

Estudios de Deusto

ISSN 0423-4847 (papel)

ISSN 2386-9062 (digital)

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

Vol. 68/2 julio-diciembre 2020

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020)

Sumario

Estudios

La intimidación como causa de nulidad en la contratación bancaria

RUBÉN PÉREZ CORDÓN/ SILVIA MARTÍNEZ CANTÓN

Gestación por sustitución: la dignidad humana en juego

ANTONIO ARROYO GIL

La penalidad del delito de programa de ordenador fraudulento en el Código Penal español. Régimen vigente y posibilidades de reforma

ROBERTO CRUZ PALMERA

Apuntes críticos sobre el control judicial de constitucionalidad en el Ecuador

GONZALO M. GAIBOR GALLARDO

El principio de buena administración y la gobernanza en la contratación pública

VICENTE GARRIDO MAYOL

¿Unos Estados Unidos de Europa? Mapeando y diseñando un proceso constituyente para Europa

DIEGO GONZALEZ CADENAS

Intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito de coordinación de los sistemas de Seguridad Social europeos

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Aspectos regulatorios de la cuestión de género en el deporte

MARÍA PÉREZ-UGENA

La Administración Pública ante la primacía y efectividad del Derecho de la Unión Europea

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE

El marco jurídico de los datos relativos a la salud en el ámbito de la salud y de la investigación en salud tras la entrada en vigor del Reglamento General de Protección

de Datos y de la Ley de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

M^º MERCEDES SERRANO PÉREZ

De hombres del Reino a República de hombres. Colectivización, comunidad y poder en Harrington y Babeuf

LUIS SÁNCHEZ QUIÑONES

Premio Juan Churruca

Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales

JOSU ANDONI EGUILUZ CASTAÑEIRA

Recensiones

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Fundada en 1904 / Founded in 1904

Vol. 68/2 julio-diciembre 2020

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020)

Revista de la Facultad de Derecho

Incluida en los siguientes índices y bases de datos: DOAJ, ÍNDICES-CSIC, Dialnet, DULCINEA, Latindex, REDIB, RESH, MIAR, DICE, IBZ, PROQUEST PERIODICAL INDEX ONLINE, CIRC, CARHUS Plus+, Google Académico y WorldCat

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
2020

Estudios de Deusto

Vol. 68/2 julio-diciembre 2020

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020)

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: DOAJ, Índices-CSIC, Dialnet, DULCINEA, Latindex, REDIB, RESH, MIAR, DICE, IBZ, PROQUEST PERIODICAL INDEX ONLINE, CIRC, CARHUS Plus+, Google Académico y WorldCat

Estudios de Deusto

Vol. 68/2 julio-diciembre 2020

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020)

Sumario

Estudios

- Rubén PÉREZ CORDÓN/ Silvia MARTÍNEZ CANTÓN, *La intimidación como causa de nulidad en la contratación bancaria* 15
- Antonio ARROYO GIL, *Gestación por sustitución: la dignidad humana en juego* 41
- Roberto CRUZ PALMERA, *La penalidad del delito de programa de ordenador fraudulento en el Código Penal español. Régimen vigente y posibilidades de reforma* 75
- Gonzalo M. GAIBOR GALLARDO, *Apuntes críticos sobre el control judicial de constitucionalidad en el Ecuador* 97
- Vicente GARRIDO MAYOL, *El principio de buena administración y la gobernanza en la contratación pública* 115
- Diego GONZALEZ CADENAS, *¿Unos Estados Unidos de Europa? Mapeando y diseñando un proceso constituyente para Europa* 141
- Verónica Lidia MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito de coordinación de los sistemas de Seguridad Social europeos* 169
- María PÉREZ-UGENA, *Aspectos regulatorios de la cuestión de género en el deporte* 205
- Joaquín SARRIÓN ESTEVE, *La Administración Pública ante la primacía y efectividad del Derecho de la Unión Europea* 231

M ^a Mercedes SERRANO PÉREZ, <i>El marco jurídico de los datos relativos a la salud en el ámbito de la salud y de la investigación en salud tras la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos y de la Ley de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales</i>	257
Luis SÁNCHEZ QUIÑONES, <i>De hombres del Reino a República de hombres. Colectivización, comunidad y poder en Harrington y Babeuf</i>	293
Premio Juan Churruca	
Josu Andoni EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, <i>Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales</i>	325
Recensiones	
Enrique BELDA, <i>Dignidad y discapacidad. Una perspectiva desde los derechos humanos</i> , por Alberto Oehling de los Reyes	371
Rosario SERRA CRISTOBAL, <i>La seguridad como amenaza. Los desafíos de la lucha contra el terrorismo para el Estado democrático</i> , por Remedios Sanchez Ferriz	377
Carlos RUIZ MIGUEL, <i>Derecho «constitucional» de la Unión Europea</i> , por Alejandro Sánchez Berrocal	385
Roberto CRUZ PALMERA, <i>Delitos instrumentales: Aspectos de política legislativa</i> , por José Nieves López	393
María Dolores MONTERO CARO, <i>Gobierno abierto como oportunidad de cambio</i> , por Alicia Cárdenas Cordón	397
Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, <i>El juicio de amparo, la Constitución de Querétaro de 1917, y su influjo sobre la Constitución de la Segunda República española. Vol. II. El devenir del juicio de amparo en el último siglo (1917-2017)</i> , por Alberto Oehling de los Reyes	403
Juan María TERRADILLOS BASOCO, <i>Aporofobia y plutofilia: La deriva jánica de la política criminal contemporánea</i> , por Alfredo Abadías Selma	411

Estudios de Deusto

Volume 68, Issue 2, July-December 2020
DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020)

Table of Contents

Studies

Rubén PEREZ CORDON y Silvia MARTINEZ CANTON, <i>Intimidation as Cause of Nullity in Bank Contracting</i>	15
Antonio ARROYO GIL, <i>Gestational Surrogacy: Human dignity at stake</i>	41
Roberto CRUZ PALMERA, <i>The Penalty of the Crime of fraudulent Computer Program in the Spanish Penal Code. Current Situation and Possibilities for Reform</i>	75
Gonzalo M. GAIBOR GALLARDO, <i>Critical Notes on Judicial Control of Constitutionality in Ecuador</i>	97
Vicente GARRIDO MAYOL, <i>The principle of Good Administration and Governance in Public Procurement</i>	115
Diego GONZALEZ CADENAS, <i>A United States of Europe? Mapping and Designing Constitution-Making for Europe</i>	141
Verónica Lidia MARTÍNEZ MARTÍNEZ, <i>Intervention of the Court of Justice of the European Union in the Area of Coordination of the European Social Security Systems</i>	169
María PÉREZ-UGENA, <i>Regulatory Aspects of the Gender Issue in Sports</i>	205
Joaquín SARRIÓN ESTEVE, <i>Public Administration applying the EU Law's Primacy and Effectiveness</i>	231

M^a Mercedes SERRANO PÉREZ, *The legal framework for health-related data in the field of health and health research after the entry into force of general data protection regulation and the law on the protection of personal data and guarantee of digital rights* 257

Luis SÁNCHEZ QUIÑONES, *From men of the Kingdom to a Republic of men. Collectivization, Community and Power in Harrington and Babeuf* 293

Juan Churruca Award

Josu Andoni EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, *Challenges posed by Automated Decisions and Profiling Fundamental Rights* 325

Book reviews

Enrique BELDA, *Dignidad y discapacidad. Una perspectiva desde los derechos humanos*, by Alberto Oehling de los Reyes 371

Rosario SERRA CRISTOBAL, *La seguridad como amenaza. Los desafíos de la lucha contra el terrorismo para el Estado democrático*, by Remedios Sanchez Ferriz 377

Carlos RUIZ MIGUEL, *Derecho «constitucional» de la Unión Europea*, by Alejandro Sánchez Berrocal 385

Roberto CRUZ PALMERA, *Delitos instrumentales: Aspectos de política legislativa*, by José Nieves López 393

María Dolores MONTERO CARO, *Gobierno abierto como oportunidad de cambio*, by Alicia Cárdenas Cordón 397

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *El juicio de amparo, la Constitución de Querétaro de 1917, y su influjo sobre la Constitución de la Segunda República española. Vol. II. El devenir del juicio de amparo en el último siglo (1917-2017)*, by Alberto Oehling de los Reyes 403

Juan Maria TERRADILLOS BASOCO, *Aporofobia y plutofilia: La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, by Alfredo Abadías Selma 411

Estudios

LA INTIMIDACIÓN EN EL ÁMBITO BANCARIO COMO ILÍCITO AFECTANTE AL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD¹

Intimidation as cause of nullity in bank contracting

Rubén Pérez Cordon

Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Zamora
Profesor – Tutor de la UNED
rubperez@lugo.uned.es

Silvia Martínez Cantón

Magistrada – juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de León
Profesora titular de Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal en la Universidad
Internacional de la Rioja
silvia.martinez@poderjudicial.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp15-40](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp15-40)

Recibido: 25.06.2020

Aceptado: 14.10.2020

Resumen

La figura de la intimidación resulta más habitual de lo que parece en el entorno de las relaciones comerciales y el ámbito bancario no es una excepción. El carácter de establecimiento público de las entidades financieras y su aparente formalidad no han sido óbice para que muchos clientes hayan aceptado, bajo intimidación, productos no deseados o cláusulas abusivas, que, en total libertad y existiendo alternativa, no

¹ En el presente trabajo se han utilizado los recursos facilitados por el Consejo de Europa a través de la Biblioteca del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (Francia).

habrían firmado. Estas conductas se han manifestado mayoritariamente en situaciones de renegociación contractual, en donde el cliente se veía inmerso en dificultades financieras que no dejaban más alternativa que aceptar una modificación de la situación contractual que mantenía con la entidad bancaria. Se trata de consentimientos impuestos y, por tanto, viciados, que se analizarán en el presente artículo.

Palabras clave

Coacción, intimidación, contratación bancaria, novación.

Abstract

Intimidation is far more common than it may seem in commercial relations environments and banking is no exception. The nature of public establishments of financial institutions and their assumed seriousness have not precluded that many clients have accepted, under intimidation, unwanted products or unfair terms, which, in a totally free scenario and with other alternatives to choose from, they would not have agreed to. These conducts have been manifested mostly in situations of renegotiation of contracts where clients were in financial hardship which forced them to accept a change in the terms they had with the bank. This type of consent is imposed and, thus, flawed and will be analyzed in this article.

Keywords

Coercion, intimidation, banking contracting, novation.

SUMARIO: I. VOLUNTAD VICIADA Y NULIDAD. II. LA MAGNITUD DE LA INTIMIDACIÓN EN EL ÁMBITO CIVIL. III. LA INTIMIDACIÓN EN ÁMBITO BANCARIO DE LA RENEGOCIACIÓN. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA.

I. VOLUNTAD VICIADA Y NULIDAD

La figura de la coacción está regulada con diferentes efectos sancionadores o restrictivos para el autor en el orden civil y en el penal. En ambos ámbitos, la coacción presenta una doble cara manifestada en la violencia (fuerza física) o en la intimidación (psicológica). Ambas aparecen claramente diferenciadas en nuestro ordenamiento jurídico. Así, en el vigente Código Penal, no son pocos los artículos que las diferencian, aunque en la mayor parte de los casos tengan similar sanción. En efecto, se habla de «engaño o intimidación», de «fuerza, violencia, intimidación o amenaza», de «intimidación grave o violencia», de «intimidación o engaño», entre otros.² Nuestro Código Civil sigue la misma línea al distinguir ambos conceptos: el artículo 1265 diferencia entre «error, violencia, intimidación o dolo» para referirse a las causas de nulidad del consentimiento; el art. 1267 define violencia e intimidación, tal que la primera se asocia a la «fuerza irresistible» y la segunda se concreta en inspirar a uno de los contratantes «temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes»³.

En derecho comparado europeo no hay unanimidad al respecto. Así, el Código Civil francés, en su artículo 1130, califica al error, al dolo y a la violencia como vicios del consentimiento, para, posteriormente, dar a la violencia una dimensión algo ambivalente al calificarla como presión, sin concretar su carácter físico o psíquico⁴. Por su parte, el Código Civil portugués establece una clara diferenciación entre la violencia («coacção física») y la intimidación

² Vid., entre otros, los artículos Art. 172 bis, 177 bis 1 y 11, 181.1, 183.2 y 4c, 183 ter, 202.2, 362 quinqués y 498 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995).

³ Otros preceptos diferencian también ambos conceptos: vid. los arts. 141 («error, violencia o intimidación»), 1268, 1301 o 1302, por ejemplo, del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206 de 25 de julio de 1889).

⁴ *Article 1130 de la Loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803 : «L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes».*

(«coacção moral») en sus artículos 246 y 255 respectivamente⁵. En cuanto al Código Civil alemán, éste se limita a declarar la impugnabilidad de la voluntad contractual cuando ésta se ha expresado bajo amenaza (§ 123 BGB).

Tal y como destaca SOLÉ FELIU⁶, esta distinción lleva a que, por un lado, la violencia, como fuerza irresistible que anula totalmente la voluntad del sujeto y, por tanto, que hace desaparecer uno de los elementos esenciales del art. 1261 del CC⁷ (el consentimiento), tendría como consecuencia la nulidad radical del contrato⁸, mientras que, por otro lado, la consecuencia de la intimidación llevaría a la posibilidad de anular el contrato por parte del intimidado. Esta postura no es pacífica ya que parte de la doctrina⁹ considera que la violencia, al tratarse de un vicio del consentimiento, ha de atenerse a las reglas de la anulación contractual, lo que tiene especial relevancia en el acotamiento de la acción impugnatoria.

II. LA MAGNITUD DE LA INTIMIDACIÓN EN EL ÁMBITO CIVIL

En nuestro ordenamiento jurídico y ateniéndonos al ámbito estrictamente civil, para que la intimidación tenga las consecuencias del art. 1265 CC (consentimiento nulo) se exige que la misma inspire en el contratante que la

⁵ Artigo 246º del Decreto-Lei núm. 47 344, de 25 de Novembro de 1966 (*Falta de consciência da declaração e coacção física*): «A declaração não produz qualquer efeito, se o declarante não tiver a consciência de fazer uma declaração negocial ou for coagido pela força física a emití-la; mas, se a falta de consciência da declaração foi devida a culpa, fica o declarante obrigado a indemnizar o declaratário»;

Y el artículo 255º (*Coacção moral*): »1. Diz-se feita sob coacção moral a declaração negocial determinada pelo receio de um mal de que o declarante foi ilicitamente ameaçado com o fim de obter dele a declaração. 2. A ameaça tanto pode respeitar à pessoa como à honra ou fazenda do declarante ou de terceiro. 3. Não constitui coacção a ameaça do exercício normal de um direito nem o simples temor reverencial».

⁶ SOLÉ FELIU, J. *La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España*, IDRET 4/16, p. 5.

⁷ Se emplearán las siguientes abreviaturas: CC-Código Civil; STS-Sentencia del Tribunal Supremo; Secc.-Sección; FD-Fundamento de derecho; FJ-Fundamento jurídico; AH-Antecedente de hecho; SJPI-Sentencia del Juzgado de Primera Instancia; SJM-Sentencia del Juzgado de lo Mercantil; SAP-Sentencia de la Audiencia Provincial; AATS-Autos del Tribunal Supremo; IRPH-Índice de referencia de los préstamos hipotecarios.

⁸ De esta opinión, Carrascosa López, Valentín, Pozo Arranz, Asunción y Rodríguez de Castro, Eduardo Pedro. 1996. «El consentimiento y sus vicios en los contratos perfeccionados a través de medios electrónicos». *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, volumen 12: 1029.

⁹ Entre otros, vid. De Castro y Bravo, Federico y Vallet de Goytisolo, Juan. 1985. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas: 134.

sufre un «temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes». Es decir, el temor ha de tener una cierta base de racionalidad, de credibilidad, de posibilidad, tal que los temores irracionales, no creíbles o imposibles vetarían la posibilidad de alegar intimidación. Además, el mal posible ha de ser grave e inminente, ya sea en el propio contratante, ya sea en sus bienes o en los de su cónyuge, ascendientes o descendientes. Esta descripción de requisitos parece que reproduce de forma fidedigna el escenario de una reestructuración de deuda. En efecto, un cliente, ya sea particular o empresario, que no puede hacer frente a sus obligaciones de pago, acude a su entidad bancaria bajo una situación de enorme presión por la posibilidad de perder sus bienes hipotecados o tener que cerrar su negocio, lo cual extiende sus efectos a todo su entorno familiar. Es evidente, a la vista de las numerosas ejecuciones hipotecarias y embargos, que los requisitos del mencionado precepto gozan del escenario propicio para cumplirse: es un resultado creíble. Sin perjuicio de la regulación expuesta, la exigencia del temor inminente y grave ha sido matizada por la llamada teoría de la «alternativa razonable», que se tratará más adelante y que da un carácter más objetivo (tal y como destaca Del Olmo García¹⁰) y económico a la valoración de la intimidación y de la consideración de la edad y circunstancias del intimidado del art. 1267 párrafo 3 del CC¹¹.

Es importante destacar que el llamado «temor reverencial» nunca puede ser causa de intimidación, tal y como se recoge en el art. 1267 en su último párrafo. De esta manera y centrándonos en un ejemplo bancario, la ya caduca sumisión y exagerado respeto que se tenía a los antiguos directores de sucursal y que hacía que algunos clientes no se atreviesen a rechazar, por ejemplo, una tarjeta cuando el director ordenaba al empleado (dando por hecho la aceptación del cliente) que le «pidiese» una tarjeta de crédito, es un claro ejemplo de temor reverencial, no calificable por tanto de intimidatorio. En otros ordenamientos jurídicos europeos, como el portugués, se sigue esta misma línea al excluir de las amenazas ese respeto o miedo reverencial¹². No obstante lo expuesto, el hecho de que un sujeto sea el causante de ese temor reverencial, no excluye que, adicionalmente, se pueda ejercer intimidación con todos los requisitos exigidos para viciar el consentimiento del destinatario, tal y como destaca

¹⁰ Del Olmo García, 2003: 146.

¹¹ Esta misma postura se sigue en el Código Civil francés, cuyo art. 1130, párr. 2º reza: «*Leur caractère déterminant s'apprécie eu egard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné*»

¹² Véase por ejemplo el Código Civil portugués: *Artigo 255.3 del Decreto-Lei núm. 47 344, de 25 de Novembro de 1966*: «*Não constitui coacção a ameaça do exercício normal de um direito nem o simples temor reverencial*».

ARNAU MOYA¹³. Es bastante habitual en banca que, para operaciones de elevado importe, acuda a la negociación un director comercial o de zona para inspirar dicho temor reverencial en el cliente y lograr cerrar el negocio, lo cual no da lugar a vicio alguno. En ocasiones y con clientela de banca privada o directivos de empresas de cierto volumen, se trata simplemente de henchar el orgullo del cliente, sabedor de que tales cargos solo tienen contacto directo con los clientes más importantes.

Señala DEL OLMO GARCÍA¹⁴, sin perjuicio de los requisitos enumerados en el art. 1267 CC, que la intimidación tiene su base en «la exigencia de solo dos requisitos»: la antijuridicidad de la conducta temida («amenaza injusta») y la falta de alternativa razonable o falta de salida (que el amenazado se encuentre «sin más alternativa que consentir»), elementos que contemplan la propuesta de Código Civil (Libros V y VI: De las Obligaciones y Contratos y Prescripción y Caducidad, respectivamente), elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil¹⁵.

La teoría de la alternativa razonable se recoge también en el art. II.-7:206 del Borrador del Marco Común de Referencia (Draft Common Frame of Reference, DCFR) cuando indica que «una amenaza no se considera que induce a celebrar el contrato si, atendiendo a las circunstancias, la parte amenazada tenía una alternativa razonable»¹⁶.

¹³ ARNAU MOYA, Federico. 2008-2009. «Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y contratos». *Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions*, Colección: 159: «No obstante, habrá intimidación si esas personas, en vez de inspirar un miedo reverencial están inspirando un temor racional y fundado de un mal grave e inminente».

¹⁴ Así, aclara: «Estamos ante un caso de intimidación, cuando la amenaza injusta de una parte deja a la otra sin más alternativa razonable que consentir». Vid. Del Olmo García, Pedro. 2019. «Diez minutos de intimidación, como vicio del consentimiento novatorio». *Almacén de derecho. Jun 18, Derecho Civil*.

Acceso el 4 de diciembre de 2019. <https://almacenederecho.org/diez-minutos-de-intimidacion-como-vicio-del-consentimiento-novatorio/> y 2003. *La amenaza de incumplir un contrato como vicio del consentimiento*, Valencia: Tirant lo Blanch: 27, 133 – 141 y 151 – 169.

¹⁵ Se define la intimidación como la «amenaza injusta, que provoque un temor racional y fundado de un mal inminente y grave, de acuerdo a las circunstancias, incluidas la edad y condición de la persona; siempre y cuando no haya tenido una alternativa razonable a la perfección del contrato», art. 527-8 en Ataz López, Joaquín y González Pacanowska, Isabel. 2016. «Libro V, Título II: De los contratos en general». En *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Valencia: Tirant lo Blanch, http://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf, acceso: 12/12/2019.

¹⁶ Proyecto del Marco Común de Referencia elaborado por el grupo de expertos designado por la decisión 2010/233/EU de la Comisión Europea el 26 de abril de 2010

Respecto a la antijuridicidad, el Tribunal Supremo es claro al exigir, para que haya intimidación, la constancia o certeza de una conducta (amenaza) injusta o ilícita. Es decir, hay una doble exigencia: fáctica y jurídica. La primera hace referencia a la certeza o prueba de la existencia de la acción y la segunda se refiere a la calificación de la misma, a la calificación jurídica de la conducta¹⁷. El propio Alto Tribunal exige, respecto a la prueba, que no sea una mera conjetura¹⁸ y que la «vis compulsiva» se pruebe siempre de forma irrefutable¹⁹; dicho en otros términos, la libertad de consentimiento se presume, tal que la carga de la prueba recae en quien la niega²⁰. En cuanto al carácter ilícito, el Tribunal Supremo niega la ilicitud del mal o resultado no deseado cuando este sea la consecuencia del ejercicio de una facultad legítima o derecho²¹. No obstante lo anterior, la propia jurisprudencia del Supremo exige que el ejercicio de ese derecho sea correcto y no sea abusivo. Es decir, la licitud de una facultad o derecho no extingue necesariamente la posibilidad de existencia de intimidación²². A este respecto, el Alto Tribunal exige que la conducta no sea desproporcionada²³, por lo que serán

(DUE 27 de abril de 2010), citado aquí según la traducción ofrecida por JEREZ DELGADO, C. 2015. «Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)». Madrid: Boletín Oficial del Estado.

¹⁷ STS, Civil, Secc. 1ª, 790/2005, de 21 de octubre, FD 3º, párrafo 3º.

¹⁸ La STS, Civil, Secc. 1ª, 1162/2000, de 1 de diciembre, reza en el párr. 4º de su FJ 1º: «Aún cuando esta Sala ha dispuesto reiteradamente –sentencia de 17 de mayo de 1.988 y demás que esta recoge– que «el tema relativo a los vicios del consentimiento es una cuestión de hecho sometida a libre apreciación de los tribunales de instancia», no cabe olvidar que esa apreciación ha de estar fundamentada y no sostenida en meras conjeturas, de forma que la calificación jurídica que se atribuya a aquellos hechos o actos, que tienen que ser fundamentales, sea comprobable en casación según puede entenderse desde las sentencias de 6 de noviembre de 1.948 y 8 de febrero de 1.955»

¹⁹ La STS, Civil, Secc. 1ª, 1104/2000, de 25 de noviembre, establece en el párr. 4º del FJ 1º: «La «vis» compulsiva viciante necesita siempre prueba irrefutable», siguiendo consolidado criterio de previas sentencias: SSTS 184/1964, de 27 de febrero, 153/1970, de 31 de marzo, 744/1985, de 6 de diciembre y 291/1991, de 22 de abril, entre otras.

²⁰ La STS, Civil, Sección 1ª, 744/1985, de 6 de diciembre, reza en su FJ 8º: «[...]la libertad del consentimiento ha de presumirse [...]».

²¹ STS Civil, Secc. 1ª, 790/2005, de 21 de octubre, FD 3º, párrafo 5º y 744/1985, de 6 de diciembre de 1.985, FJ 8º, entre otras.

²² La STS, Civil, Secc. 1ª 163/1950, de 21 de marzo establece en su considerando 2º de sus FD: «si bien en ciertas ocasiones el ejercicio de aquella facultad [la de promover un procedimiento judicial contra la persona a quien se pretende intimidar] es justa y legítima por constituir un derecho de quien anuncia su utilización que por una u otra vía pretende obtener lo que le es debido, en otras se convierte en un verdadero chantaje con trascendencia notoria en distinta esfera jurisdiccional».

²³ Vid. la STS Civil, Sección 1ª, 790/2005, de 21 de octubre. En este caso, un empleado dispone ilícitamente de 40 millones de pesetas de la entidad en la que trabajaba (Ba-

especialmente relevantes las exigencias de la entidad bancaria y las consecuencias anunciadas para el caso de que el cliente no acepte la contratación. Es decir, que la entidad acreedora exija reestructurar una deuda imposible de pagar bajo la presión de entrada en mora y posterior ejecución parece más que razonable y proporcionado. Sin embargo, en aquellos casos en que la presión de la entrada en mora es un mero instrumento para imponer al cliente la contratación de una serie de productos claramente onerosos para su economía entraría dentro de un uso ilegítimo; igualmente, en aquellos casos en los que se utilice la presión de la entrada en mora cuando hay opciones menos gravosas como, por ejemplo, el aumento de garantías, estaríamos ante un resultado claramente desproporcionado. Según se expondrá más adelante, hay que prestar especial atención a las exigencias de las entidades financieras en las negociaciones novatorias y en las transaccionales²⁴, ya que se suele exigir a los clientes la contratación de productos que nada tienen que ver con la propia renovación (planes de pensiones, seguros, etc.).

Como ya se ha adelantado en este artículo, la falta de una alternativa razonable²⁵ es necesariamente una *conditio sine qua non* para la existencia de intimidación. Este requisito es especialmente importante a la hora de interpretar la exigencia de «temor racional y fundado» en un sentido objetivo y económico. SOLÉ FELIU va más allá de una mera interpretación extensiva o económica del término temor al indicar que no es necesaria la existencia del mismo, sino que bastaría con la falta de una alternativa razonable, lo cual parece sensato habida cuenta de la subjetividad e indeterminación de la

nesto); ante ello, el banco propone como solución la firma de un préstamo hipotecario del mismo importe para su devolución a cambio de no ejercer acciones legales contra el mismo. El Alto Tribunal entiende que la carga hipotecaria no es una conducta o solución desproporcionada.

²⁴ Tal y como destaca la STS, Civil, Secc. 1ª 205/2019, de 11 de abril, se han de diferenciar las meras novaciones modificativas de los acuerdos transaccionales: el FD 3º.4 dice: «[...] ambos contratos no son novaciones sino transacciones [...]» y «[...] ambos contratos autodenominados «novación modificativa», en atención a su contenido y la causa que subyace a los mismos, merecen la consideración de transacciones y no de meras novaciones obligacionales [...]».

²⁵ A este respecto, debería completarse la determinación de la mejor alternativa posible (MAAN) a través de las teorías actuales del BATNA («best alternative to a negotiated agreement»). V., como referencia, Sebenius, James K. 2017. «BATNA s in Negotiation: Common Errors and Three Kinds of «No»». *Negotiation Journal*, vol. 33, nº 2: 89–99. [https://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/17-055%20forthcoming_31fcea00-9139-421a-b7f4-7c8b5c572805.pdf; última consulta: 9/12/2019]. Si bien, tales alternativas deben ser contempladas desde la perspectiva del sujeto que da su consentimiento en el contrato, es decir, de forma subjetiva y retrotraída temporalmente al momento de la firma del contrato.

exigencia de temor²⁶. Esto permite dar a este requisito un carácter más objetivo, al menos en lo que se refiere a la intimidación en el ámbito económico, además de ajustarse más a los supuestos de intimidación en el marco de las relaciones entre personas jurídicas, donde el concepto temor tiene un encaje más difícil. Igualmente, el temor es un concepto indeterminado que presenta dificultades en lo que se refiere a la prueba del mismo. Esto es especialmente relevante cuando se ha de interpretar en base a la «la edad y a la condición de la persona» (art. 1267 párrafo 3º CC); por el contrario, la ausencia de una alternativa razonable, al tener un carácter más objetivo que el temor, es más fácil de valorar en consonancia con la edad y condición del intimidado. En esta misma línea se encuentran la mayor parte del derecho comparado europeo²⁷, con alguna excepción.

Según destaca DEL OLMO GARCÍA²⁸, la consideración de la existencia o no de una alternativa razonable no es una cuestión sencilla. Ante tal dificultad, se hace necesario acudir a la exigencia del art. 1267 CC, debiendo por tanto valorar la existencia o no de dicha alternativa razonable en base a la edad y condición de la persona, es decir, ateniéndonos a las circunstancias de cada caso. En efecto, las alternativas razonables no son las mismas, por ejemplo, si estamos ante un consumidor de edad muy avanzada y escasos recursos que ante una multinacional saneada y solvente. Mientras que el primero no dispone de la capacidad económica, conocimientos, tiempo, etc., la segunda dispone de un grupo propio de asesores, abogados, economistas, experiencia en litigios, etc. En definitiva, la exigencia del mencionado precepto hace referencia a la necesidad de valorar cada caso de forma particular e individualizada²⁹.

Lo anteriormente expuesto nos lleva a determinar que la intensidad exigida para que haya intimidación es tanto menor cuanto mayor sea la vulnerabilidad del que la sufre en base a su edad y circunstancias, y viceversa. En efecto, un anciano sin recursos económicos, endeudado y con un cónyuge enfermo, por ejemplo, requiere un menor grado de intimidación (para que

²⁶ SOLE FELIU 2016, 8.

²⁷ SOLE FELIU 2016, 20: «Una característica común a los textos y principios internacionales es el abandono del «temor» como presupuesto de relevancia de la amenaza».

²⁸ Del Olmo García, Pedro. 2014. «La renegociación de los contratos bajo amenaza (Un comentario a la STS de 29 de julio de 2013)». *Anuario de Derecho Civil, Tomo LXVII, I: 322-323*.

²⁹ Valga como ejemplo la STS 7454/2007, de 8 de noviembre, que en su FD 2 dice: «[...] tampoco por la edad y condición del esposo de la actora cabía apreciar intimidación, dado que «es un padre de familia con amplia experiencia en el ámbito mercantil, que según la propia parte demandante desempeñaba el puesto de jefe de ventas de la sociedad codemandada», constando además que anteriormente había sido contable de una empresa de calzados y luego intermediario en la venta de una promoción de viviendas».

esta sea invalidante del consentimiento) que una persona de mediana edad, con capacidad económica y sin cargas familiares. La exigencia de una alternativa razonable como podría ser la defensa de sus derechos en vía judicial (civil) no puede ser la misma (habida cuenta de los plazos habituales hasta una resolución firme) para una persona nonagenaria que para alguien de mediana edad, por ejemplo. El Tribunal Supremo es claro al apreciar esta graduación al establecer que «el grado invalidante de la intimidación tiene que medirse en función de las circunstancias ambientales y personales de quien la sufre, siendo aquel tanto menor cuanto mejor sea la posición social, cultural y económica de quien se diga intimidado»³⁰. Es decir, esta «teoría de la graduación» implica que el efecto invalidante de una conducta intimidatoria es menor cuanto mejor es la posición social, cultural y económica de quien la sufre. Yendo más allá, esta graduación ha de hacerse extensible a la capacidad y recursos económicos, sociales y culturales de quien coacciona, pues no tiene el mismo efecto invalidante una amenaza que proviene de un sujeto con recursos económicos, conocimientos jurídicos y buena posición social que si viene, por poner un ejemplo claro, de una persona sin recursos, de edad muy avanzada y muy baja posición social. De igual modo que no tendrá la misma entidad (y por tanto el mismo efecto invalidante del consentimiento) una amenaza que proviene de una pequeña empresa familiar, endeudada y en suspensión de pagos que la que es efectuada por una gran empresa, saneada y emitida a través de un despacho de abogados³¹. Además de lo anterior y sin perjuicio de que se haya de valorar de forma individualizada cada caso, puede llegar a ser relevante en algunos casos la «distancia» (social, cultural y económica, entre otros factores) entre la persona que amenaza y el amenazado para que el consentimiento se considere o no viciado: a menor distancia, menor efecto invalidante de la amenaza, y viceversa. En definitiva, se trata de que la prevalencia de una de las partes es determinante a la hora de concretar la intensidad intimidatoria necesaria para invalidar el consentimiento, lo cual no veta la posibilidad de intimidación entre partes en igual situación económica, social y cultural.

³⁰ FD 2 párrafo 2 de la STS 7454/2007, de 8 de noviembre. La teoría de la graduación también se sigue en la SSTS, Civil, Secc. 1ª 163/1950, de 21 de marzo y 153/1970, de 21 de marzo, entre otras.

³¹ La STS, Civil, Secc. 1ª, 5/1952, de 03 de enero, establece como relevante para la consideración de la intimidación como invalidante del consentimiento, en su AH 7 que «el primer comprador de la casa especuló con la miseria ajena, prevaleándose de ser persona experta y de desahogada posición económica». Así mismo, destaca en el otro extremo que «[...] se impuso la coacción y la amenaza y hubo de ceder, arrastrando en su forzada decisión a su hermana y copropietaria Dª Sofia; que pensaba que si Dª Nieves, pobre y de avanzada edad, se veía envuelta en un procedimiento criminal, de que se le amenazaba, no a este nuevo infortunio sobreviviría».

Aportando un aspecto interesante para la cuantificación de la alternativa razonable, LÓPEZ DÍAZ³² destaca que la existencia de esta va en consonancia con que haya una prestación de valor similar a la inicialmente pactada. Esta idea se ha de traducir, en el ámbito bancario, como una situación similar a la inicial en términos de riesgo, endeudamiento, productos contratados, costes (interés remuneratorio, comisiones de apertura, gastos de estudio, notariales, etc.) y garantías, entre otros. Es decir, que la similitud no se respetará cuando las alternativas que se presentan al cliente sean, por ejemplo, un producto de alto riesgo, o unos seguros innecesarios y de valor elevado³³, o un endeudamiento en el que se incrementan desmesuradamente el tipo de interés y las comisiones³⁴, o la pérdida total de su patrimonio debido a la entrada en mora y ejecución. La mencionada autora aclara que la existencia de una alternativa razonable presenta una doble dimensión: la extrajurídica o de mercado (por ejemplo, acudir a otro proveedor³⁵ en caso de que el habitual amenace con no suministrar las piezas necesitadas) y la jurídica, referida a la posibilidad de exigir por medio de los tribunales el cumplimiento de las obligaciones contractuales; doble dimensión de la alternativa razonable que ya venía sosteniendo DEL OLMO GARCÍA³⁶. Partiendo de lo dicho, cobra especial relevancia la ya mencionada exigencia del art. 1267 CC de atender a las circunstancias de cada caso. Como ya se ha explicado y ejemplificado, la edad y la posición social, cultural y económica son determinantes para determinar la existencia o no de vicio invalidante en el consentimiento.

No solo la inviabilidad o la dificultad real de acceder a otras opciones ha de considerarse sino también el coste de oportunidad. En efecto, hay casos en los que el acudir a otra vía (ya sea de mercado o extrajurídica, ya sea jurídica), puede suponer la pérdida de una opción o recurso difícil o imposible de

³² López Díaz, Patricia Verónica. 2018. «Las relaciones entre la tutela precontractual y contractual del acreedor: la conexión y la proyección-absorción». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nº 50: 83.

³³ Aclaremos que, por ejemplo, un seguro de vida de prima única para una hipoteca de 200.000 euros puede oscilar entre los 10.000 y 15.000 euros dependiendo de la entidad, del plazo del préstamo hipotecario, de la edad y salud del contratante, entre otros factores.

³⁴ El tradicional argumento de las entidades financieras que una refinanciación o reestructuración de deuda ha de tener unos intereses remuneratorios mayores debido a que el riesgo de impago es mayor pierde validez cuando se convierte en una mera disculpa para elevar desmesuradamente los intereses remuneratorios y aumentar desproporcionadamente las garantías reales, así como para cargar a la ya maltrecha economía del cliente con comisiones elevadas y productos tan caros para el cliente como rentables para la entidad.

³⁵ Como se explicará más adelante, esta opción normalmente no es viable para un cliente que renegocia su deuda bancaria, pues normalmente se trata de situaciones que arrastran impagos y, por ello, son vetadas por posibles nuevas entidades financieras.

³⁶ Del Olmo García, 2003: 146: «si existía alguna alternativa de mercado y si el remedio jurídico disponible era un remedio adecuado».

recuperar. Por ejemplo, el coste oportunidad sería excesivamente elevado si se pierde la financiación para una campaña electoral, si se pierde la matrícula para el inicio de un curso universitario o si se pierde el acceso a una oferta de compra de productos a un proveedor que está liquidando mercancía. Mucho más claro es el caso, como señala DEL OLMO GARCÍA³⁷, de daños difícilmente reparables como serían los sufridos en el honor y la propia imagen. En consecuencia, ya no podría considerarse como razonable una alternativa que implicase un perjuicio de tal naturaleza.

La tesis de la falta de alternativa razonable es plenamente seguida por el Alto Tribunal. Es especialmente clara la STS de 3 de junio de 2019³⁸, en donde se resuelve que, cuando los clientes de la entidad Caixa Catalunya aceptaron la oferta del Fondo de Garantía de Depósitos de cambiar las obligaciones subordinadas por acciones, no lo hicieron de forma voluntaria sino impuesta, ya que no existía una «alternativa razonable». El Tribunal Supremo es claro en la calificación del acto al indicar que se trató de un «acto impuesto», de un «canje obligatorio impuesto»³⁹. Esta línea se ha venido siguiendo por la jurisprudencia del Supremo en diversas resoluciones⁴⁰.

La doctrina o teoría de la «alternativa razonable» permite afirmar que la existencia de esta opción razonable rompe la causalidad entre la intimidación y el comportamiento del intimidado. Es evidente que ha de haber una relación de causalidad entre la intimidación y el consentimiento para que este esté viciado. En este sentido no hay nada novedoso: la causalidad es *conditio sine qua non* para la sanción jurídica. Lo relevante es que la teoría de la «alternativa razonable» facilita la comprobación de este nexo causal de forma negativa: si hay alternativa razonable (siempre valorando los requisitos de edad y circunstancias personales del art. 1267 CC), no hay nexo causal⁴¹. Esta apreciación es recogida por el Grupo de Estudio del Código Civil

³⁷ Del Olmo García 2003: 141-146

³⁸ STS, Civil, Secc. 1ª 314/2019, de 3 de junio.

³⁹ FD 3º párrafos 5º y 7ª respectivamente: «El canje obligatorio impuesto por el FROB a los inversores no es, desde luego, un acto facultativo que quepa atribuir a la mera voluntad de los recurrentes» y «Resulta palmario que a quien se le impuso administrativamente canjear sus obligaciones subordinadas por acciones no pueda imputársele posteriormente la realización de un acto propio en sentido jurídico (es decir, voluntario y dirigido a causar estado), ni tampoco que dicho acto impuesto revele de forma inequívoca una determinada voluntad».

⁴⁰ ATS Civil, Secc. 1ª, de 22 de mayo de 2019: Recursos 200/2017, 320/2017, 1968/2017, 522/2017 y 292/2017, STS, Civil, Secc. 1ª, 677/2019, de 6 de marzo, STS, Civil, Secc. 1ª, 130/2019, de 24 de enero, STS, Civil, Secc. 1ª, 208/2018, de 31 de enero y STS, Civil, Secc. 1ª, 3753/2017, de 25 de octubre, entre otras.

⁴¹ No así en sentido positivo porque la falta de alternativa razonable no implica necesariamente la existencia de vicio del consentimiento ya que se necesitan más requisitos

Europeo y el Grupo de Investigación del Derecho Privado Civil Europeo cuando indican que, en aquellos supuestos en que existiese alternativa razonable, la amenaza no se podría considerar la causa de la conducta, aclarando, no obstante, que la carga de la prueba de la existencia de una alternativa razonable recae en la parte que amenaza⁴². Ello facilita sobremanera la valoración de la causalidad, entre otras cosas porque la «alternativa razonable», como ya se ha dicho, tiene un carácter objetivo-económico que se concreta en la existencia de una alternativa de similar valor al pactado o al inicial. Así, por ejemplo, si la alternativa a un canje de acciones es la pérdida de todo ese capital mobiliario por disolución de la entidad, parece claro que no hay un valor similar al inicial o al pactado. Igual sería el caso si la alternativa a renovar un apalancamiento financiero⁴³ era la pérdida, por bajada de la cotización bursátil, de un elevado porcentaje de valor de mercado del activo, etc.

Conviene recordar que la intimidación puede provenir tanto de la propia parte contratante como de un tercero, tal y como establece el art. 1268 CC, siendo irrelevante que participe o no en el negocio jurídico⁴⁴. Tal y como señala SOLÉ FELIU⁴⁵, hemos de distinguir entre amenaza directa (tiene su origen en la parte contractual beneficiada por el resultado de la intimidación) y amenaza indirecta (quien realiza la amenaza no es parte del negocio jurídico). En el caso de los empleados de banca, pese a que no son la persona jurídica que será parte del negocio, no cabe duda de que actúan en nombre y representación de la entidad financiera y, a todos los efectos y en un caso de

para que la intimidación sea invalidante del consentimiento.

