medios de comunicación de masas y su doble función; como agentes amplificadores de la realidad, y como medio de control social. El caso de Tom Robinson sería, muy posiblemente, retransmitido en directo por la Fox, la CNN, la ABC y la CBS y acapararía las portadas del USA Today y del New York Post, a la par que suscitaría hondos debates en los sesudos Washington Post y New York Times. El sociólogo del derecho Herbert J. Gans clasifica las noticias que se difunden en los medios en dos tipos:

«Un primer tipo sería el denominado «noticias del desorden», que nos informarían tanto de las amenazas a varios tipos de orden como de las medidas tomadas para restaurarlo. El segundo tipo, que llamaríamos «noticias cotidianas», incluiría una selección de noticias «oficiales», debidamente elegidas y aprobadas por el poder. Ambos tipos de noticias, a pesar de sus diferencias, ayudan a reproducir el orden social dominante».²⁴ (Gans. 1980: 52).

El caso de Tom Robinson podría ser objeto de difusión mediática encuadrado en cualquiera de las dos clases. En el primer supuesto, exacerbando el carácter supuestamente sexual de la agresión y poniendo el foco en que el presunto agresor es un afroamericano. En el segundo, desde una perspectiva pretendidamente más «neutra», dando cuenta del suceso y haciendo énfasis en la pronta respuesta de las autoridades para la detención, y puesta a disposición del jurado, del presunto agresor.

En síntesis, y a modo de colofón, señalar que, en nuestra opinión, Atticus Finch encarna un modelo sobresaliente de inteligencia emocional y liderazgo aplicado a la profesión jurídica. El hecho de que se trate de un personaje de ficción no le resta un ápice de interés a su figura y esperamos haber contribuido, con nuestro análisis crítico, a reivindicar la importancia que tiene la

²⁴ Herbert J. Gans, 1980: 52.

defensa letrada para el buen funcionamiento del sistema jurídico penal y, en suma, de la sociedad en su conjunto.

BIBLIOGRAFÍA

- ANÓNIMO, VARIOS AUTORES, (2002): *Reglas para formar un abogado (Edición facsímil de la original de 1794)*. Maxtor, Valladolid.
- AQUINO, Tomás De, (2014): *Suma de Teología*. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.
- CICERÓN, Marco Tulio, (1998): *Los oficios o los deberes*. Edición de Joaquín Peñalosa, Porrúa, Méjico D.F.
- COVEY, Stephen, (2010) *El liderazgo es un arte que posibilita*. En Frances Hesselbein y Alan Shrader, (2010): *De líder a líder*, Granica, Buenos Aires.
- FOOTE, Horton, (1962): *To kill a Mockinbird (Final Screenplay)*. Universal Studios, Hollywood.
- GANS, Herbert, (1980): *Deciding What's News: A Study of CBS Evening News, NBC Nightly News, Newsweek and Time*. Vintage Books. Nueva York.
- GARDNER, Howard, (1983): *Frames of Mind. The Theory of Multiple Intelligences*. Basic Books, Nueva York.
- GOLEMAN, Daniel, (1996): *Inteligencia emocional*. Kairós, Barcelona.
- GOLEMAN, Daniel; BOYATZIS, Richard y MCKEE, Annie, (2002): *El líder resonante crea más*. Plaza y Janés, Barcelona.
- LOWNEY, Chris, (2008): *El liderazgo al estilo de los jesuitas*, Edigrabel, Barcelona.
- MOLERO, Fernando; CUADRADO, Isabel, (2004) *El liderazgo y la cultura en las organizaciones*. En Amparo Osca, (2004): *Psicología de las organizaciones*, Sanz y Torres, Madrid.
- MULLIGAN, Robert, (1962): *Matar a un ruiseñor*. Universal Studios, Hollywood.
- PÉREZ, Matilde, (2017): «La epiqueya en la visión de Francisco Suárez», *Prudentia Iuris*, núm. 83.
- POWELL, Colin, (2012): *It Worked for me*. Harper Collins, Nueva York.
- RAFTER, Nicole, (2006): *Shots in the Mirror*. Oxford University Press, Nueva York.
- RAIMAN, Jeffrey; LEIGHTON, Paul, (2013): *The Rich get Richer and The Poor get Prison*. Pearson, Nueva Jersey.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, (1988): *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*. Cívitas, Madrid.
- SALOVEY, Peter; MAYER, John, (1990): «Emotional Intelligence», *Imagination, Cognition and Personality*, vol. 9, núm. 3.
- SHIELDS, Charles J., (2006): *Mockingbird, a Portrait of Harper Lee*. Henry Holt and Company, Nueva York.
- ZINN, Howard, *La otra historia de Estados Unidos* (2005), Hiru, Hondarribia.

**Premio
Juan Churruca**

LA LIMITACIÓN A LA DEDUCIBILIDAD DE LOS GASTOS FINANCIEROS EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: EVOLUCIÓN Y ANÁLISIS COMPARATIVO

The limitation on interest deductions in the Law of Spain and the Basque Country: Evolution and Comparison

Irene Martínez Martínez
Universidad de Deusto
irenemartinez.imm@gmail.com

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp355-394](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp355-394)

Recibido: 21.10.2019
Aceptado: 18.11.2019

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto dar una visión de la evolución en el tratamiento legal de la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros como medio para evitar la elusión fiscal, tanto a nivel supranacional, como nacional y, más concretamente, foral, así como analizar las cuestiones más problemáticas que surgen de la aplicación de esta limitación. En la actualidad, es patente la preocupación de los países de la OCDE y de otros organismos supranacionales por el fraude fiscal y la elusión de impuestos, fenómenos que se han generado como productos derivados de la globalización y que utilizan los gastos financieros como una de sus herramientas más habituales por la facilidad con la que permite el traslado de bases imponibles a territorios de menor o nula tributación.

Palabras clave

Gastos financieros, BEPS, elusión, subcapitalización, Impuesto sobre Sociedades.

Abstract

This essay intends to give a broad vision on the legal treatment of the limitation on interest deductions understood as a tool for tax avoidance at a supranational, Spanish internal law and, more specifically, special-foral basque law, and to analyse the most problematic issues this limitation raises. Nowadays, the concern that the OCDE and other supranational organisations have on tax fraud and evasion is manifest. This phenomenon has developed as a by-product of globalization and uses interest deductions as one of the most usual tools for base erosion and profit shifting.

Keywords

Limitation on Interest Deductions, evasion, BEPS, action 4, Corporate Tax.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO DE LAS NORMAS SOBRE SUBCAPITALIZACIÓN. II. MEDIDAS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO COMUNITARIO. 1. *Plan BEPS*. 2. *Anti Tax Avoidance Package*. III. LAS NORMAS ANTI-SUBCAPITALIZACIÓN Y SUS PROBLEMAS DE INCOMPATIBILIDAD. 1. *El principio de independencia y la subcapitalización en el Modelo Convenio de la OCDE*. 2. *La norma anti-subcapitalización en el ordenamiento jurídico español*. IV. De LA SUBCAPITALIZACIÓN A LA LIMITACIÓN A LA DEDUCIBILIDAD DE GASTOS FINANCIEROS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. V. EL TRATAMIENTO DE LOS GASTOS FINANCIEROS EN LA LEY 27/2014, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. 1. *El límite general del artículo 16 de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades*. 2. *La limitación a la deducibilidad de gastos financieros en la compra de acciones apalancada*. 3. *La no deducibilidad de gastos financieros en las operaciones intragrupo*. VI. EL TRATAMIENTO DEL EXCESO DE GASTOS FINANCIEROS EN LA NORMA FORAL DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES DE BIZKAIA. 1. *El origen de la regla de subcapitalización en la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades de Bizkaia*. 2. *La regla de subcapitalización de la Norma Foral 11/2013, del Impuesto sobre Sociedades*. 3. *Efectos del artículo 47 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades*. 4. *La limitación a la deducibilidad de gastos financieros en la Norma Foral 11/2013*. 5. *El doble límite del artículo 47 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades y su conciliación con el artículo 25.bis*. VII. CONCLUSIÓN. *BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES*.

I. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO DE LAS NORMAS SOBRE SUBCAPITALIZACIÓN

Desde la óptica tributaria, a la financiación con recursos ajenos se le otorga un tratamiento divergente frente a la financiación con fondo propios, lo cual resulta en una carga tributaria final diferente tanto para el sujeto que percibe la financiación como para aquel que la aporta, como consecuencia del diferente régimen tributario aplicable a la remuneración de uno y otro tipos de financiación¹.

Mientras que en el primer caso dicha retribución la constituye el pago de intereses, que, en general, tienen carácter de gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades, la financiación con recursos propios se remunera con dividendos, que no gozan de dicho carácter. Desde la perspectiva del financiador los intereses son una renta sujeta a gravamen mientras que los dividendos,

¹ C. Taboada, «La subcapitalización y los convenios de doble imposición». En *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 137/138, (1995), 79.

sujeto al cumplimiento de determinados requisitos, se consideran exentos para el accionista persona jurídica.

Esta diferencia de tratamiento entre financiación ajena y propia incide directamente sobre la base imponible de los sujetos, lo cual se agudiza cuando nos referimos a estructuras de financiación transfronterizas², en las que entran en juego las diferencias impositivas entre países, que hacen que la operación pueda no tener un carácter netamente neutro tomando en consideración el grupo de entidades afectadas. En atención a lo anterior, por tanto, la decisión sobre cómo financiar una sociedad tiene importantes consecuencias fiscales, no existiendo, en principio, ninguna limitación respecto a dicha decisión³. Ello implica que en el contexto de un grupo de sociedades pudiera resultar ventajoso que la matriz financie a una de las filiales mediante préstamos, en lugar de mediante aportación de capital para obtener un trato fiscal más favorable⁴.

Como reconoce la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE⁵), el dinero es un bien móvil y fungible, y dicho carácter, junto con la globalización y apertura comercial, facilitan el flujo de capitales financieros. Ello permite a los grupos multinacionales financiar sus operaciones transfronterizas de forma óptima y eficiente mediante recursos tanto propios como ajenos⁶, dando lugar a la obtención de mejores resultados al incidir sobre su nivel de endeudamiento, minimizando sus obligaciones tributarias.

Los grupos multinacionales pueden obtener dicho resultado bien mediante el ajuste de la deuda del grupo, bien con la utilización de instrumentos financieros para realizar pagos equivalentes a los intereses pero no sometidos a la limitación de la deducibilidad de estos⁷. Al concentrar los grupos la financiación ajena en algunas de las entidades del grupo, consiguen disminuir la base

² R. Fuster Tozer, C. Durán Haeussler, J. Villalón Pérez-Artacho, A.L. Artamendi Gutiérrez, «Capítulo IV. Acción 4: Limitación de la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros gastos financieros» en *Plan de acción BEPS: Una reflexión obligada*. (Madrid: Fundación de Impuestos y Competitividad, 2017), 97-98.

³ F.A.Veha Borrego, «La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario» en *Crónica Tributaria* n.º 104, (2002), 5-6.

⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. L.A. Geelhoed presentadas el 29 de junio de 2006- Asunto C-524/04.

⁵ OCDE, «Resúmenes. Informes Finales 2015» en *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios* (2015), p. 17.

⁶ R. Fuster Tozer, C. Durán Haeussler, J..., op. cit., 97.

⁷ B. Parejo García, «La regla de la delimitación de deducibilidad de intereses» en *La armonización de las normas contra la elusión fiscal relativas a la fiscalidad directa en la Unión Europea* por J.M. Almuní Cid (Cizur Menor: Ed. Aranzadi S.A.U. 2018), 1.

imponible del mismo y localizarla en otros territorios, alejándose del principio por el que se habría de tributar en un determinado territorio por los beneficios que en él se generan⁸.

En la actualidad, es considerable la preocupación de los países de la OCDE y de otros organismos internacionales por el fraude fiscal y la elusión de impuestos, que se ha generado como producto derivado del fenómeno de la globalización. Así, se observa el incremento en la constitución de empresas en territorios poco o nada colaboradores con las autoridades tributarias de otros países y con sistemas de baja o nula tributación, trasladando a ellos los beneficios obtenidos, como parte de lo que se ha venido a denominar política fiscal agresiva⁹. A pesar de los esfuerzos a nivel internacional y supranacional para promover la armonización de los sistemas impositivos nacionales, no se ha conseguido desarrollar una normativa fiscal internacional coordinada, dejando la puerta abierta, en consecuencia, a la utilización de estructuras fiscales que permiten minorar la tributación¹⁰, incrementando en consecuencia la competencia fiscal entre Estados¹¹.

El presente trabajo tiene por objeto dar una visión de la evolución en el tratamiento legal de la limitación a la deducibilidad de gastos financieros como medio para evitar la elusión fiscal, tanto a nivel supranacional, como nacional y, más concretamente, foral, así como analizar las cuestiones más problemáticas que surgen de la aplicación de esta limitación.

II. MEDIDAS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO COMUNITARIO

1. *Plan BEPS*

Con las siglas BEPS (Base Erosion Profit Shifting) se alude a las estrategias de planificación fiscal que explotan los vacíos y desajustes legales para desplazar beneficios a territorios de baja o ninguna imposición a través de esquemas que, en la mayoría de los casos, no son ilegales pero atentan contra la justicia e integridad de los sistemas fiscales al permitir a las empresas que operan a nivel internacional conseguir ventajas competitivas sobre las

⁸ I. Alonso Arce, *La limitación a la deducción de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades*. Forum Fiscal nº 234. Junio 2018.

⁹ J.M., Lago Montero, «Planificación fiscal agresiva, BEPS y litigiosidad», *Ars Iuris Salmanticensis. Estudios*. Vol. 3, (2015), 55-73.

¹⁰ R. Fuster Tozer, C. Durán Haeussler, J. . . , op. cit., 97.

¹¹ M.A. Gómez Suárez, *La intervención de la fiscalidad en el desplazamiento interjurisdiccional de las estructuras financieras de los grupos multinacionales* (A Coruña: Universidade Da Coruña, 2015), 2.

empresas que operan a nivel doméstico¹². Así, en 2013, la OCDE y los países miembros del G20 adoptaron un plan compuesto de quince acciones contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios que han de ser implementadas a través de reformas de la legislación doméstica y de los tratados internacionales¹³. Este proyecto tiene por finalidad evitar la planificación fiscal agresiva, asegurar que los beneficios son gravados en el territorio en el que se generan, posibilitar un intercambio automático de información entre las administraciones tributarias y frenar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios¹⁴. Las acciones, que se configuran como recomendaciones y propuestas y no como normas jurídicamente vinculantes, se articulan en torno a tres ejes: nuevos estándares internacionales para asegurar la coherencia del impuesto sobre sociedades a nivel internacional, realinear la fiscalidad sobre la base de la sustancia de las actividades económicas y mejora de la transparencia¹⁵, y son desarrolladas por una serie de informes cuya versión definitiva fue publicada en octubre de 2015. Dichos informes configuran unos estándares mínimos, metodologías comunes y recomendaciones de nuevas prácticas¹⁶, así como otras medidas tendentes a revisar los estándares internacionales para la eliminación de la doble imposición, entre las cuales se encuentra la limitación a la deducibilidad de los gastos financieros⁹.

El Informe BEPS identificó que, de hecho, «el uso de los gastos financieros por los grupos multinacionales es uno de los mecanismos de planificación fiscal internacional más sencillos para desplazar bases imponibles.»¹⁷ Los grupos, de acuerdo a los Informes Finales BEPS¹⁸, hacen uso de instrumentos financieros para realizar pagos de intereses mediante formas jurídicas diversas para sortear la limitación de la deducibilidad de gastos financieros,

¹² OCDE. «Progress report July 2017-June 2018» en *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*. 2018, p. 4.

¹³ OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4*, 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing. 2015. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en> (Última consulta 21 de marzo de 2019).

¹⁴ I. Otaegi, D. Armesto, «Fiscalidad Internacional» del máster en Asesoría Fiscal. Cámara de Comercio, Bilbao.

¹⁵ F. Martínez Sesma, *Medidas del proyecto BEPS implantadas por la UE y en el reino de España: territorio de régimen común y territorios forales (I)*. Forum Fiscal nº 244, julio 2018.

¹⁶ D.T. Mendoza López, F. Valdez Aguirre, *El plan de acción OCDE/G20 en la construcción del pacto global por la justicia fiscal* (Cizur Menor: Editorial Aranzadi, S.A.U. 2018), 3.

¹⁷ S. López Ribas, *El principio de libre competencia y los gastos financieros* (LA LEY 788/2016, 2016), 5.

¹⁸ OCDE, «Resúmenes. Informes Finales 2015» en *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. 2015, p. 17.

erosionando de dicha manera su base imponible a través del traslado de beneficios. Así, el grupo «concentra un elevado nivel de deuda en entidades independientes de países con alta tributación», o «utiliza préstamos intragrupo para generar deducciones por intereses superiores a los gastos efectivamente incurridos por pago de intereses a terceros» o «utiliza financiación obtenida de empresas del grupo o a entidades independientes para generar rentas no sometidas a gravamen».

En concreto, la Acción 4 del Informe de la OCDE, siguiendo la línea marcada por la Resolución del ECOFIN de 8 de junio de 2010, pretende «limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros¹⁹». Considera que la deducción excesiva de intereses debe ser abordada de manera coordinada entre los países por los riesgos que implica para la competencia y para evitar que se genere una doble imposición. Así, la OCDE propone una metodología común para prevenir ese fenómeno e insta al diseño de normas para prevenir la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios mediante la deducción de intereses. En concreto, sugiere dos normas: un ratio fijo y un ratio global. Recomienda la fijación de un ratio que limite las deducciones netas por intereses de la entidad a un porcentaje de entre el 10% y el 30% del beneficio antes de intereses, depreciaciones y amortizaciones e impuestos o EBITDA, y que será, como mínimo, aplicable, a entidades que formen parte de un grupo. Dicho límite puede ser complementado por un ratio global a nivel de grupo que permita superar el primero en circunstancias determinadas. De esta manera se pretende que los gastos financieros realmente deducidos guarden relación directa con la renta imponible derivada de la actividad económica de la entidad y evita, en efecto, la doble imposición.

Al amparo de la acción 4, se permite la adopción de otras disposiciones como la fijación de un umbral impositivo deducible mínimo, la exclusión de intereses pagados a terceros prestamistas, la no sujeción del sector bancario y de seguros a estas normas o la traslación o imputación de gastos por intereses no deducidos y la capacidad no utilizada a ejercicios subsiguientes.

Los informes finales de BEPS son instrumentos de *soft law*, por lo que requieren de la labor de los gobiernos para su implementación a través de legislación.

2. *Anti Tax Avoidance Package*

El Anti Tax Avoidance Package (en adelante ATAP), que refleja una clara apuesta de la Unión Europea por la armonización de las soluciones

¹⁹ OCDE, «Nota explicativa. Informes Finales 2015» en *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. 2015, p. 17.

adoptadas en materia de elusión fiscal²⁰, forma parte de la agenda de la Comisión Europea en aras de una imposición corporativa más justa, simple y efectiva en la Unión Europea que garantice una fiscalidad eficaz, transparencia fiscal y condiciones equitativas²¹ a través de medidas de prevención de la planificación fiscal agresiva y de transparencia, llamando a los Estados Miembros a llevar a cabo una acción coordinada contra la evasión fiscal²². Dentro de los elementos que componen este «paquete» se encuentra la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio²³, o Directiva anti-abuso por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, también conocida como Anti Tax Avoidance Directive o ATAD, principal exponente de la denominada «BEPS europea»²⁴. ATAD, que fue reformada en 2017 por la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017^{25, 26} (ATAD II), contiene cinco medidas anti-abuso con carácter vinculante que deben ser aplicadas por los Estados para combatir las formas habituales de la planificación fiscal agresiva y que han de ser de aplicación desde el 1 de enero de 2019²⁷. Entre ellas se encuentra la limitación en la deducibilidad de intereses, que tiene como finalidad desincentivar los ajustes de la deuda con el objeto de minimizar la tributación y que sigue en general lo recomendado por la acción 4 de BEPS.

El artículo 4 de esta Directiva, bajo la rúbrica «Norma relativa a la limitación de los intereses» establece una *ceiling rule*, que limita la deducibilidad de los intereses al 30% del EBITDA del contribuyente, y una serie de medidas de escape que permiten la no limitación de la deducibilidad cuando los gastos no superen los tres millones de euros, no limitación para entidades

²⁰ I. Merino Jara, *BEPS, Unión Europea y Hacienda Foral. Proyecto de Investigación «La residencia fiscal ante la diversidad de poderes tributarios desde la perspectiva del País Vasco»* (DER2015-63533-C4-1-P. MINECO/FEDER).

²¹ F. Martínez Sesma, op. cit.

²² EUROPEAN COMMISSION. Anti Tax Avoidance Package. https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package_en (Última consulta 9 de marzo de 2019).

²³ Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio. «DOUE» L 193/1, de 19 de julio de 2016.

²⁴ C. García, *La deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto de Sociedades* (Madrid: Marcial Pons, 2016) 13.

²⁵ Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017. «DOUE» L 144/1, de 7 de junio de 2017.

²⁶ La Directiva 2017/952 introdujo dos nuevos incisos, el inciso ii de la letra a del apartado 5 y el apartado 8, al artículo 4 de la Directiva 2016/1164.

²⁷ EUROPEAN COMMISSION. The Anti Tax Avoidance Directive. https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package/anti-tax-avoidance-directive_en (Última consulta 9 de marzo de 2019).

aisladas, no pertenecientes a un grupo, y una ratio global de grupo que habilita la deducibilidad de intereses por encima del ratio fijo en atención al gasto financiero neto y EBITDA del grupo a nivel mundial.

La Directiva se constituye como una norma de mínimos, pudiendo los Estados incrementar las exigencias dentro del respeto de las libertades fundamentales, y se plantea como una solución temporal hasta la adopción en la Unión Europea de una Directiva relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (BICCIS o CCCTB) en la que trabaja el Consejo²⁸.

III. LAS NORMAS ANTI-SUBCAPITALIZACIÓN Y SUS PROBLEMAS DE INCOMPATIBILIDAD

1. *El principio de independencia y la subcapitalización en el Modelo Convenio de la OCDE*

El principio de independencia o libre competencia o *arm's length principle* tiene por objeto garantizar la distribución del poder tributario de los Estados en relación con las rentas internacionales²⁹ y exige que las partes en una transacción, incluso las vinculadas, deban actuar como sujetos independientes, con sujeción a las condiciones de mercado.

Ello se traduce, en lo relativo a los gastos financieros por endeudamiento de empresas vinculadas, en una serie de reglas de valoración plasmadas en el artículo 9 del Modelo Convenio OCDE³⁰ y en las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE³¹, así como en la regulación de los gastos financieros derivados de un exceso de endeudamiento con entidades vinculadas no residentes en los ordenamientos jurídicos nacionales³².

Un préstamo concedido en situación de mercado se define como aquel que habrían obtenido partes no vinculadas³³, de suerte que el pago de

²⁸ CONSEJO EUROPEO. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/ccctb/> (Última consulta 9 de marzo de 2019).

²⁹ F.A. Vega Borrego, op. cit., 7.

³⁰ OCDE. *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio*. 2010, p. 188.

³¹ OCDE. *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*. 2010, p. 40.

³² S. López Ribas, *El principio de libre competencia y los gastos financieros* (LA LEY 788/2016, 2016).

³³ Distinguen algunos autores (LÓPEZ RIBAS) a este respecto entre lo que denominan «could approach» y «would have approach». Así, el primero entiende que el importe máximo de endeudamiento que generaría intereses deducibles es aquel que un tercero independiente habría prestado, mientras que el segundo defiende que dicho importe se

intereses que no satisfaga dicha condición será considerado, de acuerdo al artículo 9.1 del Modelo Convenio, como participación en beneficios³⁴.

Los propios comentarios al Modelo Convenio prevén que los Estados puedan aplicar sus propias normas de subcapitalización siempre que su efecto sea asimilar los beneficios obtenidos por el prestatario a la cantidad que habría obtenido en una situación de libre competencia, sin incrementar la base imponible de la entidad doméstica más de lo que se habría obtenido de acuerdo al principio de libre competencia.

2. La norma anti-subcapitalización en el ordenamiento jurídico español

En el ordenamiento jurídico español se abordó la problemática relativa a los gastos financieros por endeudamiento de empresas vinculadas mediante una regla de subcapitalización. La subcapitalización se conceptúa como aquella situación en la que, por la prevalencia de los fondos ajenos sobre los propios, la entidad minora su carga tributaria, disminuyéndose de esta manera la recaudación de la Hacienda Pública³⁵. Este fenómeno de manipulación de la proporción de endeudamiento y capital ha sido considerado abusivo por muchos Estados dando lugar a medidas para prevenir su utilización.

En la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978³⁶, en su artículo 16.9, fruto de la modificación operada por la Ley 18/1991, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas³⁷, se contemplaban los efectos tributarios derivados de los préstamos realizados por entidades vinculadas no residentes en condiciones distintas a las de mercado con el ánimo de obtener una minoración de la carga fiscal por medio de la deducción de intereses, estableciéndose reglamentariamente un coeficiente máximo de endeudamiento sobre capital³⁸.

determina en referencia al importe de endeudamiento que el prestatario habría suscrito de haber actuado en condiciones de libre competencia por responder a la necesidad comercial del prestatario.

³⁴ OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital (Condensed version as it to read on 21 november 2017)*. 2017, p. 226.

³⁵ E. Cencerrado Millán, «La subcapitalización» en *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, 637.

³⁶ Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades («BOE» núm. 312, de 30 de diciembre de 1978).

³⁷ Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas («BOE» núm. 136, de 7 de junio de 1991).

³⁸ Z. Chevarría, «La naturaleza jurídica de la norma de subcapitalización y su aplicación práctica como norma doméstica antielusión en el Reino de España», *Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas, año 3*, número 5. (2008), 14.

Es en la Ley del Impuesto de Sociedades de 1995³⁹ donde, en su artículo 20, se establece por primera vez una norma de subcapitalización propiamente dicha. Dicho precepto preveía un ratio fijo sobre la cifra del capital fiscal medio del periodo impositivo de suerte que los intereses correspondientes al endeudamiento neto medio del periodo impositivo que superase el importe de tres veces dicha cifra tendrían la consideración de dividendos. A los efectos de la aplicación de este artículo solo era tenido en cuenta el endeudamiento neto de una entidad «con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español con las que esté vinculada» y excluía de su ámbito de aplicación a las entidades financieras. Permitía el apartado tercero del precepto, toda vez que existiera un convenio de doble imposición entre los Estados de las entidades prestamista y prestataria, la sumisión de una propuesta de coeficiente distinto a la Administración tributaria «fundada en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiera podido obtener en condiciones normales de mercado con personas o entidades no vinculadas», de acuerdo con lo dispuesto por las normas de precios de transferencia contenidas por el artículo 16.6 del mismo cuerpo legal.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mostrado su disconformidad con las normas anti-abuso que se aplican sin que se verifique la concurrencia de fraude, exigiendo, en cualquier caso, el respeto de las libertades fundamentales⁴⁰.

En este sentido, en la sentencia *Lankhorst-Hohorts* del TJUE⁴¹ recaída en el asunto C-324/00, se declara que la normativa alemana de subcapitalización contenida en la ley del impuesto de sociedades alemán, similar a la entonces vigente en España y en los territorios forales, era contraria a la libertad de establecimiento promulgada por el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 43 TCE)⁴². Consideró el TJUE que la normativa alemana no se limitaba a sancionar montajes puramente artificiales tendentes a minorar la carga tributaria sino que se aplicaba a cualquier situación en la que la sociedad matriz estuviera domiciliada fuera de Alemania.

Entiende dicho Tribunal, además, que concurre vulneración de la libertad de establecimiento cuando se introduce una diferencia de trato entre filiales

³⁹ Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades («BOE» núm. 310, de 28 de diciembre de 1995).

⁴⁰ V. Ruiz Almendral, «Subcapitalización y libertad de establecimiento: el caso «Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation» como una oportunidad para rehabilitar el artículo 20 del TRLIS» (2008), 26, citado en J.A. Barciela Pérez, «Subcapitalización y libre circulación de capitales. El asunto *Itelcar C-282/12*» (BIB 2014\2156).

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 12 de diciembre de 2002, as. C-324/00, *Lanhorst Hohorst* (ECLI:EU:C:2002:749).

⁴² Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, «DOUE» C 326/49.

residentes según si su matriz está o no domiciliada en el país en cuestión (en este caso, Alemania), por hacer menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento por sociedades domiciliadas en un Estado Miembro distinto de aquel en el que se adoptare dicha disposición, y siempre que dicha diferencia no estuviera justificada por «razones imperiosas de interés general».

Para la adaptación de la normativa española a la jurisprudencia comunitaria, la Ley 62/2003⁴³, añadió un apartado cuarto al artículo 20 de la Ley de Impuesto de Sociedades de 1995, por el cual la norma anti-subcapitalización «no será de aplicación cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal», ampliando el Tribunal Supremo la exclusión a países con los que España tuviera suscrito un convenio de doble imposición⁴⁴.

Así, por tanto, la aplicación de la norma anti-subcapitalización del artículo 20 de la LIS, tras la reforma operada por la Ley 62/2003, exigía la concurrencia de una serie de requisitos:

- Vinculación entre la persona o entidad prestamista y prestataria.
- Que la sociedad residente estuviera endeudada con personas o entidades no residentes en la Unión Europea o localizadas en un territorio calificado como paraíso fiscal.
- Que el endeudamiento neto remunerado medio del periodo impositivo excediera del triple del capital fiscal medio de dicho periodo.

La modificación operada en el artículo 20 fue criticada por la doctrina por considerarla desproporcionada⁴⁵, puesto que se excluía de su aplicación a todas las entidades vinculadas de la Unión Europea, salvo que estuvieran en un paraíso fiscal, sin tomar en consideración si se trataba o no de un montaje puramente artificial. Esta postura se vió apoyada por sentencias posteriores del TJUE como *Test claimants in the Thin Group Litigation*⁴⁶⁴⁷ y *Lammers &*

⁴³ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 2003).

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 1 de octubre de 2009, nº 1696/2004 (RJ 2010/947).

⁴⁵ J.M. Calderón Carrero, «STJCE 13.3.2.007, C-524/04, Asunto Test Claimants in the Thin Cap Group: las Condiciones de compatibilidad comunitaria de las cláusulas de subcapitalización (y de precios de transferencia)» en *Crónica Tributaria* nº 155 (2015), 15. citado en J.A. Barciela Pérez, op. cit.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007, as. C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*. (ECLI:EU:C:2007:161).

⁴⁷ Este pronunciamiento se muestra a favor de la legalidad de las normas nacionales anti-subcapitalización que imponen restricciones basadas en un test de actuación como partes independientes, posibilitando que la filial pruebe que la operación se realizó por

*Van Cleef*⁴⁸. En efecto, estos pronunciamientos afirman la compatibilidad de las normas anti-subcapitalización con la normativa comunitaria siempre y cuando se refieran a préstamos que no responden a las condiciones de mercado y la no deducibilidad de los intereses se halle limitada al exceso de estos sobre los que hubieran pactado entidades independientes en condiciones de mercado⁴⁹, debiendo limitarse su aplicación a «montajes puramente artificiales»⁵⁰. Ello abría la posibilidad de aplicación de dichas normas a otros residentes de la Unión Europea en el caso de que se tratara de montajes puramente artificiales, sin sustancia económica, y se consolidó la consideración de que aquellas normas anti-subcapitalización aplicables al endeudamiento con entidades vinculadas no residentes sin posibilidad de prueba de adecuación a las condiciones de mercado (como en el caso de *Lankhorst-Hohorst*), serían contrarias al ordenamiento comunitario.

La Resolución del Consejo ECOFIN de 8 de junio de 2010 sobre la coordinación de las normas de subcapitalización en la Unión Europea, estableció una serie de recomendaciones en esta materia y reiteró el potencial de estas normas para evitar la elusión fiscal siempre y cuando respetaran el principio de independencia.

Cuando parecían haberse superado las incompatibilidades con el principio de independencia, una serie de pronunciamientos del Tribunal Supremo determinaron que una norma anti-subcapitalización en la que se discrimina a la prestamista en función de su residencia fiscal era contraria al principio de no discriminación⁵¹. El principio de no discriminación, plasmado en numerosos Convenios para evitar la Doble Imposición, se encuentra enunciado en el artículo 24 del Modelo Convenio de la OCDE que, en su apartado cuarto, establece que «los intereses (...) pagados por una empresa de un Estado contratante

motivos comerciales distintos de la obtención de una ventaja fiscal y siempre y cuando el país en cuestión (Reino Unido) garantice el reconocimiento recíproco por el Estado de residencia de la matriz de cualquier recalificación de los intereses pagados por la filial hecha por el Reino Unido.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 17 de enero de 2008, as. C-105/07, *Lammers & Van Cleeff*.

⁴⁹ R. Falcón y Tella, «La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal «de riesgo» (Res. TEAC 25 junio 2009)» en *Revista Quincena Fiscal núm. 22/2009 parte Editorial* (Cizur Menor: Editorial Aranzadi, S.A.U., 2009) 4.

⁵⁰ Comunicación de 10 de diciembre de 2007 de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la UE y en relación con terceros países.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 17 de marzo, nº 1825/2011 (nº rec. 5871/2006); Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 1 de octubre, nº 7460/2009 (nº rec. 1596/2004).

a un residente del otro Estado contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de dicha empresa, en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar». En atención a esto, lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1995, solo aplicable a no residentes en la Unión Europea o en paraísos fiscales, parecía contravenir lo previsto por el Modelo Convenio. Prevé, sin embargo, este último, la compatibilidad de las normas anti-subcapitalización internas siempre que estas sean, a su vez, compatibles con sus artículos 9.1 y 11.6, relativas al principio de competencia o *arm's length principle*. Por tanto, a pesar de su aplicabilidad exclusiva a prestamistas no residentes, su adecuación a las exigencias del principio de independencia hacen la norma de subcapitalización compatible con el principio de no discriminación.

No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Itelcar*⁵² puso de manifiesto la existencia de más incompatibilidades de la norma anti-subcapitalización, declarando la incompatibilidad de la norma portuguesa con la libertad de circulación de capitales. En virtud de dicho pronunciamiento, no podía admitirse la aplicación de la norma no solo cuando la entidad fuera residente en la Unión Europea, sino también cuando se hubiera firmado un Convenio para evitar la Doble Imposición con cláusula de no discriminación y con cualquier Estado tercero, lo que afectaba a la normativa vigente en territorio común y foral⁵³.

IV. DE LA SUBCAPITALIZACIÓN A LA LIMITACIÓN A LA DEDUCIBILIDAD DE GASTOS FINANCIEROS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La problemática de la compatibilidad de las normas anti-subcapitalización españolas con el Derecho Comunitario y los Convenios de Doble Imposición suscritos por España en relación con el principio de no discriminación y las libertades fundamentales, así como la dificultad de probar la existencia de financiación indirecta, dieron lugar, como se ha mencionado previamente, a pronunciamientos del Tribunal Supremo Español que, en consonancia con los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, declaró no haber duda de la «incompatibilidad de la norma española controvertida—el art. 16.9 de la Ley 61/1978, en la redacción dada por la Ley 18/1991—con la libertad de establecimiento» y el principio de no discriminación⁵⁴.

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2013, as. C-282/2012, *Itelcar*. (ECLI:EU:C:2013:629).

⁵³ M. Lucas Durán, *Subcapitalización e imposición societaria en el País Vasco*, 3.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 1 de octubre de 2009, nº 7460/2009 (ECLI:ES:TS:2009:7460).

La inaplicación del precepto en cuestión condujo a la sustitución de la norma anti-subcapitalización por una limitación a la deducibilidad de los gastos financieros introducida por el Real Decreto Ley 12/2012⁵⁵. El objetivo de la promulgación de este Real Decreto consistía en la minoración del déficit público en un contexto de debilidad financiera y crisis económica que motivó la utilización de este instrumento legislativo circunscrito a las situaciones de «extraordinaria y urgente necesidad»⁵⁶. La reducción del déficit público pasaba por el incremento de la recaudación, y este fue el móvil que guió la reforma de la Ley del Impuesto sobre Sociedades caracterizada, entre otras cosas, por la modificación y eliminación de deducciones, entre ellas, la limitación a la deducibilidad de gastos financieros. En concreto, se introdujeron dos nuevos límites a la deducibilidad de gastos financieros, uno de aplicación general, contenido en el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, y otro limitado a lo que se ha venido a llamar compraventa apalancada de participaciones o *leveraged buyouts*, introducido por este Real Decreto como apartado h) del artículo 15 de la Ley del Impuesto de Sociedades. Este régimen, modificado por la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades⁵⁷, es el que está vigente en la actualidad en territorio común.

La Ley 27/2014 se dicta en el marco de la aprobación, el 20 de junio de 2014, de cuatro Anteproyectos de Reforma Fiscal basados en el Informe de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario de 5 de julio del año anterior. Tras su promulgación, el régimen de limitación a la deducibilidad de gastos financieros permanece casi inalterado, con la excepción de los apartados 4, sobre los periodos impositivos inferiores a un año y 5, sobre el *leveraged buyout*.

V. EL TRATAMIENTO DE LOS GASTOS FINANCIEROS EN LA LEY 27/2014, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Como se ha mencionado con anterioridad, la regulación actual del tratamiento de los gastos financieros en territorio común establece tres límites, dos regulados en el artículo 16 de la Ley 27/2014, uno general y otro específico para la compraventa apalancada, y otro en el apartado h) del artículo 15

⁵⁵ Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público («BOE» núm. 78, de 31 de marzo de 2012).

⁵⁶ J. Calvo Vérguez, «La nueva limitación a la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: algunas consideraciones a la luz de la reforma fiscal» en *Actum Fiscal* n.º 95 (EDA 2015/100069, 2015).

⁵⁷ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades («BOE» núm. 288, de 28 de noviembre de 2014).

del mismo cuerpo legal, aplicable a los gastos financieros derivados de deudas con entidades del grupo, según el artículo 42 del Código de Comercio.

1. *El límite general del artículo 16 de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades*

El artículo 16 de la Ley 27/2014 prevé la deducibilidad de los gastos financieros netos con el límite del 30 por ciento del beneficio operativo del ejercicio y con un mínimo de 1 millón de euros aplicable a todas las empresas, sin distinguir por razón de la vinculación, de la pertenencia a un grupo de acuerdo al artículo 42 del Código de Comercio o de la procedencia del endeudamiento. Dicho de otra manera, el artículo 16 de la Ley 27/2014 configura una *fixed ratio rule* complementada con una *minimis rule*, en consonancia con la Acción 4 de BEPS, que permite que pequeñas y medianas empresas queden *de facto* al margen de esta limitación. Prevé el precepto, además, la aplicación proporcional de este mínimo para los casos en que el periodo impositivo tenga una duración inferior al año.

En los grupos de consolidación fiscal tanto el ratio fijo como el mínimo de un millón de euros se predicará del conjunto de sociedades integrantes del grupo, si bien no es objeto de este trabajo el tratamiento de esta problemática.

La Dirección General de Tributos, mediante Resolución de 16 de julio de 2012⁵⁸, determinó los criterios de interpretación del artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, entonces artículo 20, que se exponen en los apartados sucesivos.