⁴² VON BAR, C., CLIVE, E. y SCHULTE-NÖLKE, H. 2009. «Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)». Munich: Sellier European Law Publishers: 527: «If there was a reasonable alternative, which suggests that the threat was not the real reason for the threatened party agreeing to the demand. The burden of proving that the threatened party had a reasonable alternative rests on the party making the threat».

⁴³ Financiación de compra de activos financieros. A lo largo de la década de los 2000 a 2010 fue muy habitual que las entidades financieras ofrecieran a sus clientes de banca personal (más de 60.000 euros) y banca privada (más de 500.000 euros) préstamos para compra de productos financieros, desde los menos complejos (acciones del IBEX) hasta los más complejos (productos estructurados cuya rentabilidad se supeditaba a condiciones suspensivas de alcance de valor). De esta manera, por ejemplo, a un cliente que disponía de acciones por valor de 100.000 euros, se le ofrecía financiación (a veces bajo la forma de póliza de crédito a veces bajo la forma de préstamo) para la compra de otros tantos títulos por similar importe, pignorándose los primeros. Así, el cliente pasaba a tener, en ese momento, 200.000 euros en acciones, de las que estaban pignoradas la mitad, y un crédito de 100.000 euros.

⁴⁴ Para un estudio pormenorizado de este supuesto, vid.: Sole Feliu. 2016: 24-26.

⁴⁵ Sole Feliu. 2016: 9 y 24-26.

intimidación, se debe considerar que quien efectúa la intimidación es la propia entidad financiera.

III. LA INTIMIDACIÓN EN ÁMBITO BANCARIO DE LA RENEGOCIACIÓN

A primera vista, parece difícil hablar de intimidación en el ámbito de las relaciones entre clientes y entidades financieras, ya que esta se relaciona con palabras como temor, mal inminente, sufrir un mal, etc., lo cual parece complicado de atribuir a instituciones con establecimientos de atención al público en donde el trato suele ser cercano y educado. Y esta concepción no es extraña incluso en algún autor⁴⁶. No en vano, para el que no ha trabajado en banca y para el que nunca ha tenido que hacer frente a una negociación complicada en tal ámbito (reestructuración de deuda, refinanciación o conversión de productos, por ejemplo) en una situación de debilidad financiera, la figura de la coacción es inconcebible. Pero nada más lejos de la realidad. De hecho, no sólo empleados sino también clientes en situación de extrema debilidad financiera pueden atestiguar que lo habitual ha sido imponer productos, subidas de tipos desmesuradas, comisiones sin un servicio que las justifique, etc. cuando el cliente no tiene más opción que aceptar, cuando la entidad es sabedora de que el cliente no tiene otra «alternativa razonable».

Respecto al origen de tales situaciones, cabe decir que los años de crisis⁴⁷ han generado numerosos casos en los que determinadas financiaciones bancarias resultaban imposibles de afrontar, al menos en el plazo en que se habían planteado inicialmente. Y esto se ha dado tanto en el ámbito empresarial como en el de los consumidores. Tanto es así que antes de 2008 apenas era una persona (interventor o subdirector) la encargada de «gestionar» los

⁴⁶ Blanco García, Ana Isabel. 2017. «Deber de información y vicio del consentimiento en la venta de participaciones preferentes. ¿anulable en todo caso?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº6: 323: «Debemos entender que, en el contexto que aquí nos ocupa, no cabe interpretar que el consentimiento es nulo por violencia o intimidación, pues no suele ser ese el proceder de las entidades de crédito aun a pesar de la cuestionabilidad de sus políticas comerciales».

⁴⁷ Para un estudio más profundo de la misma, vid. De la Lastra Peralta, Rosa María y Wood, Geoffrey. 2010. «The Crisis of 2007–09: Nature, Causes, and Reactions». *Journal of International Economic Law*, nº 13, Issue 3 – September: 531–550. Especialmente interesante es la comparativa que hace respecto de otras crisis y de las diferencias entre crisis de capital y crisis de liquidez. Vid. igualmente la perspectiva en materia de derechos humanos dada por FELICE, WILLIAM F. 2010. *The global new deal: Economic and social human rights in world politics*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers. Edición impresa.

llamados «deudores a 30», «a 60» y «a 90 días»⁴⁸. La morosidad se movía siempre por debajo del 2% en los años previos a 2008⁴⁹ y las refinanciaciones eran algo poco común y normalmente en casos de muy mala suerte o muy mala gestión por parte del cliente. Sin embargo, a partir de 2008, el número de deudores en situación de mora se dispara y resulta inviable que un solo empleado por sucursal se encargue de tal gestión. Así las cosas y sin aún departamentos específicos, era habitual que se repartiesen listados en las reuniones matutinas de las 8:00 a.m. entre todos los empleados para que llamasen a los diferentes deudores a 30, 60 y 90 días para ingresar. Algunas entidades acudían a «pólizas escoba»⁵⁰ para verter los impagos de cada cliente y así evitar su entrada en mora, y el consiguiente «sangrado» en la cuenta de resultados de la entidad. Se trataba, en definitiva, de un verdadero fraude contable pues, en la mayoría de las ocasiones, la deuda que se iba vertiendo en tal producto se sabía irrecuperable y simplemente se trataba de prorrogar lo inevitable. Las entidades que utilizaron esta fórmula mostraban una mora pública muy inferior a la real, debido a la existencia de una «morosidad sumergida» esperando su turno para «salir a la luz»⁵¹. Tal fue el incremento del número de deudores en situación de impago que las entidades se vieron obligadas a crear verdaderas estructuras y departamentos dedicadas en exclusiva a la gestión de la mora y, en los últimos años, incluso departamentos encargados de dar salida al volumen ingente de inmuebles que habían pasado

⁴⁸ En la jerga bancaria se refiere a los clientes que presentan un retraso en el pago de hasta 30, hasta 60 o hasta 90 días, respectivamente.

⁴⁹ Vid. Maudos Villarroya, Joaquín. 2009. «La banca española ante la crisis financiera». *Revista de Economía de Castilla La Mancha*, nº 14: 42 - 44.

⁵⁰ Consistían en una cuenta de crédito, sin comisiones de apertura, mantenimiento, administración, ni renovación, ni gastos de estudio, que solían presentar un tipo remuneratorio en torno al 10% y que se utilizaban para verter todos los impagos de un cliente. Cuando presentan garantía hipotecaria, reciben el nombre de «hipotecas de máximos». Interesante estudio sobre su posible nulidad es el realizado por ESPIGARES HUETE, J. C. 2016. «Las pólizas de afianzamiento general: «pólizas escoba», entre la validez y la nulidad (Auto del TS 11 de marzo de 2015 y SAP de Granada de 20 de diciembre de 2013)». *Revista Lex Mercatoria. Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, nº1, no 1: 25 - 31.

⁵¹ La SJM Murcia, Secc. 2ª, 26/2015, del 28 de enero, se refiere a la finalidad de este tipo de pólizas a decir que su «[...]única utilidad es la de cargar las liquidaciones derivadas de los impagos de operaciones [...]». Obvia esta sentencia un aspecto importante como es el anatocismo que se produce en las mismas, ya que los cargos son de liquidaciones completas (capital impagado, interese remuneratorios, intereses de demora y comisión de reclamación de deuda vencida), sobre las cuales, la nueva póliza aplica un interés que rondaba normalmente el 10%. Este tipo de pólizas se recoge en otras sentencias como la SJPI nº 4, Mercantil, Guadalajara, 179/2018, de 30 de mayo y la SJM, Pontevedra, 18/2015, de 23 de diciembre, entre otras.

a ser propiedad del banco, con lo que ello conllevaba (costes de comunidad e IBI, deterioro, ocupación, etc.).

Analizado el panorama apocalíptico para entidades y clientes, conviene aclarar que ninguna entidad desea que un cliente «pase a mora» (empleando el argot bancario). Siempre se hacía lo indecible para evitarlo y siempre las entidades estaban abiertas a reestructurar la deuda mediante diferentes fórmulas. Lo interesante es que nunca se filtró a los clientes la información de que el banco era y será siempre el primer interesado en evitar el pase a mora del cliente. Todo lo contrario, siempre se vendió como un esfuerzo y casi un favor del banco la reestructuración de la deuda, lo cual daba a la entidad una fuerza mayor aún en la reestructuración. Ello se veía favorecido por el hecho de que los contratos bancarios son fundamentalmente «contratos de adhesión» lo cual, tal y como indica SARAZÁ JIMENA⁵², supone un incremento de poder por parte del que impone las condiciones generales.

Como ya se ha adelantado, la intimidación encuentra su entorno más favorable en el seno de una renegociación contractual, es decir, cuando ya existen unos lazos de dependencia financiera del cliente al banco. La renegociación se muestra como un entorno más proclive a la intimidación, tal y como destaca DEL OLMO GARCÍA⁵³. Por el contrario, cuando se trata de nuevas relaciones o clientes, los vicios del consentimiento más comunes son el error y el dolo. Así, por ejemplo, es fácil encontrar casos en los que el empleado de banca afirmaba que la contratación del seguro propuesto es requisito para la firma del contrato de préstamo hipotecario, cuando en realidad la ley solo exige un seguro contra incendios básico con la compañía que nosotros elijamos, sin que ello pueda suponer aumento del tipo de interés remuneratorio⁵⁴. Es raro el caso en que el empleado avisa al cliente de que la contratación del seguro obligatorio de daños (seguro de hogar) puede hacerse con otra compañía. En algunos casos, dependiendo de entidad y empleado, se llegaba a ejercer tal presión sobre el cliente que esta se entronca dentro de las prácticas agresivas. Esta tendencia o técnica de venta agresiva (e ilícita) ha ido desapareciendo en los últimos años, al menos en el ámbito de los préstamos hipotecarios para compra de vivienda, para dar paso a los préstamos

⁵² «[...] incremento de poder de quien impone las condiciones generales de los contratos frente a quien debe aceptarlas»: SARAZÁ JIMENA, R. 1994. «La nulidad en los contratos de adhesión». En *Cuadernos de Derecho Judicial. El negocio jurídico: la ineficacia del contrato*. Consejo General del Poder Judicial: p. 14.

⁵³ DEL OLMO GARCÍA 2019.

⁵⁴ Art. 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; art. 10 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero; y arts. 14.1 f y 17.1.3 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

hipotecarios bonificados, en los que la contratación del producto en cuestión hace atractivo el tipo remuneratorio.

Cuando se produce una renegociación bancaria de deuda, esta puede desembocar tanto en modificación contractual estricta o novación (por ejemplo, incorporar un periodo de carencia a un préstamo⁵⁵ o renovar una póliza de crédito) como en la sustitución de unos contratos por otros, lo cual no es jurídicamente una novación⁵⁶. En las reestructuraciones de deuda, muchas veces se tiende a la cancelación y extinción total del contrato inicial para la formalización de uno nuevo con nuevos plazos, carencia, avalistas, diferentes condiciones financieras, etc. lo cual, aunque, como ya se ha dicho, no es una novación, sí genera las mismas circunstancias que favorecen la intimidación⁵⁷.

En estas situaciones, los aumentos desmesurados de tipo de interés y comisiones, así como de garantías y productos anexos, además de encontrarse en el límite de la prohibición de fijación unilateral del precio del art. 1449 del Código Civil⁵⁸, suelen aparecer bajo el falso paraguas del aumento del riesgo. El banco suele alegar que son una consecuencia lógica y legítima del aumento del riesgo. Sin embargo, esto no es cierto desde el mismo momento en que las reestructuraciones de deuda dan lugar a escenarios en los que el cliente pasa a depender totalmente de la entidad; y los tipos de interés, comisiones y productos disparan el coste financiero de la operación para el cliente. Este argumento pierde peso cuando hay una «sobregarantía» (al cliente se le hipoteca todo), un incremento desmesurado del interés remuneratorio y de las comisiones o la contratación de una lista interminable de productos. Muchas veces, no era rara la amenaza indirecta por parte del empleado de banca, cuando remitía al analista de riesgos (que nunca está de cara al público) como emisor de la exigencia: «desde el departamento de

⁵⁵ La carencia implica la suspensión de la amortización del capital, tal que, durante un periodo denominado «carencia», el cliente solo paga intereses. Las carencias suelen ser por un periodo máximo de 2 años.

⁵⁶ Vid. a este respecto la STS, Civil, Secc. 991 205/2018, del 11 de abril.

⁵⁷ La prioridad registral de las cargas reales (hipoteca, fundamentalmente) no se perdía debido a la existencia de las llamadas pólizas escoba, también llamadas pólizas en cobertura de riesgos, en donde se vertían todos los impagos del cliente, que provenían de sus diferentes contratos (leasing, cuenta de crédito, préstamo, etc.). La razón es que la garantía real se vinculaba tales pólizas y no a los mencionados contratos de origen.

⁵⁸ Para un estudio más completo de este aspecto, vid. GARCÍA PÉREZ, C. L. 2017. «El contenido del contrato y la determinación del precio en la propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC)». En Anuario de derecho civil. vol. 70, no 3, editado por Ministerio de Justicia (<http://www.mju.es/>) y Boletín Oficial del Estado, BOE (<http://www.boe.es>), 1115 – 1121. Murcia: Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia.

riesgos me dicen que no es viable la renovación salvo que... contratemos⁵⁹ este seguro (no exigido en la contratación inicial), aumentemos el tipo de interés (de forma exorbitada), paguemos comisión de renovación (injustificadamente alta), etc.».

En el ámbito de las prácticas bancarias agresivas, la frontera entre el dolo y la intimidación se hace difusa por la más que habitual concurrencia de ambas. Es evidente que la intimidación ha de ser mayor cuanto más grande es el perjuicio que sufre el intimidado. La amenaza ha de ser más intensa, más grave, más inminente cuanto mayor es el perjuicio. Así, para no tener que recurrir a un grado muy elevado de intimidación, el comercial solía acompañar a la misma del dolo en lo que se refiere al producto a contratar bajo coacción. En efecto, eran habituales las promesas imposibles para lograr la contratación de un seguro, de una tarjeta, de un fondo de inversión⁶⁰ o de un SWAP bajo la falsa promesa de que eso influiría en un tipo de interés más ventajoso, o bajo el engaño de que el fondo de inversión le reportaría ciertos beneficios o cuando se le decía que el swap fijaría su tipo de interés para protegerlo de posibles subidas. Y todo ello se decía asegurando que no hay otra opción, que la operación se aprobaría solo bajo la condición de firmar todos esos productos y que la otra opción era la entrada en mora y la posterior ejecución y embargo del bien hipotecado. Por tanto, dolo e intimidación van muchas veces de la mano en la contratación bancaria.

Una reestructuración de deuda no es más que descongestionar o aumentar la liquidez del cliente en el corto plazo, para lo cual hay diversos mecanismos. Principalmente están: el periodo de carencia⁶¹, cuando la falta de liquidez del deudor es algo temporal y a corto plazo; y la reestructuración «a

⁵⁹ Es muy habitual como técnica de venta (y así se enseña en los cursos de formación) el uso de la primera persona del plural para mostrar una (falsa) empatía, para hacer creer al cliente que el empleado es parte, junto al cliente, de las decisiones del banco. Así, se usan fórmulas del tipo: «tenemos que», «nos piden», etc.

⁶⁰ Parece a primera vista un contrasentido la coexistencia de una refinanciación o reestructuración, que implica imposibilidad de hacer frente a las actuales cuotas por diferentes motivos (descenso en el sueldo, despido, gastos extraordinarios, etc.), con determinados productos como un fondo de inversión, una tarjeta o incluso una IPF pero era en realidad muy habitual cargar de productos al refinanciado para hacer números. Así, se le solían contratar un fondo de inversión de 600 euros (mínimo importe para la mayoría de los fondos), tarjetas que no se le entregan, etc. Incluso y para hacer números, se le abrían contratos de depósito de valores que quedaban vacíos, contratos de banca a distancia sin generar claves, etc.

⁶¹ El resultado de la carencia es que la cuota mensual se reduce considerablemente durante ese periodo, pero la deuda total o «riesgo vivo» no se reduce, con lo que el coste financiero de la deuda aumenta para el cliente. Es decir, el cliente ha comprado liquidez a corto plazo a cambio de aumentar el coste financiero de su deuda. Véase AAP León, Civil sección 2, 66/2017, de 30 de junio: «[...] se hace una mera reestructuración de la deuda,

largo», que implica el aumento del plazo de devolución de la deuda con la consiguiente reducción de la cuota mensual. Han sido habituales los casos en los que la cuenta de crédito perdía su naturaleza por estar siempre dispuesta en su totalidad, lo que generaba que la entidad prestamista la reconvirtiera en préstamo para ir «reduciendo el riesgo⁶²» progresivamente. En la mayor parte de las ocasiones se cancelaba el contrato originario para firmarse uno nuevo con las modificaciones oportunas, lo cual generaba un nuevo *dies a quo* en el cómputo de posibles acciones. A primera vista podría parecer que se renunciaba a la prioridad registral de la garantía real hipotecaria, pero esto no se daba. La razón es que las entidades financieras solo firmaban nuevo contrato y cancelaban el anterior en los casos (sobre todo en refinanciación empresarial) cuando la garantía real estaba vinculada a una hipoteca de máximos, que implica una garantía real genérica para todos los riesgos del cliente⁶³.

Cuando el empresario o el consumidor acudía a la reestructuración, sabía que tenía que aceptar todo lo que le presentase el banco. Sin entrar en las causas de la reestructuración (mala gestión empresarial, mala fortuna, aumento de la competencia, la gran recesión⁶⁴, etc.), la realidad es que, para lo único que se tenía en cuenta al cliente, era para determinar el importe mensual que podía ser asumido por el mismo (a veces, ni eso). El jefe de riesgos de la sucursal (en las oficinas pequeñas, el mismo director), se encargaba de elevar la propuesta del nuevo riesgo, con nuevas condiciones: un aumento del plazo de devolución obviamente, pero también un aumento de tipos y comisiones, así como una serie de productos que necesariamente debían acompañar a la reestructuración (seguros fundamentalmente) y un aumento de las garantías (más avalistas y nuevos bienes a hipotecar, sobre todo). Desde los departamentos de análisis de riesgos, poco había que hacer (estudiar) más que justificar el puesto mediante un aumento de los costes financieros para el cliente⁶⁵. Obvia decir que, salvo que el deudor presentase un escrito en el que se solicitase la aplicación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, la entidad financiera nunca haría mención a la misma.

fijando un periodo de carencia comprendido entre el 4-10-2013 y 4-10-2015, durante el que únicamente había que abonar los intereses».

⁶² Reducir el riesgo, en el argot bancario, significa disminuir la deuda pendiente o «riesgo vivo».

⁶³ Vid. nota a pie 53.

⁶⁴ Crisis financiera de ámbito mundial que comienza en 2007, diferente a la «Gran Depresión», que comienza con el crack del 29.

⁶⁵ Las propuestas de riesgos «elevadas» desde las sucursales a los departamentos de riesgos (para su estudio y aprobación o «devolución»), en la mayoría de las ocasiones, se ven modificadas al alza tanto en los tipos y comisiones como en los productos exigidos por parte de estos departamentos.

Aprobada la propuesta con las oportunas modificaciones, se le presentaba la reestructuración al cliente con una ausencia total de negociación. Es más, la alternativa que se le daba al cliente era el «pase a mora» y la ejecución de las garantías reales con la consiguiente pérdida de sus bienes. El cliente debía firmar todo: seguros de vida, seguros de desempleo, tarjetas, condiciones financieras casi inasumibles, etc. El cliente no tenía otra alternativa razonable. Se puede decir que la facultad de elección del cliente desaparece, lo cual es necesario para considerar la existencia de intimidación⁶⁶. Es cierto que la reestructuración de la deuda favorece los intereses del cliente, pero la reestructuración como tal no es objeto de controversia. La intimidación se ejerce sobre las condiciones financieras de la misma y los productos anexos que, como condición irrechazable, se ve obligado a firmar el cliente. Es en ese punto donde se produce el efecto requerido del resultado contrario a los intereses del intimidado.

Respecto a la asistencia letrada en un proceso de reestructuración de deuda ante una entidad financiera, no debe excluirse *a priori* la posibilidad de intimidación. En principio es poco probable que un cliente en situación totalmente precaria económicamente se valga de los servicios de un letrado para un asesoramiento que difícilmente podrá pagar. El Alto Tribunal considera en su sentencia de 21 de marzo de 1970⁶⁷ que dicha intervención es un argumento a favor de la exclusión de la intimidación, pero, tal y como matiza en sentencia más reciente de 4 de octubre de 2002⁶⁸, tal asistencia letrada no implica necesariamente un veto a la existencia de intimidación, sino que más bien se considera una circunstancia que dificulta pero no impide por sí sola la intimidación. Es decir, se debe valorar cada caso en concreto para determinar si tal asesoramiento rompe los requisitos de la intimidación en la emisión del consentimiento.

No obstante y como ya se ha adelantado, para el que haya sido partícipe de una reestructuración de deuda de un cliente de entidad financiera, el

⁶⁶ Véase al respecto lo que la STS Civil, Secc. 1ª, 894/2002, de 4 de octubre, dice respecto de la intimidación en su FD5º párrafo 7º: «es preciso que uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que por la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses».

⁶⁷ En concreto la STS, Civil, Secc. 1ª, 153/1970, de 21 de marzo, en su considerando 1º dice: «[...] lo que unido a que la intervención del Letrado del recurrente en la redacción del expresado documento excluye la idea de la pretendida intimidación [...]». Véase que dice «unido a», lo cual excluye por definición que el Alto Tribunal establezca una relación de causalidad entre la asistencia letrada (por sí sola) y la exclusión de intimidación.

⁶⁸ STS Civil, Secc. 1ª, 894/2002, de 4 de octubre.

escenario es el de un cliente abatido que acude a la sucursal sin ninguna posibilidad de negociar y sin ningún tipo de asistencia. Es más, en los meses previos a ese día, las cuentas del cliente se encuentran totalmente bloqueadas por la existencia de cuotas impagadas. En el día de la ficticia negociación, el cliente normalmente ya se encuentra desde hace meses en el grupo, como mínimo, de los 60 días⁶⁹; y cada movimiento de la cuenta es monitorizado y autorizado (o no) por la entidad financiera. Al cliente se le devuelven todos aquellos recibos no imprescindibles, sólo atendiendo los estrictamente necesarios para la supervivencia económica como cuotas a la seguridad social, autónomos, electricidad, nóminas de trabajadores, etc. En los casos más extremos se devuelve todo. El criterio para la devolución o no es que exista una cierta reposición de fondos (ingresos). Es decir, aunque el cliente se encuentre en situación de, por ejemplo, «60 días» de forma «crónica», si cada mes la cuenta sigue recibiendo ingresos, se le atenderán esos recibos. Sin embargo, si estamos ante un cliente carente ya totalmente de capacidad de generación de fondos, se dejarán de atender todos los recibos. En este panorama en el que el deudor hace mucho que perdió el timón de sus cuentas, se hace imposible pensar en que haya la más mínima capacidad de negociación.

No debemos olvidar los casos de particulares «atrapados» en productos financieros adquiridos vía apalancamiento, es decir, cuya compra se financió mediante préstamo personal o cuenta de crédito⁷⁰. En estos casos y debido a la gran recesión de los últimos años, muchos clientes que financiaron la compra de acciones, productos estructurados⁷¹, etc. se vieron en una situación en donde su capacidad de negociación desaparecía por completo. En efecto, si un cliente, por ejemplo, aportaba 100.000 euros de fondos propios y el banco le financiaba con otros 100.000 euros para la contratación de un producto estructurado, la caída en picado del valor de los títulos hacía que ese cliente

⁶⁹ Vid. nota 45

⁷⁰ La SJPI nº 17 de Palma de Mallorca, 179/2014, de 9 de diciembre, en su FD 9º recoge informe pericial en el que se describe el apalancamiento financiero: «apalancamiento de una inversión se produce por el uso de deuda para su financiación. Las operaciones apalancadas tienen la característica de potenciar los resultados de una inversión, tanto con respecto a los beneficios como, en su caso, también a las pérdidas».

⁷¹ Bajo el término «producto estructurado» se ha denominado en sentido amplio todo contrato en el que existía un activo financiero subyacente (por ejemplo, acciones de Banco Santander) o varios (tipo *rainbow*) de cuya cotización se hacían depender los pagos al contratante. No obstante, en la mayoría de los casos nos encontrábamos ante CFA (contratos financiero atípicos) autocancelables, lo que implicaba que, si en un determinado tiempo (por ejemplo, tres años) el activo subyacente había bajado de un determinado valor, se cancelaba obligatoriamente y el cliente recibía las acciones al valor del momento final. A este respecto, véase la SAP de Madrid, Civil Secc. 11, 105/2019, de 06 de marzo, en su FD 24º.

pasase a depender totalmente de la voluntad de la entidad prestamista. Imaginemos un escenario en el que las acciones subyacentes del estructurado hayan perdido un 70% de su valor. El cliente tiene una deuda de 100.000 euros y un capital mobiliario de 60.000 euros. El cliente no tiene más salidas que, bien perder 140.000 euros, bien someterse a todas las exigencias de la entidad prestamista para las sucesivas renovaciones del crédito (si se financió, como era habitual en estos casos, con una cuenta de crédito, la cual presenta un periodo de renovación anual). No cabe aceptar que la pérdida del 70% del capital de la operación sea una alternativa razonable. En estos casos, más frecuentes de lo que se conoce, el cliente debía aceptar todas las subidas de comisiones y tipos en las diferentes renovaciones, así como todos los productos (seguros, principalmente) que le exigía la entidad para renovar el riesgo (el crédito), pues la otra posibilidad era la pérdida de una enorme cantidad de dinero e, incluso, de sus propiedades en los casos en que existiese garantía hipotecaria⁷².

Para la calificación de abusiva de la cláusula de interés remuneratorio (y, por ende, del resto de condiciones financieras), es importante diferenciar los casos de simple renovación anual de riesgo de los casos de refinanciación/reestructuración de deuda. En el primer caso, por ejemplo, la renovación de una cuenta de crédito para compra de activos financieros (acciones, por ejemplo), la subida del tipo de interés se debería ceñir solo a la subida del índice de referencia y el diferencial no debería ser diferente al inicialmente pactado, ya que se trata muchas veces de operaciones a largo plazo que han de permitir al inversor un margen amplio de tiempo para reaccionar ante los cambios de cotización. En estos casos, la falta de alternativa razonable puede ser la base de la existencia de una intimidación invalidante cuando al cliente inversor no le quedan más opciones que aceptar lo impuesto por la entidad financiera o vender con pérdidas (especialmente cuando las pérdidas son elevadas y la operación fue apalancada, ya que no solo perdería su inversión, sino que tendría que pagar la deuda financiera)⁷³. Sin embargo, en las reestructuraciones de deuda sí es comprensible un interés remuneratorio moderadamente superior al que correspondería para una operación de préstamo sin carácter reestructurador de deuda⁷⁴. Se deben considerar igualmente otras circunstan-

⁷² Es cierto que en la contratación inicial del producto normalmente no se le pedía al cliente garantía hipotecaria alguna pero, ante la pérdida de valor del subyacente, las entidades exigían el aumento de garantía reales, lo cual se traducía en garantías hipotecarias sobre los bienes del cliente, siendo la otra opción la pérdida un elevado porcentaje de la inversión.

⁷³ Respecto al efecto potenciador del apalancamiento en las pérdidas, vid. nota 66.

⁷⁴ En este sentido se ha pronunciado la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Civil, sección 4ª, 220/2018, del 19 de junio, en su FD 1º, 4, párrafo 2º: «Para determinar si el interés

cias como las garantías aportadas, tal que, ya sea un caso u otro, un aumento de garantías debería limitar el aumento del tipo de interés, puesto que tal aumento se basa en el mayor riesgo, el cual se reduce por el aumento de las garantías. Es especialmente clara la jurisprudencia al establecer que la existencia de garantías reales hace disminuir el riesgo de impago, por lo que difícilmente sería no abusivo un aumento significativo del tipo de interés que acompañase a un aumento de las garantías reales⁷⁵.

IV. CONCLUSIONES

La Gran Recesión mundial, que afectó de lleno a España desde 2008, generó una situación novedosa hasta entonces: una ola de reclamaciones judiciales contra la banca comercial. Hasta ese momento, resultaba inconcebible que un cliente demandase a un banco porque se suponía que los contratos de tales entidades (todos de adhesión) no presentaban resquicios legales que dejaran margen a la reclamación. Era habitual decir que, si estaba firmado, nada se podía hacer. Sin embargo, la política de los bancos de atar todos los posibles flecos contractuales y el carácter innegociable de sus contratos, dieron lugar a situaciones de abuso en donde muchos clientes perdieron todo su dinero: preferentes, bonos convertibles, SWAPS, etc.

Estas situaciones daban lugar a reestructuraciones y renegociaciones en donde los clientes (particulares y empresas) se vieron sometidos a las exigencias imperativas de los bancos al llegar la inevitable reestructuración. Cuando la falta de liquidez «a corto» era insostenible o cuando sobrevenían los vencimientos de productos estructurados o de cuentas de crédito de apalancamiento financiero, los clientes se veían obligados a afrontar una desesperada situación

pactado es notablemente superior al normal, [...] (hay que considerar) el interés ofrecido habitualmente y en circunstancias similares en el mercado de las operaciones de referencia (préstamo personal, refinanciación, línea de crédito, tarjeta de crédito, etc.), apreciando además el mayor riesgo soportado por las entidades tenedoras de las cuentas bancarias a cuyo cargo se pagan, de manera que ha de establecerse una consideración global de las circunstancias existentes en la concesión del crédito, en especial, la correlación entre el riesgo y el interés remuneratorio. En este caso el préstamo se concedió para la refinanciación de varias deudas previas derivadas de operaciones fallidas y de créditos de tarjetas, que desde luego permite concluir en que no es el convenido un rédito superior al normal que se conceden en este tipo de préstamos».

⁷⁵ SAP Baleares, Civil, sección 3, 142/2013, del 26 de marzo «[...]ha de tenerse en cuenta si la operación cuenta o no con garantías y, en concreto, con garantía hipotecaria, dado que ésta hace disminuir el riesgo de impago». Pese a que se refiere solo a la hipoteca, es obvio que se ha de extender a la prenda ya que está, en el ámbito financiero, otorga una garantía mucho más eficaz por consistir en la pignoración de títulos o, incluso, dinero en depósito.

en la que solo tenían dos alternativas: aceptar las exigencias del banco o perder todo o gran parte de su patrimonio. Era en ese momento cuando las entidades financieras impusieron, en muchos casos por intimidación, sus cláusulas contractuales y sus productos. Aprovecharon el desproporcionado desequilibrio que suponía que estos clientes quedaban a merced de sus exigencias contractuales, lo cual se veía favorecido o intensificado, como ya se ha indicado anteriormente, por la práctica de los contratos de adhesión.

Los Tribunales se han mostrado estrictos en el castigo de estas prácticas bancarias en los miles de procesos judiciales afrontados. Estos parecen no tener fin a corto plazo, pues, sin haber acabado aún la actual ola de reclamaciones (cláusulas suelo, vencimiento anticipado, intereses abusivos, etc.) se acerca una nueva si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia, como parece desprenderse de las conclusiones del abogado general, a favor del consumidor en el sentido de exigir una información mucho más completa en la explicación del IRPH.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNAU MOYA, F. 2009. «Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y contratos 2008-2009», *Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions*, Valencia: Colección Sapientia. Edición en PDF.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. 2016. *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, Valencia: Tirant lo Blanch, http://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf, acceso 12/12/2019.
- BLANCO GARCÍA, A.I. 2017. «Deber de información y vicio del consentimiento en la venta de participaciones preferentes. ¿anulable en todo caso?». *Actualidad Jurídica Iberoamericana - IDIBE*, nº 6 – feb: 319 – 325.
- CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, A. Y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E. P. 1996. «El consentimiento y sus vicios en los contratos perfeccionados a través de medios electrónicos. Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático, volumen 12: 1021 – 1031.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. Y VALLET DE GOYTISOLO, J. 1985. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas.
- DE LA LASTRA PERALTA, ROSA MARÍA Y WOOD, GEOFFREY. 2010. «The Crisis of 2007–09: Nature, Causes, and Reactions». *Journal of International Economic Law*, nº 13, Issue 3 – September: 531–550.
- DEL OLMO GARCÍA, P. 2019. «Diez minutos de intimidación, como vicio del consentimiento novatorio». Almacén de derecho, Jun 18, Derecho Civil. Acceso el 4 de diciembre de 2019. <https://almacenederecho.org/diez-minutos-de-intimidacion-como-vicio-del-consentimiento-novatorio/>
- 2003. «La amenaza de incumplir un contrato como vicio del consentimiento», Valencia: Tirant lo Blanch.
- 2014. «La renegociación de los contratos bajo amenaza (Un comentario a la STS de 29 de julio de 2013)». *Anuario de Derecho Civil*, nº 67 (1): 313 – 328.

- ESPIGARES HUETE, J. C. 2016. «Las pólizas de afianzamiento general: «pólizas esco-ba», entre la validez y la nulidad (Auto del TS 11 de marzo de 2015 y SAP de Granada de 20 de diciembre de 2013)». *Revista Lex Mercatoria. Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, nº1, no 1: 25 – 31.
- FELICE, William F. 2010. *The global new deal: Economic and social human rights in world politics*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers. Edición impresa.
- GARCÍA PÉREZ, C. L. 2017. «El contenido del contrato y la determinación del precio en la propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC)». En *Anuario de derecho civil*. vol. 70, no 3, editado por Ministerio de Justicia (<http://www.mju.es/>) y Boletín Oficial del Estado, BOE (<http://www.boe.es>), 1073-1137. Murcia: Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia. Edición en PDF.
- GÓNZALEZ CARRASCO, M. C. 2016. «STJUE 21.12.2016: retroactividad ¿absoluta? de efectos de la declaración de nulidad de cláusulas abusivas». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 20: 37 – 41.
- JEREZ DELGADO, C. 2015. Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR). Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- LÓPEZ DÍAZ, P. V. 2018. «Las relaciones entre la tutela precontractual y contractual del acreedor: la conexión y la proyección-absorción». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nº 50: 51 – 91.
- MAUDOS VILLARROYA, J. 2009. «La banca española ante la crisis financiera». *Revista de Economía de Castilla La Mancha*, nº 14: 31 – 54.
- SARAZÁ JIMENA, R. 1994. «La nulidad en los contratos de adhesión». En *Cuadernos de Derecho Judicial. El negocio jurídico: la ineficacia del contrato*. Consejo General del Poder Judicial: 11 – 58.
- SEBENIUS, J. K.: BATNAS. 2016. «Negotiation: Common Errors and Three Kinds of «No»», *Negotiation Journal*, vol. 33, nº 2: 89 – 99 https://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/17-055%20forthcoming_31fcea00-9139-421a-b7f4-7c8b5c572805.pdf
- SOLÉ FELIU, Josep. 2016. «La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España». *Indret* 4.
- VON BAR, C., CLIVE, E. y SCHULTE-NÖLKE, H. 2009. «Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)». Munich: Sellier European Law Publishers.

JURISPRUDENCIA

- STS 163/1950, de 21 de marzo
 STS 5/1952, de 03 de enero
 STS 163/1950, de 21 de marzo
 STS 5/1952, de 03 de enero
 STS 153/1970, de 21 de marzo
 STS 744/1985, de 6 de diciembre

STS 291/1991, de 22 de abril
STS 1104/2000, de 25 de noviembre.
STS 1162/2000, de 1 de diciembre.
STS 894/2002, de 4 de octubre
STS 790/2005, de 21 de octubre.
STS 7454/2007, de 8 de noviembre
SJPI Guadalajara, 179/2008, de 30 de mayo
SAP Baleares 142/2013, del 26 de marzo
SJPI de Palma de Mallorca 179/2014, de 9 de diciembre
SJM Murcia 26/2015, del 28 de enero
SJM Pontevedra, 18/2015, de 23 de diciembre
STS 3753/2017, de 25 de octubre
SAP de Santa Cruz de Tenerife 220/2018, del 19 de junio
STS 130/2019, de 24 de enero
STS 208/2018, de 31 de enero
SAP de Madrid 105/2019, de 06 de marzo
STS 677/2019 de 6 de marzo
STS 205/2019, de 11 de abril
AATS de 22 de mayo de 2019
STS 314/2019 de 3 de junio

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: LA DIGNIDAD HUMANA EN JUEGO

Gestational surrogacy: human dignity at stake

Antonio Arroyo Gil

Profesor Ayudante Doctor (acr. Titular) de Derecho constitucional
Universidad Autónoma de Madrid
antonio.arroyo@uam.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp41-73](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp41-73)

Recibido: 04.12.2020

Aceptado: 21.12.2020

Resumen

La gestación por sustitución ha planteado serios problemas de orden público en aquellos Estados en los que, como es el caso de España, esta práctica no se encuentra legalizada. La tensión existente entre la dignidad y los derechos de la mujer gestante, los deseos de los futuros padres comitentes y, sobre todo, el interés superior del menor no pueden resolverse de manera automática, atribuyendo, en todo caso, prioridad a este último. Antes bien, se requiere un análisis pormenorizado de cada caso en el que se tengan en cuenta todas las circunstancias concurrentes. Las respuestas a nivel estatal son difíciles e insatisfactorias. Idealmente, sería precisa una solución de Derecho internacional público.

Palabras clave

gestación por sustitución; gestación subrogada; maternidad subrogada; gestación para otros; vientres de alquiler; derechos fundamentales; orden público; interés superior del menor.

Abstract

Surrogate pregnancy has posed serious public order problems in those States where, as is the case in Spain, this practice is not legalised. The tension between the

dignity and rights of pregnant women, the wishes of the future parents and, above all, the best interests of the child cannot be resolved automatically, with priority being given to the latter. Rather, a detailed analysis of each case is required, taking into account all the concurrent circumstances. Responses at state level are difficult and unsatisfactory. Ideally, a public international law solution would be required.

Keywords

surrogate pregnancy; surrogacy; surrogate motherhood; gestation for others; fundamental rights; public order; best interests of the child.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 1.1. *La difícil determinación de un concepto.* 1.2. *La gestación por sustitución no es una técnica de reproducción humana asistida.* 1.3. *La tensión entre los derechos y los deseos.* 1.4. *La mutación del concepto de maternidad.* 1.5. *La naturaleza mercantil del contrato de gestación por sustitución.* II. DIGNIDAD HUMANA *VERSUS* AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. III. DIFÍCILES CUESTIONES DE ORDEN PÚBLICO. IV. LA IMPOSIBILIDAD DE DISEÑAR UN CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ACORDE A NUESTRO ORDEN CONSTITUCIONAL. V. LA NECESARIA RESPUESTA INTERNACIONAL Y EL (CONTROVERTIDO) INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. 5.1. *Estados Unidos de América.* 5.2. *Francia.* 5.3. *Alemania.* 5.4. *Italia.* 5.5. *Portugal.* 5.6. *España.* VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Antes de acometer de frente la cuestión de fondo a la que se tratará de dar respuesta en el presente trabajo, a saber, si cabría aceptar en España, de conformidad con el ordenamiento jurídico-constitucional vigente, la validez de un contrato como el de gestación por sustitución, diseñado de tal modo que quede garantizada la libertad de la mujer que toma la decisión de gestar para un tercero(s), lo que podría constituir condición suficiente para preservar asimismo su dignidad¹, conviene que detengamos previamente la atención en algunas consideraciones que nos permitan contextualizar de manera suficiente de qué estamos realmente hablando cuando hablamos de gestación por sustitución². A ello se dedicarán, siquiera sea de manera meramente enunciativa, pues no hay espacio para un mayor detenimiento, los próximos epígrafes.

1. *La difícil determinación de un concepto*

En primer lugar, quizás convenga una aclaración terminológica. Bajo la expresión «gestación por sustitución» cabe entender aquella práctica, que en

¹ Tal y como ha sido defendido desde determinados sectores políticos (el partido Ciudadanos, que el 27 de abril de 2017, en la XII legislatura, presentó una «Proposición de ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación») y sociales (entre otras, la asociación Son Nuestros Hijos, la Asociación por la Gestación Subrogada en España, o la Agencia Española de Gestación Subrogada), con el aval de un relevante sector doctrinal (Presno y Jiménez: 2014; Atienza: 2015; Vela: 2015; Matia: 2019; etc.).

² Javier Matia realiza un interesante resumen del (agrío, muchas veces) debate social y político sobre la gestación por sustitución, en el que pone de relieve cuáles son los principales argumentos de los llamados «abolicionistas» y de los «defensores» de esta práctica (Matia: 2019, 86 ss.).

determinados países se encuentra legalizada por medio de contrato, en virtud de la cual una mujer se ofrece a gestar, con o sin aportación de su óvulo, para una persona individual (hombre o mujer) o una pareja (de distinto o del mismo sexo), conocidas como comitente/s, que puede/n aportar asimismo su/s gameto/s (o no), generalmente a cambio de una contraprestación económica, o, al menos, de una compensación del mismo tipo, por las «molestias» y «gastos» que ello conlleva, y muy excepcionalmente de manera completamente altruista, a resultas de la cual dicha/s persona/s (comitente/s) acabará/n ostentando la paternidad y/o maternidad del recién nacido (Vilar: 2018, 30; Gómez Sánchez: 1994, 136).

Para hacer referencia a esta práctica contractual se han empleado diversos términos, a través de los cuales se manifiesta la conocida escasa inocencia o neutralidad (en el uso) del lenguaje: «gestación por sustitución», «gestación subrogada», «úteros o vientres de alquiler», «gestación para otro/s», etc. Quizás el que describa de manera más neutra la operación sea este último (Salazar: 2020, n. p. 2), pues, en efecto, el contenido principal de dicho contrato consiste exactamente en eso, en acordar la gestación de un bebé para otra/s persona/s que acabará/n ostentando la maternidad y/o paternidad del mismo, más allá de los muchos interrogantes que después haya que responder sobre la controvertida configuración y alcance del referido contrato.