A. Gastos financieros e ingresos procedentes de la cesión a terceros de capitales propios

En primer lugar, el apartado primero de la Resolución de la DGT de 16 de julio de 2012 prevé que no deben incluirse los gastos financieros sometidos a otras limitaciones establecidas por la Ley, como los gastos financieros no deducibles del artículo 15.1.h (antes 14.1.h) de la LIS, debiendo considerarse los ajustes resultantes de la aplicación de la normativa sobre precios de transferencia.

Los gastos e ingresos a considerar deben ser partidas homogéneas relacionadas con el endeudamiento empresarial, por lo cual, los gastos financieros a considerar serán aquellos que deriven de las deudas de la entidad tanto con entidades del grupo como con terceros incluidos en las cuentas 661, 662, 664

⁵⁸ Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Tributos, en relación con la limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades («BOE» núm. 170 de 17 de julio de 2012).

y 665 del modelo de la cuenta de pérdidas y ganancias del Plan General Contable⁵⁹ (PGC). Estas cuentas se refieren a los intereses de obligaciones y bonos, los intereses de deudas, los dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros o los intereses por descuento de efectos y operaciones de factoring, teniendo en cuenta, de acuerdo con lo establecido por la normativa contable, el efecto de los costes de emisión o de transacción de las operaciones. Incluye los intereses implícitos asociados a las operaciones y las comisiones relacionadas con el endeudamiento empresarial que, de acuerdo con las normas contables, sean parte del importe de los gastos financieros devengados en el periodo impositivo.

Se excluyen los gastos financieros que se incorporen al valor de un activo, los gastos financieros de actualización de provisiones y se prevén una serie de precisiones en relación con otros conceptos contables como el deterioro de valor de créditos, las diferencias de cambio, las coberturas financieras y los contratos de las cuentas en participación.

Por su parte, los ingresos financieros que deben ser tenidos en cuenta son aquellos que proceden de la cesión a terceros de capitales propios, recogidos en las cuentas 761 y 762 del modelo de la cuenta de pérdidas y ganancias del PGC.

B. El beneficio operativo

El beneficio operativo a efectos de aplicación del artículo 16 se calcula a partir del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio, que tiene en cuenta amortizaciones, imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, deterioros y resultados de enajenaciones de inmovilizado.

A dicho resultado han de adicionarse los dividendos o participaciones en beneficios de determinadas entidades en las que el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea de un mínimo del 5 por ciento o su valor de adquisición supere los 20 millones de euros, salvo que se trate de participaciones adquiridas con deudas cuyos gastos financieros no sean deducibles en virtud del artículo 15.1.h de la LIS y mientras dicha deuda subsista y no haya sido amortizada.

La previsión anterior pretende equiparar el tratamiento de las entidades *holding* con el resto de entidades para evitar la discriminación de aquellas entidades cuyos dividendos o participaciones en beneficios no se incluyen en el importe neto de la cifra de negocios por realizar actividades distintas de las propias de una *holding*, cuyo beneficio operativo ya incluye dichos dividendos y participaciones, que no deberá adicionarse.

⁵⁹ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad («BOE» núm. 278).

C. El criterio de imputación temporal

La regla establecida por el artículo 16 se trata de una regla de ratio fijo que se configura como una regla de imputación temporal o de diferimiento⁶⁰, permitiendo la deducción de los gastos financieros no deducidos en periodos impositivos siguientes mediante los criterios de *carry forward of disallowed interest* o, simplemente, *carry forward* y *carry back*⁶¹.

Por el criterio *carry forward*, «los gastos financieros netos que no hayan sido objeto de deducción podrán deducirse en los periodos impositivos siguientes» junto con los gastos financieros netos generados en este periodo y de conformidad con el límite establecido.

Por el sistema *carry back*, cuando los gastos financieros netos del periodo impositivo no llegan al 30% del beneficio neto operativo, la diferencia entre este límite y los gastos financieros netos deducidos se adiciona al límite para la deducción de gastos financieros en los periodos impositivos que concluyan en los cinco años inmediatos y sucesivos hasta que dicha diferencia sea efectivamente deducida (apartado 2 del artículo 16).

A esto hacen mención los apartados tercero, cuarto y quinto de la Resolución de la DGT de 16 de julio de 2012. En relación con el criterio *carry back* la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica de la Agencia Tributaria, en 1/15⁶², pone de manifiesto la existencia de dos posibles interpretaciones sobre el proceso para arrastrar la diferencia de beneficio operativo pendiente de aplicación.

La primera consiste en interpretar que el límite del beneficio operativo se trata en realidad de un límite acumulado resultante de la adición del 30 por ciento del beneficio operativo del periodo impositivo actual y la diferencia pendiente de deducción de periodos impositivos anteriores dentro del límite de cinco años, entendiéndose el mínimo de 1 millón de euros como mínimo a deducir en el periodo impositivo una vez aplicado el límite acumulado anterior, de suerte que solo cuando los gastos financieros del periodo superen el límite conjunto será de aplicación el mínimo del millón de euros.

La segunda interpretación parte de la premisa de que la diferencia que se arrastra se aplica sobre los gastos financieros netos del periodo impositivo que excedan del límite del 30 por ciento del beneficio operativo y el millón de euros, en lugar de considerar la existencia de un límite acumulado.

⁶⁰ L. Suárez de Centi Martínez, V. Viana Barral, «La limitación a la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: Análisis normativo y comentario crítico» en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, nº 33 (2012).

⁶¹ J. Calvo Vérguez, op. cit., 2.

⁶² Agencia Tributaria. Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica. Nota nº 1/15 relativa a la limitación de gastos financieros prevista en el artículo 16 de la ley 27/2014 de 27 de noviembre.

La aplicación de una u otra aproximación da lugar a resultados divergentes, considerando la Ordenación Legal y Asistencia Jurídica de la Agencia Tributaria que la primera de las interpretaciones es más acorde con el contenido del artículo 16 y de la interpretación que, de este, hace la Dirección General de Tributos en la Resolución de 16 de julio de 2012 anteriormente citada.

D. Exclusión del ámbito de aplicación

De acuerdo con el apartado sexto del artículo 16 de la LIS, esta limitación no será de aplicación a entidades de crédito y aseguradoras. A este respecto, se considera como entidades de crédito también a aquellas entidades cuyos derechos correspondan, directa o indirectamente, a aquellas de forma íntegra, limitándose su actividad a la emisión y colocación en el mercado de instrumentos financieros «para reforzar el capital regulatorio y la financiación de tales entidades», y a los fondos de titulización hipotecaria previstos por la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria, y los fondos de titulización de activos de la Disposición Adicional quinta.2 de la Ley 3/1994, de 14 de abril.

Tampoco se aplica esta limitación en el periodo impositivo en que se extinga la sociedad, salvo que ello traiga su causa de un operación de reestructuración.

2. La limitación a la deducibilidad de gastos financieros en la compra de acciones apalancada

El concepto de compra apalancada o *leveraged buyout* hace referencia a aquella operación por medio de la cual la adquisición de una sociedad financiada con deuda es seguida por la fusión de las entidades adquirente y adquirida, o por la inclusión de la adquirida en el grupo de consolidación fiscal de la adquirente. De esta manera, a pesar de que la sociedad adquirente, que generalmente se trata de una sociedad vehículo sin actividad económica relevante, no generara ingresos suficientes para poderse deducir los gastos financieros incurridos, el elevado beneficio operativo de la adquirida permitía la deducción de los gastos financieros de la deuda contraída para su adquisición⁶³.

Para evitar esta situación, el apartado quinto del artículo 16 de la LIS, fruto de la aprobación de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, introdujo un nuevo límite a la deducibilidad de gastos financieros en operaciones de compra apalancada o *leveraged buyouts*, de aplicación cuando una sociedad adquiera las participaciones de otra a través, total o parcialmente, de

⁶³ R. Fuster Tozer, C. Durán Haeussler, J..., op. cit., 111.

endeudamiento, cuando en un plazo de cuatro años desde que se produzca dicha adquisición, la sociedad adquirente y adquirida se fusionen o se incorpore a la adquirida al grupo de consolidación fiscal de la adquirente.

En este supuesto, los gastos financieros que se hubieran generado como consecuencia del endeudamiento en que incurre la adquirente para la adquisición solo podrán deducirse hasta el límite del 30 por ciento del beneficio operativo de la propia sociedad adquirente. Es decir, para la aplicación del límite no podrán adicionarse los beneficios operativos de adquirente y adquirida para permitir la deducibilidad de los gastos financieros.

Se excluye la aplicación de esta limitación en el periodo impositivo en que se adquieran las participaciones en el capital de entidades si la adquisición se financia con deuda como máximo en un 70 por ciento del precio de adquisición, y en los periodos impositivos siguientes siempre que dicha deuda se minore en, al menos, una cuantía proporcional cada uno de los ocho años siguientes hasta que la deuda alcance el 30 por ciento del precio de adquisición.

3. *La no deducibilidad de gastos financieros en las operaciones intragrupo*

El artículo 15 de la LIS, en su letra h), establece que tendrán el carácter de no deducibles los gastos financieros derivados de deudas con entidades del grupo, según el artículo 42 del Código de Comercio, para la adquisición a otras entidades del mismo de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier entidad, o para la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de entidades del grupo, salvo que se apreciaren motivos económicos válidos que lo justifiquen.

VI. EL TRATAMIENTO DEL EXCESO DE GASTOS FINANCIEROS EN LA NORMA FORAL DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES DE BIZKAIA

1. *El origen de la regla de subcapitalización en la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades de Bizkaia*

De forma paralela a la normativa de Territorio Común, que entonces era la Ley 43/1995, en el Territorio Histórico de Bizkaia, la Norma Foral 3/1996, de 26 de junio, del Impuesto sobre Sociedades⁶⁴ del Territorio Histórico de Bizkaia adoptó, en su artículo 21, una norma de ratio fijo que imponía la recalificación como dividendos de los intereses devengados cuando el

⁶⁴ Norma Foral 3/1996, de 26 de junio, del Impuesto sobre Sociedades («BOB» 11 de julio de 1996).

endeudamiento neto remunerado de una entidad excediera del resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal.

Dicho precepto era de aplicación a entidades no financieras endeudadas con personas o entidades no residentes en el territorio español que tuvieran la consideración de vinculadas.

El apartado tres del artículo 21 permitía la deducibilidad de los intereses cuando se superase dicho ratio fijo si la Administración Tributaria hubiera aprobado la propuesta sometida por el contribuyente para la aplicación de un coeficiente distinto por haberse obtenido el endeudamiento en condiciones normales de mercado. Al igual que en la normativa estatal, el apartado cuarto y último del precepto contemplaba la exclusión de aquellas entidades vinculadas que fueran residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que no se tratase de un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

Como consecuencia de los pronunciamientos del TJUE en relación a la compatibilidad de las normas anti-subcapitalización con el principio de no discriminación y las libertades fundamentales, que dieron lugar a la eliminación de la norma anti-subcapitalización en territorio común, los Territorios Históricos, que optaron por el mantenimiento de la regla, debieron abordar una modificación sustancial de su regulación.

2. *La regla de subcapitalización de la Norma Foral 11/2013, del Impuesto sobre Sociedades*

La regla de subcapitalización fue modificada por la Norma Foral 11/2013, del Impuesto sobre Sociedades, vigente a día de hoy, que pasó a regularse en su artículo 47. Conforme al tenor del precepto, se desprenden una serie de condiciones necesarias para su aplicación:

A. La existencia de vinculación entre las entidades prestamista y prestataria

Para la determinación de la vinculación entre las entidades prestamista y prestataria es preciso remitirse al artículo 42.3 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, NFIS), que establece los supuestos en los que se considera que una persona o entidad está vinculada a otra. De entre ellos, el caso más frecuente de vinculación es el que nace de la relación por la participación en el capital de otra entidad, siendo suficiente con ostentar al menos el 25 por ciento del capital de la misma.

B. Endeudamiento neto remunerado directo o indirecto

El endeudamiento, que puede ser directo o indirecto, ha de ser considerado globalmente, en términos netos, en su estado medio a lo largo del

periodo impositivo y en relación, únicamente, con las entidades vinculadas en los términos anteriormente expuestos.

Por endeudamiento neto hemos de entender aquel que resulta de la diferencia entre los créditos y las deudas de la entidad con las entidades prestamistas vinculadas.

Si bien el endeudamiento directo no genera complejidad alguna, no puede decirse lo mismo del endeudamiento indirecto, concepto indeterminado⁶⁵. Con esta previsión se pretende abordar los denominados *back to back loans*⁶⁶, supuestos en los que se pretende evitar la aplicación de la norma anti-subcapitalización por la interposición, entre prestamista y prestatario –entidades vinculadas entre sí– de personas o entidades independientes, no vinculadas. A este respecto, para el cálculo del endeudamiento neto remunerado, el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de marzo de 2011⁶⁷, determinó que la desvirtuación de la realidad formal alegada por el contribuyente exige que la Administración acredite que concurre la «base y razón de ser de la norma de subcapitalización», es decir, la elusión fiscal.

La doctrina administrativa y la jurisprudencia han realizado una serie de precisiones acerca del tenor literal del artículo 47 en relación con el «endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto»:

- Si la entidad prestataria, residente en España, prestara parte del capital recibido en préstamo de una entidad vinculada no residente a otra residente en España vinculada únicamente a la prestataria, para el cálculo del endeudamiento neto remunerado no se descuenta la diferencia entre el préstamo recibido y la parte prestada⁶⁸.
- En caso de aportación de garantía formal y ejecutable por una entidad vinculada no residente sin la cual no se habría concedido el préstamo se considera endeudamiento indirecto⁶⁹, no produciéndose tal calificación en caso de que la entidad no residente no ofreciera garantías formales y concretas, con fuerza ejecutiva, sino solo la confianza generada⁷⁰.

⁶⁵ K.M. Castro Arango, «Límites a la capitalización encubierta en España: problemas comunitarios y convencionales de los nuevos artículos 20 y 14.1. h) del TRLIS» en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos* n° 376 (2014), 97-99.

⁶⁶ M. Lucas Durán, op.cit., 4.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 17 de marzo, n° 1825/2011 (n° rec. 5871/2006).

⁶⁸ Dirección General de Tributos. Consulta 1615-01, de 4 de septiembre de 2001.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 17 de marzo, n° 1825/2011 (n° rec. 5871/2006).

⁷⁰ Dirección General de Tributos. Consulta 1210-01, de 20 de junio de 2001.

La exigencia de que el endeudamiento neto remunerado sea considerado globalmente exige que, de existir más de una entidad prestamista vinculada, el ratio de endeudamiento debe determinarse en relación con todas ellas⁷¹, salvo que se trate de un grupo en régimen de consolidación fiscal⁷². La exigencia de globalidad se aplica también a la compensación entre créditos y deudas que ha de realizarse para «netear» el endeudamiento.

El cálculo del endeudamiento «en su estado medio» implica la realización de una media aritmética.

Por último, el endeudamiento ha de ser remunerado, lo cual excluye la aplicación del artículo 47 en aquellos casos en que no se devenguen intereses en un préstamo con entidades vinculadas. En caso de endeudamiento presunto (artículo 9 NFIS) o remuneraciones derivadas de ajustes por operaciones vinculadas (artículos 42 y siguientes de la NFIS) corresponde a la Administración probar el carácter remunerado⁷³.

Es menester clarificar que los préstamos participativos han de tenerse en cuenta para determinar el endeudamiento medio remunerado con entidades vinculadas no residentes, pero no para el capital fiscal medio, por tener la consideración de recursos ajenos^{74 75}. Lo mismo puede defenderse respecto de las cuentas en participación u obligaciones convertibles. En términos generales, por tanto, se consideran endeudamiento remunerado todos los instrumentos cuya retribución puede ser deducida; posibilidad que, en el caso de los préstamos participativos, se encuentra en el artículo 31.5 de la NFIS.

C. Que el importe de dicho endeudamiento supere el resultado de multiplicar por tres el patrimonio neto a efectos fiscales

El endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, que exceda del ratio previsto por el precepto no tendrá la consideración de deducible, dando, a efectos fiscales, lugar a un ajuste de signo positivo a aplicar en el resultado contable por el importe del exceso.

La cifra del patrimonio neto debe calcularse en su estado medio a lo largo del periodo impositivo. Precisa en su apartado 2 el artículo 47 que se entiende por patrimonio neto a efectos fiscales el importe resultante del balance correspondiente al último día del periodo impositivo que se

⁷¹ C. Palao Taboada, «La subcapitalización», en *Fiscalidad internacional* por F. Serrano Antón (Dir.), 4a ed., (Madrid: CEF, 2010), 1009.

⁷² Dirección General de Tributos. Consulta 1315-98, de 20 de julio de 1998.

⁷³ M. Lucas Durán, op. cit., 4.

⁷⁴ Dirección General de Tributos. Consulta 2055-97, de 9 de octubre de 1997.

⁷⁵ Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Consulta nº 1, nº de BOICAC 78/junio 2009.

corresponda con los fondos propios de acuerdo al Plan General Contable. Ello genera una incoherencia, pues el importe de patrimonio neto en su estado medio no tiene por qué coincidir. Ante esta problemática, algunos autores optan por la aplicación del criterio más favorable al contribuyente por analogía con el artículo 1288 del Código Civil⁷⁶ en relación con la interpretación de cláusulas oscuras⁷⁷. El patrimonio neto es un concepto contable que, de acuerdo con el PGC, se integra por la suma el capital, la prima de emisión, las reservas, los resultados de ejercicios anteriores, otras aportaciones de socios, el resultado del ejercicio y otros instrumentos de patrimonio neto, a lo cual se sustrae el importe de las acciones y participaciones en patrimonio propias y el dividendo a cuenta. Sin embargo, a los efectos del artículo 47, no debe incluirse en la cifra de patrimonio neto el importe del resultado del ejercicio.

D. Supuestos de exclusión

El precepto excluye expresamente de la aplicación de la norma de subcapitalización a las entidades financieras en cuanto entidades prestamistas por excelencia.

Se excluye, asimismo, la aplicación de la norma de subcapitalización cuando el endeudamiento neto remunerado del contribuyente no exceda de los 10 millones de euros en ningún momento del periodo.

Por otro lado, no se aplicará a los contribuyentes a los que se aplique la limitación a la deducibilidad establecida en el artículo 25.bis NFIS que se expone a continuación.

E. Posibilidad de evitar la aplicación del artículo

Establece el apartado cuatro del artículo 47 que los contribuyentes pueden someter a la Administración tributaria una propuesta para aplicar un coeficiente distinto al establecido en el apartado uno del precepto, basándose en que el endeudamiento mantenido con personas o entidades vinculadas lo hubieran podido obtener en condiciones normales de mercado con entidades no vinculadas, en atención al principio *arm's length*.

Ello no será de aplicación a operaciones con personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales.

⁷⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889).

⁷⁷ GOROSPE OVIEDO, J. I. y HERRERA MOLINA, P. M. (2001), «La interpretación favorable al contribuyente ante la oscuridad normativa», *Crónica Tributaria* núm. 100, citado en LUCAS DURÁN, M. op. cit., p. 6.

3. *Efectos del artículo 47 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades*

El artículo 47 prevé que si el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad con persona o entidad vinculada excediera del resultado de multiplicar por 3 el importe de su patrimonio neto a efectos fiscales, los intereses devengados correspondientes al exceso tendrán la consideración de dividendos. Dado que, contablemente, el resultado estará minorado por la totalidad del gasto financiero devengado, deberá procederse a incrementar el beneficio contable de cara a obtener la base imponible en el importe que, de acuerdo a la regla expuesta, resulte no deducible⁷⁸. En el supuesto de que la recalificación sea realizada por la Administración Tributaria en un procedimiento de comprobación implicará, además, intereses de demora o sanciones. En definitiva, la aplicación del artículo 47 implica un incremento en la base imponible de la sociedad a la que el mismo se aplique.

Sin embargo, pueden identificarse otras consecuencias jurídicas relevantes derivadas de la aplicación del precepto, que se plasman tanto en el ámbito interno como en el internacional.

Por un lado, en el ámbito interno, la recalificación puede traer consigo efectos también en sede de la prestamista porque, de acuerdo con el artículo 33 NFIS⁷⁹, no se integrarán en su base imponible los dividendos en el supuesto de que «la participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad que reparte el dividendo sea, al menos, del 5 por 100, o del 3 por 100 si las acciones de la sociedad participada cotizan en un mercado secundario organizado».

En el ámbito internacional, en sede del prestatario o pagador de los intereses, además de la no deducibilidad de los intereses pagados, habrá de retener un 19 por ciento tanto si se califican como dividendos como si se califican como intereses⁸⁰. Sin embargo, podría darse la situación de que ese pago estuviera exento en caso de estar al amparo de la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011⁸¹, que contempla la exención de los dividendos matriz-filial intraeuropeos o al amparo de los dispuesto por el

⁷⁸ M. Lucas Durán, *op. cit.*, 8.

⁷⁹ También en el artículo 33 de la Norma Foral 37/2013, de 13 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades del Territorio Histórico de Álava; y de la Norma Foral 2/2014, de 17 de enero, sobre el Impuesto de Sociedades del Territorio Histórico de Gipuzkoa.

⁸⁰ Artículo 25.1.f) de la Norma Foral 12/2013 de 5 de diciembre (Bizkaia), del Impuesto sobre la Renta de no Residentes («BOB») de 13 de diciembre de 2013.

⁸¹ Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 de noviembre de 2011 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes («DOUE» L 345/8, de 29 de diciembre de 2011).

Convenio para evitar la Doble Imposición correspondiente, que podrá establecer un porcentaje de retención diferente.

En sede del prestamista, puede darse la situación de que el Estado de residencia de este otorgue un tratamiento diferente a la operación de recalificación. De esta manera, si bien el *OECD Thin Capitalization Report* de 1987 preveía la obligación del Estado de residencia de aceptar la recalificación operada por el Estado de la fuente si esta fuese conforme al artículo 9 del Modelo Convenio de la OCDE, pueden subsistir controversias que deben ser solucionadas conforme al procedimiento de mutuo acuerdo del Convenio para la Doble Imposición correspondiente o el Convenio Europeo de arbitraje⁸².

4. *La limitación a la deducibilidad de gastos financieros en la Norma Foral 11/2013*

Los Territorios Históricos han ido adaptando su normativa a las exigencias internacionales derivadas tanto del plan BEPS como de las Directivas Europeas, con soluciones similares. De esta manera, en los tres Territorios se han incorporado nuevas disposiciones que permiten «cumplir con las obligaciones derivadas del marco fiscal impulsado en los foros internacionales como la OCDE y la Unión Europea, en los ámbitos de la prevención de la elusión fiscal, la erosión de las bases imponibles y el traslado artificioso de los beneficios empresariales»⁸³. Ejemplo de esta adaptación es la Norma Foral 2/2018 (Bizkaia), de 21 de marzo⁸⁴ que, para luchar contra la elusión fiscal, aprovechando para trasponer e incorporar al ordenamiento tributario foral la Directiva anti-abuso de la Unión Europea, introduce modificaciones, entre otros, en la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades.

En concreto, la reforma operada por la Norma Foral 2/2018 en la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades de Bizkaia, aplicable a los periodos impositivos iniciados desde el 1 de enero de 2018, incorpora en el nuevo

⁸² 90/436/CEE: Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas – Acta final – Declaraciones conjuntas – Declaraciones unilaterales. («DOUE» L 225, de 20 de octubre de 1990).

⁸³ I. Merino Jara, op. cit., 4.

⁸⁴ NORMA FORAL 2/2018, de 21 de marzo, por la que se caracterizan a efectos tributarios determinados fondos de inversión a largo plazo europeos y se introducen modificaciones en las Normas Forales del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre Patrimonio, del Impuesto sobre Sociedades, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y del Régimen fiscal de Cooperativas, así como en la Norma Foral General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia («BOB» núm. 61 de 27 de marzo de 2018).

artículo 25.bis de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades⁸⁵, un nuevo esquema de limitación a la deducibilidad de gastos financieros, el cual, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la norma de 2018, permite su deducibilidad hasta 3 millones de euros, exonerando a las entidades que no integren un grupo y a los grupos que considere saneados desde la óptica del endeudamiento⁸⁶, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva pero difiriendo de la regulación prevista en territorio común. Además, esta reforma introduce un inciso al artículo 47, que regula la compatibilidad del esquema de subcapitalización y el nuevo esquema de limitación a la deducibilidad de gastos financieros, lo cual ha generado problemas de aplicación que se tratarán más adelante.

Este precepto, de conformidad con la Directiva, establece un ratio fijo de gastos financieros netos deducibles limitado al 30 por ciento del beneficio operativo, entendiendo como tales, al igual que en la normativa de territorio común, aquellos gastos financieros que exceden de los ingresos derivados de la cesión de capitales propios a terceros en el periodo impositivo, excluyendo los no deducibles del artículo 31 de la Norma Foral.

El procedimiento para la determinación del beneficio operativo coincide parcialmente con el establecido en la normativa estatal, pues si bien parte asimismo del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio eliminando la amortización del inmovilizado, la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, el deterioro y resultado de enajenaciones de inmovilizado y adiciona los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio correspondientes a dividendos o participaciones en beneficios de entidades en las que la participación directa o indirecta sea de al menos un 5 por ciento, 3 por ciento si las acciones de la sociedad cotizan en un mercado secundario organizado, especialidad, esta última, que no comparte la norma estatal. Explicita este artículo que no formarán parte del beneficio operativo ingresos y gastos no integrados en la base imponible del impuesto.

La Norma Foral eleva el umbral mínimo deducible de un millón de euros, en Territorio Común, a tres millones de euros por periodo impositivo de un año o la cantidad proporcional si el periodo fuera inferior, que serán deducibles en todo caso, lo que permite exonerar de esta limitación al pequeño contribuyente, de acuerdo con la Directiva.

El artículo 25.bis, en su apartado sexto, excluye de su ámbito de aplicación a las entidades de crédito y aseguradoras, así como en el periodo

⁸⁵ Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades («BOB» de 13 diciembre de 2013).

⁸⁶ A. Pérez Delgado, «Modificaciones en la BI de la Directiva contra la elusión fiscal» en *Foro Aranzadi. Thomson Reuters Formación*.

impositivo en que se extinga la entidad salvo que ello sea consecuencia de una operación de reestructuración, en los mismos términos que la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Sin embargo, la Norma Foral añade un supuesto de exoneración para aquellas entidades «que no formen parte de un grupo de sociedades de acuerdo al artículo 42⁸⁷ del Código de Comercio, no se encuentren vinculadas con otras entidades de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de esta Norma Foral y no tengan ningún establecimiento permanente en el extranjero». Dicho de otra manera, a diferencia de la normativa estatal, que se aplica sin distinguir por razón de la vinculación, de la pertenencia a un grupo de acuerdo al artículo 42 del Código de Comercio o de la procedencia del endeudamiento, la norma foral opta por limitar su ámbito de aplicación.

La Directiva preveía la posibilidad de que los Estados permitieran una deducción que excediera del límite de acuerdo con las magnitudes del grupo empresarial del contribuyente, bien en base a ratios de activo frente a patrimonio neto, bien en base a la proporción entre los gastos financieros netos del grupo frente a terceros no vinculados y el EBITDA del mismo⁸⁸. De conformidad con lo anterior, la norma foral provee al contribuyente de dos alternativas.

Por un lado, permite que el contribuyente que forme parte de un grupo de acuerdo al artículo 42 del Código de Comercio, demuestre que la proporción existente entre sus fondos propios y el total de sus activos es igual o superior a la equivalente del grupo siempre y cuando la valoración de los activos y pasivos siga el mismo método que el aplicado a los estados financieros consolidados elaborados conforme a las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas, aprobadas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre. A este respecto, aclara el precepto en su apartado 7 que la proporción o razón entre los fondos propios del contribuyente y el total de sus activos es igual a la equivalente del grupo «si la razón entre los fondos propios del contribuyente y el total de sus activos es inferior en dos puntos porcentuales como máximo a aquélla».

⁸⁷ De acuerdo al artículo 42 del Código de Comercio (Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. «BOE» núm. 289, de 16 de octubre de 1885) «existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras», más en particular, cuando una sociedad posea la mayoría de los derechos de voto de otra, tenga facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, pueda disponer de la mayoría de los derechos de voto o haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

⁸⁸ I. Alonso Arce, «La limitación a la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades» en *Forum Fiscal* n° 243, (junio 2018), 2.

Por otro lado, permite la Norma Foral, en el apartado octavo del artículo 25.bis, que el contribuyente integrante de un grupo someta a la Administración Tributaria una propuesta para aplicar un límite a la deducibilidad de gastos financieros netos superior al 30 por ciento en base al coeficiente de los gastos financieros netos del grupo frente a terceros sobre el beneficio operativo del grupo, quedando supeditada la aplicación de la proporción del grupo a la obtención de un procedimiento de vinculación administrativa que admita su aplicación.

Por último, en trasposición de la directiva y en términos coincidentes con la normativa estatal, la norma foral prevé un criterio de imputación temporal que permite trasladar al futuro tanto los gastos financieros netos no deducidos como la diferencia resultante entre los gastos financieros neto deducidos y el resultado de calcular el 30 por ciento del beneficio operativo del periodo impositivo o el coeficiente superior autorizado por la Administración conforme a lo expuesto. Así, en el caso de que los gastos financieros de un periodo impositivo no alcanzaran el límite del 30 por 100 «se adicionarán al límite del 30 por 100 para la deducción de gastos financieros netos en los periodos impositivos que concluyan en los 5 años inmediatos y sucesivos, hasta que se deduzca dicha diferencia». Por otro lado, los gastos financieros que no hubieran podido deducirse, por exceder del límite del 30 por 100, podrán deducirse en los periodos impositivos siguientes junto con los del periodo correspondiente, con el límite del 30 por 100 del beneficio operativo del ejercicio en cuestión, dando lugar a un ajuste negativo en la base imponible. En último caso, los gastos financieros no deducidos podrán deducirse en el periodo de extinción de la entidad salvo que esta sea consecuencia de una operación de reestructuración.

De esta manera, se aprecia la conformidad de la Norma Foral con lo dispuesto por la directiva anti-abuso de la Unión Europea de conformidad con las especialidades forales y el principio de proporcionalidad⁸⁹.

⁸⁹ I. Alonso Arce, *op. cit.*, 3.

Aplicación del ratio fijo y la <i>minimis rule</i>	Caso 1	Caso 2	Caso 3
Gastos financieros	4.096.466,00	8.655.107,00	17.020.669,00
Ingresos financieros	0,00	509.000,00	3.077,00
Gastos financieros netos	4.096.466,00	8.146.107,00	17.017.592,00
Resultado de explotación	4.224.590,00	17.895.166,00	27.444.439,00
Amortización inmovilizado (+)	1.532.638,00	656.690,00	3.696,00
Imputación de subvenciones del inmovilizado (-)		253.000,00	
Deterioro y resultado por enajenaciones del inmovilizado (+/-)			
Dividendos de entidades participantes en al menos un 5% o 3% (cotizada) (+)			
Ingresos incluidos en las magnitudes anteriores si están exentos (-)			
Gastos incluidos en las magnitudes anteriores si no son deducibles (+)		2.931.121,00	
Beneficio operativo fiscal	5.757.228,00	21.229.977,00	27.448.135,00
30 por 100 del beneficio operativo fiscal	1.727.168,40	6.368.977,00	8.234.440,50
Mínimos de 3 millones de euros	3.000.000,00	3.000.000,00	3.000.000,00
Gastos financieros netos deducibles	3.000.000,00	6.368.993,10	8.234.440,50
Gastos financieros netos no deducibles	1.096.466,00	1.777.113,90	8.783.151,50

Fuente: PÉREZ DELGADO, A. «Modificaciones en la BI de la Directiva contra la elusión fiscal». Foro Aranzadi. Thomson Reuters Formación.

Imputación temporal	Período 1	Período 2	Período 3
Gastos financieros	9.523.451,00	6.458.210,00	8.548.027,00
Ingresos financieros	3.077,00	4.550,00	2.304,00
Gastos financieros netos	9.520.374,00	6.453.660,00	8.545.723,00

Resultado de explotación	27.444.439,00	29.532.043,00	26.045.098,00
Amortización inmovilizado (+)	3.696,00	4.512,00	2.379,00
Imputación de subvenciones del inmovilizado (-)			
Deterioro y resultado por enajenaciones del inmovilizado (+/-)			
Dividendos de entidades participantes en al menos un 5% o 3% (cotizada) (+)			
Ingresos incluidos en las magnitudes anteriores si están exentos (-)			
Gastos incluidos en las magnitudes anteriores si no son deducibles (+)			
Beneficio operativo fiscal	27.448.135,00	29.536.555,00	26.042.719,00

30 por 100 del beneficio operativo fiscal	8.234.440,50	8.860.966,50	7.812.815,70
Mínimos de 3 millones de euros	3.000.000,00	3.000.000,00	3.000.000,00
Gastos financieros netos deducibles	8.234.440,50	6.453.660,00	7.812.815,70
Gastos financieros netos no deducibles (ajuste positivo en base imponible)	1.285.933,50	0,00	
Gastos financieros no deducidos de un período anterior a deducir en este período (ajuste negativo en base imponible)	0,00	1.285.933,50	
Diferencia entre el 30 por 100 del beneficio operativo fiscal y los gastos financieros netos deducidos	0,00	1.121.373,00	
Gastos financieros que se deducen aprovechando esa diferencia positiva	0,00	0,00	732.907,30
Diferencia entre el 30 por 100 del beneficio operativo fiscal y los gastos financieros deducidos			388.465,70

Fuente: PÉREZ DELGADO, A. «Modificaciones en la BI de la Directiva contra la elusión fiscal». Foro Aranzadi. Thomson Reuters Formación.

5. *El doble límite del artículo 47 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades y su conciliación con el artículo 25.bis*

La reforma operada por la Norma Foral 2/2018 en la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades de Bizkaia incorpora un nuevo esquema de limitación a la deducibilidad de gastos financieros, el cual, a diferencia de lo que ocurrió en el Territorio Común y en la Comunidad Foral de Navarra con la reforma operada por el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo y la Ley Foral navarra 21/2012, de 26 de diciembre, respectivamente, coexiste con la regla de subcapitalización del artículo 47 de la Norma Foral para aquellas entidades a las que no afecta la limitación de gastos financieros, complementándose con ella en lugar de sustituyéndola⁹⁰.

En este sentido, la Norma Foral 2/2018 introdujo un nuevo inciso en el artículo 47 a tenor del cual la regla de subcapitalización no será de aplicación a aquellos contribuyentes a los que aplique la limitación a la deducibilidad de gastos financieros establecida en el artículo 25.bis.

Sin embargo, en la práctica, surgen dudas interpretativas acerca de este inciso que repercuten directamente en su aplicación. La disyuntiva subyace sobre la interpretación de la frase que determina que el artículo 47 no será de aplicación «a los que se aplique la limitación a la deducibilidad de gastos financieros». Así, se plantean tres principales opciones:

1. El artículo 47 es aplicable siempre y cuando no proceda la realización de ajuste positivo conforme al 25.bis.
2. El artículo 47 es aplicable solo y únicamente cuando, además de no proceder realización de ajuste positivo conforme al 25.bis, no se registren gastos financieros superiores a tres millones de euros.
3. El artículo 47 es únicamente aplicable a los supuestos expresamente excluidos del artículo 25.bis, enumerados en su apartado sexto.

Dada la novedad del precepto y, con ello, de la problemática suscitada, aún no han recaído pronunciamientos al respecto, si bien sí se han emitido diversas opiniones.

En opinión de ALONSO ARCE⁹¹, subdirector de Coordinación y Asistencia Técnica de la Hacienda Foral de Bizkaia, se deberá abordar primero la determinación de la procedencia de limitación a la deducibilidad de gastos financieros de acuerdo con el artículo 25.bis de suerte que, si esta no procede, se aplicará la norma anti-subcapitalización enunciada en el artículo 47 de la NFIS. No obstante, de haber sido corregido el resultado

⁹⁰ MEMENTO FISCAL. «Limitación de la deducibilidad de los gastos financieros». 2016.

⁹¹ I. Alonso Arce, op. cit., 3.

contable conforme a la regla de limitación a la deducibilidad de gastos financieros, no procederá la aplicación del artículo 47. Esta interpretación parece responder a la primera de las alternativas planteadas, en virtud de la cual la regla de subcapitalización es aplicable siempre y cuando no proceda ajuste conforme al 25.bis.

Sin embargo, PÉREZ DELGADO, Subdirector de Inspección de Hacienda Foral de Bizkaia, con motivo de su presentación «Modificaciones en la BI derivadas de la Directiva contra la elusión fiscal» en el marco del Foro Aranzadi, manifestó, como «criterio no oficial» que podían concurrir tres supuestos:

1. Sociedad con ajuste positivo en virtud del 25.bis: no tendrá que hacer análisis de subcapitalización.
2. Sociedad sin ajuste positivo en virtud del 25.bis con gastos financieros netos superiores a tres millones de euros: no tendrá que hacer análisis de subcapitalización.
3. Sociedad sin ajuste positivo en virtud del 25.bis con gastos financieros inferiores a tres millones de euros: sí tendrá que hacer análisis de subcapitalización.

De esta manera, conforme a la segunda de las alternativas interpretativas expuestas, solo procederá análisis de subcapitalización conforme al artículo 47 cuando la sociedad que no hubiera debido hacer ajuste positivo tenga unos gastos financieros inferiores a los tres millones de euros.

El doble límite de la Norma Foral 11/2013	Caso 1	Caso 2	Caso 3
Gastos Financiero Neto	4.000.000,00	2.000.000,00	4.000.000,00
30 por 100 b° operativo	3.000.000,00	3.000.000,00	6.000.000,00
<i>Minimis rule</i>	3.000.000,00	3.000.000,00	3.000.000,00
Deducible	3.000.000,00	2.000.000,00	4.000.000,00
Ajuste Positivo en base imponible (25.bis)	1.000.000,00	No	No
Subcapitalización (criterio 1)	No procede	Sí procede	Sí procede
Subcapitalización (criterio 2)	No procede	Sí procede	No procede

Fuente: Elaboración propia.

VII. CONCLUSIÓN

Todo lo expuesto en este trabajo responde a la necesidad de abordar la problemática de la erosión de las bases imponibles mediante el traslado de

beneficios gracias a la utilización de lagunas y mecanismos entre los distintos sistemas impositivos de los que se valen las empresas y, más en concreto, las empresas multinacionales, lo cual se ha visto favorecido por la globalización y la creciente movilidad del capital⁹².

La problemática del tratamiento de los gastos financieros como instrumento básico de la política fiscal agresiva se encuentra en constante evolución hacia una creciente armonización, con BEPS como piedra angular, que ha influido en la esfera legislativa comunitaria y nacional, sirviendo de orientación para los distintos ordenamientos jurídicos.

La implementación de sus recomendaciones ha encontrado eco tanto a nivel comunitario como a nivel español, en territorio común y foral, si bien, sin embargo, dicha respuesta, aunque similar, no ha sido plenamente coincidente, como podemos ver en la tabla comparativa siguiente. La diferencia primordial es la *minimis rule*, que en el País Vasco se ha configurado con el máximo previsto por la Directiva europea (tres millones de euros), optándose, en territorio común, por una cifra más reducida de un millón de euros. En parte por ello, la regulación foral resulta atractiva para la inversión en el País Vasco si bien también presenta debilidades: por un lado, la dificultad de prueba del endeudamiento indirecto y la relativa facilidad para ser sorteada mediante estructuras complejas, en cuyo caso podrá aplicarse el artículo 14 de la Norma Foral 2/2005 General Tributaria de Bizkaia⁹³, que recoge una cláusula anti-elusión genérica.