No obstante, lo cierto es que el término que ha acabado generalizándose, al menos en España, es el de «gestación por sustitución» (Farnós: 2015, 30), porque es el que emplea la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), en cuyo artículo 10, bajo este mismo título («Gestación por sustitución»), se declara la nulidad de pleno derecho del referido contrato, en los términos siguientes:

«1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

Por ese motivo, en el presente trabajo se hará referencia a ambos términos («gestación para otro/s» y «gestación por sustitución») de manera indistinta, evitando otros cuya carga axiológica (peyorativa, por lo común) parece mayor (Lamm: 2013).

2. La gestación por sustitución no es una técnica de reproducción humana asistida

Acto seguido interesa destacar que, si nos centramos en el caso español, que es el que va a ser aquí objeto principal de análisis, sin perjuicio de que

también sea preciso, llegado el caso, hacer alguna referencia de carácter comparado, más allá de lo previsto en la citada LTRHA, esto es, que dicho contrato es nulo de pleno derecho³, quizás lo primero que convenga aclarar es que, en realidad, la gestación por sustitución no es una técnica de reproducción humana asistida (Valero: 2019, 425; Marrades: 2017, 231), equiparable a la fecundación *in vitro*, aunque desde determinados sectores se intente presentar así, porque aquí no es la mujer que desea ser madre la que se somete a un determinado tratamiento tendente a posibilitar su embarazo y ulterior maternidad, sino que, por el contrario, es un tercero, la mujer gestante, la que actúa como «mediadora» de la maternidad o paternidad de un tercero (mujer u hombre individual, o pareja, de distinto o del mismo sexo). Desde ese punto de vista, no parece, lógicamente, correcto concebir dicha práctica (acuerdo o contrato) como una técnica de reproducción humana asistida. Más bien nos encontramos ante un supuesto en el que intervienen diferentes personas, una/s con su deseo de ser madre/s y/o padre/s (los llamados comitentes), y otra con sus derechos constitucionalmente garantizados (la mujer gestante). De ahí que, con razón, se haya señalado que la gestación por sustitución es «un asunto de derechos fundamentales» (Valero: 2019).

3. *La tensión entre los derechos y los deseos*

Deseos y derechos, por consiguiente, andan en juego (Salazar: 2018). Ni que decir tiene, que, como es natural, son estos últimos (los derechos de la mujer gestante) los primeros que ha de preservar el ordenamiento jurídico⁴; y solo cuando ello esté plenamente garantizado (si es que puede llegar a estarlo), el poder público se podrá plantear la conveniencia de posibilitar a

³ Sobre si dicha nulidad del contrato de gestación por sustitución conlleva también una prohibición de celebración de los mismos, dadas las consecuencias sancionatorias de carácter penal (arts. 220.2 y 221.1 y 2 CPI) y administrativo que su práctica tiene en España, ha habido una ardua discusión entre la doctrina científica. Así, mientras autores como Susana Quicios eran de esa opinión (Quicios: 2019, 7 ss.), para otra parte de la doctrina científica, destacadamente Manuel Atienza, no cabe equiparar nulidad de pleno derecho con prohibición: «la gestación por sustitución no está prohibida en nuestros Derecho; (...) esa práctica no contradice ningún principio moral racionalmente justificado ni tampoco los valores y principios de la Constitución española, de manera que no podría entenderse que fuera en contra del orden público español» (Atienza: 2006; y 2015).

⁴ Resulta, a tal efecto, muy oportuna la observación de Octavio Salazar acerca de la necesidad de que el debate sobre la gestación para otro/s «ha de situarse en una ‘fase’ previa a la existencia misma del menor, por lo que entiendo que los argumentos esenciales son los que tienen en cuenta los derechos de la gestante, aunque es evidente que posteriormente el contrato tendrá determinados efectos en el niño o niña que nazca» (Salazar: 2020, 8).

través de esta vía la satisfacción de aquellos deseos (de la/s mujer/es y/o del/ de los hombre/s que desean ser madre/s y/o padre/s).

Es importante tener en cuenta este punto de partida, porque es más que discutible, en efecto, que la libertad reproductiva, tal y como ha sido entendida por el Tribunal Constitucional (TC) español, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), se pueda identificar con el llamado «derecho a tener hijos» (o a procrear), del que quepa derivar directamente la necesidad u obligación del Estado de permitir y regular los contratos de gestación por sustitución (Díaz Crego: 2020; Simón: 2020, 17; Valero: 2019, 426)⁵. Más bien, nos encontramos, como se señalaba con anterioridad, en presencia de un mero deseo —o interés— individual, por más legítimo que sea, cuya conversión en derecho quedaría, entonces, a la libre decisión del legislador⁶, siempre y cuando quede despejada la duda primera y primordial: la compatibilidad de tal eventual reconocimiento con el propio orden constitucional (del que el orden público forma parte).

Más en concreto, lo que habría que comprobar es si dicho contrato de gestación por sustitución se podría configurar de tal forma que resultase plenamente respetuoso con la libertad y dignidad de la mujer gestante, o, de manera más específica, con todos los derechos que a la misma reconoce y garantiza ya el ordenamiento jurídico-constitucional. Y ello sin perjuicio, claro está, de que en caso de acabar aceptándose la regulación de esta práctica su contenido deba también garantizar, con carácter prioritario, los superiores intereses del menor.

⁵ No es esa la opinión de Antonio J. Vela, para quien la gestación por sustitución favorece la maternidad y/o paternidad «como reflejo del derecho fundamental a la procreación y a la constitución de una familia» (Vela: 2015, 128). Sin embargo, no se puede confundir el derecho a acudir a las técnicas de reproducción humana asistida que el legislador español ha regulado por entenderlas conformes con el orden constitucional, con el deseo de que también se considere así una práctica que, como hemos visto, no cabe encuadrar entre dichas técnicas reproductivas, y que, además, resulta difícilmente compatible, por no decir directamente incompatible, con nuestro orden público, como veremos más adelante.

⁶ Es eso lo que explica que el Tribunal Constitucional español haya considerado la libertad reproductiva como una manifestación de la autonomía de la voluntad, y no como un derecho fundamental autónomo, que solo será invocable ante la jurisdicción ordinaria «según su particular configuración legal» (ATC40/2017, de 28 de febrero -FJ 5). Y en la misma línea, el TEDH, si bien ha reconocido en el ámbito del derecho a la vida privada del art. 8 CEDH el respeto a la decisión de ser padre/madre, en tanto que protección de la identidad individual y la autonomía personal (STEDH *Evans c. Reino Unido*, de 10 de abril de 2007), y la consiguiente obligación de los Estados parte de actuar normativamente en consecuencia, proporcionando tal protección (STEDH V. C. c. Eslovaquia, de 8 de noviembre de 2011), en ningún caso ha entendido que de ahí quepa derivar una obligación para aquellos de legalizar la gestación por sustitución (Díaz Crego: 2020, 16).

4. *La mutación del concepto de maternidad*

La gestación para otro/s, de admitirse, conllevaría un cambio radical en el concepto de maternidad, que ya no quedaría necesariamente determinada por razón del parto (*mater semper certa est*), tal y como sucede en la vigente legislación española, y en la de otros muchos Estados en los que esta práctica está también prohibida, o es nula de pleno derecho, como es el caso de Francia, Alemania o Italia (Vilar: 2019, 817). A partir de su reconocimiento cabría diferenciar entre maternidad gestacional (por gestar al futuro hijo), maternidad genética (por la aportación de gametos femeninos) y maternidad jurídica (por la atribución de la función jurídico-social de madre), pudiéndose atribuir estas funciones a diferentes mujeres, lo que obligaría a determinar qué maternidad prevalece a la hora de establecer la filiación (Lamm: 2013, 31; Farnós: 2015, 9)⁷.

5. *La naturaleza mercantil del contrato de gestación por sustitución*

La gestación para otro/s tiene una clara base contractual, que se asemeja mucho al contrato de compraventa, en tanto que supone, en la mayor parte de los lugares en donde tal práctica es aceptada, la gestación, parto y entrega del niño nacido, normalmente, a cambio de una contraprestación económica (o, en su caso, de una compensación del mismo tipo por los «perjuicios» o «molestias» causados por el embarazo y el parto). También se ha equiparado al contrato de obra, en tanto que el resultado que se busca es el hijo que se encarga mediante un previo acuerdo, generalmente económico (Díaz Romero: 2010, 1).

Tanto en un caso como en otro la gestación por sustitución supone la introducción en el tráfico comercial de funciones genuinamente humanas –en este caso, solo de las mujeres (la capacidad de gestar)– e, incluso, de seres humanos (en formación). Por lo que se refiere a las primeras, no parece convincente el intento de desgajar la función (la gestación propiamente dicha) de la persona (la mujer que gesta), como si de la realización de un mero trabajo autónomo se tratara (Salazar: 2020, 12). Y por lo que afecta a los segundos, los argumentos a su favor deberían ser válidos para justificar por qué no se debería legalizar también la compraventa de niños ya nacidos, pues salvando

⁷ Según Silvia Vilar, «la filiación ya no constituye únicamente un vínculo individual entre el niño y cada uno de sus progenitores, sino que, al mismo tiempo, circunscribe al menor en una familia y en un cierto orden social, por lo que el Derecho debería posibilitar, frente a la verdad biológica, configurar jurídicamente la voluntad como vínculo que otorgue efectos relacionados con el parentesco –al igual que sucede en los supuestos de adopción–, excluyendo el principio de indisponibilidad que suele regir en esta materia» (Vilar: 2019, 818).

las distancias, tanto en una operación como en otra lo que, en último término, se cuestiona es si un ser humano (en formación o ya nacido) puede ser objeto de un contrato en el que a cambio de una contraprestación (o compensación) económica se determina a quién corresponde su maternidad y/o paternidad (con todas las demás garantías añadidas que se quiera).

II. DIGNIDAD HUMANA *VERSUS* AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Se ha defendido que las objeciones formuladas con anterioridad se salvarían, en buena medida, si en los contratos de gestación para otro/s no hubiese intercambio económico alguno⁸ (cosa que, dicho sea de paso, no sucede, salvo de manera absolutamente excepcional, en aquellos países en que dicha práctica se encuentra legalizada). Sin embargo, no parece que la cuestión sea tan sencilla, pues incluso aceptando dicha posibilidad (puro altruismo en sentido estricto), la gran cuestión de fondo quedaría pendiente de respuesta, a saber: si el contrato de gestación por sustitución, por su propia naturaleza, es conforme, o no, con la dignidad humana (de la mujer gestante).

Quienes están a favor de la legalización de la gestación por sustitución defienden, como principal argumento, que cada mujer ha de ser libre para decidir si quiere, o no, gestar un niño para otra persona. Por resumirlo brevemente: para los partidarios de la legalización de esta práctica sería una cuestión de «autonomía de la voluntad», de forma que la prohibición de la misma –se llega a decir– sería lo que, en realidad, atentaría contra la dignidad de la mujer (gestante), en la medida en que se le privaría de su capacidad de autodeterminación personal (Lamm: 2013; Atienza: 2015; Vela: 2015; Vilar: 2018; de Lora: 2018). Dicho de otro modo, si el Estado prohibiese tal práctica estaría adoptando un rol paternalista que resultaría contrario a la dignidad de la mujer (Presno y Jiménez: 2014, 9 ss.), en la medida en que se negaría a esta su capacidad de decidir sobre qué hacer con su propio cuerpo (o con las funciones biológicas que este es capaz de desarrollar, en este caso, la capacidad de gestar). Un argumento, por cierto, que, como recuerdan estos autores, en otras ocasiones ha sido esgrimido, en sentido contrario, para defender el reconocimiento del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

Sin entrar en las radicales diferencias que existen entre ambas cuestiones (gestación por sustitución y aborto), este argumento (el de la autonomía de la voluntad), justo es reconocerlo, tiene un gran peso, ya que, en el fondo, su

⁸ El profesor Matia se manifiesta a favor de una posición intermedia entre quienes defiende la libertad contractual plena para convenir el precio y el puro altruismo (Matia: 2019, 116).

defensa no es sino una manifestación de la defensa de la libertad personal o del libre desarrollo de la personalidad, cualidades inherentes a una persona, que jurídico-constitucionalmente gozan de una gran protección en nuestro ordenamiento (como valores o principios: arts. 1 y 10.1 CE). Sin embargo, tampoco se puede ignorar que pese a esa protección constitucional, la autonomía de la voluntad ni es un derecho fundamental ni tiene, como es lógico, un carácter ilimitado o absoluto. En un Estado democrático de Derecho, como lo es el español, el poder público puede imponer límites a esa autonomía de la voluntad. Límites que vendrán determinados por el respeto, en primerísimo lugar, a los derechos fundamentales y libertades públicas, así como a otros bienes constitucionalmente protegidos. De hecho, esa es una de las funciones principales del Derecho: poner límites a la autonomía de la voluntad de cada individuo mediante el establecimiento de normas de conducta y prohibitivas que no son sino el reflejo de los valores, principios y derechos que el propio ordenamiento jurídico reconoce y garantiza, como modo de preservar, entre otras cosas, la paz social y la dignidad humana. En tal sentido cabe entender el contenido del art. 1255 Código civil cuando dispone que «[I]os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

Entre esos valores, principios y derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y protegidos, se encuentran, en efecto, la «dignidad de la persona» y los «derechos individuales que le son inherentes» (art. 10.1 CE), punto del que debe partir toda reflexión sobre la gestación para otro/s (Balaguer: 2017, 29 ss.). De acuerdo con esta fórmula, cabe entender, en buena lógica, que ningún derecho puede contradecir la dignidad humana; antes bien, todos ellos son una proyección de ese «valor espiritual y moral inherente a la persona» (STC 53/1985, de 11 de abril), constituyendo, por tanto, manifestaciones concretas de su contenido, cuya limitación no podrá conllevar ningún «menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» (STC 120/1990, de 27 de junio). Así sucede, indudablemente, con los derechos fundamentales, y así debe de suceder, con más razón, con los demás derechos que el legislador, estatal o autonómico, reconozca, como proyección directa y derivada, respectivamente, de dicha dignidad, y a cuya luz unos y otros han de ser interpretados (Gómez Sánchez: 2005, 226).

La diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos legales es, valga la redundancia, fundamental, pues mientras que no cabe duda alguna de que los primeros no contradicen la dignidad humana, sino que, por el contrario, la dotan de contenido concreto, en el caso de los segundos, sin embargo, sí puede existir esa duda, de ahí que haya que contrastar exhaustivamente el contenido del derecho legal que se quiera reconocer con el contenido constitucional de la dignidad humana.

Sobre lo que sea la dignidad humana, más allá de su reflejo en los derechos fundamentales y demás bienes constitucionalmente reconocidos, se ha debatido largo y tendido, sin que haya sido posible llegar a un acuerdo generalmente aceptado (Chueca: 2015, 25 ss.; Veronesi: 2015, 123 ss.; Elvira: 2015, 199). No obstante, sí suele admitirse –al menos, desde Kant, con la segunda formulación del imperativo categórico– que una de las manifestaciones de esa dignidad humana pasa por tratar a toda persona como un fin en sí mismo, y no *solamente* como un mero medio o instrumento para conseguir otro fin (Atienza: 2015). Lo que cabría predicar no solo de terceros sino también de la propia persona, que en ejercicio de su libertad no podría, por ejemplo, renunciar voluntariamente a esta convirtiéndose en esclavo de otra persona (Marrades: 2017, 234).

De igual modo, tampoco sería conforme a la dignidad humana la cosificación de una persona (o –cabría añadir– de sus funciones más genuinamente humanas, como lo es, en el caso de las mujeres, la capacidad de gestar), lo que, entre otras cosas, repugnaría la idea de introducir a esa persona (o sus funciones) en el tráfico comercial como objeto de un contrato, siquiera fuese gratuitamente, en tanto que se trataría de *res extra commercium*, tal y como en el ordenamiento jurídico español prevé el art. 1271 Código civil (Valero: 2019, 427).

En esta línea, el TC español expresamente ha señalado que el respeto a la dignidad humana conlleva la prohibición de instrumentalizar o patrimonializar a una persona (STC 53/1985), o considerarla como un objeto de mercado (STC 224/1999); prohibición esta última que se extiende al cuerpo y al material biológico humano (SSTC 212/1996 y 166/1999). A mayor abundamiento, el propio Tribunal ha reconocido que en la concreción del principio de dignidad humana la radical igualdad de todas las personas no es óbice para que puedan ser tenidas singularmente en cuenta determinadas circunstancias, como la condición de mujer o la maternidad (STC 53/1985).

En este punto, tampoco se ha de ignorar la relevancia que puede tener el «contexto relacional» (económico, social, cultural) en el que se encuentran muchas mujeres, que, dado el caso, podría generar serias dudas sobre la existencia de una voluntad verdaderamente libre y autónoma para la firma de un contrato de unas características tan «singulares» como son las propias del contrato de gestación para otro/s (Rodríguez: 2013; Salazar: 2017, 105; y 2020).

Pues bien, a partir de estas consideraciones, la cuestión clave a la que responder sería la siguiente: «¿la gestación subrogada es un atentado contra la dignidad de la mujer gestante, o su libre voluntad de prestarse al proceso impide considerarlo un atentado a su dignidad?» (Arroyo: 2017) O, dicho de otra forma: ¿hay algo «indigno» en ese contrato de gestación por sustitución que ni siquiera la autonomía de la voluntad de la persona afectada, la mujer gestante, puede vencer?

Creo que sí lo hay. De acuerdo con el ordenamiento jurídico-constitucional español, en el contrato de gestación para otro/s hay un derecho fundamental que claramente se pone en riesgo: la integridad física, y, en su caso, moral, de la mujer gestante (art. 15.1 CE); derecho que, según el TC español, se encuentra especialmente vinculado a la dignidad humana. Cuando una mujer firma ese contrato y lo pone en práctica está poniendo su cuerpo (o, incluso, su vida) en riesgo, dado que la gestación y parto de un niño conllevan, *per se*, ciertos riesgos (Marrades: 2017, 228-229); y, en todo caso, tal embarazo y gestación traen consigo una indudable afectación del cuerpo de la mujer, sujeto a importantes transformaciones, que pueden ser no solo físicas, sino también de carácter psicológico o mental. Y todo ello se hace no con el propósito de ejercer su propia libertad reproductiva, lo que sería suficiente para que tales riesgos resultaran perfectamente asumibles, sino con el fin último de satisfacer el deseo de un tercero que, por muy legítimo que este sea, no deja de ser eso: un deseo (no un derecho). Pues bien, me parece que una «operación» de este calibre representa un claro atentado contra el orden público, sobre todo, cuando se hace a cambio de una contraprestación o compensación económica, que inevitablemente pone en cuestión el elemento volitivo de la supuesta libertad que se ejerce por parte de la mujer gestante.

En apoyo de esta posición encontramos diversas resoluciones de organismos internacionales contrarios también a la gestación por sustitución por considerarla atentatoria contra la dignidad humana de la mujer gestante y del menor. Así, por ejemplo, la Declaración de 2012 del Consejo de Europa, y el ulterior rechazo, el 15 de marzo de 2016, por su Comisión de Asuntos Sociales y de Salud a la propuesta del Informe Sutter, favorable a la gestación por sustitución; o la Resolución de 17 de diciembre de 2015 del Parlamento Europeo sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo 2014, en el que «[c]ondena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos». En sentido similar, y ya a nivel nacional, un organismo consultivo independiente como el Comité de Bioética de España, en su «Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada», de 16 de mayo de 2017, llega a la conclusión de que «existen sólidas razones para rechazar la maternidad subrogada», siendo la fundamental la explotación de la mujer gestante.

Pese a todo, imaginemos, sin embargo, que el legislador puede legalizar la gestación por sustitución, porque se entienda que ello no es contrario al

orden público, en la medida en que las barreras que este impone han sido vencidas por la autonomía de la voluntad de la mujer gestante. Pues bien, aun en ese caso, en los contratos de gestación por sustitución al uso (esto es, en los que media intercambio económico) hay otro derecho (que también es principio y valor) que se encuentra asimismo en cuestión: el de la igualdad (Ruiz-Rico: 2017, 66 ss.). Y es que el legislador no puede legalizar una práctica como la de la gestación para otro/s, que acaba por concretarse en la posibilidad de que una persona o pareja pueda acabar ostentando la paternidad/maternidad sobre un niño, si no se garantiza al mismo tiempo que todas las personas, que reúnan ciertas condiciones, pero con independencia de su capacidad económica, pueden acceder a ella. Porque lo contrario supondría que la capacidad de tener hijos a través de esta práctica estaría reservada únicamente a personas con elevado poder adquisitivo. Dicho de otra forma, aquí lo que estaría en riesgo es la igual consideración que merece todo ser humano, es decir, la igual dignidad de todos los seres humanos, incompatible con una especie de ciudadanía censitaria derivada de la capacidad económica, que resultaría determinante en un aspecto tan relevante como lo es el del acceso a la maternidad/paternidad.

En relación, además, con el principio de igualdad, se ha de tener presente que, si media contraprestación económica, casi inevitablemente se estará introduciendo, de manera –en mi opinión– contraria al orden público, una capacidad del cuerpo de la mujer (la de gestar) en el tráfico comercial, basada en una situación de desigualdad: la de la mujer gestante (que precisa ese dinero) y la del padre y/o madre comitente/s (que dispone/n de ese dinero). Esta situación de desigualdad, derivada de una capacidad biológica y una necesidad económica⁹, por un lado, y de un deseo acompañado de alta capacidad económica, por el otro, resulta contraria a todo entendimiento posible de la igualdad constitucionalmente garantizada, tanto en sentido formal (art. 14 CE) como material (art. 9.2 CE).

Pues bien, a partir de este razonamiento cabría preguntarse si es posible legalizar la gestación por sustitución, siempre y cuando la misma sea absolutamente altruista¹⁰. Y toda vez que se acepte que la primera objeción (afecta-

⁹ La Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado ha alertado sobre «el vínculo entre el aumento de la gestación por sustitución transnacional en ciertos países, normalmente con economías emergentes, y la existencia de bolsas de mujeres pobres que se prestaban a gestar para otros, normalmente de países mucho más ricos» (Díaz y Pérez-Moneo: 2020, 2 ss.). Vid.: «A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements», Preliminary Document No 10 of March 2012 for the attention of the Council of April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference, p. 7.

¹⁰ No se puede ignorar, sin embargo, que tal y como se ha constatado, es fácil establecer la gratuidad del contrato en la letra del mismo, pero en la práctica va a ser mucho más

ción a la dignidad de la gestante) ha quedado vencida gracias al libre consentimiento expresado por la mujer gestante.

La cuestión, por tanto, queda planteada en sus desnudos términos de esta manera. Sin embargo, antes de tratar de darle una respuesta, resulta preciso tener en cuenta que el contrato de gestación por sustitución al uso tiene otros contenidos que, como veremos seguidamente, difícilmente resisten un mínimo contraste con nuestro orden público.

III. DIFÍCILES CUESTIONES DE ORDEN PÚBLICO

Son muchas, en efectos, las cuestiones que surgen a la hora de analizar el contenido concreto de los contratos de gestación por sustitución y su posible (in)compatibilidad con el orden público español –o con un más genérico «bien común» (Simón: 2020). Por poner solo algún ejemplo, centrémonos en las siguientes, que, por lo general, suelen formar parte de los mismos, y cuya sola formulación, a modo de pregunta, denota la dificultad de acomodar el contenido característico de estos contratos y la cláusula de orden público:

- *¿Se puede obligar a la mujer gestante a que renuncie a la maternidad meses antes de que se produzca el parto? Y, en caso afirmativo, ¿debe de tener algún tipo de consecuencias su posible «arrepentimiento»?*

Me parece que en este punto se pone muy claramente de relieve que hay algo en la naturaleza de este contrato de gestación por sustitución (al menos, tal y como suele estar configurado en la mayor parte de los Estados en que esta práctica se encuentra legalizada) que inevitablemente atenta contra la dignidad humana, al tiempo que genera una gran inseguridad jurídica. Y es que si no queremos privar a la mujer gestante de un derecho tan fundamental como es el de su libertad de elección sobre su maternidad, directamente vinculado al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), y, en definitiva, inescindiblemente vinculado con el núcleo duro de su dignidad, hay que aceptar que la mujer gestante, durante su embarazo, en cualquier momento, e incluso hasta un tiempo después del parto, puede cambiar de opinión, sin que ello tenga por qué suponerle un grave perjuicio de carácter personal o económico. Porque no es de extrañar que los lazos afectivos que se puedan generar entre la madre gestante y el embrión vayan creciendo según avanza el embarazo¹¹. Por eso, la pretensión de petrificar en un momento dado, meses antes

difícil controlar si, en efecto, no ha mediado algún tipo de contraprestación o compensación económica (Brunet: 2013).

¹¹ Tal y como tuvo ocasión de señalar el TC de Portugal en su Sentencia nº 225/2018, de 24 de abril.

del parto, la decisión de la mujer gestante a este respecto, supone convertir a esta, junto al feto en formación, en un mero objeto del contrato, en una cosa.

- *¿Se puede obligar a la mujer gestante a que lleve determinado régimen de vida? ¿Son lícitas las técnicas psicológica tendente a «preparar» a la mujer para que no sienta apego por el embrión que está gestando?*

Por razones similares a las expresadas anteriormente, tampoco parece que se pueda condicionar la libertad, valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (at. 1.1 CE), y, más en concreto, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), a través de un contrato de este tipo, que puede acabar suponiendo para la mujer gestante el sometimiento a un estilo o régimen de vida muy estricto, impuesto por el/los comitente/s (o, como es lo habitual, por las agencias que intermedian en este tipo de contratos).

Menos aún defendibles parecen las sesiones de psicoterapia destinadas a evitar que la mujer gestante desarrolle sentimientos de afecto o apego por el embrión que está gestando, como sucede, por ejemplo, en Estados Unidos o en India (Salazar: 2020, 28 ss.), y que en España bien podrían considerarse propias de un trato inhumano o degradante prohibido por el art. 15.1 CE.

- *¿Qué sucede si el feto viene con malformaciones? ¿Se ha de otorgar a los padres comitentes el «derecho» a renunciar a la paternidad? En tal caso, si el embarazo sigue adelante, ¿ha de asumir la mujer gestante la maternidad del niño? ¿O acaso los comitentes pueden «obligar» a la mujer gestante a abortar?*

Tampoco merece la pena detenerse mucho en esto, porque salta a la vista su posible contradicción con nuestro orden público, en la medida en que nos encontremos, como podría ser el caso, con una posición discrepante entre los comitentes (renuncia a la maternidad/paternidad) y la mujer gestante (deseo de llevar a término el embarazo). No cabe imaginar mayor cosificación de un ser humano (aunque esté en formación) que la que se podría dar en un supuesto como este: si el embrión es un producto «perfecto», como el que podrían desear los comitentes, el embarazo puede continuar sin problema; pero si presenta alguna «tara», los comitentes pueden renunciar a él, pese a que la mujer gestante desee seguir a término con su embarazo. Naturalmente, podría configurarse de tal modo el contrato que los comitentes, en todo caso, asuman la maternidad/paternidad, con independencia del estado en el que venga el bebé, y siempre y cuando no lleguen a un acuerdo con la mujer gestante sobre la posible interrupción del embarazo. Pero la perversidad de ese acuerdo radica en la posibilidad que ofrece: cabría imaginar que una mujer podría decidir abortar si el feto viniese con alguna malformación en el caso

de que la maternidad le correspondiese a ella, pero, por el contrario, podría decidir seguir adelante con el contrato a sabiendas de que ella no será la madre del futuro bebé. Tampoco cuesta mucho imaginar que no serán muchas las personas (futuros comitentes) que estarán dispuestas a firmar un contrato en tales condiciones.

Evidentemente, hay muchas más cuestiones problemáticas que pueden surgir en el seno de una relación contractual de gestación por sustitución, pero me parece que estas son suficientemente significativas como para dejar constancia de que el contenido de este contrato, tal y como hoy en día se está practicando en muchos lugares, además de generar una gran inseguridad jurídica, es manifiestamente contrario a nuestro orden público, más que nada porque, de un modo u otro, acaba colocando a la mujer gestante en una posición instrumental, cuando no desemboca directamente en su cosificación.

IV. LA IMPOSIBILIDAD DE DISEÑAR UN CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ACORDE A NUESTRO ORDEN CONSTITUCIONAL

Así las cosas, cabría, sin embargo, preguntarse si es posible diseñar un contrato de gestación por sustitución que cumpla con las condiciones que aquí se han apuntado: altruismo; plena libertad de la mujer gestante para decidir cómo llevar a cabo su gestación, incluida la posibilidad de arrepentimiento sobre la renuncia a la maternidad hasta un tiempo después del parto; continuación del embarazo y atribución de la maternidad/paternidad a los comitentes, aun cuando el feto presente alguna malformación si es que la mujer gestante no decide abortar, etc.¹²

Más allá de otras consideraciones, un tipo de contrato como ese, con toda probabilidad, va a resultar difícilmente viable, en la medida en que será

¹² Javier Matia, en una línea similar, aunque desde una perspectiva completamente opuesta (pues, a diferencia de lo que aquí se sostiene, entiende que «no toda regulación de la gestación subrogada resulta incompatible con la dignidad de la mujer»), realiza algunas sugerencias sobre una posible (y deseable) regulación futura de esta práctica, de modo que se consiga una legítima «integración de intereses» de todas las partes involucradas (Matia: 2019, 89 y 115 ss.). En un sentido similar, Antonia Durán, sostiene que «para que no se perpetúe la esquizofrenia jurídica que ahora existe, sería recomendable introducir una regulación específica en nuestro Derecho material sobre la gestación por sustitución», de acuerdo con determinadas premisas, «buscando la mejor manera para acomodar los derechos de todas las partes que intervienen en el proceso, pero poniendo el acento en la necesidad de garantizar por encima de todo el interés superior del menor» (Durán: 2019, 581-582). También Octavio Salazar señala cuáles son los extremos que una propuesta garantista de la gestación por sustitución debería tener presentes (Salazar: 2017, 108-113).

prácticamente imposible encontrar mujeres que se ofrezcan a gestar para un tercero¹³, y personas deseosas de ser madres o padres que se arriesguen a iniciar un proceso de estas características en el que no gozan de ninguna garantía sobre el resultado final.

Pese a todo, procuremos situarnos en el mejor de los escenarios posibles e imaginemos que pueden existir mujeres que, de manera absolutamente libre (si es que se puede hablar en estos términos), sin intercambio económico alguno, y con todas las garantías adicionales que hemos señalado, deciden acordar mediante contrato la gestación para un tercero, que tras el parto acabará asumiendo la maternidad y/o paternidad del nacido. ¿Sería constitucionalmente admisible en España un contrato de esas características?

Sigo pensando que no, porque incluso bajo esas estrictas condiciones la dignidad de la mujer gestante quedaría en entredicho de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, que no puede tolerar –a mi juicio– un contrato que, en último término, supone poner (una capacidad de) un cuerpo humano, aunque sea de manera libre y voluntaria, al servicio de la satisfacción del deseo de un tercero. Sin restar relevancia a todo lo dicho más arriba, creo que la clave que explica y justifica dicha negativa a la aceptación de este tipo de contratos por ser contrarios a nuestro orden público se encuentra en el hecho mismo de que se permita celebrar un contrato que, por definición, supone tomar una decisión anticipada sobre una función (la gestación) que, por desarrollarse en el cuerpo de una mujer, puede acabar cambiando completamente la percepción inicial de esta sobre la maternidad del recién nacido. Y sostener que este problema se podría resolver mediante el reconocimiento a favor de la mujer gestante de la posibilidad de arrepentimiento sin perjuicio alguno (de carácter económico), es tanto como afirmar el sinsentido de este contrato: ¿qué valor tiene un contrato si una de las partes puede acabar tomando una decisión contraria al contenido y finalidad del mismo sin consecuencia alguna para ella?

¹³ Como señala Ana Valero, «es significativo el caso de Reino Unido, donde se da la paradoja de que, a pesar de permitir la subrogación altruista, es el país europeo que se encuentra a la cabeza en la contratación de mujeres para dicho fin en el extranjero, principalmente en India, Tailandia y, en menor medida en Estados Unidos», lo que «evidencia que la ‘maternidad altruista’ es un mito que legitima y encubre el auténtico negocio a nivel mundial –principalmente para los agentes intermediarios– que supone la mercantilización del cuerpo humano de mujeres en clara situación de necesidad económica y social» (Valero: 2019, 427). Por su parte, Ana Marrades apunta el caso de Canadá, en «donde es legal pero ‘altruista’ (...) aun así se está pagando una cantidad nada desdeñable por ‘gastos derivados del embarazo’: alrededor de 22.000 dólares canadienses (...). En total todo el proceso cuesta entre 60.000 y 80.000 euros» (Marrades: 2017, 224).

V. LA NECESARIA RESPUESTA INTERNACIONAL Y EL (CONTROVERTIDO) INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Negada del modo en que hemos visto la posibilidad de diseñar un contrato de gestación por sustitución que resulte acorde con nuestro orden constitucional, hemos de ser conscientes de que el problema, sin embargo, no está completamente resuelto. Simple y llanamente porque es un problema que no admite fácilmente una solución estatal o nacional, sino que, por el contrario, demanda, idealmente, una respuesta de alcance superior, de Derecho internacional privado, que hoy por hoy no existe.

Y es que, en efecto, de lo que se trata ahora es de responder a la pregunta de qué sucede con aquellas situaciones en que un hombre, una mujer o una pareja llevan a cabo un proceso de gestación por sustitución en otro país, en donde esta práctica se encuentra reconocida, y después pretenden que el niño así habido sea inscrito en España como hijo suyo¹⁴.

Antes de conocer cuál ha sido la solución adoptada en nuestro país, interesa ofrecer una panorámica general sobre cómo se ha afrontado esta misma cuestión en otros países de nuestro entorno, y, a propósito de ello, conocer también cuál ha sido la vacilante postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al respecto.

Como comprobaremos seguidamente, por regla general, el criterio del interés superior del menor (reconocido en los arts. 3.1 y 7.1 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que en el ámbito del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 se reflejaría en la protección que el art. 8 ofrece al derecho a la vida privada¹⁵, y en el orden constitucional español en las previsiones de los apartados 2, 3 y 4 del art. 39 CE) ha desempeñado un papel muy relevante (Benavente: 2020, 10 ss.).

Por su parte, el TEDH no ha ofrecido una respuesta clara a este respecto, al entender que no existe un consenso amplio en este sentido, lo que le ha llevado a optar porque sean los propios Estados los que regulen esta cuestión en

¹⁴ Pese a la dificultad de precisar el número exactos de niños nacidos como consecuencia de un proceso de gestación por sustitución que residen en España, según el Gobierno, entre 2010 y 2016 fueron 979 las inscripciones realizadas. No obstante, las asociaciones de familias y las agencias partidarias de esta práctica calculan que cada año nacen entre 800 y 1.000 hijos de padres españoles con este método (fuente: El País - 8 de noviembre de 2017: https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html).

¹⁵ La apertura interpretativa que ofrece el art. 8 CEDH es bien conocida, «en buena medida por el diferente contenido de la protección de los derechos equiparables reconocidos por la legislación interna de los Estados miembros y también por la multitud de situaciones que pueden acogerse bajo ese enunciado. De esta forma, el art. 8 se ha convertido en cajón de sastre donde tienen cabida las situaciones más dispares» (Elvira: 2015, 214).

función de cuál sea su orden constitucional y, en definitiva, a tenor de su propia concepción del orden público (margen de apreciación estatal). Sobre lo que sí se ha pronunciado es sobre la necesidad de que la filiación derivada de este tipo de contratos sea eficaz en un Estado parte, a fin de garantizar la protección del derecho a la vida privada de los menores y el derecho a la vida familiar (Carmona y Redondo: 2020).

Es decir, a partir de las condiciones que establece el art. 8.2 CEDH (que exista una previsión legal y que la medida sea necesaria, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás), un Estado podría alegar motivadamente la excepción de orden público internacional si considerase que la eficacia de este tipo de contratos vulnera alguno de esos bienes, principios y/o derechos y libertades que constituyen el fundamento de su ordenamiento jurídico.

En el juicio de proporcionalidad que se llevase a efecto habrían de ponderarse los diferentes intereses en conflicto (el general del Estado en defensa de dichos bienes, principios o derechos, y el particular de los comitentes en defensa del reconocimiento de la filiación del menor y su consiguiente inscripción en el registro correspondiente). Va de suyo que el TEDH habría de tener muy en cuenta la eventual lesión de los derechos a la vida privada y a la identidad del menor que se pudiera derivar de la inseguridad jurídica generada por el hecho de estar viviendo con una/s persona/s que legalmente no está/n reconocida/s como su/s madre/s y/o padre/s, con los perjuicios que además ello podría tener en otros ámbitos como, por ejemplo, el sucesorio. Y es que la inscripción registral establece una presunción *iuris tantum* de exactitud y legalidad de los hechos inscritos, permitiendo, en este caso, a los que figuran como madre/s y/o padre/s mostrar a su hijo como tal a todos los efectos legales. Por tanto, no solo es un mecanismo para dejar constancia, sino también una vía para acceder al conjunto de derechos y obligaciones que se derivan de la filiación.

1. *Estados Unidos de América*

Algunos estados de los EE.UU. fueron de los primeros en legalizar la gestación para otro/s, durante los últimos años de la década de los ochenta de la pasada centuria. Fue la Corte Suprema de New Jersey la que en el célebre caso *Baby M*, resuelto el 3 de febrero de 1988, confirmó la paternidad por parte de un matrimonio incapaz de procrear de un bebé habido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, en el que el marido aportó su material genético, y la mujer gestante su óvulo. Producido el parto y entregado el menor a los comitentes, la mujer gestante reclamó su

maternidad biológica, iniciándose así un proceso judicial, en el que, en primera instancia, el tribunal de New Jersey confirmó que los padres comitentes ostentaban legítimamente la custodia del menor, en tanto en cuanto dicho contrato de gestación por sustitución había sido válido. Recurrida la sentencia en apelación, la Corte Suprema de New Jersey sostuvo, sin embargo, que ese acuerdo era «ilegal e inejecutable», de modo que la custodia había de decidirse atendiendo no a dicho contrato, sino al interés superior del menor, fallando, a tal efecto, que la misma correspondía a los padres comitentes, si bien reconoció a la mujer gestante derechos de visita (Simón: 2017, 3).

En un caso casi simultáneo (*In re Marriage of Buzzanka*), un tribunal de primera instancia de California decidió que la menor habida como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, en el que ninguno de los comitentes había aportado material genético, y que se habían divorciado antes del parto, carecía de padres legales. Recurrida la sentencia, la Corte de Apelaciones de California revisó el caso y falló, el 10 de marzo de 1988, que dicha declaración de orfandad legal era contraria al orden público, de modo que, pese a no haber aportación genética alguna, los comitentes debían ser considerados los responsables y padres legales de la menor (Simón: 2017, 4).

Aunque existen diferencias notables entre unos estados (en los que esta práctica está prohibida) y otros (en los que se admite, si bien con diferencias importantes en cuanto al contenido de su regulación), California es, precisamente, uno de los lugares a los que más se acude para llevar a cabo este proceso por parte de quienes tienen recursos económicos suficientes, dado el carácter comercial del contrato de gestación por sustitución. La razón no es otra que la legislación especialmente garantista de la posición de los padres y/o madres comitentes, así como la intervención judicial durante el proceso, lo que da lugar a que dichos contratos sean después plenamente ejecutables en el país de origen de aquellos, si bien se echa en falta una mayor protección de los derechos de la mujer gestante y de los menores nacidos a raíz de la formalización del susodicho contrato (Übeda: 2020).

2. Francia

En este país, la gestación por sustitución se encuentra prohibida y sancionada penalmente. Ya en 1990 la Corte de Casación declaró que la gestación por sustitución se oponía al «principio de indisponibilidad del cuerpo humano» y que, en consecuencia, era contraria al orden público. En la misma línea, el Consejo de Estado entendió en 2009 que existían diversos motivos que justificaban la prohibición de esta práctica (interés superior del menor; protección de la mujer gestante; evitar la mercantilización del menor y del cuerpo de la mujer gestante, etc.). Sin embargo, el 25 de enero de 2013 el Ministerio de Justicia dictó una circular instando a los jueces a conceder

certificados de nacionalidad a favor de aquellos menores nacidos en el extranjero, sin que sirva de pretexto para hacerlo la sospecha de que se haya recurrido a esta práctica. La circular fue confirmada por el Consejo de Estado el 12 de diciembre de 2014 (Simón: 2017, 12-13).

Más recientemente, la Corte de Casación, a resultas de la jurisprudencia del TEDH a la que nos referiremos a continuación, ha reconocido que si uno de los comitentes ostenta la paternidad biológica del bebé nacido en otro país en el que la gestación por sustitución es una práctica legal podrá ver reconocida su filiación en Francia, y su pareja podrá obtener la paternidad adoptiva (Alcaraz: 2020; Matia: 2019, 89 ss.).

En Francia, el primer caso de gestación por sustitución con importante repercusión judicial y mediática, y que acabó desembocando en sendas sentencias del TEDH, fue el de los Sres. Mennesson y Labassée (Sentencia de 26 de junio de 2014). En ambos supuestos, los recurrentes eran un matrimonio que, después de haber intentado en diversas ocasiones sin éxito la fecundación *in vitro*, decidieron acudir a California para formalizar un contrato de gestación por sustitución. Tanto en un caso como en el otro, una donante ajena a la pareja había aportado sus óvulos para que fueran fecundados con semen de cada uno de los respectivos maridos. A resultas de ello nacieron tres bebés (un niño de la primera pareja y dos gemelas de la segunda). El problema se planteó a la hora de inscribir dichos niños como hijos de los comitentes en el registro civil francés, dado que se pretendía que la maternidad/paternidad de los mismos fuera reconocida a partir de la celebración de un contrato (de gestación por sustitución) que suponía una violación del orden público francés. A tal efecto, la negativa de la Corte de Casación francesa fue clara al señalar que tal inscripción no era posible, pues lo contrario significaría validar un contrato contrario al ordenamiento francés.

Ante el cerrojo judicial nacional, los Sres. Mennesson y Labassée decidieron acudir al TEDH, el cual, en su Sentencia de 26 de junio de 2014, condenó a Francia por vulnerar el derecho a la vida privada de los menores, reconocido en el art. 8 CEDH. Según el TEDH, la decisión de las autoridades francesas colocaba a los niños en una situación de inseguridad jurídica en relación con su estatus familiar (nacionalidad, herencia, etc.), lo que suponía una vulneración de su identidad y, en definitiva, de su derecho a la vida privada, amparado por el art. 8 CEDH (Simón: 2017, 15-17).

En consecuencia, el Tribunal de Estrasburgo obligó al Estado francés a que reconociera la filiación y consecuente inscripción registral del menor habido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución en un país extranjero siempre que el mismo tuviera vinculación genética con el padre comitente. Nada se dijo respecto de la filiación de la mujer comitente (o del otro hombre, en el caso de parejas del mismo sexo, que no aporta material genético alguno), remitiéndose tan solo a la posibilidad de la adopción,

lo que resulta muy cuestionable desde la perspectiva del principio de igualdad (Matia: 2019, 97). Cuestión esta que se ha visto en parte resuelta con motivo del Dictamen de 10 de abril de 2019 emitido por el TEDH a resultas de una Opinión consultiva planteada por el Tribunal de Casación francés. En ella, el TEDH sostiene la necesidad de que el derecho interno (francés, en este caso), en los casos en que un niño haya nacido como consecuencia de un proceso de gestación por sustitución, «ofrezca una posibilidad de reconocimiento de un vínculo de filiación entre este niño y la madre de intención», especialmente cuando esta ha aportada sus gametos, en tanto que exigencia derivada del respeto a la vida privada del menor. No obstante, tal reconocimiento puede llevarse a efecto como el Estado francés considere preciso de acuerdo con su derecho interno (inscripción de filiación o adopción).

Resulta también interesante destacar que en la referida Sentencia de 26 de junio de 2014 el TEDH entendió que, pese a lo dicho, no se podía considerar que los Sres. Mennesson y Labassée hubieran visto vulnerado su derecho a la vida privada y familiar, no solo porque no se les había impedido la convivencia de hecho con sus hijos, sino, además, porque la negativa del Estado francés a su inscripción derivaba, antes que nada, de la prohibición legal que existe en ese país de este tipo de prácticas. Y, en consecuencia, el TEDH entendió que en este caso nos encontramos, de nuevo, ante una cuestión de orden público respecto de la cual los Estados gozan de un amplio margen de apreciación¹⁶.

3. Alemania

En Alemania el contrato de gestación por sustitución está también prohibido y sancionado. Sin embargo, en relación con la inscripción registral de los niños obtenidos por gestación para otro/s en un país donde esta práctica está permitida, la jurisprudencia dio un giro relevante a finales de 2014. En una Sentencia de 10 de diciembre de 2014, la máxima instancia judicial en el orden civil, el *Bundesgerichtshof*, validó por vez primera una decisión judicial extranjera ordenando la inscripción de la paternidad a favor de los comitentes, una pareja de hombres que había acudido a California para contratar

¹⁶ A partir de esta condena, el Tribunal de Casación francés realizó un cambio de jurisprudencia, y así, en junio de 2015 aprobó la inscripción en el registro civil de dos niños concebidos por gestación subrogada en Rusia. No obstante, este cambio no afectó a la situación judicial en que se encontraban los padres comitentes, que habían sido juzgados antes de este cambio jurisprudencial. La cuestión llegó de nuevo al TEDH, que volvió a condenar a Francia, aplicando la misma doctrina: violación del derecho a la vida privada del menor reconocido en el art. 8 CEDH (casos *Bouvet y Foulon c. Francia*, Sentencia 21 de julio de 2016; y *Karine Laborie c. Francia*, de 19 de enero de 2017).

estos servicios, pese a que, en un principio, las autoridades administrativas alemanas habían denegado la inscripción del bebé como hijo de los comitentes por razones de orden público. El alto tribunal alemán, en una sentencia muy discutida de 10 de diciembre de 2014, afirmó que «el reconocimiento en el extranjero de la paternidad a los comitentes en un contrato de maternidad subrogada no habría de reputarse en sí mismo contrario al orden público, siempre que uno de los comitentes fuese padre genético del niño» (Simón: 2017, 12).

En una sentencia posterior, de 20 de marzo de 2019, en atención al hecho de que tanto la madre como el padre comitentes habían aportado su material genético (óvulo y espermatozoides), el Tribunal reconoce la paternidad biológica del hombre, pero no así la de la mujer por ser ello contrario a la previsión del art. 1591 del Código civil alemán, que establece la maternidad por parto, invitando a aquella a que proceda, dado el caso, a adoptar al menor (Redondo: 2020).

4. Italia

Si bien la gestación por sustitución se encuentra prohibida y penalmente sancionada en Italia, lo cierto es que las situaciones derivadas del hecho de que haya habido nacionales italianos que han acudido al extranjero amparándose en su legislación permisiva de este tipo de contratos, con la intención de registrar después a esos menores como hijos suyos en Italia, ha complicado extraordinariamente el panorama, sobre todo, tras la intervención del TEDH (Alberti: 2020).

En el conocido caso *Paradiso Campanelli c. Italia*, un tribunal italiano decidió que un niño nacido en Ucrania fuera separado de los padres comitentes y entregado en adopción a otra familia, por entender que la paternidad de aquellos traía causa de un contrato de gestación por sustitución, inválido en este país. El caso llegó al TEDH, que, mediante Sentencia de la Sección 2ª, de 27 de enero de 2015, condenó a Italia por vulneración del derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH, debido a la falta de proporcionalidad en la medida adoptada por el tribunal nacional, que iba en perjuicio del interés superior del menor.

No obstante, el TEDH entendió que las medidas adoptadas por las autoridades italianas cumplían con el test de proporcionalidad, en tanto que se encontraban previstas en la ley, traían causa de un previo incumplimiento de la normativa sobre adopción y reproducción asistida, perseguían una finalidad lícita, como es la defensa del orden público, y buscaban proteger y garantizar los derechos del menor (Simón: 2017, 17-20).

En definitiva, pese al sentido condenatorio de la sentencia (cinco votos frente a dos), el TEDH admitió que las autoridades italianas habían actuado

en todo momento dentro del marco legal, en tanto que, al no poderse determinar la nacionalidad del niño, debido a que se desconocía la procedencia de los gametos, «la aplicación del Derecho italiano por parte de los tribunales nacionales, que llevó a la constatación del estado de abandono del menor, no podría considerarse arbitraria».

Esta controvertida resolución fue recurrida ante la Gran Sala, que la revocó el 24 de enero de 2017 (por once votos contra seis), en una sentencia en la que el TEDH, sin perder de vista la necesaria protección de los niños (de todos, en general), acordó privar a los comitentes italianos de la paternidad del menor, debido a que este no tenía vínculo genético con ninguno de ellos y en tanto que la convivencia había durado tan solo ocho meses (dos en Rusia y seis en Italia).

A través de esta relevante sentencia¹⁷, parece derivarse, por consiguiente, que cuando el TEDH acude al criterio del interés superior del menor para decidir sobre la regularización de algún supuesto de gestación por sustitución, ha de tener presente no solo el interés del niño en cuestión, sino el de todos los niños en general, basando el núcleo de su argumentación en la existencia de un vínculo biológico entre el menor y, al menos, alguno de los comitentes, y en el período de tiempo durante el que se ha prolongado la convivencia entre todos ellos. Pero su postura no queda tan clara en aquellos otros casos en que no hay aportación de material genético alguno por parte de los comitentes y la convivencia familiar no ha sido muy prolongada en el tiempo. En definitiva, seguimos careciendo de criterios claros que ofrezcan seguridad jurídica para este tipo de prácticas. Si bien, al menos, queda claro a partir de esta última sentencia de 2017 del caso *Paradiso Campanelli c. Italia* que los comitentes no pueden pretender la aplicación automática de un principio (el del interés superior del menor) para que su Estado les reconozca la inscripción de la filiación, ni el propio Estado puede acudir automáticamente a otro principio (el del orden público internacional) para negar dicha inscripción.

5. Portugal

En Portugal la gestación por sustitución es concebida como una técnica de reproducción humana asistida por la Ley 25/2016. No obstante, el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida, autoridad responsable en la materia, que controla todo el proceso, correspondiéndole incluso la autorización del propio contrato, en un Decreto de 2017 precisó que la

¹⁷ Es posible encontrar múltiples comentarios de estas sentencias. Valga por todos: Farnós (2017); y Ruiz (2019).

gestación por sustitución, pese a requerir de técnicas de reproducción humana asistida, no es, en sí misma, una técnica de reproducción humana asistida.

La Ley 25/2016 reconoce que la gestación por sustitución (de carácter altruista) está al servicio de las mujeres que no pueden gestar, sin que, por tanto, el hombre por sí solo, o la pareja de hombres, pueda/n acceder a la misma. Esta ley, que concibe esta práctica como un contrato, no como un derecho, procura dispensar una amplia protección a la mujer gestante, pero deja a los niños habidos en el marco de la misma desprovistos del derecho a investigar su identidad genética, y tampoco regula la situación en que se encuentran aquellos que procedan de otro país en el que también se encuentre legalizado dicho contrato.

El 24 de abril de 2018, el TC portugués anuló varios preceptos de esta ley, en vigor desde agosto de 2017, sin que dicha anulación sea aplicable a los procesos de gestación ya autorizados por el Consejo Nacional. El Tribunal considera que, en sí misma, la ley no viola ni la dignidad de la mujer gestante ni la del bebé nacido mediante esta práctica, al tiempo que tampoco cuestiona el deber del Estado de protección de la infancia; sin embargo, sí contiene –en opinión del TC– determinadas disposiciones que suponen una contradicción con ciertos «principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución».

Así, entre otras cosas, el Alto Tribunal ha censurado que no exista la posibilidad de que la gestante se arrepienta, lo que impide «el ejercicio pleno de su derecho fundamental al desarrollo de la personalidad». También ha criticado la «indeterminación excesiva» de la ley en lo que se refiere a los límites que se imponen a las partes del contrato, lo que en la práctica supone que se pueden realizar negociaciones sobre las condiciones del embarazo que podrían resultar a todas luces excesivas. Asimismo, el Tribunal ha censurado el hecho de que se mantenga de cara al futuro bebé tanto el anonimato de los donantes de óvulos o espermatozoides como el de la mujer gestante, al entender que ello supone «una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y al desarrollo de la personalidad» de las personas nacidas como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución (Gómez Fernández: 2020).

6. España

En España, pese a que, como sabemos ya, de acuerdo con el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho, hay personas, a las que no les es posible tener un hijo mediante un proceso de gestación natural, que acuden a otros países en los que la gestación para

otro/s se encuentra legalizada o tolerada, y que vuelven a España con la intención de inscribir a ese bebé en el Registro Civil como hija/o suyo.

Para dar respuesta a uno de esos numerosos casos en que se dificultaba tal inscripción registral, la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) dictó una primera Resolución, de 18 de febrero de 2009, en la que se ordenaba la inscripción en el Registro civil consular español en Los Ángeles (California) de dos bebés nacidos como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, en tanto hubiera, como era el caso, una certificación registral (del estado de California, en este caso) que determinase la filiación de uno de los comitentes españoles. Impugnada por el Ministerio Fiscal, el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, en su sentencia núm. 193/2010, de 15 de septiembre, negó la validez de la misma por entender que esa práctica era nula de pleno derecho en el ordenamiento jurídico español.

Acto seguido, el 5 de octubre de 2010, la DGRN aprobó una nueva Instrucción a través de la cual se permite la inscripción de relaciones de filiación de niños nacidos en el extranjero por gestación por sustitución, si bien se introducen algunas condiciones más agravadas: siempre que se presente la resolución judicial del tribunal competente extranjero que determine la filiación, así como el *exequátur* de dicha resolución, bajo la condición de que esta no sea fruto de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, sino de un proceso contencioso, y en tanto la mujer gestante haya actuado de manera libre y consciente (Vilar: 2019, 819-820; Salazar: 2017, 89-91).

Poco después de un año, el 23 de noviembre de 2011, la Audiencia Provincial de Valencia –sección 10ª– dictó una sentencia (núm. 826/2011) que resolvía el recurso interpuesto contra la del Juzgado de Primera instancia, en la que se reafirmó en la idea de que el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho, y, en consecuencia, no tiene cabida en nuestro ordenamiento la pretensión de inscribir la filiación de un niño nacido en un país extranjero en el que sí está permitida esta práctica, mediante la apelación al argumento del interés superior del menor.

Recurrida ante el Tribunal Supremo (TS), este (sección 10ª de la Sala de lo civil), unos años más tarde, en la sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, ratificada mediante Auto de 2 de febrero de 2015, volvió a negar la inscripción en el Registro civil de la filiación de los dos menores nacidos en California como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, pese a que en el documento expedido por las autoridades californianas se atribuía la paternidad a la pareja de hombres españoles, al entender que dicho contrato es nulo de pleno derecho por ser contrario al orden público internacional español, «entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y

principios que estos encarnan». Concretamente, el TS entendió que el registro en España debe someterse a un control de orden público, categoría de la que forman parte principios constitucionales básicos como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), así como el mandato de protección de la familia y los hijos (art. 39 CE)¹⁸.

Según el Tribunal, «en nuestro ordenamiento jurídico y en la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, ‘cosificando’ a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ‘ciudadanía censitaria’ en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población» (FD Tercero.6).

Además, el TS, cuestiona la apelación al «interés superior del menor» como argumento a favor de la inscripción registral, puesto que ello «debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él» (FD Quinto.5).

De este modo, el TS español trata de establecer ciertos límites al «fácil» argumento del interés superior del menor, apelando a un orden público, cuya finalidad es, entre otras, evitar actuaciones que puedan suponer una vulneración de la dignidad de la mujer (gestante) y de los menores nacidos mediante esta práctica de la gestación por sustitución, válida en otros países, pero nula de pleno derecho en España.

En palabras del propio TS: «Es cierto que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un

¹⁸ Desde determinadas posiciones doctrinales, esta sentencia ha sido muy criticada, en la línea del Voto particular formulado a la misma, por entender que en estos supuestos nos encontramos ante un mero problema de reconocimiento de la validez de una resolución de un Estado extranjero, que ha determinado la paternidad de los comitentes de acuerdo con su ordenamiento jurídico; no se trataría, por tanto, de decidir, de nuevo, sobre la filiación, de acuerdo con la identificación de la ley que se considere aplicable al fondo del asunto (Calvo y Carrascosa: 2015).

perjuicio para la posición jurídica de los menores¹⁹. Pero no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil» (FD Quinto.8).

Y ante la alegación de los recurrentes acerca de la situación de desprotección en que podrían quedar los menores si no se les reconociera la inscripción de filiación, el TS recuerda que existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que permiten ofrecer una respuesta a tales situaciones: «El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar» (FD Quinto.11).

Esta sentencia del TS deja, por tanto, sin efecto la referida Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010. Sin embargo, de manera difícilmente comprensible, la propia DGRN emitió una Circular el 11 de julio de 2014 mediante la que autorizaba a los cónsules españoles a seguir aplicando la controvertida Instrucción de 2010. De esta forma, la Administración, de modo ciertamente incomprensible, parece haber decidido ignorar el «sometimiento pleno a la ley y al Derecho» que le impone el artículo 103.1 de la Constitución. Más tarde, la DGRN dictó una Instrucción de 14 de febrero de 2019, que permite la inscripción en el Registro civil siempre que al menos uno de los padres comitentes haya aportado material genético. Pero la misma fue dejada sin efecto inmediatamente, mediante una Instrucción de la misma DGRN de 18 de febrero (a resulta de un previo comunicado emitido por el Ministerio de Justicia el 16 de febrero), lo que, en último término, significa que (supuestamente) sigue vigente la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (Vilar: 2019, 819-820), pese a su indudable contradicción con la STS de 2014.

Más allá de estas vicisitudes, lo verdaderamente relevante de la referida sentencia del TS, a los efectos que aquí más nos interesan, es que, con independencia de que haya una norma que expresamente ordene que la filiación materna se determina por el parto, el Tribunal considera causa de

¹⁹ Este es uno de los argumentos principales que se utilizan para criticar el sentido de la sentencia tanto en el Voto particular formulado a la misma, como por parte de algunos autores (Presno y Jiménez: 2014).

inconstitucionalidad la infracción del art. 10 de la Ley 14/2006 por entender que una práctica como la de la gestación por sustitución atenta contra la dignidad de la mujer gestante²⁰, garantizada en el art. 10.1 CE, al devaluar a esta como sujeto, para convertirla en un objeto del contrato.

Cabría entender, por tanto, que los límites de la dignidad de la mujer no dependerían de su (autonomía de la) voluntad, sino que, por el contrario, derivarían de la exigencia de respetar el orden público constitucionalmente reconocido. Y es que la dignidad, además de ser el fundamento último de todos los derechos, representa también un límite para el ejercicio de los mismos (Alegre: 1996, 75). Desde el punto de vista del Estado, la cuestión, por tanto, no es si el mismo tiene capacidad para intervenir en ese proceso más allá de la voluntad de las partes, sino que a lo que habrá que atender es a cuál debe ser el límite del Estado a la hora de determinar las consecuencias que la celebración de dicho contrato en un país extranjero puede tener en España, teniendo en cuenta no solo que hay un menor cuyo interés superior merece la máxima protección²¹.

VI. CONCLUSIONES

A través de todos los ejemplos que acabamos de ver se pone de relieve la imperiosa necesidad de una regulación internacional que ofrezca seguridad jurídica a los casos de gestación por sustitución que se están produciendo en diversos lugares del mundo en los que tal práctica se encuentra aceptada y regulada y en los que intervienen personas nacionales de los mismos (las mujeres gestantes) junto con otras (comitentes) procedentes de terceros

²⁰ De otra opinión, Manuel Atienza, para quien el Tribunal Supremo no ha comprendido correctamente el concepto de dignidad humana, que, en este caso, lo que prohibiría es tratar a la mujer gestante *solamente* como un medio o instrumento para conseguir un fin, lo que en su opinión no tiene por qué suceder en los contratos de gestación por sustitución (Atienza: 2015). Desde una posición crítica, Ana Marrades se pregunta «como qué otra cosa se trata a una mujer que gesta para otra persona o personas sino como un medio para satisfacer los deseos de las personas que le hacen el encargo a la gestante, es decir, como un instrumento, y sólo como un instrumento» (Marrades: 2017, 223).

²¹ Pilar Benavente se ha mostrado muy crítica con la vacilante respuesta (normativa, judicial y administrativa) que ha dado el Estado español a un tema tan fundamental como lo es el reconocimiento de la filiación de aquellos menores que hayan nacido en un país extranjero como consecuencia de un proceso de gestación por sustitución, y pretendan ser inscritos en España. Una respuesta –según esta autora– claramente discriminatoria si se compara con la otorgada en otros supuestos de determinación de la filiación (Benavente: 2020). Por su parte, Javier Nanclares ofrece una visión diferente del problema, pues, en su opinión, se ha de diferenciar entre el interés superior del menor y el reconocimiento de efectos jurídicos en España a aquellas certificaciones registrales procedentes de otros países en los que esta práctica se encuentra legalizada (Nanclares: 2020).

países en los que dicha práctica se encuentra prohibida, o es nula de pleno derecho, como es el caso de España (Vilar: 2019, 823)²².

Una respuesta jurídico-internacional que, sin perder nunca de vista el interés superior del menor, además debería tener en cuenta, como se ha señalado ya, otros muchos factores, y, en particular, uno que resulta decisivo: que el hecho de que dicha práctica se encuentre prohibida o sea considerada nula de pleno derecho en ciertos países necesariamente ha de jugar un papel importante a la hora de resolver cada caso concreto.

Dicho de otro modo: el interés superior del menor no puede convertirse en una «cómoda» invocación para acabar resolviendo conflictos que demandan, por el contrario, un análisis mucho más detenido y ponderado de todos los bienes, principios y derechos en juego. Y eso es algo que tanto los tribunales internacionales (en particular, el TEDH) como los tribunales nacionales habrían de tener siempre presente, pues al fin y al cabo, si nos centramos en España, todo nacional que acude a esta práctica en el extranjero es consciente de que la misma es nula de pleno derecho en su país, y que eso, lógicamente, puede tener consecuencias a la hora de pretender la inscripción registral correspondiente, sin que quepa legítimamente esperar que la situación acabará solventándose gracias, simplemente, a una genérica invocación al interés superior del menor.

Dicho de otro modo, la común apelación al interés superior del menor no puede convertirse en una especie de patente de corso²³ que permita acabar legalizando indiscriminadamente relaciones jurídicas que han nacido de una actuación ilegal (Durán: 2012, 275). Es decir, en la determinación de lo que en cada caso concreto sea el interés superior del menor no deberíamos de perder nunca de vista esa circunstancia, que no es en absoluto baladí. Al fin y al cabo, lo que puede estar en juego es algo tan fundamental como aquello a lo que se enfrenta la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las

²² En este sentido, el profesor Javier Matia se muestra partidario de una regulación de esta práctica en España, porque «[d]esde una perspectiva general, resulta absurdo no regular lo que está ocurriendo. Es tanto como desconocer la realidad». Y es que «la función del Derecho es, a nuestro modesto entender, regular las relaciones sociales, canalizándolas y delimitándolas. Luego los justiciables decidirán si se sirven o no de ellas. Solamente aquellas que producen un rechazo social muy mayoritario o protejan derechos fundamentales deben ser proscritas» (Matia: 2019, 111 y 114). El problema es que, en mi opinión, es precisamente este el punto en el que nos encontramos, pues, como he tratado de demostrar a lo largo de este trabajo, la dignidad y los derechos de la mujer gestante se la juegan con la legalización de esta práctica

²³ O, como ha señalado acertadamente el Tribunal Supremo,»[1]a aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma (STS 247/2014, de 6 de febrero, FD Quinto.6).

formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, que en su art. 6 conmina a los Estados parte a adoptar las medidas precisas para suprimir todas las formas de trata de mujeres, cosa que –según parece– está sucediendo ya en algunos lugares del mundo en que se permite la gestación para otro/s.

A la espera de que eso suceda, a nivel nacional la solución, como hemos visto, no es sencilla, ni puede ser de alcance general. Lo que no obsta para que sí se pueda, y deba, exigir a las autoridades españolas (administrativas y judiciales) que valoren de manera detenida todas las circunstancias que concurran en cada caso que se les presente a partir de una certeza: que el contrato de gestación para otro/s celebrado en una país extranjero por nacionales españoles del que trae causa la maternidad/paternidad del bebé que pretenden inscribir en el registro español correspondiente como hijo suyo es en España nulo de pleno derecho, y que, en principio, eso constituye un importante impedimento que solo se podrá vencer si queda suficientemente acreditado que, dadas las circunstancias, el interés superior del menor debe de prevalecer (porque, destacadamente, existan lazos biológicos de este con alguno de los comitentes y/o porque la convivencia entre ellos se haya prolongado durante un largo período de tiempo). El mensaje, en todo caso, debería de ser bien claro: aquel nacional español que acuda a esta práctica en el extranjero ha de saber que está asumiendo un riesgo muy elevado de que al llegar a España con el bebé no pueda inscribirlo como hijo suyo. La última sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, en el caso *Paradiso Campanelli c. Italia*, matizaciones al margen, parece apuntar en esa dirección, sobre todo, cuando no exista vínculo genético alguno entre los comitentes y el menor, en la medida en que Tribunal acepta que el margen de apreciación nacional es muy amplio en una cuestión como esta en la que se dilucidan cuestiones muy sensibles para las opiniones públicas internas de los respectivos Estados parte (García Roca: 2018, 3).

En definitiva, cada caso concreto debe de ser objeto de un análisis detenido, en el que se tengan en cuenta todas las circunstancias, evitando soluciones de alcance general derivadas de la aplicación automática de un principio (el interés superior del menor o el orden público internacional), por muy relevante que sea, pues eso es lo que demanda una aplicación seria y prudente del derecho.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERTI, A. (2020). «La maternità surrogata in Italia», *Revista General de Derecho Constitucional*, 31
- ALCARAZ, H. (2020). «La gestación subrogada en Francia: paradojas y restricciones», *Revista General de Derecho Constitucional*, 31

- ALEGRE MARTÍNEZ, M. Á. (1996). *La dignidad como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León
- ARROYO GIL, A. (2017). «'Gestación subrogada' versus 'vientres de alquiler'», *Huffington Post* (21.02.2017)
- ATIENZA, M. (2006). «Reproducción Humana Asistida: sobre la nueva ley», *El Notario del Siglo XXI*, 9
- (2015). «Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos», *El Notario del Siglo XXI*, 63
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (2017). *Hij@s del mercado*, Cátedra, Madrid
- BENAVENTE MOREDA, P. (2020). «El interés superior de los menores nacidos a partir de un contrato de gestación por sustitución», *Revista General de Derecho Constitucional*, 31.
- BRUNET, L. (Dir.) (2013). *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, European Parliament
- CARMONA CUENCA, E. / REDONDO SACEDA, L. (2020). «La gestación por sustitución en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Constitucional*, 31
- CALVO CARAVACA, A.-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015). «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7 (2)
- CHUECA, R. (2015). «La marginalidad jurídica de la dignidad humana», en Chueca, R. (Dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEPC, Madrid
- DÍAZ CREGO, M. (2020). «La posición de los comitentes en el debate en torno a la gestación por sustitución: a las vueltas con el supuesto derecho a tener hijos», *Revista de Derecho Constitucional*, nº 31.
- DÍAZ ROMERO, M.R. (2010). «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico». *Diario La Ley*, 7527
- DURÁN AYAGO, A. (2012). «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución», *Anuario español de derecho internacional privado*, 12
- (2019). «Gestación por sustitución en España: *A hard case needs law*. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11 (2)
- ELVIRA PERALES, A. (2015). «La dignidad humana en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Chueca, R. (Dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEPC, Madrid
- FARNÓS AMORÓS, E. (2015) «La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología», *Anuario de Derecho Civil del Ministerio de Justicia*, 68
- (2017). «*Paradiso y Campanelli* c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho», *Revista de Bioética y Derechos*, 40
- GARCÍA ROCA, J. (2018). «La transformación del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Constitucional*, 28.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2020). «Incertidumbres y algunas certezas sobre la gestación subrogada en Portugal: descripción normativa y respuestas jurisprudenciales», *Revista General de Derecho Constitucional*, 31

- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid
- (2005). «Dignidad y ordenamiento comunitario», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n4.
- LAMM, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona: Publicacions i Edicions.
- LORA, P. de (2018): «Gestar para otros: una ecografía de las falacias», *Dilemata (Revista Internacional de Éticas Aplicadas)*, 28
- MARRADES PUIG, A. (2017). «La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos», *Estudios de Deusto*, 65/1
- MATIA PORTILLA, F.J. (2019). «¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?», *Revista de Derecho Político*, 105.
- NANCLARES VALLE, J. (2020). «El interés superior del menor en la gestación por sustitución». *Revista General de Derecho Constitucional*, 31
- PRESNO LINERA, M.A / JIMENEZ BLANCO, P. (2014). «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho Europeo*, 51.
- QUICIOS MOLINA, S. (2019). «Regulación por el ordenamiento español de la Gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar», *Revista de Derecho Privado*, 1
- REDONDO SACEDA, I. (2020). «Gestación por sustitución y reconocimiento de la filiación en Europa: reflexiones a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Constitucional*, 31
- RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2017). «¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 17
- RUIZ MARTÍN, A. M. (2019). «El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11 (2)
- RUIZ-RICO RUIZ, G. (2017). «La problemática constitucional derivada de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA): el caso de la maternidad subrogada», *Revista de Derecho Político*, 99
- SALAZAR BENÍTEZ, O. (2017). «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos», *Revista de Derecho Político*, 99
- (2018). *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Dykinson, Madrid
- (2020) «La autonomía de las mujeres en juego: la gestación para otros desde una perspectiva de género», *Revista General de Derecho Constitucional*, 31
- SIMÓN YARZA, F. (2017). «Gestación subrogada o vientres de alquiler: reflexiones a la luz del derecho comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Constitucional*, 25
- (2020). «El debate sobre los vientres de alquiler, los derechos humanos y el bien común», *Revista General de Derecho Constitucional*, 31
- ÚBEDA DE TORRES, A. (2020). «Un análisis de la legislación de California sobre la gestación por sustitución», *Revista General de Derecho Constitucional*, 31

- VALERO HEREDIA, A. (2019). «La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, 43
- VELA SÁNCHEZ, A. J. (2015). *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas*. La cuestión jurídica de las madres de alquiler, Reus, Madrid
- VERONESI, P. (2015). «La dignidad humana: una idea aparentemente clara. Entre la tópica y la hermenéutica constitucional italiana», Chueca, R. (Dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEPC, Madrid
- VILAR GÓMEZ, S. (2018). *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, Madrid
- (2019). «La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11 (2)

LA PENALIDAD DEL DELITO DE PROGRAMA DE ORDENADOR FRAUDULENTO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. RÉGIMEN VIGENTE Y POSIBILIDADES DE REFORMA

The penalty of the crime of fraudulent computer program in the spanish penal code. current situation and possibilities for reform

Roberto Cruz Palmera

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal
Universidad Autónoma del Caribe (Barranquilla, Colombia)
rcruz.3@alumni.unav.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp75-95](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp75-95)

Recibido: 04.12.2020

Aceptado: 21.12.2020

Resumen

En esta contribución presentamos un nuevo estudio del delito de «programa de ordenador fraudulento», art. 248.2 b) del Código Penal español. Se trata de una revisión de los aspectos más problemáticos: el adelantamiento de las barreras de protección y la penalidad. Exponemos en estas páginas una propuesta de reforma que intenta sanear la desproporcionalidad de la pena y los problemas derivados de la excesiva anticipación punitiva.

Palabras clave

Fraude. Proporcionalidad. Preparación.

Abstract

In these pages we present a new study of the crime of «fraudulent computer program», art. 248.2 b) of the Spanish Penal Code. It is a review of the most problematic aspects, the advancement of protection barriers and the penalty. We propose a proposal to reform the penalty that tries to be more proportional to the content of the injustice and to the problems derived from punitive anticipation.

Keywords

Fraud. Proportionality. Preparation.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS. III. VALORACIÓN DE LAS CONDUCTAS INCRIMINADAS. IV. VALORACIÓN CRÍTICA. V. REFLEXIÓN FINAL Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

I. PLANTEAMIENTO

La defensa jurídica del patrimonio económico responde a una exigencia constitucional¹. La Constitución española y el Código Penal² nos muestran dispositivos destinados a la protección de ese bien jurídico. Este instrumento busca resguardar el patrimonio económico al verse amenazado ante herramientas tecnológicas potencialmente lesivas para el patrimonio de los ciudadanos. Los nuevos tiempos obligan a adaptar la legislación ante novedades formas delictivas que dejan a los ciudadanos en un elevado grado de indefensión. Este motivo, hasta cierto punto, parecería justificar el drástico adelantamiento de las barreras de punibilidad³ y la desproporcionada sanción que

¹ * Para las citas jurisprudenciales opté por la base de datos vLex España.

El precepto contenido en el art. 248.2. b) del Código Penal se le conoce mayoritariamente en la doctrina científica como «Acto preparatorio relativo a programas informático específicamente destinados a la comisión de estafas». En realidad lo se castigan cuatro conductas: fabricación, introducción, posesión y facilitación de un programa fraudulento para causar una lesión patrimonial. Optamos por denominarlo «programa de ordenador fraudulento» no para descontextualizarlo, pues no negamos que se ubica dentro de las denominadas estafas, sino optamos por esa expresión para tratar de explicar mejor la naturaleza instrumental y preparatoria de ese delito. Al respecto, véase (Dopico Gómez-Aller 2018, 231-232).

Véase el artículo 33 CE: «1. Se reconoce el Derecho a la propiedad privada y a la herencia». En efecto, la tipificación de un delito contra la propiedad privada tiene como fundamento la protección de un derecho reconocido por la Constitución que se esconde, por decirlo de algá manera, también en el tipo; o, mejor dicho, mediante este instrumento, la propiedad se protege a través de los preceptos que regulan los delitos contra el patrimonio y orden socio económico.

² Artículo 248.2 b): «También se consideran reos de estafa: Los que fabricaren, introdujeren, poseyeren o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo».

³ (Muñoz Conde 2019, 393-394): «[...] la equiparación a efectos de pena de estas conductas a la estafa propiamente dicha tipificada en el apartado 1 es discutible, ya que, en realidad, se trata de actos preparatorios o todo lo más de tentativa de estafa. La razón de esta equiparación punitiva se debe a la importancia que tienen actualmente los programas informáticos en el tráfico económico en general y a que de este modo se le otorga una protección especial reforzada al sistema informático como bien jurídico colectivo. Ello daría lugar a entender estas conductas como delitos de peligro abstracto y a considerar que cabe el concurso entre ellas y el delito posterior de estafa que se cometa».

caracteriza al «delito de programa de ordenador fraudulento». El precepto contenido en el art. 248.2 b) reza como sigue: «También se consideran reos de estafa: Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo». Pasemos a revisarlo con más detenimiento.

El legislador español al incluir el «delito de programa de ordenador fraudulento», pretende evitar una peculiar modalidad delictiva que atenta contra el patrimonio de las personas. Es evidente que el bien jurídico tutelado en el precepto contenido en el art. 248.2 b) es el patrimonio económico; sin embargo, es evidente que ante un excesivo adelantamiento de las barreras de protección penal ese bien jurídico se represente demasiado alejado de las acciones inculminadas en la norma, lo cual hace imposible una lesión o afectación. Otro punto de vista, menos tradicional, sostiene que los programas de ordenador fraudulento perturban, por decirlo de algún modo, la tranquilidad en las transacciones mercantiles, un derecho merecedor de protección. Bajo esta posición, «la tranquilidad en las transacciones mercantiles» el precepto serviría para garantizar la protección de los métodos de disposición de los bienes jurídicos relacionados en la dinámica mercantil; no solo los valores conexos en compraventa, también, los fondos que reposan en las cuentas bancarias, así como cualquier elemento que represente un valor en las actividades ordinarias relacionado en las transacciones mercantiles⁴. Independientemente de las posiciones que se tengan respecto al bien jurídico, lo cierto es que mediante el «delito de programa de ordenador fraudulento» se intenta garantizar la *normalidad* en todos los movimientos económicos distintos al efectivo, una misión relativamente imposible a la altura de los tiempos⁵.

II. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

El precepto contenido en el art. 248.2 b) demuestra una «deficiente técnica legislativa»⁶; protege un bien jurídico que ya se encuentra protegido en

⁴ (Tavares 2010, 210-218). Se refiere a los denominados métodos de disponibilidad. En el caso de las defraudaciones o estafas informáticas, el método sería todo el aparato que envuelve el proceso de las transacciones. Si no lo mal interpreto, el método de disponibilidad, siguiendo el planteamiento trazado por el autor, es accesorio respecto a los bienes jurídicos, por lo tanto, sin el bien jurídico el método de disponibilidad desaparecería por completo, no tiene cabida en el mundo por sí mismo, puesto que ha sido creado para hacer factible el uso y disfrute de los derechos que —por decirlo de alguna manera— se esconden tras los bienes jurídicos.

⁵ STS 20 noviembre 2001 (RJ 2002\805 Martínez Arrieta), F.J. 1. En ese orden, la jurisprudencia sostiene que se busca prevenir manipulaciones tanto de entrada como de salida de datos que pueden afectar los intereses económicos protegidos.

⁶ De igual opinión, (Cruz de Pablo 2006, 46-47).

el mismo cuerpo normativo⁷, piénsese, sin ir más lejos, en la tentativa de estafa informática o en la perfecta realización del delito de fraude informático (delito fin o tipo base).

Al precepto se le define como delito de peligro abstracto⁸, como forma de intervención o participación anticipada, además, como un acto de preparación elevado a la categoría de delito de estafa⁹. La mayoría de las valoraciones obedecen a un intento de categorización, pero entendemos que su naturaleza obedece a un «delito instrumental». Al realizar una lectura mesurada encontramos que instituciones como la participación, la tentativa y el desistimiento voluntario, son tanto de difícil determinación. Sancionar la participación o la tentativa de una acción que aún no representa ni peligro si lesión al bien jurídico protegido pondría en tela de juicio, al menos, el principio de lesión.

Además, ante una *desmesurada* anticipación de las barreras de protección, sancionar la tentativa del delito de «programa de ordenador fraudulento» se tornaría poco conveniente ante en un sistema respetuoso del principio del hecho¹⁰. También, respecto a la participación, podemos decir que se extendería aún más el alcance de la norma a conductas que en poco o en nada contribuyan en la afectación real de un interés jurídico, produciéndose sendas contradicciones con el principio de culpabilidad¹¹. Ante el incre-

⁷ Creo que sería muy difícil refutar que el bien jurídico protegido, esto es, a mi modo de ver, el patrimonio económico, no cuente con protección en otros preceptos en el mismo código; sin embargo, se discute el objeto de protección, valoración que agotaremos en su oportunidad en esta sección.

⁸ (Faraldo Cabana 2009, 112-113).

⁹ (Anarte Borralló y Doval País 2012, 242-243); (Faraldo Cabana 2009, 110-111)

¹⁰ El castigo de la tentativa debería analizarse con lente crítica para esta clase de preceptos, aunque técnicamente sea factible (art. 16.1 del CP). Los motivos para rechazar su aplicación obedecen a los graves excesos que se producirían con su aplicación, piénsese que sancionar la tentativa de la preparación desbordaría el merecimiento del reproche desde el punto de vista del Derecho penal. La sanción de la tentativa es posible, pero inviable desde un punto de vista político criminal, puesto que aplicar la tentativa de actos preparatorios autónomos para la comisión de una estafa, no constituye aún una forma de ataque que merezca un reproche penal, dado la inobjetable ausencia de lesión y puesta en peligro para el bien jurídico.

¹¹ (Roxin 1981, 47-163).

Como casi nada impediría que «A» fabrique un programa para defraudar, pero este (fabricador) puede afectar con su conducta a otras personas que no participaron en la fabricación; puesto que «A» (fabricador) puede instalar dicho programa en el ordenador de «B», su compañero de trabajo. De manera que al nuevo «poseedor» se le podría sancionar por el delito de tenencia de programas informáticos para la comisión de estafa. Así planteado el problema, la siguiente idea derivada del principio de la culpabilidad quedaría en tela de juicio: nadie tiene por qué asumir la responsabilidad de la conducta realizada por otro.

mento del ámbito de prohibición es todavía más criticable el bien jurídico elegido, dudamos que merezca la utilización de esta figura, pues protege un interés de consideración jurídica importante, pero no lo suficientemente relevante como para admitir la sanción de actos preparatorios.

Un aspecto relevante en el delito de «programa de ordenador fraudulento» son los objetos del delito (nos referimos a los programas informáticos). Sobre el particular, conviene analizar si un programa de ordenador que sirve para conseguir una transferencia bancaria no autorizada y a su vez pueda ser utilizado para actividades neutrales —como la recopilación sistemática y envío de datos— debe ser objeto de sanción. Otro asunto que también resulta controvertido, como dijimos, es la determinación del bien jurídico protegido. Lo común es afirmar que el objeto de protección sea el patrimonio económico; este se ve amenazado con los programas informáticos debido a la capacidad delictiva, dado que pueden conseguir una transferencia económica. Otra concepción es considerar objeto de protección el sistema informático como bien jurídico colectivo¹², una posición sugerente, pero resulta problemática. El desarrollo vigente de estas opiniones se deben al drástico adelantamiento de las barreras de punición, dado que la tipificación de conductas tan imprecisas obligan a encontrar un bien jurídico susceptible de lesión, dicho de otra manera, la vaguedad de las acciones, sumando una desmesurada anticipación de la tutela penal supone la búsqueda de un bien jurídico que pueda ser lesionado o afectado; por ejemplo, mediante, la «tenencia» de objetos peligrosos. No olvidemos que se incrimina la «fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas informáticos específicamente destinados a la comisión de estafas»; sin que sea necesario defraudar a otro: todas son acciones de disposición¹³.

¹² (Muñoz Conde y García Arán 2015, 349-348). Al respecto, afirma que el bien jurídico protegido es el sistema informático, puesto que el Derecho penal le otorga una protección debido al «protagonismo» de estos sistemas en las relaciones mercantiles, métodos de pago, etc. Por cierto, en cuanto a la discusión del bien jurídico se han levantado otras posturas diferentes, pues algunos autores afirman que el objeto de protección es la propiedad, pero desde una perspectiva más amplia que la comúnmente utilizada por el Código Civil, debe mirarse el concepto de propiedad desde un panorama constitucional. En esta dirección, se sostiene que el término patrimonio no es del todo adecuado, ya que dentro de esa noción se podrían incluir, entre otros conceptos, las deudas. (Aboso y Zapata 2006, 74-77).