La globalización y el dinamismo de la economía impulsan a los operadores económicos a diseñar nuevas fórmulas de financiación y estructuras financieras con el objeto de reducir su carga fiscal como medio para incrementar sus beneficios, aprovechándose de las lagunas y discordancias entre las normas tributarias de los Estados. El legislador debe estar alerta para abordar y reaccionar frente a los retos que esta situación supone, estableciendo los mecanismos oportunos para evitar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios por vía de deducción de intereses y otros gastos financieros, consecuencia de dichas lagunas y discordancias, siendo necesaria una mayor coordinación entre los sistemas fiscales nacionales.

En definitiva, la regulación de la deducibilidad de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades es clave en la lucha contra la erosión de bases imponibles y, como tal, se encuentra a la orden del día de la práctica legislativa y jurídica tanto a nivel comunitario, como estatal como foral. Se

⁹² OCDE. «10 preguntas sobre BEPS» <https://www.oecd.org/ctp/10-preguntas-sobre-beps.pdf> (Última consulta 21 de abril de 2019).

⁹³ NORMA FORAL 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia («BOB» de 11 marzo) de 2015.

caracteriza por estar en constante adaptación a la realidad social, económica y política, lo cual se ha visto recientemente reflejado en la reforma operada en 2018 en los territorios forales. Suscita diversas problemáticas cuyo análisis excede del objeto de este trabajo pero que, sin lugar a dudas, darán lugar a pronunciamientos judiciales y administrativos que continuarán dando forma al régimen legal de la deducibilidad de los gastos financieros, como en el caso de la conciliación de los límites de los artículos 25.bis y 47 de la Norma Foral de Bizkaia.

	Directiva (UE) 2016/1164	Ley Impuesto sobre sociedades	Norma Foral Impuesto sobre Sociedades
Ratio fijo	30 por ciento del EBITDA	30 por ciento del beneficio operativo	30 por ciento del beneficio operativo
Beneficio operativo	EBITDA	EBITDA (el porcentaje de participación exigido para adiconar los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio es del 5 por 100)	EBITDA (el porcentaje de participación exigido para adiconar los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio es del 5 por 100, 3 por 100 si las acciones de la sociedad participada cotizan en el mercado secundario)
Mínimo deducible (en euros)	Hasta 3.000.000	1.000.000	3.000.000
Aplicación a entidades aisladas	Posibilidad de deducción íntegra para entidades aisladas	Aplicación de la limitación a la deducibilidad a entidades aisladas	No aplicación de la limitación a la deducibilidad a entidades aisladas
<i>Carry forward</i>	Posibilidad de fijar normas para traspasar a un período posterior, sin limitación temporal, costes de endeudamiento excedentarios que no han podido deducirse	Los gastos no deducidos pueden deducirse en los períodos impositivos siguientes	Los gastos no deducidos pueden deducirse en los períodos impositivos siguientes

	Directiva (UE) 2016/1164	Ley Impuesto sobre sociedades	Norma Foral Impuesto sobre Sociedades
<i>Carry back</i>	Posibilidad de fijar normas para traspasar a un período posterior la capacidad no utilizada de deducir intereses hasta un máximo de 5 años	La diferencia entre el 30 por 100 del beneficio operativo y los gastos financieros netos del período se adiciona al límite del 30 por 100 para deducción de gastos financieros netos en los períodos que concluyan en los 5 años inmediatos y sucesivos	La diferencia entre el 30 por 100 del beneficio operativo y los gastos financieros netos del período se adiciona al límite del 30 por 100 para deducción de gastos financieros netos en los períodos que concluyan en los 5 años inmediatos y sucesivos
Exclusión de sociedades financieras	Posibilidad de exclusión de sociedades financieras	Exclusión de sociedades financieras y entidades aseguradoras	Exclusión de sociedades financieras y entidades aseguradoras
Utilización de estados consolidados	Posibilidad de utilizar los estados consolidados		

Fuente: Elaboración propia.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

1. *Bibliografía*

- AGENCIA TRIBUTARIA. Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica. Nota nº 1/15 relativa a la limitación de gastos financieros prevista en el artículo 16 de la ley 27/2014 de 27 de noviembre.
- ALONSO ARCE, I., *La limitación a la deducción de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades*. Forum Fiscal nº 234, junio 2018.
- CALDERÓN CARRERO, J. M., «STJCE 13.3.2.007, C-524/04, Asunto Test Claimants in the Thin Cap Group: las Condiciones de compatibilidad comunitaria de las cláusulas de subcapitalización (y de precios de transferencia)» en *Crónica Tributaria* nº 155, 2015.
- CALVO VÉRGEZ, J., «La nueva limitación a la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: algunas consideraciones a la luz de la reforma fiscal» en *Actum Fiscal* nº 95. 2015. (EDA 2015/100069).
- CASTRO ARANGO, K.M. «Límites a la capitalización encubierta en España: problemas comunitarios y convencionales de los nuevos artículos 20 y 14.1. h) del TRLIS»

- en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos* núm 376, 2014.
- CENCERRADO MILLÁN, E., «La subcapitalización» en *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*.
- CHEVARRÍA, Z., «La naturaleza jurídica de la norma de subcapitalización y su aplicación práctica como norma doméstica antielusión en el Reino de España» en *Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas*, año 3, número 5. 2008.
- Comunicación de 10 de diciembre de 2007 de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la UE y en relación con terceros países.
- CONSEJO EUROPEO. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades. <https://www.consilium.europa.eu/es/politicas/ccctb/> (Última consulta 9 de marzo de 2019).
- EUROPEAN COMMISSION. The Anti Tax Avoidance Directive. https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package/anti-tax-avoidance-directive_en (Última consulta 9 de marzo de 2019).
- . Anti Tax Avoidance Package. https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/anti-tax-avoidance-package_en (Última consulta 9 de marzo de 2019).
- FALCÓN Y TELLA, R., «La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal «de riesgo» /Res. TEAC 25 junio 2009)» en *Revista Quincena Fiscal* núm. 22/2009 parte Editorial. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, S.A.U, 2009.
- FUSTER TOZER, R.; DURÁN HAEUSSLER, C.; VILLALÓN PÉREZ-ARTACHO, J.; ARTAMENDI GUTIÉRREZ, A.L., «Capítulo IV. Acción 4: Limitación de la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros gastos financieros» en *Plan de acción BEPS: Una reflexión obligada*. Madrid: Fundación de Impuestos y Competitividad, 2017.
- GARCÍA NOVOA, C., *La deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto de Sociedades*. Madrid: Marcial Pons. 2016.
- GARCÍA ESPINAR, E.; VIÑAS RUEDA, L., *Sobre la posible vulneración del derecho comunitario por parte de la norma española que limita la deducibilidad de los gastos financieros*. (LA LEY 4672/2017).
- GÓMEZ SUÁREZ, M.A., *La intervención de la fiscalidad en el desplazamiento interjurisdiccional de las estructuras financieras de los grupos multinacionales*. A Coruña: Universidade Da Coruña, 2015.
- GOROSPE OVIEDO, J. I. Y HERRERA MOLINA, P. M., «La interpretación favorable al contribuyente ante la oscuridad normativa» en *Crónica Tributaria* núm. 100, 2001.
- LAGO MONTERO, J.M., «Planificación fiscal agresiva, BEPS y litigiosidad» en *Ars Iuris Salmanticensis. Estudios*. Vol. 3, Diciembre 2015.
- LÓPEZ RIBAS, S., *El principio de libre competencia y los gastos financieros*. 2016 (LA LEY 788/2016).
- LUCAS DURÁN, M. *Subcapitalización e imposición societaria en el País Vasco*. 2014.
- MARTÍN SESMA, F., «Medidas del proyecto BEPS implantadas por la UE y en el reino de España: territorio de régimen común y territorios forales (I)» en *Forum Fiscal* n° 244, julio 2018.

- MEMENTO FISCAL. «Limitación de la deducibilidad de los gastos financieros». 2016.
- MENDOZA LÓPEZ, D.T.; VALDEZ AGUIRRE, F., *El plan de acción OCDE/G20 en la construcción del pacto global por la justicia fiscal*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, S.A.U., 2018.
- MERINO JARA, I., *BEPS, Unión Europea y Hacienda Foral. Proyecto de Investigación «La residencia fiscal ante la diversidad de poderes tributarios desde la perspectiva del País Vasco»*. DER2015-63533-C4-1-P. MINECO/FEDER.
- PALAO TABOADA, C., «La subcapitalización», en SERRANO ANTÓN, F. (Dir.), *Fiscalidad internacional*, 4a ed.. Madrid: CEF, 2010.
- PAREJO GARCÍA, B., «La regla de la delimitación de deducibilidad de intereses» en ALMUDÍ CID, J.M. *La armonización de las normas contra la elusión fiscal relativas a la fiscalidad directa en la Unión Europea*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi S.A.U., 2018 (BIB 2018\11536).
- TABOADA, C., «La subcapitalización y los convenios de doble imposición» en *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 137/138. 1995.
- OCDE. «10 preguntas sobre BEPS» <https://www.oecd.org/ctp/10-preguntas-sobre-beps.pdf> (Última consulta 21 de marzo de 2019).
- . *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*. 2010.
- OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en> (Última consulta 21 de marzo de 2019).
- OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital (Condensed version as it to read on 21 november 2017)*. 2017.
- . «Nota explicativa. Informes Finales 2015» en *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. 2015.
- . «Progress report July 2017-June 2018» en *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*. 2018.
- . «Resúmenes. Informes Finales 2015» en *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*. 2015.
- OTAEGI, I.; ARMESTO, D. Material «Fiscalidad Internacional» del máster en Asesoría Fiscal. Cámara de Comercio, Bilbao.
- PÉREZ DELGADO, A., «Modificaciones en la BI de la Directiva contra la elusión fiscal». *Foro Aranzadi. Thomson Reuters Formación*.
- RUIZ ALMENDRAL, V., *Subcapitalización y libertad de establecimiento: el caso «Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation» como una oportunidad para reabilitar el artículo 20 del TRLIS*. 2008.
- SUÁREZ DE CENTI MARTÍNEZ, L.; VIANA BARRAL, V., «La limitación a la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: Análisis normativo y comentario crítico» en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, núm. 33. 2012.
- VEGA BORREGO, F. A., «La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario» en *Crónica Tributaria n° 104*. 2002.

2. Legislación

• Territorio Común

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889).

Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades («BOE» núm. 312, de 30 de diciembre de 1978).

Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas («BOE» núm. 136, de 7 de junio de 1991).

Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades («BOE» núm. 310, de 28 de diciembre de 1995).

Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad («BOE» núm. 278, de 20 de noviembre de 2007).

Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público («BOE» núm. 78, de 31 de marzo de 2012).

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades («BOE» núm. 288, de 28 de noviembre de 2014).

• Bizkaia

Norma Foral 3/1996, de 26 de junio, del Impuesto sobre Sociedades («BOB» 11 de julio de 1996).

Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco («BOE» núm. 124, de 24 de mayo de 2002).

Norma Foral 11/2013, de 5 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades («BOB» de 13 diciembre de 2013).

Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia («BOB» de 11 Marzo de 2005).

Norma Foral 2/2018, de 21 de marzo, por la que se caracterizan a efectos tributarios determinados fondos de inversión a largo plazo europeos y se introducen modificaciones en las Normas Forales del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre Patrimonio, del Impuesto sobre Sociedades, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y del Régimen fiscal de Cooperativas, así como en la Norma Foral General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia («BOB» núm. 61, de 27 de marzo de 2018).

• Unión Europea

Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países. «DOUE» L 144/1 de 7 de junio de 2017.

Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. «DOUE» L 193/1 de 19 de julio de 2016.

Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 de noviembre de 2011 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. «DOUE» L 345/8 de 29 de diciembre de 2011.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. «DOUE» C 326/49.

3. *Jurisprudencia*

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 12 de diciembre de 2002, as. C-324/00, Lanhorst Hohorst (ECLI:EU:C:2002:749).

Conclusiones del Abogado General Sr. L.A. Geelhoed presentadas el 29 de junio de 2006- Asunto C-524/04.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007, as. C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (ECLI:EU:C:2007:161).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2013, as. C-282/2012 – Itelcar (ECLI:EU:C:2013:629).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 1 de octubre nº 7460/2009 (ECLI:ES:TS:2009:7460).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 17 de marzo nº 1825/2011 (nº rec. 5871/2006).

4. *Doctrina administrativa*

Dirección General de Tributos. Consulta 2055-97, de 9 de octubre de 1997.

Dirección General de Tributos. Consulta 1315-98, de 20 de julio de 1998.

Dirección General de Tributos. Consulta 1210-01, de 20 de junio de 2001.

Dirección General de Tributos. Consulta 1615-01, de 4 de septiembre de 2001.

Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Consulta nº 1, nº de BOICAC 78/junio 2009.

Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Tributos, en relación con la limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades («BOE» núm. 170 de 17 de julio de 2012).

Recensiones

Luis JIMENA QUESADA, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de derecho*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 100 pp., ISBN 9788491199960.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp397-405](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp397-405)

1. El dominio que el autor presenta de los derechos sociales se constata perfectamente en la obra, al asumir un encaje práctico. Por ende, se confirma de manera impecable en la obra, su experiencia como miembro en la *European Social Charter Academic Network* del Consejo de Europa y en el ejercicio como miembro del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa. Habiendo sido parte activa en el contexto doctrinal europeo.

Desde su trabajo, el autor ofrece una visión sobre el Estado social presente. En esta línea, se percibe una crítica a la gestión de la crisis y la aplicación flexible de los estándares sociales en legislación y jurisprudencia. Todo ello, en un escenario de austeridad económica que parece que hemos tolerado, en particular en relación con las ramas que comprenden el Derecho Laboral, el Derecho Tributario y el Derecho Civil. El argumento escogido señala a un proceso de devaluación de la fórmula presente en nuestra Carta Magna del Estado social y democrático de derecho, en cierto modo, con un traspaso de parámetros normativos y jurisprudenciales que

parecen obviar determinados mandatos constitucionales de asunción de los cánones europeos sobre derechos fundamentales¹.

En el mismo prólogo, el profesor Terol Becerra evoca de manera acertada que «el Estado de Derecho representa un estándar de nuestros días», así, está señalando la hipótesis a resolver por él autor. Con otras palabras, si «el derecho debe resolver o no esta cuestión, que pugna con la economía y las finanzas».

El libro se articula en un prólogo, ocho capítulos y un epílogo. Asimismo

¹ «La traducción jurídica del proceso de deconstitucionalización es la desnormativización constitucional, la pérdida de normatividad en el núcleo de la constitución, específicamente respecto al Estado social y sus materializaciones en el Texto fundamental. Desnormativización como pérdida de la prescriptividad de la norma constitucional, como incapacidad para presidir el ordenamiento y vincular a los poderes público», en MAESTRO BUELLGA, G. (2017). El Estado social 40 años después: La deconstitucionalización del programa constitucional. *Revista de Derecho Político*. UNED, septiembre-diciembre, pp.772-773.

puede agruparse aquí a efectos explicativos en: una introducción que expresa la acentuación de la crisis económica al Estado Social; unos capítulos que recogen la concreta quiebra y sustracción de los principios constitucionales en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho; y otros, que aluden la revelación de determinada jurisprudencia flexible o devaluada en el contexto anticrisis.

2. A manera de introducción, se recuerda la trascendental fórmula del artículo 1.1 de la Constitución siendo uno de «los principios por antonomasia de nuestro sistema constitucional», o en otros términos, la calificación de norma fundamental o «metavalor absoluto», al contener la esencia constitucional. Desde esta base, toda legislación o jurisprudencia no debería articularse de manera flexible, sino al contrario, la producción normativa y jurisprudencial, sea o no en momentos coyunturales, debe cumplir los cánones impuestos de la fórmula del Estado social y democrático de derecho. Por ende, se advierte la necesidad de la construcción de un blindaje del Estado social, que inexorablemente tenga presente los valores superiores europeos e internacionales.

Tal como expone el autor, la crisis ha servido de pretexto en detrimento de la estabilidad jurídica para confeccionar «una legislación de urgencia y en una jurisprudencia coyuntural». En este panorama, se produce una legislación depreciada tanto en términos cuantitativos como cualitativos, proliferando así normas con una difícil articulación al sistema de fuentes y no adecuadas a normas o valores superiores, así como, en consecuencia, una devaluación jurisprudencial.

Respecto a ello, la legislación «anticrisis» no se ha visto equilibrada mediante jurisprudencia «compensatoria», antes al contrario, tal como se detalla en la obra, si corroborada por una especie de jurisprudencia en interés de ley anticrisis y, correlativamente, en desinterés constitucional o en desinterés europeo.

En referencia a los apartados que dilucidan sobre la quiebra de determinados principios constitucionales, distingue, como se ha dicho, el ámbito del Derecho Tributario, Derecho laboral y el Derecho Civil.

En primer lugar, en relación con el orden tributario, hace un análisis exhaustivo de la STS de 19 de noviembre de 2012, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (STS 7933/2012), donde se estima el recurso de casación en interés de ley. El autor, al examinar la ponderación de los hechos, asiente una discrepancia a la resolución mayoritaria; puesto que considera que la opinión acertada sería la de los votos particulares que se produjeron. Cuestionando el trasfondo de sacrificio de garantías del administrado justiciable, al prevalecer de manera condescendiente una especie de sentencia «anticrisis» perseguidora del fraude fiscal sin atender a derechos de los administrados y justiciables. La Administración General del Estado mediante escrito presentado el 28 de Febrero de 2011 interpuso recurso de casación en interés de la ley, por considerar errónea y gravemente perjudicial para el interés general la doctrina contenida en la resolución recurrida, en concreto la sentencia de 27 de octubre de 2010, Sección 3º, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ

de la Comunidad Valenciana. Todo tiene su origen en la liquidación por el Impuesto de Sociedades, ejercicios 1992 y 1993 y la sanción correlativa a una Clínica dental. Como bien sabemos, el recurso de casación en interés de la Ley es de naturaleza excepcional, a modo de remedio especial y último del que disponen las Administraciones Públicas para evitar que sentencias que se estimen erróneas y que puedan comprometer y dañar gravemente el interés general más allá del caso resuelto definitivamente por las mismas perpetúen o multipliquen en el futuro sus efectos negativos ante la posibilidad de la repetición o reiteración de su desviada doctrina. Pues bien, en línea de los votos particulares, sobre la eficacia o no interruptiva del acto anulado, o la diferenciación entre interrupción o suspensión de la prescripción; el autor de la obra, considera que «la problemática no cabe contraerla a una mera cuestión procesal y de estricta legalidad ordinaria... pues cabalmente nos hallamos... ante un prevalente problema de fondo de salvaguardia de derechos fundamentales». Debido a ello, la interrupción o suspensión de liquidaciones tributarias se encuadraría en plazos excesivos. Se propone una mayor voluntad jurisprudencial para que impere una mayor coherencia con mandatos constitucionales y europeos. Posteriormente extrae una valoración razonada de cómo los dictados de la eficacia y eficiencia administrativa que orientan el cumplimiento de obligaciones tributarias (traducido en recursos) no deben ignorar las garantías de los derechos fundamentales en juego.