¹³ Casi todos compartimos que la tentativa, de cualquier delito, debería ser el límite del poder punitivo respecto a la anticipación, pero vemos que con esta clase de tipos penales se busca externarse más de lo racionalmente posible. En muchos casos, podemos corroborar que, aunque el sujeto activo materialice actos posteriores a la ideación del proyecto delictivo —en el mundo fenoménico—, estos no logran ser punibles a pesar de su univocidad delictiva, me refiero a la preparación. Pongo un ejemplo de manual: el sujeto parado delante de una puerta de una casa con una ganzúa en el bolsillo no incurre

Admitir la «tranquilidad de las transacciones bancarias, mercantiles», o la protección del «sistema informático» sería improvisar un bien jurídico que resulta inabarcable, indeterminado¹⁴. Resultaría muy complejo encontrar criterios específicos para establecer qué clase de conductas crean, en realidad, un riesgo jurídicamente relevante para lesionar o afectar intereses jurídicos como «la tranquilidad». Expresiones como «el derecho a comprar en paz», «la tranquilidad en los movimientos bancarios» o «la estabilidad del sistema informático» carecen de objetividad, estas dependen del grado de susceptibilidad de cada persona, así como de otros factores sociológicos como el conocimiento de experiencias de terceros que han sido afectados mediante instrumentos maliciosos. La tecnología –en nuestro tiempo– avanza de continuo y muchas conductas podrán amenazar tanto el «sistema informático» como «la tranquilidad en las transacciones». Esas nociones desarticulan el concepto de bien jurídico y evidencian la utilización del Derecho penal como herramienta de protección urgente; sin embargo, el bien jurídico debe ser límite del poder punitivo; no un instrumento para justificar la expansión punitiva¹⁵. Pero en lo que casi todos estamos de acuerdo, es que los ciudadanos no están dispuestos a tolerar ninguna clase de fraude y menos mediante programas o instrumentos maliciosos que ponen en desventaja a los titulares de las cuentas bancarias.

Por todo lo anterior, vemos que el precepto requiere la fijación de criterios limitadores para que el operador judicial pueda interpretarlo y aplicarlo. En ese sentido, es necesario establecer qué es lo que en realidad protege la

todavía en una tentativa de robo. Sin embargo, en «el delito de programa de ordenador fraudulento» podemos ver, incluso, que resulta más conveniente intentar la materialización del delito base («defraudación informática») que caer en la red de la preparación delictiva que caracteriza a la norma (art. 248.2 b)). Irónicamente, la incriminación de esos actos preparatorios se castiga con una pena más elevada que la prevista para la tentativa del delito base.

¹⁴ Así, (Zaffaroni 2006, 375-376): «La creación de peligros y por ende, de ofensas artificiales, no sólo pretende presumir ofensas inexistentes, sino que inventa y clona bienes jurídicos: (a) se inventan bienes jurídicos cada vez que se menciona la seguridad, la paz general, el bien público, etc., que son el resultado del aseguramiento de todos los bienes jurídicos; (b) se clonan bienes jurídicos creando supuestos bienes jurídicos intermedios (cuya afectación es lesiva sólo por poner en peligro otros bienes jurídicos, como la falsedad documental), o sea que se tipifica un acto preparatorio de otra tipicidad y, para colmo, se habilita el poder punitivo también con la tentativa, con lo cual pretende tipificarse la tentativa de un acto previo a la tentativa (preparatorio). Estas artimañas autoritarias, por un lado ocultan una violación al art. 19 constitucional y, por otra, al dejar en un cono de sombra la determinación de la existencia del peligro como requisito típico, violan el principio que exige el máximo de precisión posible respecto de cualquier límite de prohibición –principio de máxima taxatividad».

¹⁵ (Silva Sánchez 2012, 456-457).

norma¹⁶, valoración que debería realizarse dentro del sistema integral de Derecho penal; no mediante valoraciones meramente sociológicas pese a su importancia. Actualmente se aplican sanciones por poseer, fabricar, o facilitar instrumentos para cometer una defraudación¹⁷. A nuestro modo de ver, podría plantearse la utilización de otro mecanismo distinto al Derecho penal para regular la posesión, fabricación o facilitación, pues a día de hoy esta norma nos muestra un quebrantamiento de principios básicos como el de culpabilidad, subsidiaridad, principio del hecho y lesividad¹⁸, sin olvidarnos de una desmesurada equiparación de estafa a lo que son meras predisposición delictiva, predisposición a las que se les asigna una penal irracional¹⁹. Volvamos al bien jurídico. Si admitimos, por un lado, que se protege el patrimonio económico, estaríamos anticipando la intervención a lo que no logra constituirse todavía ni siquiera en una tentativa de estafa²⁰. Existe una gran distancia entre la facilitación o fabricación de un programa para estafar y la disminución de un saldo en la cuenta bancaria de otro. No son fáciles de quebrantar los métodos de protección que se exigen a la hora de autorizar movimientos bancarios (por ejemplo: la inclusión de códigos de la cybertarjeta de pago, las claves enviadas al teléfono móvil para confirmar una compra, la ratificación telefónica de algunos movimientos realizados por Internet, la necesidad de dar respuestas a preguntas de seguridad, etc.). Del mismo modo, resulta difícil argumentar que el patrimonio económico se afecte inmediatamente con la aparición aislada de estos programas. Por otro lado, aceptar que el bien jurídico protegido sea el «sistema informático» como medio necesario en las relaciones mercantiles, sería contradictorio, pues el precepto contenido en el art. 248.2 b) está ubicado en los denominados delitos contra el patrimonio económico, por lo cual resultaría provechoso regular la protección por otra vía distinta al Derecho Penal. En todo caso, como hemos mostrado en estas páginas, se trata de blindar a los ciudadanos de cualquier clase de ataque que provenga de manipulaciones mediante programas

¹⁶ (Mir Puig 2015, 175-176).

¹⁷ Véase, entre otras, la STS 9 de mayo de 2007 (RJ 369/2007 Berdugo Gómez de la Torre), F.J. 1-4.

¹⁸ (Romeo Casabona, en Romeo Casabona y Boldova Pasamar coords. 2016 367-368).

¹⁹ (Queralt Jiménez 2010, 519-520). Asegura que la pena establecida por el legislador es desde todo punto de vista ilegítima a razón de su desproporcionalidad. Con toda razón, pues la proporción, a mi juicio, es un ideal de la Justicia en el más amplio de los sentidos.

²⁰ (Pastor Muñoz 2005, 65-66), sobre este particular, sostiene que esta incriminación: «[...] tendría sentido si se pudiera afirmar que los comportamientos tipificados en aquellos no son perturbaciones sociales, sino descripciones de estados peligrosos. Y ello no es así, pues la pena de estos tipos no es una reacción frente a la peligrosidad subjetiva, sino frente a la manifestación de la peligrosidad subjetiva».

informáticos, esto puede ser factible, siempre que no se infrinjan los principios básicos del Derecho penal como lo es el principio de proporcionalidad²¹. Resulta desacertado aplicar una misma pena tanto para el delito base como para las acciones preparatorias del delito fin²² («defraudación informática» o «estafa informática»)²³.

Los titulares de las cuentas bancarias deben intensificar las barreras de protección, en esto estaríamos casi todos de acuerdo; por lo que se sugiere cuidar la privacidad de los datos de sus tarjetas bancarias en los movimientos mercantiles, realizando las transacciones y demás movimientos con dispositivos propios, esto es, no de personas desconocidas. Además, ingresando en la plataforma bancaria mediante redes seguras, o sea, evitando la conexión en zonas libres. Conjuntamente, evitar la utilización de la misma clave o contraseña de la cuenta bancaria para dispositivos como tabletas, ordenadores, teléfonos móviles, etc. Sin embargo, casi nadie negaría que los bancos deben proteger tanto las bases de datos de sus clientes como los mecanismos de pago para garantizar dichos movimientos. Las entidades bancarias están en la obligación de velar por la tranquilidad de sus clientes en la dinámica mercantil. De no ser así: ¿qué razón tendría que las personas confiaran en estas entidades parte de su dinero? En similar sentido, los establecimientos comerciales están en el deber de ofrecer tranquilidad y confianza en los medios de pago de sus clientes, por ejemplo, garantizando transparencia en las transacciones mediante el uso de los datáfonos, así como otros medios de desembolso electrónico²⁴. De otro modo: ¿qué sentido tendría que estas entidades se lucren

²¹ En similar sentido, cfr. STC 22 de julio 2010 (RJ 2755\2007 Delgado Barrio) F.J. 1-2.

²² La asignación arbitraria de la pena, como vemos en este supuesto, se fundamenta en una conminación político criminal que refuerza la protección del patrimonio económico; no estante, estas medidas se toman sin tener en cuenta la función preventiva de la pena y la constatación de los objetivos buscados por el legislador.

²³ Así, STS 16 de octubre 2014 (RJ 658\2014 Giménez García) F.J. 1: «Es doctrina de la Sala que el principio de proporcionalidad, aunque no expresamente reconocido en la Constitución, debe ser considerado como el eje definidor de cualquier decisión judicial y singularmente de la individualización judicial de la pena que debe efectuarse teniendo en cuenta el grado o nivel de culpabilidad y la gravedad de los hechos, elementos que operan como la medida de la pena a imponer. SSTS 747/2007 ó 33/2013, entre las más recientes. A lo dicho debe añadirse que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. II-109 del Tratado VI, BOE de 21 de mayo 2005, reconoce expresamente el principio de proporcionalidad de los delitos y penas «...la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción...».

²⁴ Si atendemos a la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, del 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos al efectivo se caerá en la cuenta de que este precepto se introduce en el Código Penal como una obligación internacional para combatir tanto el fraude como la falsificación, pero ante

con los movimientos realizados mediante las tarjetas bancarias y otros mecanismos de pago?

Esta forma de protección empleada por el legislador no se ha visto libre de críticas. Prueba de ello es considerar ese precepto como un delito de sospecha, gramaticalmente se incrimina aquello que podría constituirse como la preparación de una posible defraudación sin que existan evidencias para demostrar el plan delictivo del sujeto²⁵ lo cual, abonaría a la infracción de la presunción de inocencia²⁶. Sin embargo, podría defenderse la del «delito de programa de ordenador fraudulento» debido a la potencial capacidad que ostentan los programas informáticos a gran escala. Otro argumento para defender la legitimidad consiste en la dificultad de frenar la potencialidad criminal de los instrumentos, así como las exigencias de una sociedad en la que cada vez más le resulta indispensable el uso de cuentas bancarias y no pretende tolerar ninguna situación que resulte amenazante en ese lugar. En similar dirección, otro aspecto relevante consiste en la dificultad probatoria que caracteriza a la delincuencia informática²⁷.

Algunos proponen una interpretación restrictiva debido a la capacidad del programa informático, en ese orden, uno de los criterios restrictivos consistiría en limitar la aplicación del precepto cuando los programas sirvan exclusivamente para cometer defraudaciones informáticas²⁸; es decir, no aplicar el tipo penal ante un programa de doble uso, pues el precepto señala que debe estar inequívocamente dirigido a la consumación de una defraudación; además, la elevación de la pena invitaría a exigir una interpretación restrictiva. Por otro lado, hay quienes opinan que es conveniente identificar la especificidad del programa y aunque se detecte otra utilidad, su principal función tendrá que ser la de conseguir una defraudación. Solo así se podría aplicar el precepto. Pero esta idea quizá no resulte convincente cuando un representativo grupo de programas tengan distintas capacidades (o funciones)²⁹.

Las propuestas señaladas son sugerentes, enriquecen el debate académico; pero, lamentablemente, no logran resolver todo el cúmulo de dificultades que caracterizan al delito de «programa de ordenador fraudulento». No se

todo para garantizar las formas de pago, con especial atención a las distintas al efectivo. Se analiza con detenimiento esa Decisión, se podrá ver que ni obliga ni sugiera castigar actos de preparación, no así las conductas de participación, instigación y tentativa; todas perfectamente aplicable con los respectivos dispositivos previstos en la Parte General del Código Penal.

²⁵ (Álvarez García, en Álvarez García, dir. 2011, 254-256). Quine muestra un análisis de este delito como una evidente violación al principio de la presunción de inocencia.

²⁶ (Roxin y Schunemann 2019, 145-147).

²⁷ (Velasco Núñez y Sanchis Crespo 2019, 21-27).

²⁸ (Queralt Jiménez 2010, 520).

²⁹ (Gallego Soler en Corcoy Bidasola y Mir Puig, dirs., 2015, 554-555).

trata de una cuestión de presunción de inocencia, se requiere salvar exigencias igualmente relevantes como la lesividad, la proporcionalidad, la legalidad, o la intervención mínima. Por todo eso, urge que la incriminación logre integrarse con el sistema de Derecho Penal. Vamos a interpretar seguidamente las conductas incriminadas en el delito de «programa de ordenador fraudulento»³⁰.

III. VALORACIÓN DE LAS CONDUCTAS INCRIMINADAS

El «delito de programa de ordenador fraudulento», al ser un tipo alternativo se realiza por cualquiera de las varias opciones descritas³¹. En ese tipo se recogen cuatro modalidades.

Así pues, por fabricación entendemos creación del programa que posibilita la defraudación. Si se quiere optar por una interpretación restrictiva uno de los criterios para imputar la fabricación deberá ser la demostración de conocimientos técnicos por parte del acusado. Aunque el desarrollo de la tecnología avance a velocidades vertiginosas, el hecho de crear un programa de ordenador con la capacidad de defraudar no es algo que se encuentre al alcance de cualquiera. La expresión fabricar nos conduce a un acto de elaboración del programa. Esa voz puede ser interpretada de distintas maneras, pero casi nadie dudaría que solo después de la fabricación es posible introducir el programa, facilitarlo o poseerlo.

Por introducción entendemos la acción de instalar y dar funcionamiento al programa de ordenador, es decir, darle funcionalidad. Esta conducta puede ser realizada tanto por el creador como por otra persona³², por ese motivo se presentan problemas con el principio de culpabilidad, nadie puede responder por la acción criminal de otro.

Por posesión habrá que entender capacidad de disponer el programa, de ese modo, una posesión temporal y condicionada debe ser irrelevante; ya que el precepto señala con claridad que los programas deben estar específicamente destinados a la defraudación; y, por tanto, conviene seguir el siguiente criterio: gozar del programa de forma exclusiva y excluyente. No nos

³⁰ Véase, STC 3 de noviembre 2016 (RJ 229\2016 TC Pleno) F.J. 1.

³¹ Véase, STS 26 de junio 2006 (RJ 692\2006 Sánchez Melgar) F.J. 5. A mi juicio, el legislador trata de evitar, como hemos afirmado, toda clase de supuestos delictivos para combatir la utilización de estos programas. El tipo también prohíbe la comercialización a partir de la prohibición de fabricar, como se sabe, es indispensable la preparación del programa para poder venderlo. Además, el precepto castiga la posesión sin importar los motivos que la hayan originado, pues no se comenta acerca de una indebida o injustificada posesión.

³² (Álvarez García 2011, 255).

referimos a una necesaria relación física o directa, pues ello no es necesario en este concepto. Al tratarse de un programa para cometer un delito de estafa, no se puede hablar de posesión (delictiva) cuando se constituya una mera tenencia, esto es, tener el programa, pero sin la posibilidad de utilizarlo a falta de su instalación. Como adelantamos, ello no sería compatible con la exigencia de un programa «específicamente destinado a la realización de una defraudación». Piénsese, por ejemplo, en la persona que tiene el programa³³ en algún soporte magnético (o soporte de almacenamiento) sin que se encuentre instalado, para que la posesión sea relevante, a efectos de imputación, se requiere, al menos, un grado elevado de inmediatez y posibilidad en términos de uso (fraudulento)³⁴. Lo contrario puede ocurrir cuando se requiera para su instalación de dos o más programas adicionales para determinar un funcionamiento. De este modo, el programa no reuniría las características concretas que constituyen un programa destinado a la comisión de una «estafa informática», pues lo que está *específicamente destinado* no puede estar al mismo tiempo «supeditado a la instalación de otro programa o inserción de otro artefacto» cuando se pretenda castigar por posesión. A nuestro parecer, destinado a la realización de una estafa, en atención a la pena asignada, así como a otras características del precepto, debería significar un paso previo e inmediato a la comisión de una defraudación. En ese orden, no pueden encontrarse trabas instrumentales respecto a la posesión de un programa que en términos penológicos se castiga exactamente igual que la consumación del delito fin (o tipo base).

Una de las conductas más interesantes es la denominada facilitación. Al respecto, podemos proponer dos interpretaciones del verbo facilitar. La primera, entenderlo como entregar o proporcionar algo a alguien. Así, la entrega del programa deberá ser idónea³⁵, es decir, el programa tendrá que estar en condiciones aptas para lograr la constitución de un riesgo típico, o sea, para alcanzar una transacción bancaria o una recopilación de datos (como números de tarjetas, contraseñas, nombres, correos, etc.) que hagan posible con posterioridad la defraudación. Pero la segunda acepción de facilitar

³³ Llegados a este punto es necesario aclarar un aspecto que tiene que ver con la responsabilidad penal. Pues es posible que el programa, en los términos arriba explicados, pertenezca a distintas personas o, en la *peor* de los casos, puede que el programa se encuentre a disposición de varios sujetos, o sea, que tengan capacidad de usarlos. De este modo, se reafirma que el aspecto fundamental en la tenencia no es otro que la disponibilidad potencial que puede ser imputable a varios sujetos, sin descuidar la posibilidad de dolo eventual en el caso de que varios sujetos gocen de dicha disponibilidad y uno de ellos sea sorprendido con el programa.

³⁴ (Pastor Muñoz 2005, 45).

³⁵ En sentido similar se muestra la STS 19 de noviembre 2014 (RJ 771/2014 Marchena Gómez) F.J. 4.

consistiría en hacer fácil o en hacer posible la ejecución de algo, esto es, ayudar a materializar un proyecto delictivo³⁶. Sobre este particular, desde nuestro punto de vista, nos mostraría otra vía para la imputación que convierte en autor al cómplice, generando una extensión de la responsabilidad demasiado amplia, piénsese, por ejemplo, en la complicidad psíquica que extendería aún más el ámbito de aplicación de la norma³⁷.

El concepto de lesión se distancia del marco penal previsto en el art. 248.2 b). Podemos ver que en «el delito de programa de ordenador fraudulento» no es menester esperar a la lesión de un determinado bien jurídico para que se consuma. Hemos analizado brevemente las conductas incriminadas en esta norma, del mismo modo, recogimos algunos pronunciamientos doctrinales de cara a su aplicación; sin embargo, no hemos apuntado todavía las precisiones necesarias para responder cómo debería castigarse este delito. No podemos olvidar que el precepto objeto de estudio se presenta como un «acto preparatorio autónomo» distinto a los ampliamente conocidos actos preparatorios punibles³⁸ (arts. 17-18), esto genera no solo la necesidad de cotejar esta clase de preceptos con los «actos preparatorios punible», también nos invita a buscar una propuesta de solución, al menos, en el campo penológico.

IV. VALORACIÓN CRÍTICA

La conducta dolosa requiere la capacidad de realizar el tipo objetivo³⁹, nos referimos a los aspectos condicionantes que acompañan el ataque al bien jurídico⁴⁰. El conocimiento de la situación debe ser incuestionable, es decir, el sujeto debe ser consciente que los programas tienen por objeto conseguir

³⁶ Comparten esta posibilidad, (Gallego Soler y Carlos Hortala Ibarra en Corcoy Bidasolo y Gómez Martín dirs. 2016 253-255).

³⁷ (Muñoz Conde y García Arán 2015, 477). Desde la definición de complicidad aportada por la doctrina, podemos pensar en un asesoramiento técnico; sin ir más lejos, cuando se le explica a alguien la forma más rápida y segura de utilizar el programa. También, cuando se le brinda asesoramiento para asegurar la impunidad del fraude. En todo caso, llama la atención que se pueda castigar como autor de un delito de estafa a quien lleve a cabo una conducta de complicidad (psíquica). En ese orden de asuntos, probablemente un sujeto que realice una estafa común recibirá una misma pena si lo comparamos con aquel que intente o, mejor dicho, colabore con la preparación de una defraudación informática sin que se produzca una disminución patrimonial en la cuenta bancaria de un tercero.

³⁸ Respecto a la naturaleza excepcional de estas figuras, STS 22 de julio 2010 (RJ 335\2008 Berdugo Gómez de la Torre) F.J. 27.

³⁹ (Sánchez-Ostiz 2014, 115), quien entiende, entre otros, el dolo como conocimiento de la situación, admitiendo que la capacidad de controlar el estado generado por el sujeto se relaciona con su voluntad, voluntad que generalmente se incluye en el dolo.

⁴⁰ (Mir Puig, 2015, 179).

una defraudación; en otras palabras, el autor debe estar preparando, inequívocamente, una defraudación. A todo esto, debemos tener presente que la antijuridicidad del tipo debería estar revestida, por así decirlo, del injusto de la estafa básica, esto es así si se trata de una incriminación de un programa de ordenador para cometer una defraudación informática. No estamos ante la incriminación escueta de una posesión, fabricación, o facilitación, pues se castiga con pena privativa de libertad conductas que determinen la preparación de un injusto, igualando la preparación en el plano fenoménico a una estafa consumada. Dicho en otras palabras, el legislador ha elevado actos preparatorios a la categoría de delito, pero no a la categoría de estafa, porque en sentido fenoménico es imposible afirmar que existe una estafa. Casi nadie negaría que en el «delito de programa de ordenador fraudulento» se ausentan todos los elementos que constituyen el delito estafa.

Desde una interpretación literal el precepto se refiere a aquellos programas que tengan la específica finalidad delictiva, por ello sostenemos que los denominados programas de doble uso estarían excluidos de dicha literalidad. Así, si se mantiene la pena vigente y se demuestra que un programa tiene otra finalidad, el precepto no debería aplicarse (a no ser que la posesión del programa se vea acompañada de otros elementos que determinen de manera inequívoca la preparación de una estafa informática). Esto se reafirma al tratarse de figuras excepcionales, pues no es normal que en la legislación española se castiguen actos de preparación de manera autónoma en la Parte Especial. Si bien el «delito de programa de ordenador fraudulento» no es un «acto preparatorio punible»⁴¹, ello no significa que la incriminación de esas conductas preparatorias escapen del marco de la excepcionalidad y la excepcionalidad exige una valoración particularizada que derive hacia una oportuna imputación, rechazando que puedan aplicarse esta clase de normas relajando los estándares establecidos.

Más allá de los verbos típicos comentados, es decir, de cualquiera de las alternativas contenidas en el precepto, también es posible dar un paso más, esto es, lograr la producción del resultado mediante la utilización de los programas: conseguir una transferencia o facilitar el instrumento para que otro sujeto materialice una defraudación. También es posible que el sujeto inicie el proceso de defraudación sin que lo consiga por causas ajenas a su voluntad. De modo que se produciría una tentativa de estafa, aunque no se haya lesionado el patrimonio. En similar sentido, si se consigue lesionar el patrimonio de otro, deberá aplicarse únicamente la pena del delito consumando por tratarse de un concurso de leyes⁴². Vemos entonces, como indicamos, que

⁴¹ Para una exposición histórica de la regulación de los actos preparatorios punibles en la legislación española, véase (Mir Puig, 2015, 350-353).

⁴² (Dopico Gómez-Aller, 2018, 230-231).

se corresponde con una indiscutible sobreprotección penal para el patrimonio económico. Ahora bien, respecto a la aplicación de la sanción, son interesantes los criterios que se recogen en el precepto contenido en el art. 249, describe algunas pautas de cara a la fijación de la pena, en ese precepto aparece un conjunto de criterios como el importe de lo defraudado, el quebranto económico, entre otros. Sin embargo, el «delito de programa de ordenador fraudulento», de conformidad con su naturaleza instrumental, no permite determinar el importe de lo defraudado; y no puede admitirse la aplicación de un cálculo hipotético o presunto respecto a la defraudación; esto desbordaría todas las garantías que emanan del principio de legalidad⁴³. El art. 249 brinda cinco criterios; estos no se refieren, únicamente, al importe de lo defraudado y al quebranto económico causado, también aparecen otros como «las relaciones entre el sujeto activo pasivo, los medios empleados por el sujeto activo y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción». Como puede verse, de todos los criterios citados, los dos últimos son los que podría emplear el operador judicial para sancionar el «delito de programa de ordenador fraudulento». Piénsese, por ejemplo, en la tenencia de un programa en óptimas condiciones, esto es, perfectamente instalado para conseguir una disminución patrimonial, pero además, acompañado de una lista donde reposan los nombres de varios clientes de un banco junto a sus correos electrónicos (información aportada por un empleado de la entidad). Al mismo tiempo, supóngase que se trata de una lista con criterios inequívocamente delictivos, pongo por caso, clientes con solvencia económica y de la tercera edad⁴⁴, de modo que sea menos probable la reacción inmediata (o posterior) de la víctima de cara a la defensa.

⁴³ Es bastamente conocido que en Derecho penal rechazamos las presunciones *juris et de jure*, en nuestro caso, aquellas que sirven para considerar que habrá o que hay una lesión cuando en realidad no la hay. A mi modo de ver, esta clase de criterios son constitucionalmente inaceptables, pues se basan en tipificaciones que carecen de lesividad, construyendo sus bases sistemáticas en presunciones ofesividad.

⁴⁴ El supuesto planteado es posible bajo el género «página web o ventana emergente», probablemente sea la estrategia más utilizada en este ámbito delictivo. El método es el siguiente, se envía un correo electrónico a los clientes suplantando la identidad del banco, pero al correo que el titular de la cuenta reportó en la entidad bancaria. La finalidad del correo es facilitar datos bajo cualquier excusa, por ejemplo, para actualizar la base de datos del banco o confirmar una transacción. De este modo se logra obtener el número de la tarjeta de crédito o débito, el CVV o código valor de verificación o validación que se encuentran en el reverso, así como la fecha de caducidad y otros datos necesarios para realizar una compra en Internet. Nótese, de momento, que para conseguir este fraude no es necesario la tenencia de un programa que sirve únicamente para conseguir una estafa, criterio interpretativo restrictivo que sostienen algunos. Pues como vemos, en la artimaña entran en juego factores como la apariencia de veracidad del correo y la inocencia del cliente.

En un caso como el citado, casi nadie negaría la creación de un riesgo típicamente relevante de cara a una preparación para el delito de «defraudación (o estafa) informática»; sin embargo, no podemos negar que continuamos en un estado de preparación pura. Por otro lado, al tratarse de sistemas y programas informáticos, la experiencia ha demostrado que se pueden producir problemas técnicos ajenos a la voluntad del preparador, impidiendo la ejecución de la transferencia o la recopilación de los datos para realizar una defraudación *a posteriori*; no así la tentativa del «delito de programa de ordenador fraudulento» o, dependiendo de las circunstancias concretas que acompañen la tenencia, «una consumación del delito de programa de ordenador fraudulento».

La excepcionalidad que caracteriza al «delito de programa de ordenador fraudulento» amerita una interpretación restrictiva para posibilitar su permanencia en el Código Penal, de lo contrario, la aplicación de la norma implicaría un despropósito. Dicho esto, vamos a presentar nuestra propuesta de reforma que intenta cubrir las garantías mínimas del delincuente.

V. REFLEXIÓN FINAL Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

El «delito de programas de ordenador fraudulento» presenta una controvertida extensión de la responsabilidad penal que obstaculiza la aplicación de los esquemas clásicos de imputación. Esto hace que se requieran criterios específicos para lograr una aplicación acorde con los principios básicos del Derecho penal.

Las soluciones aparentemente definitivas que recogimos en esta investigación no logran resolver todos los inconvenientes de esta controvertida norma. Derogar el precepto implicaría negar la voluntad del legislador de prohibir la existencia de programas con capacidad delictiva que afectan a los ciudadanos. Si bien el legislador –en el marco de sus facultades– cuenta con la potestad de castigar las conductas que estime indeseadas, no puede desprenderse de los principios constitucionales, entendiéndolo que el Derecho penal, a pesar de su *tocante* autonomía, es un apéndice del Derecho Constitucional, está sometido a la ley fundamental⁴⁵, este sometimiento deriva de

⁴⁵ Además del supuesto planteado, aunque más complejo, sería la estafa masiva, pero a mínima escala. Esto es, defraudar en pequeñas cantidades; por ejemplo, de uno a tres euros, pero en miles de cuentas bancarias. De este modo, se lograría un gran incremento patrimonial injustificado y las posibilidades de sospechas disminuyen en comparación con una defraudación que supera las cantidades citadas.

⁴⁵ (Zaffaroni 2011, 37).

⁴⁵ Además del supuesto planteado, aunque más complejo, sería la estafa masiva, pero a mínima escala. Esto es, defraudar en pequeñas cantidades; por ejemplo, de

una función protectora del Estado como titular de los bienes jurídicos reconocidos en el sistema. No en vano, se habla del sometimiento de los poderes públicos al Derecho, esto es, de un sometimiento a la Constitución, que, como es de sobra conocido, dicha Norma goza de un distrito preponderante en el sistema jurídico (art. 9 CE).

Una de las propuestas más comentadas se refiere a la aplicación del precepto cuando los programas sirvan, exclusivamente, para realizar estafas masivas, pero esa fórmula no logra abarcar toda la problemática que envuelven al precepto, porque no siempre se tratará de estafas masivas; ya vimos que con la norma se intenta proteger no a un grupo determinado de sujetos privilegiados, sino a cualquier ciudadano; al mismo tiempo, tampoco resuelve otro de los problemas fundamentales: la desproporcionalidad.

De todos los aspectos controvertidos, el más relevante es el tratamiento penológico; por ese motivo centramos nuestra investigación en una propuesta de reforma que pueda servir no solo para el sistema español; también para legislaciones cercanas que no tengan esta norma en su código y pretendan sancionar la preparación para la defraudación informática. Sancionar actos de preparación con la misma pena prevista para la realización perfecta del delito fin (o tipo base) sobrepasa los límites del poder punitivo del Estado, pues se equipara, en términos criminológicos, la preparación delictiva con la materialización del tipo base. Como es de sobra conocido, se trata de una decisión ilegítima en un Derecho penal respetuoso de los postulados que rigen un Estado Social y Democrático de Derecho: no es lo mismo la capacidad de lesionar que la lesión; en otras palabras, no es lo mismo la potencialidad de cometer un delito de estafa que cometer una defraudación; como tampoco es igual planificar la comisión de un robo que intentarlo. Sin embargo, el legislador se empeña en castigar actos de preparación con la misma pena prevista para la consumación del delito fin⁴⁶. Desde nuestra posición, esta clase de decisiones nos muestran un elevado grado de irracionalidad punitiva; por lo cual nos restaría, en estas páginas, proponer alternativas que se muestren alejadas de la arbitrariedad legislativa y se acerquen a las garantías constitucionales.

La propuesta penológica que hemos preparado para el delito de «programa de ordenador fraudulento» es la siguiente:

«Art. 248.3 Los que fabricaren, introdujeran o facilitaren programas informáticos, acompañados de otros elementos inequívocamente predesti-

uno a tres euros, pero en miles de cuentas bancarias. De este modo, se lograría un gran incremento patrimonial injustificado y las posibilidades de sospechas disminuyen en comparación con una defraudación que supera las cantidades citadas.

⁴⁶ Respecto a la irracionalidad legislativa, véase la interesante aportación de (Zaffaroni 2006, 746).

dados a la realización de defraudaciones informáticas previstas en este código serán sancionados con una pena de multa de seis a veinticuatro meses».

Nuestra propuesta, que incluye una pena de multa, obedece, en mayor o menor medida, al grado de peligro que representen los aparatos para el patrimonio económico de los ciudadanos. Una sanción que está inspirada en el grado de peligrosidad de los aparatos, siempre que se encuentren acompañados de un conjunto de materiales que determinen la univocidad fraudulenta respeta la presunción de inocencia. En esa línea, el precepto se acercaría mucho más a las garantías del sujeto, eliminando la posibilidad de hacer responsable a alguien por la conducta de otro; excluyendo la posibilidad de incriminar la mera posesión de aparatos; reduciendo el ámbito de aplicación a la estafa informática. En otro precepto del mismo Código Penal se incrimina la simple tenencia de cosas aunque estas se encuentren ocultas, bajo llave o, inaccesibles, casi nadie refuta su castigo... Me refiero a la tenencia de armas prohibidas o tenencia ilícita de armas (art. 563 CP). Esa norma establece una pena de prisión de uno a tres años, casi nadie discute la sanción. Como se mencionó, la discusión es casi nula, posiblemente no tanto por la elevada potencialidad que representan las armas, sino por la clase de bienes jurídicos que con ellas se pueden lesionar. Con todo, estas representan una relevante anticipación de las barreras de protección. Mientras que en el otro lado de la balanza, vimos que la prohibición de objetos o instrumentos idóneos para facilitar la comisión de una defraudación en el ámbito informático podría parecer acertada debido a la complejidad que representan para las potenciales víctimas; no obstante, la redacción del precepto –incluyendo la sanción– es inadecuada porque desatiende los principios básicos del Derecho penal, por eso es necesaria una modificación, para lograr que la medida legislativa sea valorada como Política.

En un Estado social y democrático de Derecho, una de las características esenciales es la armonización de la pena. Pero otra característica es el respeto de todos los principios limitadores del poder punitivo del Estado durante el proceso legislativo que incluye las normas. Igualmente, la propia Constitución exige que se brinden garantías cuando nos referimos al Derecho penal, entre otras razones, por tratarse de la vía más drástica para defender los bienes jurídicos del Estado. En tal orden, acudir al Derecho penal implica una programación mesurada al momento de incriminar conductas y proponer penas. Cuando se decide incriminar acciones que se estimen reprochables, en nuestro supuesto, cuando considera reos de estafa a quienes «fabriquen, introduzcan, posean o faciliten programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas»; deben preverse las divergencias entre los grupos de delitos que se contienen en el Código Penal con las penas previstas dependiendo de los bienes jurídicos que se lesionen, así como otras

circunstancias que justifican el grado de la sanción como ocurre con los denominados *delitos cualificados por el resultado*. En ese sentido, se requiere que la redacción del precepto no solo sea flexible con las conductas incriminadas, sino que, además, la incriminación se corresponda con los fines preventivos tanto generales como especiales orientados al control social.

Para cerrar, es necesario no solo que la incriminación de las conductas garantice su evitación, también la compatibilidad de la norma con los principios constitucionales, y esto incluye, en un plano de elevada importancia, la sanción, pues esta pretende, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el orden social.

VI. CONCLUSIONES

En el delito de «programa de ordenador fraudulento», en ningún período de la actividad preparatoria envuelve una lesión en sentido fenoménico, tampoco se aprecia una afectación mínima, de ahí se derivan los problemas de constitucionalidad. En contraposición, existen actos preparatorios que, durante su periodo, plasman –de manera inobjetable– una pluralidad de acciones lesivas en virtud de la naturaleza del delito pretendido. Nos referimos a delitos como la rebelión o la sedición. En esas infracciones penales, durante su complejo desarrollo de preparación se afectan diferentes bienes jurídicos (revelando secretos, amenazando sujetos, poseyendo o comparando armamento ilícito...). El adelantamiento de la intervención se admite, de manera excepcional, porque al conseguirse el proyecto delictivo sería imposible «devolver las cosas» a su estado anterior (seguridad interior del Estado, cambio de régimen Constitucional...). Dos criterios que respaldan la excepcionalidad: (i) relevancia del bien jurídico protegido; (ii) y necesaria afectación a otros intereses desde el curso de la preparación. Sin embargo, estos criterios se ausentan en el «delito de programa de ordenador fraudulento», por tanto, no debería admitirse esta clase de anticipación, bastando la protección del delito fin o tipo base, esto es, el delito de fraude informático. Pero si se admite, por lo menos, la sanción debe flexibilizarse al grado de «puesta en peligro o lesión».

La pena descrita en el precepto contenido en el art. 248.2 b) del Código Penal, debe ser rechazada. Mediante nuestra propuesta de reforma se contempla la posibilidad de cambiar radicalmente la norma sin que se pierdan las garantías que el legislador pretende ofrecer a la ciudadanía. A nuestro juicio, parece mucho más razonable aplicar una pena de multa, dado que se corresponde mucho más con la aparente «puesta en peligro o lesión». Conjuntamente, la propuesta que presentamos limita el alcance a las denominadas «estafas informáticas», excluye la sanción para los programas de doble uso,

deroga el castigo por mera posesión, y emite una pauta general de interpretación, ya que demanda que los programas se encuentren, inequívocamente, predestinados a una defraudación.

El precepto contenido en el art. 248.2 b) del Código Penal no debe ser considerado como un modelo de aplicación para otras latitudes. Si bien la medida adoptada por el legislador puede estar «dotada de buenos propósitos», peca por excesiva, y es excesiva porque abandona nociones fundamentales como resultado, peligrosidad, lesividad. En consecuencia, desarma al ciudadano de sus garantías. Inadmisibles resultan entonces sancionar manifestaciones de voluntad en las que no se visualizan en sentido fenoménico ni siquiera en un mínimo lo que criminológicamente denominamos «el paso al hecho delictivo».

BIBLIOGRAFÍA

- ABOSO, Gustavo y ZAPATA, María. 2006. *Cibercriminalidad y Derecho penal*. Montevideo, Buenos Aires: BdeF.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, en Álvarez García, Francisco Javier dir. 2011. *Derecho penal español. Parte especial*, Tomo 2. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ANARTE BORRALLO, Enrique y DOVAL PAIS, Antonio en Boix Reig, Javier dir. 2012. *Derecho penal. Parte Especial*, Vol. 2. Madrid: Iustel.
- CRUZ DE PABLO, Antonio José. 2006. *Derecho penal y nuevas tecnologías: Aspectos sustantivos: adaptado a la reforma operada en el Código Penal por ley orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, especial referencia al nuevo artículo 286 CP*. Madrid: Grupo Difusión.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo *et. al.* 2018. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson.
- FARALDO CABANA, Patricia. 2006. *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GALLEGO SOLER, Ignacio y HORTALA IBARRA, Juan Carlos, en Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Gómez Martín, Víctor dirs. 2016. *Manual de Derecho penal, económico y de empresa. Parte General y Parte Especial (adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal). Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo 2. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GALLEGO SOLER, Ignacio, en Corcoy Bidasola, Mirentxu y Mir Puig, Santiago dirs. 2015. *Comentarios al Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MIR PUIG, Santiago. 2015. *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed. Reppertor: Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. 2019. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria. 2005. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus Una aproximación político-criminal y dogmática*. Barcelona: Atelier.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan. 2010. *Derecho Penal español. Parte Especial*, 6.^a ed. Barcelona: Atelier.

- ROMEO CASABONA, Carlos, en Romeo Casabona, Carlos y Boldova Pasamar, Miguel coords. 2016. *Derecho penal. Parte especial*. Granada: Comares.
- ROXIN, Claus y SCHUNEMANN, Berns. 2019. *Derecho procesal penal*, 29.ª ed. Buenos Aires: Dítod.
- ROXIN, Claus. 1981. «Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal», en *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Reus.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. 2014. «En qué medida imputa y es objetiva la «imputación objetiva»», en *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*. Barcelona: Atelier.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús. 2012. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed. Montevideo/Buenos Aires: BdeF.
- TAVARES, Juarez. 2010. *Teoría del injusto penal*. Montevideo/Buenos Aires: Bdef.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy y CRESPO, Carolina Sanchis. 2019. *Delincuencia Informática. Tipos Delictivos e Investigación Con Jurisprudencia tras la Reforma Procesal y Penal De 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et. al. 2006. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- 2011. *Estructura básica del Derecho penal*. Buenos Aires.

APUNTES CRÍTICOS SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ECUADOR

Critical notes on judicial control of constitutionality in Ecuador

Gonzalo M. Gaibor Gallardo
Doctorando en Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid
gonzalo.gaibor@estudiante.uam.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp97-114](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp97-114)

Recibido: 20.11.2020
Aceptado: 21.12..2020

Resumen

La aprobación de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) en el año 2008 marcó un giro trascendental en el paradigma del derecho constitucional ecuatoriano. A partir de este momento, y a la luz del nuevo estado de derechos y justicia social consagrado en la Constitución, se concibe por primera vez a la Corte Constitucional (CC) como un organismo especializado e independiente de las demás funciones del Estado. Es preciso dejar sentado que durante el siglo XX también se instituyeron Tribunales Constitucionales, sin embargo, la estructura y atribuciones de estos no eran precisamente los de un organismo de jurisdicción constitucional que ejerce su acción de forma plena. Así, en la Constitución de 1945 se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) como un órgano de control constitucional, dependiente de los demás poderes del Estado, con escasas competencias para realizar el control sobre la ley. En el presente artículo se realizará un breve análisis de la evolución de la jurisdicción constitucional en el Ecuador. A partir de la Constitución de 2008, la forma de concebir la organización del Estado en el Ecuador tiene un impacto directo sobre el control judicial de constitucionalidad, dado que todos los jueces ocupan un sitio estelar como custodios de los derechos de quienes acuden ante

la administración judicial. Así sucede, al menos, en el plano formal, pues en la práctica jurisdiccional existe una brecha marcada entre el diseño formal y la materialización del estado de derechos. No obstante, la declaración de inconstitucionalidad de la ley es una competencia exclusiva de la Corte Constitucional. Los jueces de los distintos tribunales se limitan a realizar un trabajo colaborativo con el órgano encargado de la jurisdicción constitucional. Dicho esto, se ha proscrito de manera tajante la posibilidad de que los jueces ordinarios declaren la inconstitucionalidad de cualquier norma jurídica.

Palabras Clave

control constitucional – Estado - jueces – derechos – justicia.

Abstract

The approval of the Constitution of the Republic of Ecuador (CRE) in 2008 marked a major shift in the paradigm of Ecuadorian constitutional law. From that moment on, and in light of the new state of rights and social justice enshrined in the Constitution, the Constitutional Court (CC) was conceived for the first time as a specialized body independent from the other functions of the State. It should be noted that during the twentieth century Constitutional Courts were also instituted, but their structure and powers were not precisely those of a body with constitutional jurisdiction that fully exercises its action. Thus, the 1945 Constitution created the Court of Constitutional Guarantees (TGC) as a body of constitutional control, dependent on the other powers of the State, with little competence to carry out control over the law. In this article, a brief analysis will be made of the evolution of constitutional jurisdiction in Ecuador. Since the 2008 Constitution, the way in which the State is organized in Ecuador has a direct impact on judicial control of constitutionality, given that all judges occupy a stellar position as guardians of the rights of those who come before the judicial administration. This is the case, at least formally, since in jurisdictional practice there is a marked gap between the formal design and the materialization of the rule of law. Nevertheless, the declaration of unconstitutionality of the law is an exclusive competence of the Constitutional Court. The judges of the various courts limit themselves to collaborative work with the organ in charge of constitutional jurisdiction. That said, the possibility of ordinary judges declaring the unconstitutionality of any legal norm has been strictly outlawed.

Keywords

constitutional control – Status - Judges - rights – justice.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ESTADO DE DERECHOS Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. III. ROL DE LOS JUECES EN EL DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. IV. LA TEXTURA ABIERTA EN EL LENGUAJE DEL DERECHO (HART). V. CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LAS NORMAS JURÍDICAS. VI. EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, la Constitución de la República del Ecuador (CRE), aprobada el 20 de octubre de 2008 en Montecristi –Ciudad Alfaro, marca un giro trascendental en el paradigma del derecho constitucional ecuatoriano. La organización estatal pasó de ser entendida como un *estado de derecho* a un *estado de derechos y justicia*, según lo describe el Art. 1 de la propia Constitución. Ello no solo conduce a una transformación en el campo de las libertades de las personas centrada en los derechos subjetivos y los fines del Estado, sino que además implica una nueva concepción respecto al control judicial de constitucionalidad aplicado en el Ecuador, en la medida en que se implanta, por primera vez en la historia republicana, un organismo especializado e independiente de las demás funciones del Estado para resolver los asuntos concernientes al ámbito constitucional, como es la Corte Constitucional (CC), máxima intérprete de la Constitución.

Es cierto que en varias de las anteriores cartas fundamentales del Ecuador se instituyeron Tribunales Constitucionales, sin embargo, la estructura y atribuciones de estos no eran precisamente las de un organismo que ejerce su acción de forma plena y exclusiva como jurisdicción constitucional. Así, en la Constitución de 1945 se introdujo, por vez primera, el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) como órgano de control constitucional, en reemplazo del Consejo de Estado; no obstante, muchas de las atribuciones que le fueron conferidas no eran propias de la jurisdicción constitucional (Salgado: 2008, 157). Con escasas competencias, las funciones del Tribunal se limitaban a la suspensión temporal de las leyes, ya que era el Congreso Nacional el que ostentaba de forma exclusiva la atribución de declarar su inconstitucionalidad.

El TGC será eliminado de las subsiguientes normas fundamentales. Reaparecerá, sin embargo, en la Constitución de 1967, si bien continúa sin estar facultado para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la ley. En 1979, tras el fin de la dictadura militar, se aprueba una nueva Constitución, que prevé también la existencia de un Tribunal Constitucional (TC), aunque con atribuciones igualmente limitadas, dado que no logra consolidar su posición como principal órgano que ejerce el control de constitucionalidad de la ley.

El poder Legislativo es el máximo intérprete de la Constitución, y solo a través de sus resoluciones es posible declarar la inconstitucionalidad de la ley con efectos generales. Además, las Salas de la Corte Suprema aplicaban el control abstracto sobre las leyes, decretos y reglamentos; y, por su parte, los tribunales de última instancia tenían entre sus atribuciones la potestad de inaplicar la ley para cada caso concreto (art. 138 Constitución de 1979).

Con las reformas constitucionales efectuadas en 1992 el TGC se convierte en el encargado de aplicar, en primera instancia, el control abstracto de constitucionalidad, mientras que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ejecuta el control de la ley en última instancia, de forma que sus sentencias producen efectos generales (Salgado: 2008, 163). Lo cierto es que, durante este periodo, en el Ecuador se implementó una suerte de control dual de constitucionalidad, al haberse instaurado una jurisdicción constitucional de doble instancia, en manos de dos órganos con diferentes competencias.

Finalmente, en la reforma constitucional de 1996 el TC será designado como el encargado de aplicar el control de constitucionalidad sobre la ley, convirtiéndose así en la instancia definitiva para resolver los procesos judiciales en materia constitucional. Merece la pena destacar que esta reforma constitucional permitió la introducción de la acción de amparo y el *habeas data* como garantías jurisdiccionales. Más adelante, en la Constitución Política del Ecuador de 1998 se implementó el control difuso de constitucionalidad, de forma que todos los jueces se encontraban facultados para examinar la constitucionalidad de la ley, generando sus sentencias efectos *inter partes*. Con el fin de evitar que en casos análogos se produjeran distintas interpretaciones respecto a la constitucionalidad de una norma, el TGC realizaba el control posterior de las sentencias emitidas por los jueces de la justicia ordinaria.

A partir de la Constitución de 2008, la forma de concebir la organización del Estado en el Ecuador tiene un impacto directo sobre el control judicial de constitucionalidad, dado que todos los jueces ocupan un sitio estelar como custodios de los derechos de quienes acuden ante la administración judicial. Así sucede, al menos, en el plano formal, pues en la práctica jurisdiccional existe una brecha marcada entre el diseño formal y la materialización del estado de derechos. «El juez, en un estado constitucional, no puede ser solamente ‘boca de la ley’. El juez tiene que aplicar principios que constan en la Constitución y convertirse en ‘cerebro y boca de la Constitución’» (Ramiro Ávila Santamaría: 2011, 124). Es preciso, por tanto, prestar especial atención al rol de los jueces dentro del garantismo constitucional, tanto desde una perspectiva formal como en el ejercicio de la práctica judicial.

La configuración del ordenamiento jurídico ecuatoriano como Estado constitucional de *derechos* y *justicia social* no es una mera cuestión

semántica, antes bien, conlleva un cambio radical en la comprensión del propio ordenamiento jurídico. En el campo normativo se pasó del imperio de la ley al estilo kelseniano, tal y como se había concebido en las Constituciones durante el siglo XX, a una «Constitución viva», en palabras de Peter Häberle (2013), a inicios del siglo XXI. En el «nuevo momento constitucional» ecuatoriano, la comprensión del ordenamiento jurídico se debe hacer a la luz de los derechos fundamentales que emanan de la Constitución y los instrumentos internacionales ratificados por el Estado. Se ha de garantizar su cumplimiento con la misma fuerza coercitiva que revisten las demás normas del ordenamiento jurídico. De este modo, los derechos, dentro del marco constitucional, dejaron de ser una mera declaración o aspiración social, que el Estado de forma aparente garantizaba por el solo hecho de no limitar su ejercicio, y pasaron a convertirse en un imperativo constitucional. Esto es, el Estado no solo debe no limitar el ejercicio de los derechos, sino que además tiene la obligación de crear las condiciones necesarias para que este sea posible por parte de todos los sujetos concernidos.

En el marco de este nuevo orden constitucional que impera en el Ecuador, se entiende que tanto las reglas como los principios son normas constitucionales de igual jerarquía que deben ser aplicadas de una forma *rápida, sencilla y eficaz*, conforme se establece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969¹. De esta forma, los principios y derechos constitucionales poseen por sí mismos fuerza de norma jurídica, de cara a su aplicación y cumplimiento, según lo que se puede deducir del principio de objetividad normativa que se recoge en el art. 11.3 CRE². Por tanto, en un estado de derechos no deben existir limitaciones al ejercicio pleno de las libertades inherentes a todos los seres humanos, salvo cuando con ello se pongan en riesgo los derechos individuales o colectivos de los demás.

De este modo, la garantía de la aplicación inmediata y directa de los derechos de las partes procesales que se establecen en la Constitución y en los instrumentos internacionales demanda inexorablemente la asunción de este nuevo paradigma constitucional por parte de todos los integrantes de la función judicial y, especialmente, de la justicia constitucional. Su éxito depende,

¹ Artículo 25. Protección Judicial 1 CADH: «Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales».

² Art. 11 CRE: «El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte».

en buena medida, de la estructuración de un sistema de justicia rápido, sencillo y eficaz, sin dilaciones o atascos innecesarios. De igual forma, la actuación de la justicia constitucional tampoco se podrá ver sometida a obstáculos que dificulten o hagan imposible una efectiva tutela judicial.

II. EL ESTADO DE DERECHOS Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Desde la óptica constitucional ecuatoriana se concibe al Estado como una forma de organización de la sociedad en la que los derechos por sí solos generan obligaciones entre el propio Estado y los ciudadanos, sin que sea precisa una regla expresa para que aquellos se encuentren garantizados y sean eficaces. En este escenario jurídico, en el que rige el imperio de los derechos, con su efecto irradiante vinculante a todas las decisiones que se tomen dentro del Estado, los jueces, al administrar justicia, deben asumir un rol activo, a fin de tutelar de manera efectiva dichos derechos, conforme se deriva de los elementos constitutivos del Estado. En este sentido, según dispone el art. 1 CRE, «el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada». Con claridad se puede vislumbrar que la redacción de este artículo no contiene un error semántico o es fruto de la mera casualidad al emplear el término «derechos» en lugar de «Derecho», sino que, por el contrario, a partir de esta fórmula surge la obligación de todos los miembros del Estado ecuatoriano de constitucionalizar sus acciones a través de la aplicación de los principios y derechos fundamentales, en todas las esferas de decisión, tanto públicas como privadas.

Desde que el garantismo constitucional se instaló en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir del año 2008, resulta inevitable efectuar un análisis del contenido de la Constitución vigente para entender su fuerza vinculante y prevalencia sobre el resto del ordenamiento jurídico, así como lo que ello representa, particularmente en relación con el sistema de administración de justicia y el rol de los jueces, pues las garantías jurisdiccionales permiten corregir las alteraciones del orden constitucional, es decir, instrumentalizar el desarrollo del estado de derechos. A tal efecto, merece la pena que recordemos las palabras de Bidart Campos, recogidas por Ferreyra, respecto a la fuerza vinculante de la Constitución:

«El documento constitucional escrito de un Estado democrático es un sistema normativo que tiene fuerza obligatoria y vinculante, es decir, que reviste la naturaleza de norma jurídica, descartando absolutamente la posibilidad de que la constitución pueda ser considerada –parcial o totalmente– un texto donde se acumulen ruegos, simples declaraciones o parámetros

orientativos. Su proposición es que la constitución de un Estado democrático tiene fuerza normativa en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implicitudes.» (Ferreyra: 2016, 144)

Entender, en palabras de Bidart Campos, la fuerza obligatoria y vinculante del estado de derechos que rige en el ordenamiento jurídico del Ecuador supone mirar de frente al rol que cumplen en la actualidad los jueces para el desarrollo de las garantías constitucionales. De ahí la afirmación de que la Constitución «vale lo que valen sus garantías» (Ferreyra: 2016, 161), ya que la justicia constitucional requiere tener como centro de su aplicación los principios y derechos reconocidos en la Ley Fundamental, así como aquellos otros que están implícitos en su esencia. No es una labor sencilla, pero sí imprescindible, contar con jueces plenamente comprometidos con el desarrollo de esta pionera forma de concebir el orden constitucional dentro del Estado ecuatoriano.

La justicia constitucional, concebida desde un Estado que funda su actuación en los derechos, necesita de los instrumentos necesarios para hacer viable su validez formal en la práctica. Si bien es cierto que en el Ecuador existe una Corte especializada en el ámbito constitucional, ello no significa que sea el único órgano que debe atender la prevalencia del orden constitucional, pues esta es una tarea de todos los órganos del Estado. De esta forma, el estado de derechos se presenta como un cambio radical en las relaciones jurídicas preexistentes, ya que obliga a resolver desde la Constitución problemas que anteriormente solo se podían solucionar a través del derecho positivo infraconstitucional.

Según señala Luigi Ferrajoli, «[e]l constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales, como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico» (Ferrajoli: 2010, 66). Fácilmente se puede deducir que en este nuevo orden el positivismo sufre una gran transformación, en la medida en que los derechos de los ciudadanos se erigen sobre todo el conjunto de reglas jurídicas establecidas. Aunque las mismas se encuentren dentro de la Carta constitucional estarán sometidas al imperio de los principios y derechos.

III. ROL DE LOS JUECES EN EL DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

En el Ecuador los jueces son garantes del Estado constitucional de derechos y justicia, con la potestad de resolver las causas en función de la normatividad constitucional. Sin embargo, la tutela judicial efectiva y la objetividad normativa son presupuestos constitucionales que en la práctica no han logrado materializarse de forma eficaz. Los principios constitucionales sobre

los que se desarrolla la tutela judicial efectiva se encuentran recogidos en el art. 75 CRE, a cuyo tenor «[t]oda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley».

La CC es el máximo organismo de interpretación y control constitucional, su función es garantizar que las normas jurídicas sean aplicadas por los jueces con estricta observancia de la Constitución. Es un órgano independiente, cuenta con autonomía administrativa y financiera, integrado por nueve jueces, designados por un periodo de nueve años. Los miembros de la CC son designados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y no pueden ser removidos por este organismo, además, tampoco pueden ser reelegidos de manera inmediata (arts. 429 ss. CRE).

Tanto los jueces de la CC como los jueces de la justicia ordinaria se encuentran llamados a hacer efectivas las garantías constitucionales. La jurisdicción ordinaria no puede quedar restringida a la mera aplicación de las reglas jurídicas, debiendo guiar sus pronunciamientos por las normas y principios constitucionales. Materializar el estado de derechos conforme a la Constitución es una tarea predicable de todos los jueces, con independencia de cuál sea su categoría, no solo de los que integran la CC. Así lo dispone el art. 426 CRE, al afirmar que «[l]as juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente».

De acuerdo con la Constitución vigente, por tanto, todos los jueces son parte de la jurisdicción constitucional, ya que tienen el deber de garantizar la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico. No obstante, se ha proscrito de manera tajante la posibilidad de que los jueces ordinarios declaren la inconstitucionalidad de cualquier norma jurídica. Corresponde de forma exclusiva a los jueces que integran la CC resolver las posibles contradicciones que surjan entre la ley y la Constitución. Una garantía jurisdiccional que permite alertar de posibles inconstitucionalidades al aplicar la ley en casos concretos es la consulta de constitucionalidad de la norma. Esta acción es presentada por el juez ante la CC, a petición de alguna de las partes o de oficio, siempre y cuando, a criterio del juez, existan motivaciones suficientes. De esta manera, se evita que cada juez, en casos análogos, redacte sentencias distintas en función de la interpretación discrecional que pudieran realizar de la norma fundamental

Dicho de otro modo, mientras que los jueces pertenecientes al sistema de justicia ordinario ejercen un control constitucional positivo al considerar que

la ley es sustancialmente válida, la CC, por su parte, ejecuta un control de carácter negativo cuando declara inconstitucional la ley que ha sido sometida a consulta. Tal como se encuentra diseñado, el sistema de justicia constitucional en el Ecuador garantiza a las personas cierto grado de certeza respecto a la interpretación de la ley realizada por los jueces, ya que se encuentran sujetos a los dictámenes de la CC. Desde otra perspectiva, se puede entender que esta solución puede llegar a suponer el menoscabo de la facultad de los jueces de aplicar los principios constitucionales de forma inmediata y directa, como es lo propio en un estado de derechos. No obstante, la labor cognitiva de interpretación constitucional de los jueces de instancia debe ser comprendida dentro del marco del activismo judicial y del principio de objetividad normativa, que se encuentra recogido en el art. 11.6 CRE, de acuerdo con el cual «[t]odos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía».

Por su parte, la CC, a raíz de la sentencia N° 001-13-SCN-CC (2013), ha establecido expresamente que en Ecuador existe el control concentrado de constitucionalidad:

«En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez. De este modo, si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, siempre deben consultar a la Corte Constitucional para que sea esta la que se pronuncie respecto a su constitucionalidad»

De conformidad con esta sentencia, por consiguiente, en el Ecuador los jueces de instancia tienen fijado un límite inflexible que prohíbe la declaración de inconstitucionalidad de normas al conocer de un caso concreto, lo que, a su vez, resulta incongruente en un Estado en el que priman los *derechos*. Si bien es cierto que el control concentrado de constitucionalidad permite garantizar la uniformidad de los fallos en materia constitucional, siendo su principal característica su carácter vinculante y *erga omnes*, la forma tan rígida en que ha sido concebido por parte de la CC limita, sin embargo, la aplicación rápida, sencilla y eficaz de la tutela judicial efectiva, sin mencionar la excesiva carga procesal a la que esta queda sometida.

Además, se debe tener en cuenta la textura abierta del Derecho, entendiéndose que los términos jurídicos usados surgen a partir del mismo lenguaje empleado en la vida cotidiana, lo que supone que, en numerosas ocasiones, en el campo del Derecho, así como en la vida cotidiana, las palabras tengan un contenido indeterminado, lo que dificulta su comprensión en situaciones complejas si no se conoce el contexto que rodea a la realidad. A tal efecto, debe ser una labor de todos los jueces, como última alternativa, crear

derechos cuando, en un caso concreto que esté bajo su conocimiento, se transite bajo esta «zona de penumbra» (Pannam: 2008, 77).

Como resulta evidente, las complejidades fácticas habituales que se presentan dentro de los casos concretos en los que el juez debe administrar justicia, dificultan la aplicación del ordenamiento jurídico haciendo uso exclusivo de la lógica por medio de la subsunción de las normas positivizadas. Tal y como señala Ferreyra (2016: 67), «[e]l juez no es un autómatas, ni la actividad jurisdiccional una maquinaria. Y es por tal razón que vale la afirmación de que los jueces crean Derecho. El derecho no está acabado ni en los supuestos en los cuales los jueces analizan el discurso (...); ni en los supuestos en los cuales los jueces adjudican o asocian, bajo su única y exclusiva responsabilidad, un significado jurídico a las expresiones lingüísticas (...)».

Como se ha indicado, el estado de derechos se fundamenta en la inmediata y directa aplicación de las libertades ciudadanas. Sin embargo, la Constitución señala en su art. 428 que, en casos de consulta de constitucionalidad de la norma por parte de un juez de instancia, la CC deberá resolver la acción en un plazo no superior a 45 días, y en caso de no ser resuelta el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente³. En parte, esta disposición constitucional entra en colisión con el principio, igualmente constitucional, de objetividad normativa, al limitar las competencias del juez de instancia en un caso en el que se ha planteado una consulta y la CC no ha emitido pronunciamiento alguno al respecto. En situaciones como estas, ante la aparente colisión de dos normas constitucionales, la CC debe interpretar la Constitución de modo tal que se garantice la validez de ambas disposiciones, así como su aplicación en el sentido que más se ajuste a su contenido integral.

Estas situaciones excepcionales implican una grave vulneración de los derechos de una de las partes procesales; vulneración que podría ser evitada mediante la acción eficaz del juez de instancia, a fin de hacer prevalecer el estado de derechos. Resulta, por consiguiente, imprescindible incorporar un nuevo mecanismo constitucional eficaz para que el juez pueda actuar en estas circunstancias.

A este respecto, de una lectura integral de la Constitución ecuatoriana, a partir de la lógica del garantismo constitucional, cabría entender que los

³ Art. 428 CRE: «Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que, en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente».

jueces, bajo determinadas circunstancias especificadas en la propia Constitución o en la ley correspondiente, deberían tener la facultad de administrar justicia en los casos que consideren que una norma jurídica supone un grave riesgo para el *estado de derechos*.

Pero lo cierto es que la CC ha cerrado las puertas a la posibilidad de aplicar una especie de *control difuso excepcional* por parte de los jueces de instancia, atribución que en la actualidad no se encuentra establecida dentro del ordenamiento jurídico del Ecuador, si bien sí permitiría, en función del grado de vulneración de los principios o derechos constitucionales, que el juez a cargo de sustanciar el proceso se pueda excepcionar de seguir el procedimiento previsto por la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, específicamente en los casos en que, planteada la acción de consulta de constitucionalidad, la CC no resuelva la consulta del juez dentro de los plazos que establece la Constitución y la ley. En estas circunstancias, el juez podría declarar inconstitucional una norma con efecto inter partes, sin perjuicio de que esa decisión estuviera después sujeta a un rígido control posterior por parte de la CC. Inevitablemente, surgiría aquí una fricción intra-orgánica, en la medida en que la acción de un órgano jurisdiccional afectaría a las competencias originarias del legislador, fricción que, pese a no ser deseable, podría ser excepcionalmente necesaria. Como ha señalado Ramiro Ávila, «[e]l poder para resolver conflictos entre órganos o por exceso en sus atribuciones, se transfiere del parlamento a los jueces que tienen competencia constitucional» (Ávila: 2011, 112). Instaurar este procedimiento implicará llevar a cabo una reforma urgente del art. 428 CRE y, de manera concomitante, de las normas infraconstitucionales relacionadas con el mismo.

Lo anotado en líneas anteriores no implica desconocer que los jueces, con carácter general, tienen un límite para ejercer el control judicial de la Constitución frente a las competencias conferidas al legislador y a la CC. Sin embargo, resulta necesario que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se establezcan procedimientos, ante situaciones excepcionales y específicas, capaces de generar la suficiente confianza en la administración de justicia. Este procedimiento puede generar dos efectos positivos en la jurisdicción constitucional: Conminar a la CC a cumplir con sus atribuciones de una forma rápida y eficaz; y garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva a todos los ciudadanos, bajo cualquier circunstancia, más allá de los hechos fácticos.

Para finalizar este apartado es pertinente mencionar el fallo de la CC del Ecuador N° 020-10-SEP-CC, en el que se refiere al importante rol de los jueces dentro del sistema constitucional de derechos y justicia implantado:

«La nueva corriente del constitucionalismo cuestiona la posición del juez como un simple ‘director del proceso’ o espectador; mira al juez imbuido en el activismo judicial, que hace suya la garantía constitucional de

la tutela judicial efectiva; cumple un papel mucho más proactivo e investigativo, más comprometido en lograr la verdad procesal, tomando como puntos referenciales y obligados el ordenamiento jurídico y la realidad social; es decir, siendo ‘el custodio responsable del derecho sustancial disputado por las partes, y perceptivo de las condiciones materiales o sociales que rodean al hecho; dando énfasis a la necesidad de la defensa en juicio o comparecencia de las partes en equidad, con poder suficiente para disponer medidas de tutela urgente, o preventivas, también llamadas medidas de satisfacción inmediata o precautorias, y reafirmando su voluntad de dar a cada uno su derecho en el momento oportuno» (Acción Extraordinaria de Protección, 2010).

IV. LA TEXTURA ABIERTA EN EL LENGUAJE DEL DERECHO (HART)

En el presente apartado se abordará la concepción del constitucionalismo ecuatoriano a la luz de la teoría de Hart sobre el uso del lenguaje y su valor indeterminado en el desarrollo de las normas jurídicas, lo que nos permitirá reconocer que existen casos en los cuales los hechos no se logran adecuar a la generalidad de la norma para poder ser resueltos de forma simple a través de la interpretación analítica, siendo preciso guiarse por los principios constitucionalmente reconocidos para dar una solución atípica a lo prescrito por el ordenamiento jurídico. Aun cuando suponga adelantar conclusiones, la idea final pasa por defender la necesidad de reformar la Constitución de la República del Ecuador en el sentido de garantizar que los jueces de instancia puedan, de forma especialísima, inaplicar normas jurídicas en un caso concreto al ser consideradas opuestas a los principios y derechos que se establecen en la Constitución.

Interesa, en este punto, traer a colación las siguientes palabras de Ferreyra: «[e]l reconocimiento de la Constitución como norma jurídica supone la configuración de una herramienta para el control y, por ende, la limitación del poder. El carácter normativo de la Constitución quiere significar que no estamos en presencia de un mero catálogo de principios, sino de una norma cuyo contenido vincula de modo inmediato a todos los ciudadanos y poderes públicos. Por lo demás, sus preceptos, como regla general, son alegables ante los tribunales y su infracción debe considerarse antijurídica» (Ferreyra: 2015, 141).

Si –como afirma Ferreyra– infringir los preceptos constitucionales es una conducta antijurídica, entonces todos los jueces deben ser entendidos como operadores de justicia especializados que optimizan el desarrollo de la jurisdicción constitucional, y, como tales, son responsables de la obra del deber ser del derecho. En consecuencia, no pueden estar proscritas sus competencias para resolver inconstitucionalidades en los casos de que tuvieren conocimiento, pues de conformidad con las consideraciones realizadas en párrafos anteriores,

cabe entender que el lenguaje del Derecho es indeterminado, con cierta vaguedad para poder ser aplicado en función de la casuística general.

La corriente neo constitucionalista obliga a los jueces de todos los niveles a buscar la vía más idónea para garantizar la aplicación más favorable al contenido formal y sustancial de la Constitución, protegiendo los derechos consagrados en el marco jurídico. En palabras de Hart: «Los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser «automático», son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes» (Hart: 1961, 162). De aquí se deduce que no todos los casos se ajustan con claridad al precepto jurídico que se determina en la norma jurídica, pues hay casos que se encuentran en la «zona de penumbra» y que deben ser tratados por el derecho de una forma particular, instrumentando procedimientos especiales que permitan a los jueces expulsar del orden jurídico normas que vulneran, en el caso específico, derechos. Este camino en la actualidad se encuentra cerrado por la CC.

Y es que, según destaca Hart, «[l]a textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. (...) Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas, que los cuerpos administrativos desempeñan centralmente en la elaboración de *standards* variables» (Hart: 1961, 168-169).

La justicia constitucional, dentro de un Estado donde imperan los derechos por encima de los actos normativos, como es el caso de Ecuador, debe garantizar que todo problema jurídico pueda ser resuelto por los órganos judiciales, desde un caso tan trivial que solo requiere de una simple acción repetitiva aplicando la lógica del derecho, hasta aquellos otros casos que se encuentran en zonas de penumbra, difíciles de resolver por su complejidad factual. En consecuencia, resulta necesario facultar a los jueces de cualquier instancia, bajo estrictos criterios emanados de una reforma constitucional, o de los fallos de la CC, para resolver procesos judiciales que requieran inaplicar normas jurídicas para un caso en concreto, lo que forma parte de las fronteras aún inexploradas del nuevo orden constitucional del Ecuador, orientado hacia la materialización de los derechos.

V. CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LAS NORMAS JURÍDICAS

Como es bien conocido, existen dos sistemas clásicos de jurisdicción constitucional: el modelo de control difuso o americano y el modelo de

control concentrado o europeo, ideado por Kelsen e implementado por primera vez en la Constitución austriaca de 1920. Al analizar, desde una perspectiva diacrónica, las formas de control adoptadas, tanto en los países europeos como americanos, se puede observar que, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se produjo una cierta hibridación de ambos modelos, dando origen a la conformación de sistemas mixtos o duales. De este modo, podemos observar que en la actualidad hay Estados que han implementado sistemas de control constitucional en los que en su configuración inicial predominan características del control difuso o del concentrado, si bien hay otros en los que coexisten ambas formas de control de manera pareja. Fix-Zamudio lo señala con claridad:

«En la práctica estos elementos aparecen matizados, y si bien el predominio de varios de ellos nos permite calificar a un sistema de americano o de austriaco, no podemos considerarlos en forma pura, en virtud de que existe la tendencia hacia su combinación por medio de sistemas que utilizan las ventajas de ambos y eluden los inconvenientes de una estructura rígida, por lo que se han creado los llamados «sistemas mixtos»...» (Fix-Zamudio: 1999, 97).

Podemos concluir que, en realidad, los sistemas de control constitucional responden a las configuraciones jurídicas y sociales propias de cada país. Dado que el presente trabajo tiene como finalidad analizar las implicaciones del cambio del paradigma constitucional en el Ecuador y sus efectos en la jurisdicción constitucional, no podemos detenernos en el estudio extenso de las características de los modelos clásicos del control constitucional, así como los distintos sistemas que se pueden formar a partir de su hibridación. Basta, pues, con dejarlos apuntados.

Las observaciones realizadas al control judicial de constitucionalidad ecuatoriano surgen a partir de la atribución a la CC de la competencia exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de normas, lo que conlleva una restricción tajante del activismo judicial en manos de los demás jueces, lo que contrasta con el nuevo orden constitucional implantado en el Ecuador desde 2008, pues ante una consulta de inconstitucionalidad planteada por un juez en virtud del art. 428 CRE, y pese a no existir el pronunciamiento de la CC dentro del plazo establecido por la norma fundamental, el juez deberá continuar con la sustanciación de la causa, aun cuando considere que desde la concepción misma del nuevo estado de derechos la norma que ha de ser aplicada en el caso concreto es, total o parcialmente, inconstitucional. Este acto de omisión en el que puede incurrir la CC, pese a encontrarse amparado por el art. 428 CRE, en concordancia con el art. 142 de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional (LOGJCC), resulta, sin embargo, contradictorio con el principio de objetividad normativa.

Estas contradicciones contrastan con el activismo judicial que impera en la Constitución y el principio de la tutela judicial efectiva establecido en los arts. 75 CRE y 25 CADH, así como con la finalidad del control concreto de constitucionalidad establecida en el art. 141 LOGJCC, a cuyo tenor:

«El control concreto tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. Los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido».

Resulta, además, inadmisibles que por medio de una ley se distorsione el contenido de la Constitución en lo relativo al procedimiento para la sustanciación de consultas de constitucionalidad realizadas por los jueces de instancia. Lo que resulta aún más preocupante cuando la norma afecta al principio de objetividad normativa y al derecho a la tutela judicial efectiva, que, como ya se ha mencionado, son principios que en el sistema vigente se hallan revestidos de fuerza vinculante.

Ocurre, sin embargo, que en la LOGJCC se establece algo que no está contemplado en la Constitución respecto a la obligatoriedad de continuar sustanciando el trámite a pesar de no existir un pronunciamiento de la CC. Así, de acuerdo con el art. 142 LOGJCC, «(...) cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose (...)

Llegados a este punto, es posible afirmar que existe una cierta contradicción entre las normas recogidas en los arts. 11. 3 y 428 CRE, debido al estricto límite fijado a la acción de los jueces de instancia en aquellos casos en los que se presenta una acción de consulta de constitucionalidad de norma, y específicamente en los que la CC no ha emitido pronunciamiento alguno, lo que puede generar una afectación a los derechos de las partes procesales. Esta situación conduce inevitablemente a un conflicto jurídico interno del juez encargado de administrar justicia, que tiene lugar en aquellos casos en los que la CC, por su exceso de carga procesal, no resuelve la acción de consulta de constitucionalidad realizada, debiendo así el juez continuar con la sustanciación del proceso, pese a considerar que, a la luz del estado de derechos, la aplicación de una norma para el caso concreto es inconstitucional.

Esta casuística pone de relieve, por tanto, una cierta contradicción entre los preceptos constitucionales referidos, pues al no ser resuelta la acción de consulta se presume la constitucionalidad de la norma vigente, sin que exista un análisis jurídico de los hechos facticos del proceso en concreto.

VI. EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD

Como es bien conocido, el control de constitucionalidad difuso, conocido como sistema americano, consiste en que los jueces de instancia durante la sustanciación de un proceso en concreto, al encontrarse frente a una inconstitucionalidad debidamente razonada y motivada, tienen la facultad de realizar el control constitucional e inaplicar la norma en cuestión. Si bien es cierto que el efecto de los fallos judiciales en este tipo de control es *inter partes*, se ha de evitar caer en ambigüedades o tener múltiples fallos para casos de similares características, pues algo así podría vulnerar la seguridad jurídica.

Es preciso, a tal efecto, recordar lo que establecía la anterior Constitución Política del Ecuador de 1998, en su art. 274: «Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallas sobre el asunto controvertido».

No se trata ahora de reimplantar el control judicial de constitucionalidad previsto en la Constitución de 1998, pero sí de recoger ciertos elementos que permitan perfeccionar el actual control de constitucionalidad aplicado en el Ecuador por parte de la CC, que si bien es cierto que favorece la uniformidad de criterios en la administración de justicia, no deja de ser, sin embargo, excesivamente rígido frente a la proscripción de resolver inconstitucionalidades de las normas jurídicas en un caso concreto por parte de los jueces de instancia, quienes, como sabemos ya, también tienen el deber de garantizar la administración de justicia en el marco de los derechos constitucionales.

VII. CONCLUSIONES

Se debe promover un proceso de reforma del art. 428 CRE y del art. 142 LOGJCC ante la Asamblea Nacional, por encontrarse limitados los principios de objetividad normativa y de tutela judicial efectiva fijados en los arts. 11.3 y 75 CRE, ya que establecen que, una vez culminado el plazo de cuarenta y cinco días para sustanciar la consulta de constitucionalidad, en caso de no pronunciarse la CC, el juez de instancia deberá continuar con la sustanciación de la causa, reservándose el perjudicado el derecho de interponer la acción correspondiente. En casos excepcionales, el juez de instancia debería tener la potestad de resolver de forma motivada la inconstitucionalidad que

subyace en el caso concreto, bajo un rígido control de estas acciones, sin necesidad de aplicar el procedimiento establecido en el art. 428 CRE.

La CC del Ecuador, en el marco de sus competencias, teniendo en consideración el rol activo que cumplen los jueces, el principio de objetividad normativa y la tutela judicial efectiva, ante la falta de acción del legislador y la apremiante necesidad de tutelar los derechos de los ciudadanos ecuatorianos, y a partir de la constatación de que, al igual que sucede en otros países latinoamericanos, en Ecuador existe también una marcada laxitud para tutelar los derechos por parte de los organismos estatales correspondientes, debería emitir una sentencia interpretativa a través de la cual establezca un procedimiento extraordinario de control difuso de constitucionalidad, exclusivo para los casos en los que existe un riesgo de grave vulneración de derechos.

Resulta evidente que la reforma del art. 428 CRE, tal y como se ha planteado en líneas anteriores, pone en cuestión el principio de separación de poderes y de legitimidad democrática, principios sobre los cuales se ha construido la organización del Estado moderno. Sin embargo, esta vía puede ser considerada, y solo ser utilizada, como un mecanismo excepcional que genere efectos de forma exclusiva para las partes procesales, como *ultima ratio* frente a las omisiones normativas en las que puede llegar a incurrir el legislador, o a fin de aliviar la prolijidad en el ejercicio de las competencias del más alto tribunal del Estado en materia constitucional. Si bien es cierto que los jueces constitucionales no se encuentran investidos de legitimidad popular en vía directa, y mucho menos ostentan competencias legislativas originarias, al ser órganos jurisdiccionales, no es menos verdad que sus atribuciones emanan de la Constitución y, por ende, se legitiman de forma indirecta, tanto por el proceso al cual son sometidos para su designación, como por su eficacia en el ejercicio de sus funciones. En todo caso, la legitimidad democrática siempre es deseable, pero no es un factor restrictivo frente a las demás fuentes de legitimidad.

Sería inadmisibles pues, que, dentro del moderno paradigma constitucional, el juez de instancia se viera obligado, por imperativo constitucional, a continuar sustanciando una causa contra su propio criterio. Esto podría deslegitimar la eficacia normativa de la Constitución y el rol que los jueces deben asumir en un modelo garantista de la misma como pretende serlo el ecuatoriano.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA SANTAMARÍA, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito- Abya Yala, Universidad Politécnica Salesiana. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Fundación Rosa Luxemburg

- FERRAJOLI, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, S.A.
- FERREYRA, R. G. (2015). *Fundamentos Constitucionales*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- (2016). *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías* (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- FIX-ZAMUDIO, H. (1999). Aproximación al Derecho procesal constitucional. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (3), 89-120.
- HÄBERLE, P. (2013). La sociedad abierta de los interpretes constitucionales. *Contextos*, 163- 168.
- HART, H. (1961). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot S.A.
- PANNAM, C. (2008). El profesor Hart y la Filosofía analítica del Derecho. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 77.
- SALGADO, H. (2008). *La justicia constitucional en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Jahreszeiten Verl.

EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA GOBERNANZA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA¹

The principle of good administration and governance in public procurement

Vicente Garrido Mayol
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia
vigama@uv.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp115-140](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp115-140)

Recibido: 29.09.2020

Aceptado: 21.12.2020

Resumen

Las exigencias de la sociedad sobre la administración pública pasan por profundizar en el comportamiento y en la dedicación profesional, sobre todo, de los administradores y gestores públicos. Todo ello no es más que trasunto del principio de buena administración que, como ya he destacado, es hoy un derecho de los ciudadanos, que reclama mayor objetividad en la toma de decisiones, mayor intensidad en la defensa de los derechos de los ciudadanos, más transparencia, más control y, sobre todo una más proactiva rendición de cuentas. Se trata, en definitiva, de imbuir a los gestores públicos y a los ciudadanos que más frecuente y estrechamente se relacionan con ellos, de sentimientos de ética, de rectitud y de honestidad capaces de impedir prácticas corruptas.

Palabras clave

administración; gobernanza; contratación pública; corrupción.

¹ Texto ampliado y corregido de la Ponencia presentada en la XXXII edición del Congreso anual de EBEN Europa y del XVII Congreso EBEN España.

Abstract

The demands of society on public administration go through deepening the behavior and professional dedication, above all, of public administrators and managers. All this is nothing more than a transcript of the principle of good administration which, as I have already highlighted, is today a right of citizens, which demands greater objectivity in decision-making, greater intensity in the defense of citizens' rights, more transparency, more control and, above all, more proactive accountability. Ultimately, it is a matter of imbuing public managers and the citizens who are most frequently and closely related to them with feelings of ethics, rectitude and honesty capable of preventing corrupt practices.

Keywords

Administration; Governance; Public Procurement; Corruption.

SUMARIO: I. NOTA PREVIA SOBRE LA GOBERNANZA. II. LA GOBERNANZA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. III. LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. IV. FRENTE A LA CORRUPCIÓN, BUENA ADMINISTRACIÓN. V. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA. VI. LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. VII. LOS PRINCIPIOS Y NORMAS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. VIII. DE LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA AL DELITO: LA COMPLEJA LÍNEA DIVISORIA. IX. REFLEXIÓN CONCLUSIVA. BIBLIOGRAFIA.

I. NOTA PREVIA SOBRE LA GOBERNANZA

La Gobernanza es un término antiguo, pero de moda reciente, especialmente en el ámbito de la Unión Europea. También la OCDE (Organización intergubernamental cuya misión es promover el desarrollo integral y sostenible con el fin de mejorar el bienestar y calidad de vida de las personas alrededor del mundo) ha usado el término a partir de los años noventa al constatar que la mala, o la ausencia de, gobernanza era una barrera importante para el desarrollo económico de los países subdesarrollados.

El uso constante del término *gobernanza* se ha extendido hacia distintos ámbitos, como el de la administración pública, las relaciones internacionales, la Unión Europea, las corporaciones de derecho público, e incluso privadas, etc...².

Viene utilizándose, como he advertido, desde la década de los noventa, para designar la necesidad de eficacia, de calidad y de buena orientación de la actuación del Estado, de los poderes públicos, buscando una «nueva forma de gobernar» alejada de las disfunciones, defectos y corruptelas que son, desgraciadamente, frecuentes en la gobernación del Estado y, de sociedades y corporaciones.

Pero, atención, no sólo afecta a quienes tienen responsabilidades de gobierno sino también a quienes de forma indirecta participan o se relacionan con actividades de gobernación: los contratistas, que en ocasiones enturbian la buena orientación de la actividad pública mediante prácticas colusorias, sobornos, cohechos, o financiación ilegal de partidos o políticos.

En el ámbito de la Unión Europea siempre se ha percibido una constante sensibilidad por la adecuada gobernación. La Comisión Europea, en su Libro Blanco sobre la Gobernanza europea (2001) la definió como el conjunto de «*Reglas, procesos y conductas que afectan el modo como se ejerce el poder a nivel europeo, particularmente en lo que se refiere a ... la participación, la responsabilidad, la efectividad y la coherencia*».

² Treviño Cantú, J.A.» Gobernanza en la administración pública. Revisión teórica y propuesta conceptual». *Contaduría y administración*, n.º.233 México ene-abr, 2011.

Es un concepto estrechamente ligado al de «buena administración», principio inspirador, primero, y derecho fundamental después, reconocido en la Carta Europea de DDFE, que se concreta, como nos recuerda Rodríguez Arana, en una determinada manera de administrar lo público caracterizada por la equidad, la objetividad y los plazos razonables.

Y señala que la proyección de este derecho ciudadano básico, de naturaleza fundamental, supone la existencia de un elenco de principios generales y de un repertorio de derechos ciudadanos que en el procedimiento administrativo adquieren una relevancia singular. Estos derechos componen, junto con las consiguientes obligaciones, el estatuto jurídico del ciudadano ante la administración pública³.

Como he indicado, en la Carta Europea de Derechos Fundamentales se proclama –art. 41– el derecho de toda persona a una buena administración que comporta, que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

Pero, además, la buena administración exige que toda persona debe ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, y el de acceder al expediente que le afecte –dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercia– y, en último término, el derecho a que la Administración motive y razone sus decisiones⁴.

Como colofón a la proclamación del derecho a la buena administración y ligado a él, se reconoce el derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. No es más que expresión del principio de la responsabilidad patrimonial de la Unión por actos o disposiciones provenientes de sus órganos, autoridades o funcionarios.