En segundo lugar, en lo que menciona al orden laboral, a propósito del

ATS de 4 de noviembre de 2015 de la Sala Social del Tribunal Supremo (ATS 10135/2015), declarando la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina. En este supuesto se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 2 de diciembre de 2014, por entender que un despido era improcedente. Tal como infiere el autor, en los motivos casacionales, parece que el Auto se aleja de los cánones jurisprudenciales europeos recientes, establecidos por el Comité Europeo de Derechos Sociales, produciéndose una especie de anomalía en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo. En esta línea propone evitar lo que viene en denominar como *flexinormatividad*, apelando por un cambio de criterio jurisprudencial evolutivo, a la luz de las fuentes constitucionales sociales internacionales. En definitiva, el autor aquí constata la tendencia involutiva de la Sala Social del Tribunal Supremo que descarta reiteradamente la jurisprudencia europea. De este modo, parece chocar frontalmente no sólo con los principios de un Estado social de derecho (art.1 CE), sino también con los principios de la Carta Social Europea –ratificada por España– y el Convenio nº158 de la OIT –igualmente ratificado– normas que garantizan protección al trabajador en caso de despido.

En último lugar, en lo que respecta al orden civil, escoge la STS de la Sala de lo Civil, nº.139 de 25 de marzo de 2015 (STS 1280/2015). En la referida Sentencia se resuelve la controversia en la que dos prestatarios demandaban

a un banco la declaración de nulidad de la cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario con una justificación de limitación de la retroactividad de la declaración de nulidad (eficacia *ex tunc*), exceptuando la aplicación del artículo 1303 del Código Civil. Produciéndose, como se expone en el libro, un trastorno de la seguridad jurídica y del orden público económico, perjudicando de manera notoria a los consumidores. Una especie de ruptura del equilibrio entre liberalismo y democracia, restringiendo derechos fundamentales. Resulta curioso que se aparte de la regla clásica reiterada por la jurisprudencia civil del «quod nullum est nullum effectum proderit» (nulo no produce ningún efecto). Tras la lectura de los votos particulares de los Magistrados discrepantes Orduña Moreno e O'Callaghan Muñoz se razonan estas consideraciones y otras, como el control de transparencia. En definitiva, esta discrepancia apunta a que parece razonado haber declarado abusiva por falta de transparencia real de las cláusulas objeto de examen y del pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato, dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las mismas y su atribución al predisponente.

3. En resumidas cuentas, la actualidad parece evidenciar una fuerte corriente tendente a aplicar la teoría y métodos económicos a la práctica jurídica, afirmándose que «ofrecen mejores posibilidades para una práctica legal justificada y coherente, hasta el punto de concebirla como una de las

teorías dominantes de la jurisprudencia», cuando el análisis riguroso nos muestra otras posibilidades²

En esta línea, al valorar el apartado del apartamiento de los estándares del Estado social de la jurisprudencia y la flexibilidad del acervo social, desarrolla una valoración en profundidad, analizando la legislación producida en el contexto de crisis económica. Trae a colación, la STC 8/2015, de 22 de enero, que desestima el recurso de constitucionalidad promovido contra distintas disposiciones de la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma laboral, al vulnerar varios preceptos constitucionales. En este punto, se apunta que, pese a reconocer en los fundamentos jurídicos del fallo la singular posición que ocupa los sindicatos en la configuración de nuestro Estado social y democrático de derecho, asimismo la referida sentencia alude que los derechos colectivos laborales institucionalizados por la Constitución (huelga, negociación y conflictos colectivos) no son exclusivos de los sindicatos. De este modo, el legislador goza de un amplio margen de libertad para delimitarlos, lo cual, a su vez, permite al Gobierno y

² «Lo que nos interesa desde el punto de vista constitucional es señalar que no hay una única solución posible a la crisis y que, en la pretensión de reducir a una las respuestas a la crisis hay, desgraciadamente, una profunda actitud democrática que intenta apartar del terreno de la democracia pluralista la solución de los conflictos políticos», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (2013). Crisis económica y crisis constitucional en Europa. *Revista de Derecho Constitucional*, núm.98, mayo-agosto, p.92.

al Parlamento una concreta política económica y social, en atención a las circunstancias económicas y a las necesidades sociales. Jimena Quesada pone en valor el voto discrepante a la STC 8/2015, al criticar la jurisprudencia devaluada y anticrisis; igual sucede al analizar la STC 119/2014, por este y otros autores³. Deduciendo que existen limitaciones a los derechos sociales en un contexto de crisis económica, pero no por ello, cabe suprimir su contenido esencial o descartar su efectividad. Precisamente el auto recuerda que el Comité Europeo de Derechos Sociales declaró en las Conclusiones sobre el cumplimiento en España de la Carta Social del año 2014 determinadas irregularidades formales de la Ley 3/2012, al no ser conformes al artículo 6.2 de la Carta Europea. En consecuencia, el Comité Europeo de Derechos Sociales declaró –sobre este aspecto– que se socavaban los fundamentos del Estado social. Si bien, en el procedimiento

legislativo nacional se omitió este llamamiento al legislativo y ejecutivo en relación con lo prescrito en tratados internacionales.

Para el autor, este proceso devaluador es muy nítido: se origina con el asalto a los principios constitucionales del Estado social, favorecido posteriormente por la asunción de una jurisprudencia obsoleta, proyectándose en una preocupante flexibilidad del acervo social, a través, de un manejo incongruente de las fuentes constitucionales sociales de proyección internacional. Bastaría aludir, el ejemplo de la modalidad de contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores con período de prueba de un año y la inaplicación en la empresa de los convenios colectivos aplicables, para comprender la envergadura de estas medidas, y que parecen tomar una posición que casa poco con el modelo constitucional de relaciones laborales.

En el capítulo séptimo, el panorama presentado muestra determinadas medidas normativas y jurisprudenciales de austeridad muy particulares, encaminadas a recortar derechos sociales, bajo el pretexto de la contención del gasto y equilibrio presupuestario, minimizando los estándares de una democracia plural y real. En particular, por ejemplo, pone el foco en la Ley Orgánica 2/2014 de 21 de mayo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, que como medida anticrisis rebajaba el número mínimo y máximo de diputados integrantes de las Cortes de la Comunidad Autónoma referenciada, en concreto de 25 a 35, en lugar de la anterior de 47 a 59 diputados. Pues bien, la STC

³ «La banalización de la negociación colectiva, desconectándola del Estado social y la intervención promocional del trabajo que realiza la mayoría del Tribunal en la Sentencia 119/2014 es ejemplo del carácter disciplinante del ordenamiento de la UE. La contraposición entre constitución y reforma laboral viene reconocida por parte de algunos integrantes del tribunal (véanse el voto particular de F.Valdes Dal-Re al que adhieren A.Asua Batarrita y L.I Ortega Alvarez) que abre un flanco evidente a la crítica jurídica de la sentencia», en MAESTRO BUELGA, G. (2017). El Estado social 40 años después: La deconstitucionalización del programa constitucional. *Revista de Derecho Político. UNED*, septiembre-diciembre, p.795.

197/2014 de 4 de diciembre, confirmó la legitimidad de la medida, al fallar que no vulneraba la proporcionalidad del artículo 125.1 de la Constitución Española, ni el pluralismo político ni el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad (arts.1.1 y 23.2 CE). Como bien entiende el autor, se deja de valorar la proporcionalidad jurídico-constitucional de razonabilidad de esa medida, invocada por el texto del preámbulo. Tras presentar numerosos contra-argumentos a la fundamentación jurídica de la sentencia, se destacan algunas aproximaciones críticas que nos permiten analizar con una mayor luz el problema. Por ejemplo, cuando habla de que «la regeneración democrática implica incidir más en incrementar la calidad que en reducir la cantidad», o cuando menciona «si la controvertida medida reductora del órgano decisor legislativo queda o no avalada desde la perspectiva de la teoría decisonal de la democracia». Este horizonte acaba por mostrarse en el capítulo octavo, con el poco eco de los parámetros más favorables a la efectividad de los derechos sociales por parte de la jurisdicción y lo que puede determinar como una renuncia al «engranaje de tutela multinivel».

4. Estamos por tanto, ante una obra fundamental del profesor Jimena Quesada, abordando un tema que viene preocupando a la sociedad en su conjunto; más aún, especialmente de utilidad para reflexionar sobre la imposición de una legislación «anticrisis» validada por una «coherente» pero devaluada jurisprudencia. En este punto, la justicia constitucional como pieza esencial de cierre y

guardián supremo de nuestra Carta Magna, parece descartar el complejo proceso hacia la efectividad real de los derechos fundamentales en un marco de defensa multinivel de éstos.

En su epílogo final muestra otra resolución con reflejo devaluador de la fórmula expuesta, infringiendo que los órganos constitucionales han desatendido los cánones europeos e internacionales y, en consecuencia, el respeto y «el mandato interpretativo del artículo 10.2 en conexión con el mandato aplicativo impuesto por los artículos 93 a 96 de la Constitución»; luego, también considera que estos pronunciamientos confirman el abuso recurrente a legislación excepcional o de urgencia, argumentados en base a una coyuntura de crisis económica. En consecuencia, resultando más nociva a las situaciones de precariedad o vulnerabilidad. A su juicio, se arrinconan los criterios de racionalidad y proporcionalidad que deben salvaguardar a los derechos fundamentales en juego. Por ende, se requiere voluntad de todos los ámbitos, para salvaguardar los pilares básicos de nuestro Estado social y democrático de derecho. Precisamente por ello, no será necesario obrar simples compensaciones parciales jurisprudenciales que dotan una efectividad más amplia.

En palabras del autor: «Si los principios y derechos constitucionales susceptibles de blindar y optimizar nuestro Estado social y democrático de derecho valen tanto como sus garantías, las garantías valen a su vez tanto como un ejercicio de voluntad positiva de asumir nuestras responsabilidades compartidas en la promoción y defensa de esos principios y derecho».

Hay que reseñar que algunas conclusiones a las que llega el autor son compartidas y expuestas por otros/as autores de la doctrina. El optimismo previo a estos años, justo al comienzo de la coyuntura de crisis, vaticinó eficazmente la continuidad de esta economía social que aguarda un bienestar a la sociedad y corrige parcialmente al mercado⁴, no obstante, la economía de mercado ha profundizado expansivamente en lo que refiere a la justicia, pluralismo e igualdad; observándose como el discurso económico en esta coyuntura económica sufrida, y que aun padecemos, ha impuesto como únicas sus opciones, cerrando, de este modo, el cauce del pluralismo

constitucional y desnaturalizando el sistema constitucional. La doctrina considera que esta línea de actuación en la coyuntura de crisis económica se aleja de una idónea actitud democrática, al descartar el pluralismo de ideas y soluciones en todo conflicto político; la función nuclear constitucional parece haberse visto obstaculizada. La concepción única y suprema en términos económicos permite deducir que la democracia es entendida como un producto y, peor aún, es que la justificación excepcional y urgente de estas medidas probablemente se basa en numerosas falacias; por ejemplo, una es la atribución del excesivo gasto y deuda pública, ignorando que la deuda pública al surgir la crisis era inferior a la requerida como consecuencia de acudir a los mercados; y otra, al concluir con rotundidad, sin ningún tipo de valoración, una limitación de los gastos sociales como único factor para promocionar el equilibrio presupuestario, omitiendo la vía del aumento de ingresos públicos. Sin democracia pluralista no existe condición necesaria para que la Constitución resuelva problemas mediante el Derecho. El poder globalizado desenfrenado, la utilización de procedimientos informarles por parte de la Unión Europea incapaces de ofrecer respuestas y la especulación financiera como beneficiaria, entre otros hechos, presuntamente se están imponiendo en nuestras democracias, incluyendo la nuestra. Consideramos modestamente que para resolver todo conflicto se precisa la idea primordial del pluralismo, tal como se ha apuntado.

Fruto de esta afirmación material de *Forma Global de Mercado*, este

⁴ «el sistema político seguirá siendo el Estado social y democrático de Derecho, que se ha reafirmado durante la crisis y seguirá siendo, al menos en Europa, la forma política que se suceda a sí misma. Lo primero porque el mercado desregulado ha provocado la crisis y se ha mostrado incapaz de hacerle frente, haciéndose evidente que también en la escasez debe haber equidad, igualdad, justicia, solidaridad y pluralismo. En la escasez más aún que en la abundancia, puesto que, si en tal circunstancia no puede hablarse propiamente de bienestar social y económico, sí se puede hablar de Estado social, uno de cuyos principales fines sigue siendo el bienestar, y, mientras se va alcanzando, procura que nadie caiga por debajo del mínimo existencial. Lo segundo porque es la forma política más ajustada a esa economía social de mercado parcialmente corregida», en TORRES DEL MORAL, A. (2010). Realización del estado social y constitución económica. En TEROL BECERRA, M.J (dir.). *El Estado Social y sus exigencias Constitucionales* (p.109). Tirant lo Blanch, Valencia.

proceso devaluador de la Constitución, la legislación y la jurisprudencia, lo que el profesor Maestro Buelga ha denominado deconstitucionalización y desnormativización, supone una ruptura de los contenidos del Estado social. La cláusula del Estado social recogida en el artículo 1.1 de la Constitución, se ha visto desnaturalizada, al trasladar sus efectos a la acción legislativa infraconstitucional⁵; derivando en una distorsión que el autor Jimena Quesada formula acertadamente como flexinormatividad. Permitiendo que la constitución económica relativice al Estado social, dado que los derechos sociales entre sus caracteres se definen como derechos débiles, al ser derechos distributivos y vinculados al conflicto social.

⁵ «la cláusula de Estado social como una cláusula finalista de escasa densidad jurídica y cuya eficacia depende de la materialización instrumental que realiza el conjunto del ordenamiento jurídico, que no es ajena al momento socio-económico real. Qué duda cabe que la sumisión del alcance del artículo 1.1 CE a las exigencias del momento y el traslado a la acción legislativa e infraconstitucional desnaturaliza el Estado social, posibilitando mantener su aportación legitimadora formal en un contexto de ruptura de la forma de Estado, anulando sus contenidos. Esta concepción permite obviar la desnormativización constitucional que las transformaciones, acaecidas en las últimas tres décadas han producido, sustituyéndola por una concepción infinitamente flexible de la Constitución», en MAESTRO BUELGA, G. (2017). El Estado social 40 años después: La deconstitucionalización del programa constitucional. *Revista de Derecho Político*. UNED, septiembre-diciembre, pp.774-775.

Por último, recordar que al constitucionalizar el equilibrio presupuestario hipotéticamente ha quebrado el equilibrio entre la dimensión garantista y conflictual de estos derechos.

Por último, evocamos que las Constituciones no sólo contribuyen a la obtención del bienestar ciudadano, sino que persiguen una dimensión social. Tras 40 años de la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, no parece exagerado sostener que ha sido un período fructífero en lo que se refiere a medidas normativas destinadas a la construcción social con una real superación de la inicial versión del proyecto liberal de la fórmula del Estado de derecho por un programa amplio proyectado en la receta del Estado social de derecho, y la de éste al mismo tiempo, por el Estado democrático de derecho. Confiriéndole a la fórmula de Estado social, un presupuesto innovador del principio básico de la formulación del Estado liberal, al entender que el orden de las sociedades no es algo dado natural; sino que se tiene que perfeccionar a través de la actuación estatal. Esta idea de Estado social significa la asunción por parte del poder público de redistribuir la riqueza y prestar determinadas prestaciones que exigen los derechos sociales.

En conclusión, en esta estupenda obra de Jimena Quesada –en línea con otros autores– deja entrever de manera ejemplificada con legislación y jurisprudencia ocasionada en el intervalo de crisis económica, como el Estado social se ha visto devaluado sin oportunidad de blindarlo. Precizando que la articulación legislativa y jurisprudencial mediante la adecuación a la norma

constitucional, no debe conducir a una maleabilidad de la fórmula del artículo 1.1 CE. Sopesando con crítica constructiva lo que entiende como una devaluada jurisprudencia y legislación

anticrisis. Junto a lo expresado, estimamos que parece inferir una concepción sesgada de la economía que permite, en cierto modo, una instrumentalización de los derechos sociales.

Amir Al Hasani Maturano
Profesor Ayudante Derecho Constitucional
Universidad de las Islas Baleares

Gabriel MORENO GONZÁLEZ, *Estabilidad presupuestaria y constitución: fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 468 pp., ISBN 978841313963030.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp407-413](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp407-413)

La estabilidad presupuestaria surge como uno de los elementos más controvertidos en cuanto a su incorporación a los textos constitucionales, teniendo en cuenta los avances del Estado social, debido a las limitaciones que ello implica. Ahondando en este problema, nos encontramos actualmente en un contexto de supranacionalización de la toma de decisiones respecto de un amplio abanico de ámbitos, pues la Unión Europea ha ido recabando competencias, paulatinamente, mediante el proceso de integración que comenzó como un pacto económico-arancelario entre seis Estados, pero que, finalmente, ha desembocado en la creación de una entidad *sui generis* de compleja naturaleza jurídica y política.

Precisamente, en este contexto de desarrollo de la integración, es donde surge la necesidad de analizar el papel de la estabilidad presupuestaria en la Unión Europea, así como su eventual incorporación a los textos constitucionales de los Estados miembros, y es aquí donde el profesor de la Universidad de Extremadura y autor del libro que ahora recensamos, Gabriel

Moreno, contribuye con un avance muy relevante, pues realiza con gran maestría un análisis holístico del recorrido, desarrollo e implicaciones de este concepto, la estabilidad presupuestaria, culminándolo con un detallado análisis de la importancia de los distintos mecanismos que la Unión Europea (aunque sea de forma ajena a ella) ha ido creando en pos de la jurisdicción de la estabilidad presupuestaria a nivel comunitario.

* * *

En la primera parte, el autor desarrolla el recorrido del concepto de estabilidad presupuestaria, desde su florecimiento, gestado en el seno de la teoría ordoliberal y del Coloquio Lippman, hasta su cristalización en el Derecho de la Unión Europea. Para ello, comienza analizando la reconstrucción del liberalismo realizada por el coloquio mentado, donde surge el neoliberalismo como ruptura de las teorías del *laissez faire*, de modo que ahora el Estado pasa a ser considerado un código de circulación que dicta normas generales, es decir, como un elemento activo por y para la

competencia. En este contexto, aprovecha para analizar el ordoliberalismo surgido como superación de la concepción iusnaturalista, pues el marco jurídico, cuanto más perfeccionado, hace disminuir la necesidad de adoptar medidas concretas para el desarrollo del mercado. Así, la Economía Social de Mercado se constituye, como bien dice el autor, como la *manifestación concreta del neoliberalismo iniciado con el giro conceptual, copernicano, del Coloquio Lippman*. La forma de conseguir estos objetivos pasa por la elevación a la indisponibilidad de una serie de apriorismos, entre ellos el de estabilidad presupuestaria, que quedarían al margen de cualquier decisión política ordinaria.

Por otra parte, encontramos también el análisis de las teorías de James M. Buchanan y del recorrido de la estabilidad presupuestaria en los Estados Unidos. Entendiendo el mercado como orden constitucional, Buchanan se refiere a la Economía Constitucional como sucesora del ordoliberalismo, pero con el matiz de la constitucionalización del marco jurídico, como medio para evitar los excesos derivados del poder de intervención estatal, de modo que se debería crear *ex ante* un entramado jurídico suficiente para restringir la discrecionalidad política en materia económica. Asimismo, para que la estabilidad presupuestaria constituya un límite efectivo deben incorporarse mecanismos específicos eficaces, como los referidos por el autor: *los límites expresos al déficit y a la deuda pública, el federalismo fiscal como bálsamo al jacobinismo recaudatorio y los mecanismos de democracia*

semidirecta en la aprobación de las bases impositivas.

Las críticas a esta teoría vienen de la mano del contractualismo de Rawls, así como también resulta bastante inverosímil, por la propia naturaleza del ser humano, la afirmación de Buchanan de que el pacto debe ser lo más inclusivo posible y estar basado en la unanimidad, teniendo en cuenta, además, la actual configuración de los (cortos) mandatos políticos que no permiten a los dirigentes centrarse en objetivos a largo plazo.

Asimismo, nos llama la atención la consideración de la constitución normativa como elemento integrador de las tradiciones liberal y democrática, que a pesar de ser antagónicas en ciertos puntos, son complementarias; pero no se trata de una integración neutra, sino que una de ellas sale victoriosa el elemento liberal, surgiendo en la Economía Constitucional de Buchanan la más perfeccionada (e indisponible) vía de restricción de la voluntad de las mayorías.

Por último, en esta primera parte el autor analiza el recorrido práctico de la *Golden Rule (Balanced Budget Amendment)* en los Estados Unidos, donde se encontraba como una práctica consolidada, pero que carecía del marco constitucional necesario. A partir de 1970 y tras estar silenciada desde el *New Deal*, vuelve a situarse en el panorama político su constitucionalización. Entre las dos vías posibles, resultó elegida (por cuestiones políticas) la convocatoria de una convención constituyente que, a pesar de fracasar por no reunir el quórum requerido y debido a los avatares políticos que el autor recoge en este

apartado, sigue abierta debido a que muchos Estados aún no la han revocado expresamente.

En cuanto a la problemática constitucional inherente a la *BBR*, surgen primero los problemas de concreción numérica, distinguiendo entre métodos de cálculo de *cash* y de *accrual* (de caja y devengo), así como la eventual necesidad de un órgano supervisor; la de establecer suspensiones de la regla por motivos temporales (de acomodación del ordenamiento) o causales (por circunstancias excepcionales); así como la pertinencia de establecer previsiones complementarias y el alcance del ámbito institucional; o la existencia de instrumentos de evasión. Finalmente, el autor dedica un extenso análisis a la problemática de la ejecutoriedad, como posible conflicto para la división de poderes, de modo que acaba por reafirmarse en la imposibilidad de que el poder judicial decida, a través de sus sentencias, el control directo de la estabilidad presupuestaria y, por ende, de elementos esenciales del orden económico.

* * *

En la segunda parte, Gabriel Moreno enfoca su análisis en la juridificación de la estabilidad presupuestaria a nivel de la Unión Europea, así como a veces fuera de ella; y para ello, divide su contenido en tres apartados distintos, correspondientes a la creación de los tres instrumentos que ocuparán un papel protagonista en dicho proceso, como son el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica

y Monetaria (TECG). A la combinación de los tres el autor la denomina «tríada de mecanismos», como si de un tríptico se tratara. En consecuencia, trataremos de recoger los puntos más relevantes que el profesor ha señalado respecto de cada uno de ellos, a modo de pinceladas que sirvan de anticipo para el detallado análisis realizado en la obra.

La estabilidad presupuestaria comenzó reptando gracias a la serpiente monetaria, pero no fue hasta el Tratado de Maastricht cuando quedó incorporado al Derecho originario. El primero de los mecanismos que se creó fue el PEC, alejado de las propuestas originarias de Waigel, que constituye un sistema sancionador externo a la UE y con regulaciones de Derecho derivado, pero que acabó siendo ineficaz, como bien demuestran los incumplimientos sin sanción por parte de Alemania y Francia, que lejos de provocar una revisión del mecanismo (para aumentar su efectividad) desencadenó su flexibilización.

Asimismo, debido a que en numerosas ocasiones la estabilidad presupuestaria se trata de incorporar por la vía política, sorteando el marco jurídico de la UE, se produjeron una serie de resistencias, tanto comunitarias (por parte del TJUE, con la Sentencia del Pleno de 13 de julio de 2004), como constitucionales (por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales, encabezados por el Alemán, con sentencias como las de Maastricht).

Sin embargo, tras su creación comenzó la crisis de los rescates en la Unión Europea, comenzando por el caso griego, de modo que el PEC y las innovaciones incorporadas por el

Tratado de Lisboa devinieron insuficientes y surgió la necesidad de tomar nuevas medidas, como el refuerzo del PEC mediante el Derecho derivado (*six y two pack*) o la creación del MEDE y el TCEG. El autor distingue las novedades que conlleva el *six pack*, principalmente respecto de las vertientes preventiva (presentación anticipada de los planes a largo plazo ante Bruselas y coordinación de los diversos procedimientos y actos del Pacto en el interior del Semestre Europeo) y correctiva (mayor protagonismo de la Comisión, así como la introducción de la más restrictiva mayoría cualificada inversa después de haberse abierto el PDE). Asimismo, señala las altas dosis de discrecionalidad en manos de la comisión por el Procedimiento de Desequilibrios Macroeconómicos (PDM). Así como, más adelante, indica que la principal novedad del *two pack* es la supervisión directa de los proyectos de presupuestos nacionales.

Pasamos ahora al segundo capítulo, donde estudia el MEDE como mecanismo exógeno a la UE, justificado por la excesiva rigidez del marco comunitario y la cláusula del *no bailout*. Teniendo en cuenta que la única posibilidad de salvar la coyuntura financiera pasaba por la vía del artículo 122.2 TFUE, surgieron los acuerdos de asistencia financiera, materializados en los *Memorandum of Understanding (MoU)* celebrados entre la Comisión y el Estado en concreto; fue considerada insuficiente, se creó la FEEF, donde nos llama la atención la participación del FMI, institución ajena a la Unión Europea, acertadamente señalada por el autor como la primera

muestra de la huida comunitaria y la gestación del nuevo método comunitario.

Esta FEEF fue sustituida más tarde, con la firma del MEDE, que se crea como mecanismo externo al marco comunitario y, por tanto, nace ya con el cuestionamiento de su legitimidad. Por ello, el MEDE fue enjuiciado por el TJUE en el asunto Pringle, de 27 de noviembre de 2012, donde se validó la operación y se impusieron, a su vez, dos límites, como son la compatibilidad con el Derecho originario y la interdicción del menoscabo de la esencia de las principales instituciones comunitarias (a pesar de la intervención de la Comisión). En consecuencia, el MEDE no es parte de la UE y las decisiones e instrumentos que adopte serán propios y, por tanto, no enjuiciables bajo los parámetros de la CDFUE, pese a que esta tiene el mismo *status* que los Tratados constitutivos. En consecuencia, la única posibilidad de control pasa por la conformidad del *MoU* con la coordinación de las políticas económicas de la UE y la estabilidad presupuestaria.

Precisamente, por las dudas surgidas respecto de su legitimidad, el autor analiza con mucho tino las resistencias constitucionales por parte de los Estados miembros. En primer lugar, se refiere a las resistencias al MEDE como institución, reflejando lo establecido por el TCA, donde se enjuició la compatibilidad con la Ley Fundamental de Bonn y se impusieron dos condicionantes, con el MEDE ya en vigor, por lo que se tuvo que adoptar una Declaración interpretativa para salvar esta situación; así como lo reflejado por Estonia, donde el

Tribunal se remitió a la legitimación democrática de la adhesión. En segundo lugar, hace referencia a las resistencias relativas a la condicionalidad de los MoU asociada a la estabilidad presupuestaria, por parte de los Tribunales Constitucionales de Letonia (donde se acabaron por renegociar los términos del *MoU*), de Portugal (donde se dictaminó la inconstitucionalidad sin efectos, al amparo del artículo 282.4 de su Constitución) y de Grecia.

En el tercer y último capítulo, analiza el TCEG como la más perfeccionada de las huidas comunitarias, negociado de forma rápida y relativamente transparente, pero sin la intervención del Parlamento Europeo. Como elementos más relevantes el autor señala su sometimiento al Derecho de la UE (*efecto boomerang*), su carácter abierto hacia el futuro, permitiendo la firma de aquellos que se habían negado en un principio, y la transposición en plazo máximo de cinco años a los ordenamientos nacionales. Además, pone énfasis en dos claves, como son el pacto fiscal (equilibrio) y la constitucionalización (preferente) de la estabilidad presupuestaria, que ha dado lugar a la constitucionalización flexible bendecida por Bruselas, de modo que actualmente existen supuestos de constitucionalización fuerte (Alemania, España e Italia), de falta de constitucionalización por la concepción monista del Derecho Internacional (Francia) y de constitucionalización débil (Portugal).

A pesar de las recomendaciones de utilizar la vía del artículo 126.14 TFUE, se tuvo que descartar por las negativas de Reino Unido y Chequia,

pero de igual modo se descartaron otras tres opciones: la cláusula de imprevisión, la posibilidad de reforma simplificada de los tratados y la vía de la cooperación reforzada. Sin embargo, la elección de esta vía, como acertadamente afirma el autor, es una opción consciente de los Estados miembros de la Unión Europea, pero es ahí donde nos invita a reflexionar si se trata de una opción deliberada para evitar el encorsetamiento del marco comunitario y la intervención del Parlamento Europeo, o bien se trata de una elección medial, esto es, se produce la huida de dicho marco para alcanzar un *telos* superior, como es el beneficio de la Unión Europea. En cualquier caso, la prevista incorporación del TCEG al acervo comunitario supondría mejoras en cuanto al control y la legitimidad de la opción elegida.

En cuanto a la problemática de la transposición, se señalan dos paradojas: en primer lugar, respecto del plazo de un año, impracticable en muchos casos por la propia configuración constitucional nacional; y, en segundo lugar, respecto de la permanencia del marco normativo, impulsado por el país germano, como bien se deduce de las declaraciones de Merkel, que acaba por convertirse en una declaración simbólica. En una primera aproximación, podría resultar extraño que Alemania, donde se ha gestado la construcción de la identidad nacional como contrapeso al Derecho de la UE, no se haya opuesto a este proceso, pero señala Gabriel Moreno de forma brillante que la estabilidad presupuestaria es una regla constitucionalizada en la LFB, de modo que no es una

afrenta a su constitucionalismo, sino que es la mejor forma para extender sus parámetros al resto de Estados.

Finalmente, se recoge una amplia comparativa entre la experiencia europea y la BBR norteamericana, de modo que además de las diferencias estructurales existentes entre ambos sistemas, hace referencia a los métodos de cálculo (estructural/nominal), a las reglas temporales o de acomodación, la existencia o no de instrumentos de evasión o la ejecutoriedad judicial.

* * *

En la tercera y última parte, el autor analiza la nueva constitución económica neoliberal de la Unión Europea, subdividiendo la exposición en dos apartados: por un lado, el análisis del mercado como principio rector; y, por otro, la incompatibilidad de los que denomina como modelos económico competitivo y político fragmentado con la parte dogmática del Estado social. Además, de forma transversal, realiza una importante reflexión acerca del papel del TJUE a lo largo del proceso.

En el primer capítulo, comienza exponiendo el desarrollo de la integración europea, donde la competencia ha acabado por convertirse en el criterio rector, por encima de las consideraciones nacionales al respecto. En consonancia, se ha superado el rígido marco del Estado-nación, pero sin la existencia de un *demos* europeo que lo sostenga, pues ha sido sustituido por la competencia como sostén artificial para este entramado.

Sin embargo, la constitución económica europea no se puede identificar con la construcción ordoliberal,

ya que esta última es excesivamente complicada y la interrelación entre teoría y práctica nunca es unidireccional, aunque el ordoliberalismo pueda servir como parapeto teórico para las consecuencias jurídicas del mercado y la competencia como principios estructurantes de la Unión. Asimismo, concluye que con su implantación se ha superado la antigua concepción de la Constitución como horquilla de acción para la política estatal, pues la mutación que ha sufrido con la incorporación de la estabilidad presupuestaria ha acabado por extinguir casi en su totalidad el marco de apertura al pluralismo, suponiendo, a su vez, un grave conflicto con la construcción del Estado social. Asimismo, vuelven a reavivarse las dudas sobre la legitimación, en este caso respecto del que llama nuevo «método plutocrático europeo», caracterizado por constituirse en esferas extracomunitarias, con la introducción de la regla de mayoría cualificada inversa y la ausencia de intervención del Parlamento Europeo.

Como bien entiende Gabriel Moreno, la constitución económica europea puede explicarse desde la convergencia teórica del ordoliberalismo y de la Economía Constitucional, esto es, de la elevación a la indisponibilidad de la estabilidad presupuestaria, introduciendo esta nueva concepción amplia de la Constitución y del constitucionalismo como técnica de control político. Con ella, triunfa el modelo de integración negativa (económico competitivo) y el modelo político fragmentado, pues no existe un *demos* común que pueda provocar una resistencia efectiva al nuevo método

plutocrático europeo y a las esferas de indisponibilidad que ahora se crean.

En el segundo capítulo, por su parte, se refiere a la incompatibilidad de estos modelos (económico competitivo y político fragmentado) con la parte dogmática del Estado social, pues se configura la estabilidad presupuestaria como una camisa de fuerza que, como ya avanzamos, dinamita los márgenes de pluralismo que antes existían a nivel nacional, tratando de evitar que ese federalismo competitivo se convierta en una *race to the bottom*. Además, hace referencia a las últimas (pero insuficientes) resistencias constitucionales, de mano de la transformación de la jurisprudencia del TJUE, desde el caso Pringle (donde se bendecía la expulsión de la CDFUE como parámetro de control) hasta Ledra Advertising, donde se produce un tímido e insuficiente cambio.

Finalmente, dedica un último apartado a desgranar los frutos de su investigación, compilando las características de la nueva constitución económica

neoliberal de la Unión Europea, entre los que podríamos destacar, a modo de muestra, la victoria total del elemento liberal frente al democrático en el seno de la democracia constitucional, y el consiguiente choque con el Estado social y los derechos fundamentales que de ella se derivan.

* * *

Como consecuencia de todo lo expuesto, podemos afirmar sin lugar a dudas que la lectura de la obra que ahora recensionamos es absolutamente necesaria para todo aquel que quiera comprender los cimientos sobre los que hunde sus raíces la estabilidad presupuestaria, las implicaciones que trae consigo la constitucionalización de este concepto a nivel nacional y el papel que en ello ha desempeñado la Unión Europea a través de la creación de los distintos mecanismos que tienen por objeto circunscribir el margen de acción pluralista de nuestras democracias contemporáneas.

Juan Barroso Márquez

Investigador en Derecho Constitucional
Universidad de Extremadura

Esther GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, *La «revolución constitucional». Breve compendio de historia constitucional europea en perspectiva comparada*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, 432 pp., ISBN 9788425918070.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp415-417](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp415-417)

I

Cualquier obra de la historiografía jurídica corre siempre el riesgo de convertirse en texto que cataloga autores y fechas, que aúna hechos pero descuida el análisis, que desdeña el contexto perdiendo así la circunstancia, convirtiéndose en un libro más sobre un aspecto de la historia, sin más aportación que constituir la última referencia sobre temas ya trabajados.

No es el caso. Nos encontramos ante una obra rigurosa en su planteamiento y formulación, gracias en buena medida a su abundante y notoria bibliografía, pero en la que el horizonte de conjunto se aprecia ya desde la primera lectura, en la que destaca la impronta de un bagaje historiográfico que se aleja de los cauces habituales para centrarse en lo verdaderamente relevante: el *fenómeno constitucional* como motor de la *revolución constitucional*.

Con ese prisma, se adentra en el estudio de la historia político-constitucional comparada, transitando desde los conceptos de orden y constitución al nacimiento del constitucionalismo norteamericano, sin descuidar el

modelo constitucional europeo, donde se centra en las diversas historias constitucionales europeas, como la relativa a Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia, Portugal o los países nórdicos, afrontando, con ello, una perspectiva global que le sirve para desmontar un mito común extendido: «*ni todo nació en Francia, ni en Reino Unido, ni en Estados Unidos, ni ello fue, por sí mismo suficiente*».

Es, por ello, una obra llamada a situarse en el frontispicio de las obras *canónicas* sobre la materia gracias a lo novedoso de su planteamiento y la vocación integral de su metodología y objeto de estudio.

II

La autora, Esther González Hernández, es Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos, dibuja en esta obra un trabajo enormemente ambicioso, pero cuya lectura resulta ágil y diáfana, fruto de intensos años de investigación en historia política y constitucional comparada.

La sistemática estructura, en doce capítulos, aborda perspectivas

holísticas de la revolución que supuso, allá por el siglo XVIII, el surgimiento del incipiente constitucionalismo, aún lejos de su conformación definitiva a mediados del siglo XX como baluarte de la libertad frente al despotismo.

La temática abordada, lejos de tediosos compendios constitucionales, es mucho más que un análisis evolutivo de la historia del constitucionalismo, constituyendo más bien una rigurosa y bien meditada reflexión sobre las complejas aguas en las que hubo de transitar.

Combina, en ese sentido, la historia y la política o, en palabras de la propia autora acuñando un neologismo jurídico, el «turismo constitucional», que sirve de hilo conductor al estudio del devenir histórico de los últimos tres siglos.

El objetivo es, en palabras de la autora, «*conocer el cómo y el porqué de ese cúmulo de razones y circunstancias que hicieron que la 'Revolución constitucional' fuese tan inevitable como inaplazable*».

Comienza, en ese sentido, con una sensata introducción en la que perfila el concepto y alcance de la *revolución constitucional* surgida a finales del siglo XVIII, que tenía como objetivo «*crear y conformar una nueva forma de organización del poder, es decir, reflexionar y discutir sobre las mejores técnicas que garantizaran la libertad y 'libertades' (que no son exactamente lo mismo) contra el poder arbitrario*».

El origen, el llamado «punto cero», por la autora, lo constituye la Constitución de los Estados Unidos de América, el primer *Código Político* de la

modernidad revolucionaria, en el que confluyen los anhelos de un mundo nuevo en odres viejos.

Ciertamente, y pese a la impronta parlamentaria y liberal consagrada tras la *Revolución Gloriosa* de 1688, «*el constitucionalismo británico es el clásico ejemplo de Constitución histórico-documental, que responde a unos parámetros de gestación y desarrollo bastante diferentes del constitucionalismo escrito y promulgado de modo solemne que surge de la "Gran Revolución euro-atlántica" en el que se basa el actual Derecho Constitucional*».

De hecho, la revolución inglesa no pretendió «*la instauración de un sistema parlamentario de gobierno, sino, tan solo, la sustitución de la dirección política del Monarca y de su Consejo Privado por un sistema asambleario o convencional de predominio parlamentario*». Tiempo después, sin embargo, el parlamentarismo y sus implicaciones de control al gobierno consolidarían el eje del sistema y, consecuentemente, la preeminencia del Parlamento derivado del principio de la *sovereignty of Parliament*.

Surge, en ese contexto, el análisis del Estado como sustrato corpóreo de la realidad de la comunidad política, ya que, «*tanto en Europa como en América, sobre una base territorial centrífuga nacen Textos constitucionales que pretenden poner punto y final a las construcciones de los diferentes Estados*».

En Europa, el punto de no retorno que supuso la Revolución Francesa en 1789 propició la consolidación y articulación de un modelo largamente larvado pero nunca vislumbrado, pese a conatos en otros países. Será en

Francia donde el *sentimiento constitucional* verá, finalmente, la luz política sin vuelta atrás, cristalizando en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde se «*sintetiza el programa básico del nuevo orden político que se pretende construir, y se convierte, en consecuencia, en elemento fundamental del constitucionalismo pro-futuro*».

En otros Estados europeos, como en Italia y su *Risorgimento*, o Portugal o Grecia, fueron procesos constitucionalmente aún más arduos, aunque en Italia, por ejemplo, la larga pervivencia del Estatuto Albertino se dejase sentir hasta la Constitución Republicana de 1946. Sea como fuere, la pulsión constitucional era evidente y, más pronto o más tarde, se hizo sentir en la inmensa mayoría de los países europeos, especialmente tras el fin de la Primera Guerra Mundial en 1918.