³ Rodríguez Arana, J. «Gobernanza, buena administración y Gestión Pública». Ponencia presentada en Congreso, que puede consultarse en aragonparticipa.aragon.es/sites/default/files/ponencia_jaime_rodriguez_arana.pdf

⁴ El Tribunal Supremo, en STS de 3 de noviembre de 2015, afirmó que: «... *cabe significar que los principios de transparencia y buena administración exigen de las autoridades administrativas que motiven sus decisiones y que acrediten que se adoptan con objetividad y de forma congruente con los fines de interés público que justifican la actuación administrativa, tomando en consideración todas aquellas circunstancias que conforman la realidad fáctica y jurídica subyacente.*»

Por su parte, en la STS de 20 de noviembre de 2015 expresó que «... *tuvimos en nuestra Sentencia de 11 de julio de 2014 ocasión de afirmar*» que «*Formulada una determinada solicitud a la Administración por persona legitimada al efecto ... dicha persona tiene derecho a obtener una respuesta de aquélla y a que por tanto la Administración se pronuncie sobre su solicitud.*»

Por último, y ligado a este derecho a la buena administración, se proclama la facultad de toda persona de dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y la correlativa obligación de recibir una contestación en esa misma lengua.

En España, como más adelante veremos, el derecho a la buena administración está implícitamente reconocido en la Constitución, y más recientemente en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Y también la jurisprudencia se ha hecho eco del principio de buena administración, como lo muestra la STS de 30 de Abril de 2012, que califica el derecho a una buena administración como «*derecho de última generación*» y lo vincula al principio de transparencia y el derecho de acceso a registros y archivos.

II. LA GOBERNANZA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Estas necesarias buenas prácticas que constituyen el principio de buena administración han preocupado a la Unión Europea en relación con la contratación pública. Así se puede constatar en las diferentes Directivas desde 1989 hasta de 2004 (que dieron lugar a la LCAP de 1995 y a la LCSP de 2007), y en las más recientes de 2014 que ahora se traspusieron más recientemente mediante la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público⁵.

Si nos trasladamos al ámbito de la contratación pública constataremos la importancia de la gobernanza.

La contratación es la principal actividad mediante la cual los poderes públicos ejecutan sus políticas en determinados sectores de su ámbito de actuación. Sirve para el cumplimiento de los fines de los gobiernos, para desarrollar su acción política. Se dedican a ello cantidades ingentes de las arcas públicas y por ello, sin una competencia real, la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios resulta más costosa para el erario público y deja al descubierto una importante desviación de recursos públicos. En tiempos de crisis –como los que hemos vivido– son mucho más visibles estos efectos, que provocan una evidente desafección ciudadana.

⁵ Esta Ley, y la de contratación en sectores especiales, eran el medio jurídico para la transposición en España de las Directivas Europeas 2014/23, 2014/24 y 2014/25. La transposición de dichas Directivas vencía el 18 de abril de 2016. La situación política de España, con un gobierno en funciones sin posibilidad de aprobar proyectos de ley, impidió el cumplimiento del plazo. Hubiera podido respetarse vía proposición de ley, pero la complejidad técnica de la materia a regular no lo hizo aconsejable. De cualquier manera, ha habido coincidencia en estimar que, dada la claridad y precisión de sus disposiciones, tales Directivas podían considerarse, vencido el plazo de su transposición, directamente aplicables, de acuerdo con la doctrina del TJUE.

Posiblemente junto con la actividad urbanística, en el ámbito de los contratos públicos, por su impacto económico, es donde existen mayores tentaciones y más oportunidades de corrupción en las distintas actividades de gestión pública⁶.

Ese elevado volumen de recursos que moviliza la contratación explica el avance de prácticas perniciosas, pues como he indicado, se dedican muchos recursos públicos a contratar obras, servicios o adquisición de bienes. Y cuanto más complejo es lo que se pretende contratar, mayores oportunidades existen para prácticas corruptas.

Pero no olvidemos que en los últimos años se han observado también prácticas indebidas en los contratos menores, que, en ocasiones, se han utilizado para burlar la normativa sobre contratos y, a veces, para la financiación ilegal de partidos políticos o la adjudicación directa a personas o empresas afines⁷, creando de esta manera una red clientelar en beneficio propio.

Transparencia Internacional insiste en que el mercado de los contratos públicos existe evidentes tentaciones y oportunidades a la corrupción en el ámbito del sector público. Así, ha advertido que «la corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno.⁸

III.LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Es un fenómeno negativo que, desgraciadamente, se observa en todo tiempo y lugar, y que afecta negativamente a una sociedad desde la perspectiva

- de la ética
- de la administración de los recursos públicos
- de la debida igualdad en el tratamiento de los ciudadanos.

La corrupción no es un mal propio de un lugar y de un tiempo determinados. Siempre se ha percibido su existencia, en cualquier época, bajo regímenes de distinto signo y en cualquier parte del mundo. Ahora bien, la salud de un sistema democrático, –único en el que se puede luchar eficazmente contra

⁶ Gimeno Feliu, J.M. «El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control», en *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, nº 2, septiembre-diciembre de 2016.

⁷ Gimeno Feliu, J.M., «El necesario big-bang...» op. cit.

⁸ 1 http://www.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas.

la corrupción—, no consiste en la ausencia total de tal cáncer social, sino en la existencia de mecanismos variados y contundentes de reacción.

Porque resulta evidente que los niveles de prácticas corruptas son mayores cuando existen debilidades jurídicas que permiten la fuga de los principios de igualdad de trato⁹ y de transparencia, y de valores como la decencia, la ética o la integridad.

Por ello, la lucha contra la corrupción no solo es importante desde la perspectiva de la decencia y de la ética, sino también desde el punto de vista económico, del manejo de los recursos públicos.

Es verdad que en ocasiones se trasladan a la opinión pública determinados casos que, debidamente aderezados, adornados y malintencionadamente manipulados, se presentan como casos de corrupción, sin serlo, lo que contribuye, negativamente, a amplificar y magnificar este fenómeno tan nocivo que corre a la sociedad.

En la esfera política hay que resaltar que la Unión Europea ha mostrado siempre una especial preocupación por la limpieza en la contratación pública. De hecho, las legislaciones nacionales son tributarias, en cuanto a principios que rigen la materia, de las Directivas comunitarias que han ido señalando en camino por donde debía transcurrir la normación de la contratación pública.

Así, el Parlamento Europeo ha señalado que

«el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción» y ha destacado que *«estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea»*. Por ello, ha instado a los Estados miembros a que establezcan como máxima prioridad la lucha contra la corrupción en la contratación a través de una adecuada aplicación de las Directivas sobre contratos públicos, merced a los *«efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior»*¹⁰.

La Unión Europea ha mostrado una constante preocupación por los supuestos de corrupción: en el Informe Anticorrupción de 2014, insiste en la necesidad de una actitud proactiva contra las prácticas corruptas. Previamente la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública, señaló en su apartado 44

⁹ Gimeno Feliu, J.M. «La ley de contratos de sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública». *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº147 (2010), pág. 533.

¹⁰ Vid. en el documento de Transparencia Internacional «Propuestas electorales a los partidos políticos sobre transparencia y prevención de la corrupción».

que «*la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas*».

Por ello las Directivas de 2014,—en concreto la 23 intitulada Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés— proclaman que «*Los Estados miembros exigirán a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras que tomen las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de adjudicación de concesiones a fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores*».

Pero también en otros ámbitos se ha percibido una preocupación por la limpieza en la contratación pública. El Acuerdo sobre contratación pública revisado es el primer Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio celebrado con el objetivo de promover la buena gobernanza al prescribir que las partes lleven a cabo sus contrataciones evitando conflictos de intereses y prácticas corruptas. Esta prescripción está reforzada por disposiciones específicas en el Acuerdo sobre la transparencia y por procedimientos en virtud de los cuales un proveedor puede impugnar una infracción del Acuerdo y/o la legislación nacional conexas¹¹.

¿En qué momentos del proceso de contratación se pueden observar prácticas corruptas? Gimeno Feliu los concreta en los siguientes¹²:

- Creando maliciosamente servicios u obras innecesarios
- Facilitando información que produzca desventaja a unos licitadores respecto del favorito
- Estableciendo condiciones o requisitos que puedan tener por objeto la creación de obstáculos injustificados
- Recurriendo frecuentemente al procedimiento negociado sin publicidad cuando no siempre se cumplen los requisitos para ello
- Fraccionando el objeto del contrato para burlar las normas de publicidad y concurrencia
- Haciendo uso abusivo del contrato menor

¹¹ Actualmente, 45 miembros de la Organización Mundial del Comercio son parte en el Acuerdo sobre la contratación pública, y otros 30 miembros y 4 organizaciones internacionales participan como observadores en el Comité de Contratación Pública del Acuerdo.

¹² Vid. al respecto, Gimeno Feliu, J.M. «La ley de contratos de sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública». *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº147 (2010), pág. 533.

- Inobservando el cumplimiento de requisitos que deben reunir los licitadores
- Procediendo a una ponderación inadecuada de los criterios de adjudicación
- Propiciando cierto oscurantismo en la tramitación de los expedientes e impidiendo el acceso al expediente con la excusa de la confidencialidad
- Obviando controles efectivos sobre la ejecución del contrato
- Realizando injustificadas modificaciones que quiebran el principio de concurrencia al impedir una nueva licitación.

A los que cabría añadir el recurso frecuente a expedientes de enriquecimiento injusto por no haber preparado el concurso correspondiente tempranamente y propiciar la proroga indebida del contrato.

En este contexto, *Transparencia Internacional España*¹³ elaboró un documento con una serie de medidas dirigidas a los partidos políticos, para ser asumidas por todos ellos, a fin de conseguir una contratación pública más transparente y eficiente, y, en definitiva, cumplir con el principio originario en el derecho comunitario, pero ya inserto en el Tratado de Lisboa y, por ende, en el ordenamiento interno español, de buena administración.

Dichas medidas pretenden incrementar la transparencia desde la perspectiva de favorecer la concurrencia como de la rendición de cuentas; fortalecer los comportamientos éticos y la profesionalización; mejorar los mecanismos de control como estrategia para prevenir la corrupción; y lograr un perfeccionamiento de la legislación vigente¹⁴.

¿Y cómo se pueden combatir esas malas prácticas en la contratación pública? *Transparencia Internacional* propone una serie de medidas como las siguientes:

¹³ *Transparencia Internacional España* es el capítulo español de *Transparencia Internacional*, una organización no gubernamental a escala universal dedicada a combatir la corrupción, que integra a representantes de la sociedad civil, sector privado y determinados gobiernos.

¹⁴ Su propósito es luchar a doble escala, entre quienes corrompen y quienes permiten ser corrompidos.

¹⁵ En el ámbito internacional, TI impulsa campañas de concienciación sobre los efectos de la corrupción, promueve la adopción de reformas políticas, el establecimiento de convenciones internacionales sobre la materia; alienta la adhesión a las mismas y luego observa la implementación de dichos acuerdos por parte de los gobiernos, corporaciones y empresas. Asimismo, a nivel nacional, los capítulos de *Transparencia Internacional* actúan en procura de una mayor transparencia y la materialización del principio de rendición de cuentas. Con este fin, TI monitorea el desempeño de algunas instituciones claves y ejerce presión para la adopción no-partidista de las reformas que sean necesarias. Vid. más ampliamente en Wikipedia.

¹⁴ Pueden consultarse en la web de dicha ONG.

- facilitando abundante información sobre licitación en curso: un portal único
- reforzando los sistemas de control, inspección y auditoría en la contratación del sector público.
- elaborando y publicando análisis comparativos sobre los costes efectivos de servicios similares.
- evitando que en las mesas de contratación haya representación política y procurando la profesionalización de sus integrantes.
- consolidando el sistema de tribunales administrativos, garantizando su status de independencia y ampliando sus competencias.
- protegiendo al delator o informador de casos de corrupción.
- aplicando normas de contratación a partidos, sindicatos y organizaciones empresariales cuando su fuente de financiación sea mayoritariamente pública.
- codificando la normativa de contratación.

Como veremos más adelante, las anteriores medidas han sido recogidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

IV. FRENTE A LA CORRUPCIÓN, LA BUENA ADMINISTRACIÓN

En el Preámbulo de las Directivas de 2014, en concreto, de la nº 23, se puede percibir esta preocupación cuando se lee que para determinar la organización de sus servicios «los Estados miembros son libres, dentro del respeto de los principios del TFUE sobre igualdad de trato, no discriminación, transparencia y libre circulación de personas contemplados en el Tratado...»

Es lo que se conoce como buena administración, que es un derecho de los ciudadanos, nada menos que, como ya he indicado, un derecho fundamental, –reconocido en el art. 41 de la Carta Europea de Derechos fundamentales¹⁵– y, también, un principio de actuación administrativa. Los ciudadanos tienen

¹⁵ El art. 41 de la Carta establece: «1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua».

derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la Administración. Y la Administración está obligada, en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general.

Ahora se postula «un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI. El paradigma del buen gobierno y la buena administración.» Ponce Solé distingue la idea de «buen gobierno» o modo en que el ejecutivo desarrolla sus funciones reglamentarias y políticas, de la idea de «buena administración» que se refiere al modo de gestión administrativa, que se incumple con la gestión negligente o la corrupción¹⁶.

En la UE siempre se ha percibido una preocupación por establecer una serie de normas que redujeran las posibilidades de corrupción mediante el establecimiento de una serie de principios cuales son el de objetividad, igualdad de trato y transparencia en la adjudicación de los contratos públicos. Ya en la Directiva 2004/18, de 31.3 se establecieron 5 obligaciones para los Estados miembros, –España la transpuso mediante la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuando había transcurrido el plazo de transposición (1.2.2006), en relación con la preparación y adjudicación de los contratos públicos, que Gimeno Feliu sintetiza del siguiente modo¹⁷:

1. Publicidad, que comporta concurrencia, en contratos que superen determinado umbral económico. Obligación de publicar los anuncios en el DOUE
2. Transparencia en los procedimientos de contratación
3. Equivalencia de las especificaciones técnicas
4. Homologación de las aptitudes de los contratistas
5. Objetividad en los criterios de adjudicación.

Antes he hecho referencia al principio de buena administración, del que derivan otros muchos que han surgido del ámbito comunitario, sometido en este aspecto más a principios que a normas de derecho positivo, como ha señalado Moreno. Y así, hay que citar los principios

- de libertad de acceso a las licitaciones
- de publicidad y transparencia de los procedimientos

¹⁶ Ponce Solé, J. «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración» *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 175, Enero-Marzo 2016.

¹⁷ Gimeno Feliu, J.M. «La ley de contratos de sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública». *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº147 (2010), pág. 520.

- de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos
- de objetividad y neutralidad

Principios, todos ellos, que son fundamento de las disposiciones normativas dictadas en el seno de los Estados miembros¹⁸.

Y en este sentido, en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público se indica (art. 1) que se pretende garantizar que la contratación pública se ajuste a los principios de:

- libertad de acceso a las licitaciones
- publicidad
- transparencia de los procedimientos
- no discriminación
- igualdad de trato entre los licitadores
- y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

V. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA

He advertido antes que en España ese derecho a la buena administración, aún sin citarlo expresamente, se halla reconocido en el art. 103 de la Constitución, cuando proclama que «*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*». Estos principios no son exclusivos, sino que acogen o engloban o se relacionan con otros muchos que son presupuesto o consecuencia de los expresamente citados, como así ha tenido ocasión de recordarlo el Tribunal Constitucional (así, el principio de neutralidad (STC 77/1985), el de racional uso de los recursos públicos, o más recientemente, el de estabilidad presupuestaria constitucionalizado en el art. 135 de la Carta

¹⁸ Moreno Tortajada, J.A. «Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley de contratos del sector público», en *Revista Jurídica de Navarra* nº 45 (2008), pág. 47 y Valcárcel Fernández, P., «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública», en *Por el Derecho y la Libertad, Libro Homenaje al Prof. Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, 2014, Tomo II, pág. 1905.

Magna). Si a ello unimos que la Constitución proclama, –garantiza, dice– la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos(art.9.3), podemos afirmar que, al menos en el plano normativo, al más alto nivel, está consagrada la buena gobernanza.

Pero no sólo a nivel constitucional. Reconociendo que el buen gobierno y la buena administración o gestión pública están relacionados, o deben estarlo, como la cabeza y el cuerpo, la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las AAPP establece en su art. 13. d), el derecho de los ciudadanos «Al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico».

Y el artículo 26 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, intitulado «Principios de buen gobierno», establece que autoridades y funcionarios, adecuarán su actuación a una serie de principios, de tal suerte que:

- Actuarán con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y con el objetivo de satisfacer el interés general.
- Respetarán el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular.
- Asegurarán un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones.
- Pondrán en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento.
- No aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente.
- Desempeñarán sus funciones con transparencia.

VI.LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La regulación de la contratación pública en el seno de la Unión Europea se operó, tras Directivas de alcance más modesto¹⁹, a través de la Directiva

¹⁹ La actividad normativa de la UE en materia de contratación comienza hace 25 años, con la Directiva 1992/50, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación en los contratos de servicios, a la que siguieron la Directiva 1993/36, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación en los contratos de suministro, y la D. 1993/37,

2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, (en lo sucesivo, Directiva 2014/23/UE, Directiva 2014/24/UE y Directiva 2014/25/UE).

En este ámbito, la actividad normativa de la UE a través de sus numerosas Directivas sobre la materia ha provocado la necesaria reforma de nuestra legislación, para adecuarla a aquellas, para cumplir con nuestra obligación de transposición. Bien es verdad que hay quien se ha quejado de la ambición regulatoria de la UE que ha incrementado exponencialmente la extensión y complejidad técnica de este sector de la legislación²⁰.

Se ha observado en España, en los últimos años, una constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública, que ha producido cierto hastío cuando no inquietud y zozobra en cualquier jurista²¹. No son muy antiguas las normas reguladoras de la contratación pública en España: de 1963 es la Ley de Bases de contratos del Estado, a la que siguió dos años después un Texto articulado que desarrollaron dos Reglamentos de 1967 y 1975; más tarde la LCAAPP, ley 13/95 y su Reglamento parcial de 1996; luego el TR RDL 2/2000 y su Reglamento general de 2001; y por fin, la Ley 30/2007, LCSP que culminó con el TR RDL 3/2011, que fue derogado por la Ley 9/2017, vigente.

Fueron todas estas normas frecuente e intensamente modificadas: cientos de sus artículos, por medio de decenas de leyes.

Confiemos en que el legislador de 2017 haya acertado para lograr una ley perdurable en el tiempo, o lo que es lo mismo, estable, que es uno de los

sobre los de obras. Todas ellas fueron sustituidas por la Directiva 2004/18, sin olvidar las dictadas para los contratos en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales.

²⁰ Santamaría Pastor, J.A., «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», en *La contratación pública: problemas actuales*. Tomás Cano y Elena Bilbao, Coord. Consejo Consultivo de Madrid, 2013, p. 31. Considera que se valoraba como la suma de todas las virtudes posibles, instando a abandonar ese papanatismo pueblerino, pues la normativa comunitaria en general, y especialmente la de contratos es un desastre sin paliativo que ha ocasionado en todos los Estados miembros dificultades sin cuento complicando y retardando la acción pública sin apenas beneficios funcionales. En su opinión, la Directiva de 2004, era ya altamente cuestionable por su complejidad sin sentido; y las de 2014 producen auténticos estremecimientos.

²¹ Santamaría Pastor, J.A., op. cit., « p. 19 y ss.

rasgos que deben perseguir los legisladores y que pone de manifiesto la bondad o ineficacia de una norma del máximo rango²².

¿Tantas reformas han servido para acabar con la corrupción? Eso sería tanto como pretender que normativamente se erradicara la maldad humana. Pero no se puede obviar que cuantas mayores sean las medidas adoptadas y más precisa la regulación en esta materia, más difícil será la práctica de conductas reprochables.

Ahora bien, como ha señalado Santamaría, la lucha contra la corrupción, que es un fenómeno trasversal a todos los gobiernos países y épocas, no depende solo de las medidas legislativas, sino también, del sistema de financiación de los partidos, del nivel de preparación, profesionalidad y retribución de los políticos, del control a posteriori de los supuestos de enriquecimiento de origen opaco, y de la ética general de la población en cuanto al manejo de los fondos públicos.

El ámbito de la contratación pública, dentro del más amplio de la actividad administrativa, es, como he advertido, en el que existen mayores tentaciones y oportunidades a la corrupción y donde se han observado más conductas ilícitas al respecto. El factor principal del desperdicio y de la ineficiencia en el manejo de fondos públicos lo encontramos ahí. Transparencia Internacional ha llegado a estimar en un 10% el gasto que se desperdicia en corrupción y sobornos. De ahí que se insista en promover la ética pública y la responsabilidad empresarial como armas eficaces para luchar contra tales males. (Empecemos por nosotros mismos: IVA, SS de empleados...)

VII. LOS PRINCIPIOS Y NORMAS QUE DEBEN REGIR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como he señalado anteriormente, en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público se indica (art. 1) que se pretende garantizar que la contratación pública se ajuste a una serie de principios entre los que cabe destacar la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad, la transparencia de los procedimientos, la no discriminación y la igualdad de trato entre los licitadores.

Es la preparación y en la adjudicación de los contratos públicos donde más se deben observar las reglas y principios tendentes a satisfacer la buena administración. Hablar de esas fases del procedimiento de forma amplia y detallada nos llevaría a extendernos de tal modo que harían falta demasiado

²² Y ello teniendo en cuenta que lo que no se ha conseguido es una ley clara y sencilla, pues la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, además de extensa, es una un tanto farragosa, y con continuas y abundantes remisiones a otros artículos de la propia Ley o de otras Leyes, lo que dificulta su fácil lectura, comprensión y manejo.

espacio para poder abordar con rigor la problemática que ello plantea y los matices que cabe considerar al respecto. Intentaré, por ello, centrarme en las novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y singularmente en relación con los principios que deben regir su desarrollo, en lo que se conoce como la gobernanza en la contratación pública.

La nueva ley es, desde luego, extensa, un tanto farragosa, elaborada obviando las más básicas reglas de la moderna técnica normativa –brevedad y concisión, claridad, coherencia...– y son continuas y abundantes las remisiones a otros artículos de la propia Ley o de otras Leyes, lo que dificulta su fácil lectura, comprensión y manejo (vg. arts. 2, 3.1.d), 3.2.a), 19...)

Incrementa las exigencias de transparencia y, por tanto, de información y refuerza las obligaciones de las Administraciones públicas en la redacción de los pliegos de condiciones generales y particulares, en el rigor a la hora de establecer los requisitos y criterios de valoración de las ofertas, en el trámite de valoración, en los controles internos *ante y post*, y también controles externos como el del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales que ve ampliada sus competencias. Todo ello ha llevado a criticar, eso, sí, que tantas cautelas supondrán un aumento de la burocracia y ralentizarán los trámites que deben observarse en la preparación y adjudicación de los contratos. Pero, sin embargo, la introducción de medios e instrumentos electrónicos para la tramitación de los procedimientos contractuales persigue, precisamente, la simplificación y agilización de tales procedimientos.

Hay, desde luego, ciertas novedades en la preparación y adjudicación de los contratos, inspiradas, en gran parte, en la imperiosa necesidad de que sean respetados los principios de

- libertad de acceso a las licitaciones,
- de publicidad y transparencia de los procedimientos contractuales, y
- de igualdad y no discriminación de trato entre los licitadores.

Además, persigue también que sea respetado el principio de estabilidad presupuestaria mediante una utilización racional de los fondos públicos destinados a la realización de obras, la prestación de servicios o la adquisición de bienes, lo que se ha de conseguir mediante

- la definición previa de las necesidades a satisfacer,
- la salvaguarda de la libre competencia y
- la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Se ha dado una nueva regulación a los contratos menores –los que se pueden adjudicar sin concurso–, se prevé la obligatoriedad de fraccionar en lotes

los grandes contratos para favorecer la participación de las pequeñas y medianas empresas, y se reforma la configuración de las mesas de contratación.

Y, en fin, en línea con la política desarrollada por la Unión Europea tendente a establecer normas que garanticen la limpieza en la actividad pública, en especial, en el ámbito de la contratación, traspone esas Directivas de 2014 que completan las previsiones de las anteriores de 2004, que dieron lugar a la Ley de 2007, más tarde refundida en el Texto Refundido de 2011. Pues bien, todos esos principios a los que acabo de hacer referencia conforman, como he advertido, lo que se conoce como *gobernanza*.

Lo primero que hay que destacar es que esos principios tienen su manifestación en concretos artículos de la Ley y son parámetro para el control de legalidad de la actuación administrativa contractual.

Los criterios de adjudicación del contrato, establecidos en el art. 145 de la Ley, deben conducir a la oferta económicamente más ventajosa para la Administración, para lo que deben establecerse con claridad en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo; e igualmente, deberán figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos (art. 145.5)

- a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado segundo de este artículo.
- b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.
- c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

...Y como se expresa en el art. 146.1, «...cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, este deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad...».

Sabido es que el concurso es el modo de adjudicación en que el único criterio aplicable no es el precio. No sólo cuenta el factor económico sino también otros elementos porque ello que se pretende es adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa sin atender necesariamente a la más barata (STS 27-3-2001).

Ciertamente en la adjudicación, sometida a criterios reglados derivados de la normativa de aplicación y del pliego, –que es la ley del contrato–, hay un cierto margen de apreciación administrativa o de discrecionalidad, limitadas por la arbitrariedad y por la desviación de poder (STS 21-7-2000)²³.

Pero la discrecionalidad en ningún caso puede ser arbitrariedad. Ésta está proscrita por la Constitución (art.9.3) y se da cuando la decisión es irrazonable, no está debidamente motivada y no responde a una conexión lógica con los elementos reglados del concurso contenidos en el pliego que lo rige. Porque, ciertamente, una cosa es la discrecionalidad legítima y otra la arbitrariedad constitucionalmente prohibida.

Lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables. Lo arbitrario o no tiene motivación respetable o la que ofrece es tal que denota su carácter realmente indefinible y su inautenticidad²⁴. Y así, hay que tener en cuenta que como ha señalado el Tribunal Supremo, «*El genio expansivo del Estado de Derecho ha determinado el alumbramiento de técnicas que permiten que el control jurisdiccional se extienda incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas*»... el control de los hechos determinantes (porque «*los hechos son tal como la realidad los exterioriza*») y «*no le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración*») y los principios generales del Derecho (que «*al informar todo el ordenamiento jurídico, son la atmósfera que respiramos jurídicamente*») (STS 1-XII-86). Y es que el Estado de Derecho que recalca en el art. 1 de la CE impone siempre mantener la guardia levantada para impedir la arbitrariedad²⁵.

Pero como decía antes hay cierto margen de discrecionalidad y ésta ser procedente si está apoyada en criterios técnicos, en informes que se han emitido durante el procedimiento, informes sobre los que recae una presunción de certeza, presunción *iuris tantum* que, lógicamente, admite prueba en contrario (STS 10-9-2000 y 17-7-2001).

Evidentemente la discrecionalidad o decisión discrecional es controlable pero también con ciertos límites, porque el controlador, pensemos en el órgano jurisdiccional correspondiente, no puede erigirse en el seleccionador de la proposición más ventajosa, a no ser que sea como consecuencia de emplear parámetros necesaria y exclusivamente jurídicos que afecten a los elementos reglados de competencia y de procedimiento o a la observancia de los criterios establecidos en el pliego.

²³ González-Varas Ibáñez, S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Thomson Civitas, 2008, Tomo IV, pág. 231 y ss.

²⁴ Fernández, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad del Legislador*, Civitas, 1998, p.15-16.

²⁵ Martín Retortillo, L. *Materiales para una Constitución*. Akal, 1984, p.28.

Algo fundamental que se proclama en el Preámbulo de la Directiva 2014/23: Las normas del marco legislativo aplicable a la adjudicación de contratos y concesiones deben ser claras y sencillas. Deben reflejar adecuadamente la especificidad de los contratos públicos y no generar una burocracia excesiva.

Y también, que es necesario que los principios europeos en materia de contratación se apliquen de manera uniforme en todos los Estados miembros y que se eliminen las discrepancias de interpretación de dichos principios en toda la Unión al objeto de eliminar las perturbaciones persistentes que se producen en el mercado interior.

¿Y cuáles son esos principios que derivan de las directivas europeas y que se han incorporado a la normativa española en materia de contratos públicos?

1. Los principios de libre concurrencia, igualdad de trato y no discriminación

La Administración ha de dar a los operadores económicos un trato igualitario y no discriminatorio y actuar de forma transparente y proporcionada. El procedimiento de adjudicación de contratos y concesiones nunca puede estar concebido con el objetivo de excluir a algún posible licitador ni de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos o determinadas obras, suministros o servicios (artr. 3.1 Directiva 2014/23). Y ello se plasma el art. 132 de la Ley, en el que se destaca que la contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios; y se impone a los órganos de contratación la obligación de velar, en todo momento, por la salvaguarda de la libre competencia.

Y, a tal efecto, deberán notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. Y particularmente, cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

Además, conforme al art. 30 de la Directiva durante el procedimiento de adjudicación del contrato o de la concesión, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora no podrá facilitar información de forma discriminatoria que pueda dar ventajas a determinados candidatos o licitadores con respecto a otros.

2. El principio de transparencia y el de publicidad

La transparencia se ha erigido en elemento capital de las políticas públicas, garantizada también en normas con rango de ley que, para favorecer el buen gobierno, aseguren, la objetividad, la integridad, la neutralidad, la responsabilidad, la credibilidad, la imparcialidad, la confidencialidad, la dedicación al servicio público, la ejemplaridad, la austeridad, la accesibilidad, la eficacia, la honradez y la igualdad de hombres y mujeres²⁶.

En definitiva, se busca una democracia de mayor calidad en la que el ciudadano sienta que se gestionan bien los recursos públicos, y que cuenta con cumplida información de las políticas que se están desarrollando en cada momento.

El principio de transparencia aparece expresamente recogido en la Directiva de 2004/18, –arts. 35 a 43– que contienen las normas de publicidad y transparencia. Transparencia supone libre flujo de información para procurar un acceso en condiciones de igualdad, para gozar de igualdad de oportunidades.

Supone²⁷:

- La publicación y difusión de la normativa aplicables, de los informes y dictámenes recaídos en la tramitación de los procedimientos, de las resoluciones y decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores.
- la constancia en acta de las deliberaciones de las mesas de contratación, si las hubiere
- la posibilidad de que licitadores estén presentes en aperturas de ofertas
- la publicación de los anuncios de licitación, en boletines y diarios oficiales (DOUE) así como en las páginas web (ver arts. 35 a 43 Directiva 2004/18)
- la claridad en la determinación de las condiciones de la licitación, de los requisitos, de la cualificación exigible en los pliegos; del objeto del contrato y de los criterios de evaluación y adjudicación.
- la proporción a los licitadores de la información sobre modificaciones o alteraciones contractuales que puedan verificarse
- la huida de conceptos jurídicos indeterminados para limitar la discrecionalidad que a veces se torna arbitrariedad.

²⁶ Vid. Garrido Mayol, V. «Retos de la transparencia y rendición de cuentas», en *Calidad democrática, transparencia e integridad*. Rodríguez-Arana, J., Vivancos Comes, M. y Ahedo, J. Coords. Thomson Reuters ARANZADI (2016) p. 131.

²⁷ Valcárcel Fernández, P., «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública», en *Por el Derecho y la Libertad, Libro Homenaje al Prof. Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, 2014, Tomo II, p. 1917.

Está expresamente proclamado en el art. 132 de la Ley 9/2017, que exige a los poderes públicos ajustar su actuación a tal principio, entre otros.

La transparencia está íntimamente ligada a la publicidad. Y como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una publicidad adecuada pretende garantizar, en beneficio de todo licitador, abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad en la adjudicación²⁸. Pero hay algunas excepciones, conforme al art. 30.4 y 5 de la Directiva 2014/23²⁹.

La novedad respecto de la anterior normativa la encontramos en la posibilidad de publicar anuncios de información previa con el fin de dar a conocer aquellos contratos de obras, suministros o servicios que, estando sujetos a regulación armonizada, tengan proyectado adjudicar, durante un plazo de 12 meses, todo ello en los términos prescritos en el art. 134 de la Ley.

Además, los órganos de contratación deberán facilitar el acceso a los pliegos y demás documentación complementaria, por medios electrónicos a través del perfil del contratante, de modo libre, directo, completo y gratuito (art. 138 de la Ley). Y además, deberán proporcionar a todos los interesados en el procedimiento de licitación, a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que estos soliciten, a condición de que la hubieren pedido al menos 12 días antes del transcurso del

²⁸ SSTJUE 6.4.2006 y 16.9.2013

²⁹ 4. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, no podrá obligarse a los poderes y entidades adjudicadores a publicar un anuncio de concesión cuando las obras o servicios solo puedan ser suministrados por un operador económico determinado por cualquiera de los siguientes motivos: a) el objeto de la concesión es la creación o la adquisición de una obra de arte o representación artística única; b) la ausencia de competencia por razones técnicas; c) la existencia de un derecho exclusivo; d) la protección de derechos de propiedad intelectual y de derechos exclusivos distintos de los definidos en el punto 10 del artículo 5. Las excepciones previstas en las letras b), c) y d) del párrafo primero se aplican únicamente cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de adjudicación de la concesión.

⁵. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el poder o entidad adjudicador no estará obligado a publicar un nuevo anuncio de concesión si no se ha presentado ninguna solicitud de participación u oferta o ninguna oferta adecuada o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento de concesión previa, siempre que las condiciones iniciales del contrato de concesión no se modifiquen sustancialmente y que se envíe un informe a la Comisión cuando se solicite. A efectos de lo dispuesto en el primer párrafo, se considerará que una oferta no es adecuada cuando no sea pertinente para la concesión, al no poder satisfacer manifiestamente, sin cambios sustanciales, las necesidades y requisitos del poder adjudicador o entidad adjudicadora especificados en la documentación de la concesión.

plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación.

Por todo ello es reprochable la táctica de fraccionar lo que debía ser un contrato en varios contratos menores para evitar la publicidad y la libre competencia. El fraccionamiento y el contrato menor están íntimamente unidos, pues el uso de la contratación menor y su apariencia de legalidad constituye el cauce habitual que se emplea para incumplir los correspondientes preceptos legales sobre publicidad y libre competencia³⁰. Además, en múltiples ocasiones se obvia la obligación de pedir tres ofertas a posibles contratistas salvo que no existan en el mercado.

La Ley 9/2017 regula en su art. 118 la contratación menor, con novedades respecto de la anterior normativa. Aparte la distinta cuantía según el tipo de contrato, pues en el expediente se debe justificar que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra establecida para poder celebrar un contrato menor.

Tampoco quedan ya justificados los contratos negociados sin publicidad máxime cuando no se cumplen los requisitos para poder acudir a ellos, pues implican una improcedente discrecionalidad en la selección.

3. El principio de eficiencia

A los anteriores principios cabe añadir el de eficiencia, ligado al de estabilidad presupuestaria, ambos proclamados expresamente en la Constitución. De una parte, en el art. 31.2 CE, que prescribe que «*El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía*». Y de otra, en el art. 135, que impone a todas las Administraciones Públicas la obligación de adecuar sus actuaciones a tal principio de estabilidad presupuestaria. Por último en el art. 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria. Se trata de principios íntimamente ligados al de buena administración.

El principio de eficiencia condiciona las opciones de gestión administrativa y permite su fiscalización por los órganos de control interno como por los jurisdiccionales y por el Tribunal de Cuentas que en ocasiones aplica el principio de responsabilidad contable regulado en LO 2/82 para daños al erario por mala práctica de la normativa de contratación pública³¹.

³⁰ Informe 9/2009, de 15.6, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía.

³¹ Op. cit., pág. 18.

VIII. DE LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA A LA ACTIVIDAD DELICTIVA: LA COMPLEJA LÍNEA DIVISORIA

He advertido antes que la contratación es un ámbito de la gestión pública propicio para caer en prácticas corruptas. Ciertamente es difícil trazar una línea divisoria que separe con nitidez la simple irregularidad administrativa quizás inocentemente cometida de la irregularidad capaz de invalidar el contrato y la conducta delictiva³².

Para conseguir ese deslinde debemos abstraernos de lo que el poder mediático pretende y persigue, pues en ocasiones la opinión publicada que tanta influencia ejerce en la opinión pública contamina cualquier análisis objetivo despojado de pasiones partidistas.

Como señala Bauzá, la opinión publicada nos lleva a pensar que los pliegos de un contrato, si no ha habido contacto previo con la Administración, están amañados o apañados para que sea adjudicatario el deseado por la Administración; que los miembros de las mesas de contratación están cuidadosamente seleccionados para alcanzar tal fin; se da rienda suelta a la imaginación y se piensa en regalos, dádivas, chantajes, extorsiones... Y por eso, se acude a la vía penal –a veces iniciada por la fiscalía, otras por partidos políticos de oposición al gobernante– antes que a la administrativa si no se está de acuerdo con una adjudicación³³.

Hasta tal punto se discute en los juzgados de Instrucción sobre contratos administrativos que entre los *iuspublicistas* se ha llegado a plantear la conveniencia de establecer un a modo de cuestión prejudicial contencioso-administrativa para dilucidar si un acto, un contrato, una actuación administrativa es o no conforma al ordenamiento jurídico-administrativo para proceder, a continuación, a su depuración jurídico penal, si fuera procedente.

Como nos explica el Tribunal Supremo en su Auto de 19.03.2014 no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho para acudir a la vía penal, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última «ratio».

El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas,

³² Bauzá Martorell, F.J. «El contrato administrativo: entre la validez y el delito» *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 175 (2016), p.

³³ Bauzá Martorell, F.J. «El contrato administrativo: entre la validez y el delito», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 175 (2016), p. 97 y ss.

como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger. De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito³⁴.

Y, ciertamente, a pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. Téngase en cuenta que el Código Penal no sanciona con la prevaricación la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, siendo este requisito el que diferencia las ilegalidades administrativas del delito de prevaricación.

IX. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

Nuestra Carta Magna proclama que los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Ello no es más que expresión del principio del imperio de la ley que caracteriza al Estado de Derecho. En el ámbito público, el respeto al ordenamiento jurídico se torna más esencial, si cabe, en el doble sentido activo y pasivo, es decir, desde la perspectiva del ciudadano que se relaciona con una Administración pública, y desde ésta, en su relación con aquel.

Quizás en tiempos ya lejanos pudiera pensarse que el poder estaba dotado de amplia discrecionalidad para tomar sus decisiones, lo que, en ocasiones, desembocaba en pura arbitrariedad. Contra ello se ha ido luchando progresivamente, estableciendo límites y controles en la actuación de los gestores públicos.

En el ámbito de la contratación pública ha tenido que operarse de tal manera pues se observó que era un campo propicio para las prácticas corruptas que pudieron constatarse entre algunas autoridades y contratistas o concesionarios, o entre éstos últimos entre sí. Todo ello, en perjuicio de bienes jurídicos protegibles como la igualdad de trato, la eficiencia, el mérito o la eficaz administración de los recursos públicos.

Es una preocupación común a muchos países, pero en el ámbito de la Unión Europea se ha percibido intensamente y precisamente por el

³⁴ Sentencia del Juzgado Penal 5 Getafe, de 9-5-2014, EDJ 2014/72602

establecimiento de un mercado común y por dar efectividad a los principios de libre circulación de bienes, de servicios y de personas, desde tiempos ya lejanos se empezaron a dictar directivas tendentes a homogeneizar las legislaciones de los países miembros sobre la materia.

Las últimas Directivas de 2014 han dado lugar, en España, a la Ley 9/2027, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que ha modernizado la normativa anterior y aumentado los controles que deben observarse en el procedimiento de adjudicación de los contratos. Desde la claridad de los pliegos de condiciones administrativas hasta la publicidad (¡luz y taquígrafos!); desde la transparencia hasta eficiencia; desde la igualdad de trato hasta la no discriminación... Se pretende erradicar y, en todo caso, impedir, prácticas perniciosas que tanto perjudican a la imagen de la Administración y a la eficiente gestión de los servicios públicos.

Las exigencias de la sociedad sobre la administración pública pasan por profundizar en el comportamiento y en la dedicación profesional, sobre todo, de los administradores y gestores públicos.

Todo ello no es más que trasunto del principio de buena administración que, como ya he destacado, es hoy un derecho de los ciudadanos, que reclama mayor objetividad en la toma de decisiones, mayor intensidad en la defensa de los derechos de los ciudadanos, más transparencia, más control y, sobre todo una más proactiva rendición de cuentas.

Se trata, en definitiva, de imbuir a los gestores públicos y a los ciudadanos que más frecuente y estrechamente se relacionan con ellos, de sentimientos de ética, de rectitud y de honestidad capaces de impedir prácticas corruptas.

BIBLIOGRAFIA

- BAUZÁ MARTORELL, F.J. «El contrato administrativo: entre la validez y el delito», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 175 (2016), p. 97 y ss.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad del Legislador*, Civitas, Madrid, 1998.
- GARRIDO MAYOL, V. «Retos de la transparencia y rendición de cuentas», en *Calidad democrática, transparencia e integridad*. Rodríguez-Arana, J., Vivanco Comes, M. y Ahedo, J. Coords. Thomson Reuters ARANZADI, Madrid, 2016, págs. 131 y ss.
- GIMENO FELIU, J.M. «El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control», en *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, nº 2, septiembre-diciembre de 2016.
- «La ley de contratos de sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública». *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº147 (2010), págs. 533 y ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Thomson Civitas, 2008, Tomo IV.

- MARTÍN RETORTILLO, L. *Materiales para una Constitución*. Akal, Barcelona, 1984.
- MORENO TORTAJADA, J.A. «Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley de contratos del sector público», en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 45 (2008), págs. 47 y ss.
- PONCE SOLÉ, J. «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 175, Enero-Marzo 2016.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», en *La contratación pública: problemas actuales*. Tomás Cano y Elena Bilbao, Coord. Consejo Consultivo de Madrid, 2013, págs. 31 y ss.
- TREVIÑO CANTÚ, J.A., «Gobernanza en la administración pública. Revisión teórica y propuesta conceptual». *Contaduría y administración*, nº.233 México ene-abr, 2011.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública», en *Por el Derecho y la Libertad, Libro Homenaje al Prof. Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, 2014, Tomo II, págs. 1905 y ss.