En el caso de España, los avatares del siglo XIX fueron propicios para el constitucionalismo y las constituciones, fruto de ese *tira y afloja* en el que pugnaban el absolutismo que se negaba a morir y la pujanza del nuevo liberalismo de resabios ilustrados de proveniencia francesa. Multiplicidad de constituciones que, comenzando

por la de 1812, pretendieron «*establecer la transición entre la España del antiguo régimen y la España revolucionaria*». Revolución: sí, pero poco a poco.

III

La historia del constitucionalismo es la historia de una *pulsión revolucionaria* por la libertad que, en el siglo XVIII y durante tres largos y convulsos siglos, alumbró una *nueva era política* que demolió el *Ancien Régime* absolutista para desembocar en el imperio de la *rule of law* y el orden político liberal.

Un largo trayecto político, lleno de idas y venidas, de avances y retrocesos, que a modo de erosión política, modelaron una realidad jurídico-política centrada en el ciudadano y sus libertades. La realidad, siempre más tozuda, vino en no pocas ocasiones a quebrar estos éxitos, saturando de conflictos a sociedades deseosas de paz social.

El resultado, tres siglos después, es harto perceptible. Un modelo consolidado, donde rige el Estado de Derecho y donde los derechos fundamentales y libertades públicas resultan incuestionados por incuestionables.

David Delgado Ramos

Profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

José Luis GARCÍA GUERRERO y María Luz MARTÍNEZ ALARCÓN
(dirs.). *Constitucionalizando la globalización*, Editorial Tirant
lo Blanch, Valencia, 2019, 2 Volúmenes, 1700 pp., ISBN

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp419-423](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp419-423)

I

La globalización, en sus múltiples vertientes, pero muy especialmente en sus aspectos jurídicos, económicos y sociales, ha supuesto un revulsivo jurídico-constitucional al concepto racional-normativo del constitucionalismo histórico, centrado en las esferas políticas nacionales y, en el ámbito europeo, en su contexto multinivel.

Este fenómeno ha modulado la interlocución clásica de los ciudadanos y los poderes públicos, ampliando las esferas de interacción, gracias a la dilución de las fronteras nacionales, la integración económica y la rápida extensión de las libertades de circulación de personas y mercancías.

Indudablemente, todo este proceso lleva anejo una serie de problemáticas que, tanto desde la perspectiva de la legitimidad democrática, –especialmente en lo relativo a la toma de decisiones de las instituciones europeas y mundiales–, como en lo relativo a los derechos fundamentales de los ciudadanos, –la limitación de los mismos, como se puso de manifiesto con la larga crisis económica–, afectan al

núcleo esencial del Estado Social y Democrático de Derecho.

La globalización es, por lo tanto, un complejo proceso que, como tal, posee incidencia plural, por lo que sus implicaciones, causas y consecuencias deben ser analizadas con perspectiva *holística*. Tanto es así que su complejidad acaba produciendo la *mutación de la globalización* conforme las propias transformaciones de la misma se manifiestan, exigiendo afrontar nuevos desafíos, porque la naturaleza intrínseca de la globalización es su *dinamismo catalizador* en todos los ámbitos en los que se desenvuelve como realidad socioeconómica.

II

La obra, coordinada por los profesores José Luis García Guerrero y María Luz Martínez Alarcón, de la Universidad de Castilla-La Mancha, es una amplia y densa obra coral en dos volúmenes que destila un intenso y sesudo trabajo de investigación multifocal pero con un común denominador: la determinante influencia de la globalización y sus aspectos económicos en el constitucionalismo contemporáneo.

Una perspectiva novedosa, no suficientemente abordada, pero que en esta obra, llamada a convertirse en un estudio *canónico* sobre el tema, los autores afrontan desde la convicción de la irreversibilidad de la globalización y la necesidad de su conocimiento profundo.

El trabajo, compuesto de veintinueve capítulos agrupados en seis partes, presenta un detallado análisis orgánico e institucional no exento de las vertientes crítica y propositiva, al objeto de propiciar un debate sobre las cuestiones planteadas. Por lo tanto, lejos de ser un estudio meramente descriptivo, exento de opinión, centra el problema y su debate.

En relación con la primera parte, relativa a los *Tipos de integración económica*, examina las derivadas de los acuerdos de libre comercio, –por María Mercedes Sanz Gómez–, la unión aduanera, –por Pilar Molero–, la teoría del mercado común, –por Magdalena González–, la unión económica supraestatal, –por Ignacio García Vitoria–, y la unidad económica y monetaria, –por Pablo Meix–.

En este parte, los autores presentan, a modo de *caledoscopio*, el panóptico general de la llamada *globalización económica*, y cómo el mercado común, la supresión de barreras al libre comercio y, en definitiva, la unión económica y monetaria, han transformado la forma de ver, entender y plantear las relaciones económicas internacionales, articulando una nueva realidad sociopolítica presidida por el comercio, de alcance superior conforme se va diluyendo el tradicional criterio fronterizo.

La segunda parte, titulada *Estudio de la primera fase de las integraciones*

económicas, pone el foco en el aspecto histórico de dicha integración en sus varias fases, a partir de los ejemplos de la Comunidad Andina de Naciones, –elaborado por Ernani Contipelli–, NAFTA, –por Asier Tapia–, el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica, –por María Martín–, MERCOSUR, –analizado por Federico E. Z. Glitz–, el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica, –estudiado por Claudio di Maio–, el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico y la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, –por Ernani Contipelli y Simona Picciau–, la Alianza del Pacífico, –por Jairo Castaño–, o, por último, los casos del Acuerdo Integral sobre economía y comercio, –planteado por Jorge Luis Fabra–, la Asociación Económica Integral Regional, –por Héctor Álvarez–, o la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión, –realizado por Ángel Aday Jiménez–. Toda esta parte se completa con un muy útil compendio de acuerdos comerciales por estado elaborado por Miguel Ángel Sevilla y José Luis García Guerrero.

Una parte especialmente interesante, no ya para el público en general, sino para el académico en particular, toda vez que, más allá de determinadas organizaciones económicas internacionales, la inmensa mayoría de las estudiadas resultan desconocidas. Con ello, se comprende mejor el planteamiento abordado por muchos países en el ámbito de la integración económica regional, y por lo tanto, las implicaciones en lo relativo a las relaciones internacionales, en donde el tradicional eje de influencia geoestratégico viene presidido, hoy, por la economía y el comercio, y no por criterios militares.

La tercera parte, dedicada a los *Modelos de Constitución Económica*, constituye en mi opinión la parte más sugerente del libro, al abordar un complejo enormemente rico desde el panorama jurídico, que parte del estudio del carácter racional-normativo de la constitución económica liberal, –por Jesús López de Lerma–, la constitución económica marxista-leninista, –analizada por Lissette Pérez–, el intervencionismo del Estado Social, –realizado por Mercedes Serrano–, y la fundamental perspectiva europea, con los estudios de la economía social de mercado, –por Gabriel Moreno–, y el llamado ordoliberalismo, –estudiado por Luis Ignacio Gordillo–. Concluye este trascendental enfoque con el trabajo sobre la desconstitucionalización de la Constitución Económica Española que afronta José Luis García Guerrero.

La combinación de estudios críticos desde la óptica normativa y filosófico-teórica que se plasma en esta parte es de un extraordinario interés conceptual, al unir los ámbitos de la economía política, la historia y los modelos constitucionales económicos europeos. El examen de conjunto permite inferir un alto grado de conexión entre todas las materias, contribuyendo a apreciar los matices, diferencias y semejanzas entre modelos, pero también su *posibilismo*, su virtualidad real y, desde la conjunción de los planteamientos históricos y jurídico-económicos, un balance crítico de su implantación en determinados países. El resultado, un panorama horizontal de los modelos económicos vigentes, con sus debilidades y fortalezas, y su grado de efectividad desde el constitucionalismo moderno.

La cuarta parte, la más extensa de toda la obra, titulada *El gobierno interno de la globalización: los bancos centrales. Su rol en el libre comercio*, expone la visión orgánico-institucional del constitucionalismo económico, sus modelos de gobernanza y su estructura operativa y funcional. Así, se comienza con los estudios sobre los bancos centrales en Japón, China e India, –elaborada por Eduardo Sanz–, continuando con los relativos a Brasil, Canadá y Rusia, –por Marcelo Teixeira–, y la FED en los Estados Unidos, –realizado por Tomás Bastarreche–, sin olvidar, en el ámbito de la Unión Europea, a nuestro referente europeo, el Banco Central Europeo, –que aborda Isabel Giménez–, el interesante análisis comparativo entre los bancos centrales de Alemania, España, Francia e Italia, –por Elena Rebato–, o el Banco de Inglaterra, –que estudia Tomás Bastarreche–, sin olvidar al Banco Internacional de Pagos, –por Tomás Bastarreche y Eduardo Sanz–.

Se completa esta parte con los sugestivos trabajos que, sobre el gobierno externo o la gobernanza internacional de la globalización se realiza desde el análisis de los vínculos entre la Unión Europea y la Organización Mundial de Comercio, –por Naiara Arriola–, el G-20, –que estudia Enrique Belda–, la OCDE, –que aborda Juan Manuel Goig–, o, en último lugar, los casos del Fondo Monetario Internacional, –por Tomás Vidal–, o el Banco Mundial, –que expone Ana Valero–.

Una parte, en conjunto, muy sugerente, que ayuda a conocer a fondo, interna y externamente, las estructuras técnicas de poder en la toma de

decisiones económicas de la globalización, cuya implicación en las políticas públicas requiere entender las estructuras de la gobernanza económica mundial en sus aspectos más complejos, que a la postre, suelen ser los más determinantes política y económicamente. Una suerte de *arcanos institucionales* que, en el siglo XXI, ordenan las relaciones económicas internacionales.

Una quinta parte, denominada *Algunos problemas que plantea la globalización*, sirve de colofón a esta extensa e intensa obra. Un estudio que no podía faltar en un trabajo de este calado sobre la transformación del constitucionalismo moderno por la influencia de la globalización.

En ella, se acomete el análisis de los embates de la globalización a la democracia, –por José Luis García Guerrero–, la afectación de la integración económica y la globalización a los valores y al Estado Social, –que estudia Luis Jimena–, el coste económico de los derechos y su interpretación, –que afronta Francisco Javier Díaz Revorio–, las implicaciones para los derechos de los trabajadores, –por Carlos Vidal Prado–, la configuración constitucional de los tributos en la globalización, –que expone Juan José Nieto–, o la difícil conexión entre integración económica y medio ambiente, –que presentan Silvana Winckler, Arlene Renk y Reginaldo Pereira–.

Esta parte, crítica y analítica, no obvia los polémicos debates que entraña la globalización para la sociedad, los derechos fundamentales, los deberes constitucionales y el medio ambiente, y que, en el fondo, están determinando la orientación de la misma globalización a través de sus

deficiencias, no siempre resueltas y que, en la actualidad, son las más contestadas social y políticamente.

Una sexta y última parte, titulada, *¿Puede la Unión Europea solventar estos problemas de la globalización reformando sus instituciones o precisa transformarse en un Estado federal?*, muestra las ponencias de Antonio López Castillo y Mattias Kumm en torno a una mesa redonda moderada por Juan José Solozábal, en la que se sugirieron y propusieron relevantes cuestiones sobre la arquitectura institucional de la globalización pre y post crisis. Una crisis cuya duración y virulencia han servido para cuestionar las costuras políticas, económicas y sociales de la globalización.

En definitiva, una magna obra, integral en cuanto a su fundamentación, objetivos y alcance, que va a servir de soporte intelectual para la comprensión del fenómeno de la globalización, su arquitectura jurídico-institucional, su conexión con la geoestrategia y las relaciones internacionales y, por supuesto, en lo relativo a los derechos económicos y sociales, cuya naturaleza y límites se ven modulados por un escenario político-económico en el que, en no pocas ocasiones, el ciudadano, como actor individual, ve soslayados sus derechos e intereses en pro de un interés global de cuestionable aplicación práctica.

III

La globalización ha modulado la perspectiva económica de la realidad político-constitucional, transformando la concepción tradicional del constitucionalismo para otorgarle una nueva voz que incide de forma

determinante, –y sin vuelta atrás–, en la interpretación y aplicación de los textos constitucionales.

Este nuevo panorama, que podría ser definido como una suerte de *complejo orgánico constitucional* por la profunda imbricación de sus redes y por la vertiente institucional que le otorga contenido normativo y un alto grado de eficacia económica, ha estado tradicionalmente soslayado de los estudios críticos constitucionales, que lo han desdeñado como un actor carente de relevancia jurídico-constitucional.

El tiempo y la aplicabilidad directa, en sus vertientes orgánica y funcional, de este nuevo constitucionalismo económico, ha acabado por alejar estos *carpetovetónicos* planteamientos, que desconocían la sólida y estable conexión de los caracteres sustantivos de los conceptos de economía y constitución.

Sus implicaciones en el conjunto de los derechos fundamentales, –no sólo los derechos sociales–, y la legitimidad democrática, exigen de un estudio riguroso, extenso e intenso, del nuevo marco jurídico de la globalización y su

incidencia en el constitucionalismo moderno.

El panorama, en el ámbito de los derechos fundamentales, es de enorme trascendencia, no sólo porque no tiene vuelta atrás sino, aún más relevante, porque la orientación de los mismos acaba por ser determinada por actores supranacionales que carecen, en algunas ocasiones, de la necesaria legitimidad democrática.

Algo similar se predica de los organismos supranacionales que, financiados por los Estados, establecen un rumbo político-económico en el que los Estados más débiles ven limitada su actuación, debiendo acatar dicha orientación sin poder participar en la toma de decisiones.

En conclusión, la globalización es un presente armado de futuro, pero un presente y un futuro que exige de mecanismos constitucionales de ordenación que, desde la guía del Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales, hagan de la integración económica mundial un fenómeno de progreso y prosperidad para todos.

David Delgado Ramos

Profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

EN ESTE NÚMERO DE *ESTUDIOS DE DEUSTO*
COLABORAN / THIS ISSUE INCLUDES
CONTRIBUTIONS FROM:

Amir AL HASANI MATURANO es Profesor Ayudante de Derecho Constitucional en la Universidad de las Islas Baleares (España).

Elena AVILES HERNANDEZ es Investigadora en la Universidad de Málaga (España).

Manuel ÁLVAREZ TORRES es Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (España).

Juan Barroso Márquez es Investigador en Derecho Constitucional en la Universidad de Extremadura (España).

Alexandre H. CATALA I BAS es Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universitat de València (España).

David DELGADO RAMOS es Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional en la Universidad Rey Juan Carlos (España).

María Luisa DOMÍNGUEZ BARRAGÁN es Profesora de Derecho Procesal en la Universidad de Córdoba (España).

Gaspar GONZALEZ REPRESA es Personal Investigador en Formación en la Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli (Italia), en cotutela con la Universidad de Málaga (España).

Daniel LÓPEZ RUBIO es Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid (España).

Irene MARTINEZ MARTINEZ ha sido galardonada con el premio Juan Churruga al mejor Trabajo de Fin de Grado en Derecho (2018/19).

Efrén PEREZ BORGES es Doctorando en Derecho Económico y de la Empresa por la Universidad Pontificia Comillas (España).

Antonio José QUESADA SÁNCHEZ es Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Málaga (España).

Manuel-Óscar REMESEIRO FERNÁNDEZ es Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (España).

Allan F. TATHAM es Profesor de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en la Universidad CEU San Pablo, Madrid (España).

José Mari TIROL URIONDO es Decano y Profesor de la Universidad de San Agustin College of Law (Filipinas).

José Manuel DE TORRES PEREA es Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Málaga (España).

María Isabel TORRES CAZORLA es Profesora Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad de Málaga (España).

Ana B. VALVERDE CANO es Doctoranda en Derecho penal en la Universidad de Granada (España).

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

¹ Lluís Duch, *Mito, interpretación y cultura* (Barcelona: Herder, 1998), 56-58.

¹⁸ Duch, *Mito...*, 15.

²¹ Santiago Segura, *Gramática latina* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2012), 74-76.

²² Segura, *Gramática...*, 75.

Duch, Lluís. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder, 1998.

Segura, Santiago. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

Dos autores

² 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

³ 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.

⁷² Natalia Ojeda et al., *La predicción del diagnóstico de esquizofrenia...*

¹⁰¹ Ojeda et al., *La predicción...*

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

² Irene Andrés-Suárez, ed., *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo* (Madrid: Cátedra, 2012), 15-16.

³ 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

¹ Salvador Fernández Ramírez, *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Ed. por José Polo (Madrid: Arco/Libros, 1985), 145-46.

¹⁸ 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

¹ 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.

¹⁹ 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

¹ James Rieger, introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley (Chicago: University of Chicago Press, 1982), XX-XXI.

² 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.

¹ Jane Austen, *Pride and Prejudice* (Nueva York: Penguin Classics, 2008), edición en PDF, cap. 23.

¹⁴ Austen, *Pride and Prejudice*, cap. 23.

Austen, Jane. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics, 2008. Edición en PDF.

Libro consultado en línea

¹ Salvador Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica: Aproximación funcional* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

² 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/>.

³ Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica*.

⁴ 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.

¹ María José Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», *Meta* 56, n.º 1 (2011): 112-13.

³⁴ 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

¹ 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.

¹⁵ 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.

² 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>.

⁴ 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

¹ 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>.

² 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

¹ 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>.

³ 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

² 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).

⁴ 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.

² «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.

³ 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.

² Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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

² Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (*BOJA* núm. 248 de 19 de diciembre de 2007).

³ 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.

(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 1974,⁸...»).

⁸ Spock, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

(Spock, entrevista por Senn, 20 de noviembre de 1974)²

² 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 67, Issue 2, July-December 2019
DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019](https://doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019)

Table of contents

Special Issue: Five Centuries Sailing The Legal World (I)

Unwrapping the Human Trafficking Definition of the Palermo Protocol: Trafficking as Harmful Exploitation

ANA B. VALVERDE CANO

Can anyone be damaged by a creative work? Thoughts inspired by a Judgment of the Spanish Constitutional Court

ANTONIO JOSÉ QUESADA SÁNCHEZ

Paying Court to the Future – Ha llegado el tiempo para un Tribunal de comercio de la ASEAN?

ALLAN F. TATHAM

Familiar y de Familia: Vasco/ Español-Filipinos vis-à-vis ASEAN, la Unión Europea, y Euskadi

JOSÉ MARI TIROL URIONDO

Cuestiones jurídicas emergentes: un análisis a vista de pájaro

MARÍA ISABEL TORRES CAZORLA

Un análisis alternativo sobre las legítimas a partir del estudio

comparado del Derecho de sucesiones español y filipino

JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA

La retórica populista como amenaza a los derechos humanos en Europa: Posicionamiento de las instituciones supranacionales

ELENA AVILÉS HERNÁNDEZ

Los episodios de secesión-remedio. Violaciones graves y sistemáticas de los Derechos Humanos de minorías y pueblos

GASPAR GONZÁLEZ REPRESA

Studies

Nation and public freedoms in the spanish Constitution of 1812

MANUEL ÁLVAREZ TORRES

Political will for a time of reforms: Previous conditions to address a constitutional reform

ALEXANDRE H. CATALA I BAS

History and foundations of the extension of effects of final judicial sentences as autonomous procedural figure

MARÍA LUISA DOMÍNGUEZ BARRAGÁN

Overview of a forgotten proposal: The proposal for constitutional reform by the General Council of Asturias on semi-direct democracy

DANIEL LÓPEZ RUBIO

The civil fine in the French Legal Order: "When your neighbor's bears ..."

EFREN PÉREZ BORGES

Atticus Finch: Emotional Intelligence and Leadership, as Management Tools, in the Exercise of the Legal Profession. (Analysis of the film "To kill a Mockingbird")

MANUEL-ÓSCAR REMESEIRO FERNÁNDEZ

Juan Churruga Award

The limitation on interest deductions in the Law of Spain and the Basque Country: Evolution and Comparison

IRENE MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Book reviews