A UNITED STATES OF EUROPE? MAPPING AND DESIGNING CONSTITUTION-MAKING FOR EUROPE

¿Unos Estados Unidos de Europa? Mapeando y diseñando un proceso constituyente para Europa

Diego Gonzalez Cadenas

Prof. Ayudante Doctor

Departamento Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración

Universitat de València

goncadie@uv.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp141-167](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp141-167)

Recibido: 16.06.2020

Aceptado: 21.12.2020

Abstract

In recent times, scholars, public intellectuals, political and social movements and prominent European political leaders of different ideological orientations have called for a United States of Europe. From their point of view, facing the EU legitimacy crisis requires a democratic renewal through a constituent process. However, these statements have not been accompanied by a specific design on how to institute this new European Constitution. To discuss possible ways to operationalize this idea, this paper presents the chief formulations of the European constituent power and its translation into a concrete constitution-making design.

Keywords

European Union; constituent power; constitution-making; treaty revision; democratic legitimacy.

Resumen

En los últimos tiempos, académicos, intelectuales públicos, movimientos políticos y sociales y destacados líderes políticos europeos de diferentes orientaciones ideológicas han hecho un llamamiento a la creación de unos Estados Unidos de Europa. Desde su punto de vista, enfrentar la crisis de legitimidad de la UE requiere una renovación democrática a través de un proceso constituyente. Sin embargo, estas declaraciones no han sido acompañadas por un diseño específico sobre cómo instituir esta nueva Constitución Europea. Con el objeto de discutir las posibles vías de poner en práctica esta idea, este artículo presenta las principales formulaciones del poder constituyente europeo y su traducción a un diseño concreto de *constitution-making*.

Palabras clave

Unión Europea; poder constituyente; constitution-making; reforma de los tratados; legitimidad democrática.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. DIFFERENT CONCEPTIONS OF THE EUROPEAN *POUVOIR CONSTITUENT*. 1. *EU intergovernmental Treaties-building: Monnet functionalist method*. 2. *The pouvoir constituant mixte and the Treaty establishing a Constitution for Europe*. 3. *The classical and democratic concept of pouvoir constituant: A European constituent assembly*. III. THE DESIGN OF A DEMOCRATIC AND PARTICIPATORY EUROPEAN CONSTITUENT PROCESS. 1. *Activating the European constituent power*. 2. *Functioning of the European constituent assembly*. 3. *The referendum for ratifying the constitutional text*. IV. CONCLUSIONS AND FUTURE RESEARCH LINES. REFERENCES.

I. INTRODUCTION

“It [is not] possible to ignore the fact that they do tend to undermine the loyalty of large segments of the population. How else, indeed, might one explain such highly visible developments as the revival of extreme right-wing populism, the rampant egotism of most interest groups and the burgeoning of identity politics and xenophobia.” This statement, which could have well been made in any current public media or in any of the many articles and books dedicated to the crisis of the European Union and the emergence of populist options, was made twenty years ago by Giuseppe Federico Mancini (1998, 39), judge of the Court of Justice of the European Communities at the time. Twenty years later, the European political situation, far from improving, has worsened considerably. Hence, as highlighted by the European Court of Human Rights judge, García de Enterría, linked as the latter to Harvard Law School, “once it has become widespread until its practical exhaustion the Monnet method of partial integrations, far beyond what its own author could have believed, the objective would be to adopt the system that two centuries ago was assumed by all Western States to form political units able to effectively serve the values of freedom, equality and solidarity: the system of a Constitution” (1995, 11).

In this vein, some scholars, public intellectuals and social movements have been pointing out in recent times that facing a crisis of these characteristics requires a constituent renewal through a democratic process (Patberg 2018). Moreover, prominent European political leaders of different ideological orientations have pointed out its convenience or have been doing so for some time. This is the case, for example, of Martin Schulz (Oltermann 2017), Guy Verhofstadt (The Spinelli Group 2013; Verhofstadt 2006, 71), Yanis Varoufakis¹ or, in a less direct way,

¹ See European Spring electoral program for the 2019 European elections, https://europeanspring.net/wp-content/uploads/2019/01/EuropeanSpring-Manifesto.ENG_.pdf

Emmanuel Macron.² The political argument is clear: only through a rapprochement between political elites and the people and the collaborative construction of a common project it is possible to regain the confidence of the vast majorities of the EU citizens. The European federal State that will result is, according to these authors and political figures, the only way to resist the permanent extortion and attacks on governments by transnational capital and to enable an alternative to the multiplicity of pressing global challenges that we are facing. As Habermas sums it up: “the globalization of commerce and communication, of economic production and finance, of the spread of technology and weapons, and above all of ecological and military risks, poses problems that can no longer be solved within the framework of nation-states or by the traditional methods of agreement between sovereign states” (1998, 106). The Coronavirus outbreak, in this sense, clearly evidence unresolved tensions that may accelerate the decomposition of the European integration project if bold measures are not taken (Moreno González 2020, 5). As the Governor of the Bank of Spain summed it up, “If not now, when?” (Hernández de Cos 2020).

Legally speaking, there are strong arguments that reinforces this constitutional-building strategy. First of all, if we accept that the Union’s legitimacy nucleus emerges from the democratic constitutional States, the integration process has proven its inability to cover up the construction of the Union together with the social constitutionalism (Moreno González 2019, 2017; Maestro Buelga 2017; Monereo Pérez 2014). There is a decoupling between the social constitutions of the Member States, legitimized through the exercise of the democratic constituent power, and the European primary law, that in spite of being superior to the national laws of Member States has not emerged as a direct mandate of the European people. This “clandestine loss of powers” (Grimm 2017, 6) and “deconstitutionalization process” (De Cabo Martín 2009, 106) of the EU Member States, orchestrated by an intergovernmental construction process of the Treaties and consolidated through a process of “judicial liberalization” (Scharpf 2017, 319), whose main objective is to verify the consistency and subjection of national rules in relation to EU’s economic freedoms (Menéndez 2011, 38, 2017; Aguilar Calahorra 2014; Hinajeros 2015), enters into direct contradiction with the constitutions of the

From a close ideological perspective, see (Martelli 2013) and (Negri and Sánchez Cedillo 2015)

² Commission des Affaires Européennes, “Groupe de Travail Sur Les Conventions Démocratiques de Refondation de l’Europe,” 2017 (Commission des Affaires Européennes 2017) and Les Consultations citoyennes sur l’Europe, <https://www.touteleurope.eu/consultations-citoyennes.html> (last visited Jan 10, 2019).

Member States (Grimm 2017, 13) and is based on the European Court of Justice's interpretation of an alleged European constituent will that has never been expressed. All this, added to the lack of a unified labor and fiscal policy (F. Fabbrini 2014; Von Rompuy 2012), diminishes the possibilities of democratic action by hindering the creation of an alternative citizens' will. This, on the one hand, favors the ability of European capital to act since it has subjective rights recognized that can be asserted before the European Court of Justice against possible Keynesian economic policies and regulatory developments regarding the protection of social and labor rights (Bugarcic 2013; Poiares Maduro 1998). On the other hand, correlatively, the possibilities of democratic institutions to tame the European "savage powers" (Ferrajoli 2011), diminish.

The authors and politicians that defend the idea of federalizing Europe are well aware of the wide range of economic, social, cultural, geopolitical, political and legal difficulties that makes their project a very complex political undertaking. However, as stressed by Streeck (2017, 2016), they consider that what is completely unrealistic is that the EU will last much longer if the present *status quo* is maintained. They reckon that the controlled dismantling of European welfare systems is fostering a radicalization of political positions in which the European Union is perceived as one of the main culprits. In their view, the division between creditor and debtor States caused by the conversion of private debt into public debt, and the social and fiscal dumping problems due to the lack of unified labor and fiscal legislation, with the correlative weakening of the institutions' capacity for action and the strengthening of the power of the European big capital (Fossum and Menéndez 2012, 22), generates, especially in the central countries of the Union, a growing rise of exclusionary nationalist positions that pillory the European integration process.

To put it bluntly, from the federalists perspective, the Union is facing a quandary between the continuity of an elitist model that is the breeding ground for the rise of Eurosceptic populism, the return to the framework of political action in the Nation-State raised by some left (Lapavistas 2017) and right-wing (Hooghe 2007) theorists [which, in a context of inability from the state framework to face the complex dynamics and problems of global capital, would arouse the tensions between the European states so characteristic of the continent's history (Eriksen and Fossum 2012)] and the deepening in a democratic and constitutional style of the integration process. Clement Attlee summed up this point of view when he stated, in 1939, that "Europe must federate or perish"³. Brexit is, from this point of view, a serious warning

³ Regarding the rich and intense debate in the British Parliament about the possibility of a European integration in a federal style during the 40s in the last century, see Haapala and Häkkinen (2017).

about the possibilities of reversion and irreversibility of the integration project. Nevertheless, the federalists perceive that this major crisis of legitimacy leaves the door open to a deep reconstruction and widening of the democratic constitutional project, crystallized in the constitutions following the Second World War. In this sense, only the expansion of a supranational civic solidarity through a democratic deepening of the project of European integration could stop the divergence and the conflict between peoples that generates exclusive nationalism (Habermas 2015, 549; Ferrajoli 2019, 99).

The idea of having a constituent moment to proceed with the construction of a European federal State is by no means a novel idea in legal doctrine nor in European political and philosophical thought. On the contrary, this idea is present, at least, from the 17th Century and has been defended by thinkers as William Penn, the Abbé de Saint-Pierre, Immanuel Kant, Victor Hugo or José Ortega y Gasset (Renouvin 1949). At the time of the Aftermath of World War II, with the first debates about European integration, the strategic division was not about the construction of a European federal State, but on the ways to achieve that objective. While radical federalists encouraged its quick creation, functionalist federalists, like Jean Monnet, advocated a gradual conversion to a federal State, the “small steps” approach, conforming first a European common identity and granting the cohesion of the European peoples through the articulation of common interests. The failure of the federalist European Political Community in 1954 paved the way for the functionalist strategy until today (Viciano Pastor 2001, 91; Griffiths 2000).

Some authors, noting that Monnet functionalist method is exhausted, point out the need to initiate a process to deeply reform the Treaties so as to delve into the process of European integration with the aim of improving the institutional architecture of the Union and solving their democratic deficiencies (García Roca and Martínez Lago 2014; Monereo Pérez 2014; Porras Ramírez 2014; Pérez de las Heras 2010). Other scholars, with the objective of laying the foundations of a European federal structure, indicate some of the key aspects and principles that, in their opinion, should guide an eventual reform or constituent process (Marti 2008; S. Fabbrini 2015b; Ferrajoli 2019, 96). Nevertheless, to my knowledge, no concrete proposal for an eventual European constituent process design has been suggested from the academy, which is striking after all the development of the constitution-making theory of the last two decades (Tushnet 2013; Blount, Elkins, and Ginsburg 2012; Elster 2012; Eisenstadt, Levan, and Maboudi 2017; Arato 2017; Böckenförde, Hedling, and Wahi 2011; Brandt et al. 2011; Braver 2017; Banks 2008; Colón-Ríos 2011; Hart 2003; Landau 2013; Saunders 2012). Accordingly, the public and academic debate should be encouraged by setting out concrete political and legal ways that formalize these statements. To do so, this paper begins presenting the chief formulations of the European

constituent power and its translation into a concrete constitution-making design. I uphold, in a second part, that the classical concept of *pouvoir constituant* is the most consistent with a democratic theory of the Constitution and I suggest that the European constituent power should be activated through a similar mechanism that the one lay down in the article V of the US Constitution and express itself without the constraints of the national constitutional systems, in a constituent assembly exclusively composed by directly elected members. Moreover, I maintain that this process should be guided by the principles of participation, transparency and inclusivity. By doing so, I try to answer the questions raised by Patberg (2017, 210) regarding the connections between the constitutions of the Member States, the new European constitutional text, and the form the activation of constituent power should be adopted at the European level.

II. DIFFERENT CONCEPTIONS OF THE EUROPEAN *POUVOIR CONSTITUENT*

The key question that needs a theoretical response in order to operationalize the design of a constituent process in the EU, is about the autonomy or heteronomy of EU law. If it is deemed autonomous, the citizens of the Union constitute the European constituent power. On the contrary, if it is defended that it is heteronomous, the Member States are the subjects of the European constituent power (Möellers 2010, 185). Hence, we have three possibilities of understanding the European constituent power depending on where we locate the subject of the constituent power. First, we will see the two possibilities that have being exercised in practice: the intergovernmental conception of the European constituent power, that has been put on practice since the beginning of the integration process; and the habermasian conception of *pouvoir constituant mixte*, that we can partially illustrate with the Convention for the Future of Europe in 2003-2004, whose purpose was to draft a Constitution for the EU. The first of these possibilities, as I will show, is clearly exhausted. As for the second one, as is widely known, it has been a failure. Therefore, if we accept that the EU needs a constitutional and democratic renewal, there is only one way left for activating the constituent power in the EU, putting in its center not the States but the citizens.

1. *EU intergovernmental Treaties-building: Monnet functionalist method*

Usually, scholars depict a Constitution as the set of fundamental norms that characterize any legal order: the regulation of the organization of the State and the exercise of state power, the conformation of the bodies that exercise State power, the regulation of the relations between State and citizens and the values

and principles that inform the entire legal system. From this point of view, every State necessarily has its own constitution, regardless of whether it is a more or less liberal text or its form of elaboration is more or less democratic (Guastini 2001, 2009). In this vein, most of EU law scholars assume that EU primary law is a constitution as it is an autonomous legal order that has primacy over the national law, is directly applicable, has a charter of fundamental rights that sets out all the rights enjoyed by EU citizens, and creates and regulates a series of institutions (Weiler 1991; Craig 2011; Scarlatti 2010). This conception of the EU Constitution implies a constituent power that situates at its core the Member States. As Patberg sums it up, “constituent power simply becomes a synonym for the treaty-making competence of sovereign nation-states” (2018, 265). Hence, it is common to portray the Member States as the “masters of the treaties”, as coined by the German Constitutional Court in its Maastricht ruling of October 12 1993, or to depict the European Council, the EU institution that is formed by of the Heads of State or Government of the Member States, as the “constitutional architect” of the EU (Wessels 2016, 104). With regard to the participation of European citizens, even if it takes place *a posteriori*, on *faits accomplis*, and is always mediated by the internal regulation of the Member States, as EU citizens have in some occasions directly participated in the ratification of the Treaties and always indirectly by requiring the approval of national parliaments, the majority of the doctrine considers that it is possible to speak of a European constituent power configured in such a way (Preuß 2011).

In addition, EU so-called constitutionalisation was consolidated by another key actor authorized by the Member States, the Court of Justice (Marti 2013, 316; Mancini 1989). Two decisions of the Court from 1963 (*Van Gend en Loos*) and 1964 (*Costa v. ENEL*) enshrined the principles of primacy and direct applicability of the community law. From there, the construction of EU constitutional edifice has been deeply intertwined with the legitimizing role of the Court. This have been like that to the extent that the Court stated in 1986 (*Les Verts v. European Parliament*) that “the European Economic Community is a Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty”. Since then, the majority of EU law doctrine assume the equivalence between the Treaties as an EU Constitution.

In recent years, this form of intergovernmental integration has deepened in the wake of the economic crisis and the progressive configuration of the new European economic governance. Some commentators note that this process has sharpened the process of the de-democratization of the Union. Under the umbrella of permanent economic emergency, the intergovernmental pillar of the Union has been significantly strengthened (Puetter and Fabbrini 2016; S. Fabbrini 2013, 2015a), with the European Council playing a central role

(Carammia, Princen, and Timmermans 2016; Puetter 2012; Wessels 2012). That is why the EU decision-making process has been described as “executive federalism” (Habermas 2012, 337), “authoritarian managerialism” (Joerges 2015, 218) or “executive dominance” (Curtin 2014). This predominance of the European Council has fostered the development of a procedural strategy that allows the governments of the Member States, on the one hand, to circumvent the controls and the possible opposition of the national and European representative institutions, and, on the other hand, escape the formal and material requirements of the EU law. The same governments that approve the implementation of policies in the European Council that are difficult to justify internally, utilize the EU as a scapegoat for the development of such policies.

Furthermore, the management of the economic crisis has resulted in the deep transformation of the economic constitution of the Union without proceeding to the corresponding Treaties reforms. According to the Treaties, the fundamental objective of the EMU is price stability. Nonetheless, the new economic governance measures have added financial and budgetary stability with the same rank of importance and have altered the distribution of competences. On the other hand, the adoption of international treaties outside European Union Law, the Fiscal Compact and the Treaty Establishing the European Stability Mechanism (Bressanelli and Chelotti 2016; Bocquillon and Dobbels 2014), makes it increasingly difficult to speak of the European Union as a Union (Dawson 2015; Linde Paniagua 2012). As highlighted by Fabbrini, “the Lisbon Treaty has institutionalized a dual constitution with related decision-making regimes (supranational regarding the policies of the single market and intergovernmental regarding inter alia economic and financial policies)” (2013, 1005).

All this has occurred without a public debate process and the direct acquiescence of the European citizens to endorse a constitutional text configured in such a way. It is therefore necessary to consider to what extent the integration process should continue to be built on intergovernmental and technocratic acts (Habermas 2015; Sánchez-Cuenca 2017; Scicluna 2015; Schimmelfennig 2015) without the direct acquiescence of the European peoples, thus producing an appropriation on the part of the institutions of the Union of the European constituent power. This explosive cocktail is directly related with the growth of far-right Eurosceptic political forces and Brexit (Walker 2016), demonstrating, therefore, that the intergovernmental method of integration has been exhausted.

2. *The pouvoir constituant mixte and the Treaty establishing a Constitution for Europe*

According to Habermas (2017, 2015), both answers are valid to solve the quandary that we initially posed: EU law may be deemed autonomous and

heterogenous. Following his point of view, which illustrates through a hypothetical and past European constituent assembly, the integration process is the result of a *pouvoir constituant mixte*, an expression of popular sovereignty shared among European citizens as a whole and citizens in their capacity as citizens of Member States.⁴ This approach allows Habermas to square the ideological assumptions he is based on: the maintenance of positivized achievements in the constitutions of the social State and a political, social, economic and fiscal unification process in such a way to establish a transnational democracy that is not organized as a federal state.

The alteration made by Habermas of the pure constituent power theory is built as a circular fallacy to justify a previous ideological position. But, in addition, the presumption that the outcome of the process must necessarily be linked to the past constituent power whose will was reflected in the constitutions of the Member States implies cutting off the disruptive potential of the constituent power, depriving it of its eminently sovereign nature, and consequently, taking any democratic content out of the concept. That reliance on the past that Habermas contemplates, as Niesen (2017, 190) points out, cannot be argued to stop the constituent power's freedom to reinvent itself. Furthermore, avoiding any connection of the constituent assembly's work with the constitutions of the Member States would enliven the debate's politicization, the conflict would be made explicit and the creation of a public sphere of debate at European level would be encouraged.

One may also ask, in accordance with the idea of connecting the future text to the constitutions of the Member States, how to proceed in order to scrutinize that the resulting text does not contradict them. Should the CJEU undertake material control of the Constitution, as did, for example, the South African Constitutional Court in 1996? According to the CJEU's judgment established in the *Pringle* case (para. 30 et seq.), the Court has no competence to control an ordinary reform of the Treaties as this are acts adopted by a Convention or an Intergovernmental Conference. In this sense, Habermas' approach reaffirms a distrust in popular will, as it defends that a court could restrict it. Ratifying the Constitution is a task that must correspond exclusively to citizens. A body whose legitimacy derives from the citizenry cannot overcome its will.

Marti (2008, 621) has developed the general guidelines of the eventual design of a constituent process, based on similar assumptions to those of Habermas. From her point of view, an eventual constituent convention must be composed of the two sources of legitimacy of the future European federation, the peoples and the States. In this way, the seats in the convention must

⁴ This idea of "double legitimacy" or of "dual constituent subject" is already found in García de Enterría (1995, 21) and De Carreras Serra (1995, 206).

be held by deputies of national parliaments or members of governments and representatives directly elected by citizens. Similarly, she also states that European Union institutions must also be involved, in order to provide a more practical and technical perspective. In her opinion, the distribution of seats among the government or parliament representatives and those directly elected must be egalitarian, while the representatives of the European institutions should have a lower number of votes.

Marti's proposal of an EU constituent-process design differs with the process that culminated in 2005 with the rejection of the Treaty establishing a Constitution for Europe in that the constitutional convention should have the last word and no intergovernmental conference with the power to modify the text resulting from the convention should play any role. This aspect of the constitution-making design corresponds with the theory of constituent power and people's sovereignty, as understood in the US from the first constitution-making processes in the revolutionary moment (Fritz 2008). However, from this point of view, it is not possible to defend that, in the style of the European Convention of 2002-2003, representatives of the European Parliament and national parliaments, governments, the Committee of the Regions and the Economic and Social Committee should hold a position (Porrás Ramírez 2014, 218), or that only some of the members of the constituent assembly should be directly elected (Marti 2008, 621). In this sense, without even realizing it, Valéry Giscard d'Estaing was absolutely right when he described the works of the 2002-2003 European Convention as "our Philadelphia" (Sciocluna 2015, 54). The metaphor applies. Indeed, the Constitution of the United States was the result of a non-democratic and opaque process, which today the citizens of consolidated democracies would deem to be hardly acceptable (Tushnet 2013, 1994). The indirect election of the 55 delegates nominated by the legislatures of the different States, the granting of the same vote weight to each State regardless of their size, or the impossibility of knowing the content of the deliberations [in spite of the suffocating heat in Philadelphia in the summer of 1787, the windows of the Independence Hall were kept closed so that nobody could see or hear what was being discussed (Lepore 2018, xi)] are elements that certainly remind us of certain phases of the failed European process.

In essence, three design errors can be highlighted in the process. Firstly, the members of the Convention on the Future of Europe were indirectly elected, drawing out the logic of the Philadelphia Convention, the 1945 Indian Constituent Assembly, where most of the constituents were elected by provincial assemblies, or the Bonn's *Parlamentarischer Rat* that drafted and passed the Basic Law for the Federal Republic of Germany, where the constituents were elected by the legislative bodies of the States. Dividing them into two categories necessarily entails the indirect election of State

representatives who have not been directly elected for that task. Indeed, the indirect election of representatives is, along with other mechanisms such as the bicameral system or the restricted suffrage, one of the aristocratic mechanisms that moderate the eventual democratic excesses unwanted by the political and economic elites (Elster 1997, 130). Secondly, the Intergovernmental Conference, which followed the Convention's works, was entitled to modify and adopt the text approved by the latter. As a result, the Convention developed its work considering its subsequent acceptance by governments, rather than by citizens. Last but not least, although it was stressed that the process had been opened to the participation of civil society, most of the NGOs that participated in the process were directly financed by European Union institutions or projects (Sciocluna 2015, 54). What is more, despite the constituent rhetoric, it was a process that ended up being hardly transparent given its intergovernmentalization.

In sum, the works of the Convention were not the result of a constituent moment and a broad debate throughout the continent, and neither did it comply with the formal requirements for the activation of the constituent power, that is, the election of a constituent assembly composed only by representatives directly elected and, therefore, established to represent the European constituent power (Viciano Pastor 2001). The rejection of the Treaty establishing a Constitution for Europe by French and Dutch citizens in 2005 showed that this elitist and barely democratic way of operating has great difficulties to prosper and it is not a suitable way to solve the existing problems of crisis of democratic legitimacy.

3. The classical and democratic concept of pouvoir constituent: A European constituent assembly

As I have shown, the two ways of understanding the constituent power in the EU that have been put into practice, clearly elitist and scarcely democratic, does not work. Accepting that the EU needs a constitutional renewal, the only way left is the one that situates citizens as the only protagonists of the EU constituent power. According to the classical and democratic conception of the constituent power, it can be defined as the power that in a given moment has the legitimacy to establish a new constitution. It is characterized by being: 1) an original power, not depending on any previous power; 2) an initial power since its impulse depends solely on it; 3) a founding power as it implies a break with the previous legal-political order; 4) an unconditioned, unlimited, sovereign power and, consequently, prejudicial; 5) only based on democratic legitimacy (De Cabo Martín 2003, 31). It can only be spoken, in purity, of Constitution, when it emanates from the constituent power, that is, when it has been adopted through direct expression of popular sovereignty,

verifying the adequacy between popular will and constitutional text. Otherwise, it could be considered as a Basic Law, as in the German case, but it would not be correct to use the term Constitution. The identification between the concept of Constitution and the direct participation of the citizens is at the very roots of the idea of Constitution since the Constitution of Massachusetts was widely debated and subsequently ratified in the towns and cities of Massachusetts in 1780 (Handlin and Handlin 1966).

The practical implications of this conceptualization are crucial. As is not possible to describe the Treaties as a Constitution insofar as they are not the consequence of a constituent act (Díez-Picazo Giménez 1993), inasmuch as only through the intervention of the constituent power it is possible to create a political union (Jimena Quesada and Tajadura Tejada 2015; Patberg 2016),⁵ and accepting that this is the only way left to develop a constituent process in a democratic way, the design of the process requires exercising the people's constituent power through an *ad hoc* constituent body and introducing participatory mechanisms in order to guarantee that the Constitution is the reflect of the people's will and not of the political elites. Therewith, it is possible to fulfill the foundational requirement of the idea of Constitution, and therefore the most important one: The Constitution as a legal-political framework established by citizens to limit the exercise of political power. The fundamental idea of the Constitution is not, although it seems at first sight, its legal effectiveness or its supreme position in the legal system that it originates. This has also been achieved by the self-proclaimed constitutions that conceal authoritarian regimes and that have been elaborated by the political power itself to mask its position of domination. That can also be achieved by a community treaty or any treaty that establishes an international organization. But in these two cases there is no direct limitation by citizens of political power (Viciano Pastor 2001, 98). In this sense, in the second part of this article, I develop, following the work of some constitution-making scholars, a constituent process design for the EU in accordance with the classical and democratic constituent power theory.

III. THE DESIGN OF A DEMOCRATIC AND PARTICIPATORY EUROPEAN CONSTITUENT PROCESS

From a political point of view, although the United Kingdom's departure from the Union can be analyzed as an opportunity to deepen the integration

⁵ In this sense, the *Bundesverfassungsgericht*, in its judgment on the compatibility of the Treaty of Lisbon with the Bonn Basic Law, determined that, if we went further into the integration path towards the construction of a European federal State, the German constituent power should express itself directly.

process, its traditional Nordic partners and other Member States with clearly Eurosceptic governments are a political hindrance that hampers or prevents, for now, thinking about an eventual constituent process that can count on the approval of all governments and peoples of the Union.⁶ Even if, *a priori*, some governments might be inclined to favor the eventual opening of a constituent process that culminates in the founding of a European federal state, they could end up seeking to stop such integration due to a dilution in their sovereignty and leading role in the federation. Therefore, the first problem to face, when solving the possibilities of an eventual opening of a European constituent process, is to determine whether all Member States of the Union can or should federate, or, on the contrary, whether the federating path should be left open only to those Member States that wish to do so. It is clear that, given the internal correlation of political forces in many of the Member States, transforming the EU into a federation is currently impossible. In this sense, at least for the time being, there is no point in continuing to explore this possibility and it must be only considered the option of federating a smaller number of Member States. Hence, assuming that the future federation, if it were to exist, will be composed only of some of the Member States and not by all, different potential mechanisms can be considered for activating the European constituent power according to a democratic theorization of the constituent power.

1. *Activating the European constituent power*

Let us see which particular paths could be chosen to activate in Europe the constituent power according to its classic and democratic theorization. I discard analyzing here the political options that can be proposed to proceed to an original activation of the European constituent power. There is a broad range of forms of social and political pressure that could be activated: collecting signatures through the European citizens' initiative,⁷ a *Spitzenkandi-*

⁶ A recent survey questioning the citizens of six Member States about the potential creation of a European federal state points out the differences of opinion between the German and French citizens, mostly favorable or without an opinion in this regard, and those of the Nordic states (Sweden, Finland, Denmark, Norway), mostly unfavorable.

⁷ This path is not exempt of legal and political problems. It is not possible, according to the present regulation, to request the Commission to carry out a referendum at the Union level since no referendum mechanism is foreseen in the Treaties. Moreover, according to the Commission, is not viable to reform the Treaties by means of a European citizens' initiative. Hence, the registration of some initiatives, such as the one which sought the introduction of a referendum mechanism at the European level, have been denied (Fernández Le Gal 2018, 19; Vázquez Rodríguez 2017, 165). Even if we accept that is legally possible to going down this path, as the Committee of the Regions and various members

daten reaching the presidency of the Commission having as central point in its program the call for a consultation at European level about the opening of a constituent process, or as proposed by Jimena Quesada and Tajadura Tejada (2015, 50), noting that it would imply a breach of current legislation, the European Parliament's call for a constituent opening referendum.

My objective here is to propose two specific alternatives according to which the States would commit themselves to establish a mechanism that allows the opening of a constituent process. First, this commitment can be formalized through the ordinary reform procedure established in Article 48 TEU. A review of the reform procedure itself can be considered as a result of the momentum of the Government of any Member State, the European Parliament or the Commission. To facilitate procedures, significantly shorten the time to adopt the reform and avoid the need for different institutions to reach agreements, it is appropriate, in accordance with the possibility established in the Treaty, not to proceed with the call for a convention. The reform of the reform procedure is not a minor issue at all. However, it is not intended to avoid the future call for a convention or for a constituent assembly that requires broad agreements among different political positions, but, on the contrary, to contribute to make it happen. The possible need to reform Article 52 TEU due to the Brexit may even be exploited to proceed with such reform (F. Fabbrini 2017).

Secondly, in line with the procedures for adopting the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union and the Treaty Establishing the European Stability Mechanism, and in a similar vein to the legal proposal of Jean-Claude Piris (2012, 121) for achieving a two-speed Europe, an international treaty outside European Union Law could be signed among the Member States that wish to do so. The advantage of this procedure over that of the ordinary reform of Treaties is that it allows to introduce the mechanism without the need for the approval of all the Member States and, therefore, to circumvent the requirement of unanimity. Likewise, in line with the TSCG, it allows European institutions, notably the CJEU, to play a surveillance role of what is agreed. On the contrary, carrying out a procedure of this kind outside European Union Law, regardless of any eventual litigation that might arise in the CJEU, leaves the door closed for the citizens of the States that do not sign the Treaty to request, through the mechanism of

of the European Parliament's Committee on Constitutional Affairs and the European Parliament's Committee on Petitions sustained in the debates about the new European citizens' initiative regulation, the Commission is not compelled to sponsor a legal act in response to a citizens' initiative. This implies that, even if the Commission allows the registration of an initiative whose purpose is the aforementioned purposes, depending on its political correlation of forces, it may not prosper.

citizen initiative that will be explained below, the participation of their State in the constituent assembly. In this sense, it might be convenient to first try to sound out the first option, and if it does not work out, to opt for this path.

In either case, I believe that a mechanism should be generated, which would be added to Article 48 TEU or that would give content to the new international treaty, according to which, in a similar manner of the Article V of the Constitution of the United States, a constituent assembly should convene if half of the Member States approve the opening of a constituent process through an internal referendum. As in the US, it would be not necessary for the States to approve it at the same time and each State could withdraw its proposal whenever it wishes to do so. It would also be appropriate that the Member States introduce into their constitutions a mechanism according to which citizens would also have the possibility of activating the referendum to launch the process. This commitment to introduce a European constituent initiative clause could be part of the agreement that will be adopted within the European Council at the time of reforming the TEU. Or, it could be established at the new international treaty in the same way as it was done in the TSCG, according to which the signatory States committed themselves, within a period not exceeding one year after the entry into force of the treaty, to introduce the golden rule in its domestic legal system, preferably in its Constitution, an introduction whose compliance could be controlled by the CJEU.

Hence, I partially agree with Fabbrini (2015b, 278) when he propounds that the European Constitution should be drawn up by a convention preceded by a pre-constitutional agreement signed by the elites of the countries that commit themselves to participate in the project to define the objectives of the Constitution and the procedure to approve it. Indeed, in accordance with the two proposed paths, a commitment must be made by the elites of the Member States to reform the TEU or to sign an international treaty. Nevertheless, the commitment to participate in an eventual constituent process cannot be a consequence of the will of elites, but of that of citizens. In this way, a real conformity would be guaranteed and the contours of the European constituent power would be delimited.

2. *Functioning of the European constituent assembly*

According to Rodrik (2018, 77), we could be facing the last opportunity to drive an alternative project for European integration. The enthusiasm for the European project could only be sharpen through a broad democratic deliberation, breaking the remoteness or perception of distance, of a significant part of European citizens regarding the project and the European institutions. Therefore, one of the main elements of the process must be the

broadness of democratic participation mechanisms and their transparency. As expressed by Moëllers: “A real constitution [...] should not be the result of an intergovernmental pork barrel compromise but a genuine deliberative procedure: Habermasian virtues instead of intergovernmental vice” (2010, 201).

The debate on citizen participation in constituent processes has captured much of the attention of researchers specializing in constitution-making (González Cadenas 2018, 187). Among the virtues attributed to it, it is worth noting, first, the increase in the legitimacy of the origin of the future Constitution (Martínez Dalmau 2014) and the political system (Eisenstadt, Levan, and Maboudi 2017), which in turn leads to an increased longevity (Elkins, Ginsburg, and Melton 2009, 207) of the former and stability of the latter. Likewise, it is emphasized that citizens’ control and pressure prevent, on the one hand, the adoption of provisions that delimit democratic rights and freedoms (Voigt 2003; Samuels 2006) and, on the other hand, encourage the introduction of regulations that guarantee them together with precepts and innovative mechanisms that go beyond the political agenda of the ruling elites and traditional constitutional solutions (Ghai and Galli, 2006; Hart, 2010, p. 41; Aparicio Wilhelm, 2011, p. 9; Viciano Pastor and Martínez Dalmau, 2011, p. 23). The participatory dynamic itself promotes becoming familiar with the Constitution and makes it easier for citizens to make a tool of it to defend and exercise their rights (Haysom 2003; Widner 2008, 1519). Equally, citizen participation encourages the inclusion of new players, movements and social organizations in public life beyond political parties, generating a greater level of pluralism (Landau 2013) that, in turn, favors dialog and the achievement of agreements that can contribute to closing past wounds, resolving conflicts and reducing the gap between different social sectors (Benomar 2004, 88; Samuels 2006, 4).

The other side of the coin of participatory processes is transparency. A participatory process cannot perform correctly if the level of transparency is not sufficiently high. On the one hand, it limits the role of powerful lobbyists behind the scenes by allowing citizens to know what they are proposing. On the other hand, it allows citizens to control, restrain and propose alternatives (Colón-Ríos 2011). Likewise, transparency in the process entails a greater connection of constituents with popular feeling (Elster 1998, 111).

In this vein, the procedure for drafting the constitutional draft that was carried out in the Constitutional Council of Iceland in 2011 is very illustrative (Landemore 2015; González Cadenas 2015). In an innovative way, the draft constitution was drafted progressively, making public progress periodically and allowing citizens to better control developments in the process and interact more directly with their representatives. Similarly, the periodic publication of the draft in the media, which was set weekly in Iceland, entailed a

greater social debate, interest in the process, and a better knowledge of the constitution.

3. *The referendum for ratifying the constitutional text*

From the classical and democratic constituent power prism, the convenience of a constitutional referendum is undisputed as a Constitution must be the reflection of the popular will. Hence, the constitution-making process cannot remain framed within the game of political elites and citizens must necessarily have the last word (Colón-Ríos 2011, 35). Moreover, constitutional referendums are an instrument that prevents constituted powers from adopting certain precepts contrary to popular will or that do not coincide with the promises made in the electoral campaign (Contreras Casado 2017, 70; García-Escudero Márquez 2008, 190). They have the virtue, to put it another way, to encourage constituents to seek common positions and introduce precepts close to the popular feeling (Ghai 2006, 37; Blount, Elkins, and Ginsburg 2012, 218). While it is true that some constitutions that have not been approved in a referendum, such as the Japanese and German constitutions, have been highly legitimate, the fact that citizens have the final say on the text favors its legitimacy and, therefore, an increased sense of belonging, the so-called constitutional feeling (Loewenstein 1986, 200).

Citizens who make up the European constituent power will be those who, without renouncing their national constituent power during the process, agree to limit it in the referendum to ratify the new constitutional text. From this point of view, the referendum should be held at the level of all the participating States and approved by an absolute majority of the votes. States that do not ratify the text will be excluded from the future federation, provided that it is formed with the approval of a clear majority of the States participating in the constituent assembly.

On the other hand, although the final decision on the text to be submitted to referendum should fall on the representatives (not even a large number of petitioners can decide for all citizens), it seems convenient to design a popular initiative mechanism to allow a percentage of representatives and citizens who gather enough support to submit a proposal for consideration to their fellow citizens at the referendum for ratifying the constitution. This mechanism allows certain issues that are considered to be of utmost importance by citizens to be part of the social debate, instructing citizens in the matter. Furthermore, unlike the referendums for constitutional ratification that have occurred in almost all cases since the French referendum of 1793, citizens should be allowed to decide on separate issues instead of being forced to voting on bloc the constitutional text.

IV. CONCLUSIONS AND FUTURE RESEARCH LINES

Some legal, political and economic problems indicate the quandary and the deep legitimacy crisis that the EU is facing: the exhaustion of the Monnet functionalist method, the EU legitimacy crisis, the nation-states inability to confront globalization, the contradiction between the social constitutions of the Member States and the EU primary law, the CJEU's control of conventionality without its interpretative functions being enshrined in constituent debates and the priority of the EU's economic freedoms over the constitutional social rights that diminishes the possibilities of democratic action. So as to solve these challenges, some scholars, social movements and leading political figures have proposed to initiate a democratic constituent process in the EU. If the constituent strategy is part of the solution to the highlighted problems, the key question to solve is how the European constituent power should be configured. Here there are three answers depending on where we locate the subject of the European constituent power, in the Member States or in its citizens. In spite of the laudable attempts to reconfigure the classical theory of the constituent power, *e.g.* the habermasian *pouvoir constituant mixte*, from a democratic perspective the constituent power should only rest in the shoulders of the citizens. Moreover, as I have shown, theories that locate the European constituent power totally or partially in the Member States, do not work or have not worked in practice.

At this point, the scholar debate should focus on proposing and debating a concrete design of an eventual constituent process in the EU so as to give a technical response to the pretension of some of the most prominent European political figures and to clearly depict what the path to a United States of Europe would be like. I have done this task taking as reference some works of scholars specializing in constitution-making. First, I envisaged the particular legal paths that could be chosen to activate in Europe the constituent power according to its classic and democratic theorization, an ordinary reform of the article 48 TEU or the signature of an international treaty outside EU law. In either case, the content of such a reform or international treaty may be a mechanism, that could be similar to the article V of the US Constitution, that facilitates Member States' citizens convening a constituent assembly. The guidelines of such a process should be, according to the classical and democratic theory of the constituent power, the principles of participation, transparency and inclusiveness. That means that direct participatory mechanisms should be created and that a constitutional referendum is mandatory. Moreover, an important part of constitution-making studies indicate that the future political and constitutional system will be more stable as it will be perceived as more legitimate.

In this study, I have merely raised an approach to many of the problems that will have to be addressed in order to proceed with the opening and design of a European constituent process. There is still some of unresolved or undeveloped

issues that require future studies. Substantially, a satisfactory response must be found to the relationship between the new Federal State and the European Union so as to determine whether the principle of the primacy of European Union Law continues to be observed or to what extent. As a way of solving these legal conflicts, Martin Schulz or the members of the Spinelli Group indicate that Member States that do not accept the result of the constituent convention should be automatically excluded from the Union, becoming a sort of EU associated states. Nevertheless, this option would not be possible given that, in accordance with Article 50 TEU provisions, there is no possibility of expelling a Member State. In any case, it could be suggested that the States that constitute the new federal State should leave the EU and proceed to the signing of a Treaty with the European Union to define their relations.

Another central issue to be solved is the configuration of the electoral system that will regulate the constituent assembly elections. The doctrine specializing in constitution-making agrees almost unanimously that the electoral formula must generate proportional effects in order to be able to accommodate a plurality of political sensitivities and guarantee the presence of minorities (Landau 2013, 962; Viciano Pastor 2012, 144; Böckenförde, Hedling, and Wahi 2011, 191; Elster 1995, 367). In this vein, the electoral system should be unique and transnational lists must be set up. Likewise, I have not made reference to a whole series of detail issues that should be covered in a constituent process. Consider, for example, the debate about the specific design of mechanisms for citizen participation, the linking of citizen proposals to the work of representatives of the constituent body, the role of the media, the introduction of gender quotas, the majority required for the approval of the text by the constituent body, the quorum required to ratify the text or the transition system once the constitution enters into force. All these issues, of course, must be decided freely and without constraints by the constituent body (Patberg 2018, 268).

Nevertheless, scholars should contribute by generating theoretical analysis and providing empirical evidence on these crucial issues for the future of Europe. The role of the academia here is to offer and debate proposals in a scientific and critic way. As one of the fathers of the European integration process, Altiero Spinelli, argued in May 1982 at the Università di Padova: “until now, we could reflect and describe things. From now onwards, action, always adventurous and risky, must take the place of meditation”. It should be a scientific duty to move from an analytical-deconstructive phrase to a proactive-constructive one (Chalmers, Jachtenfuchs, and Joerges 2016, 16). Additionally, it should be the goal of academia to contribute to reduce the gap between academic studies and core political issues, which in the case of the EU is way too big (Scicluna 2015, 2).

REFERENCES

- AGUILAR CALAHORRO, Augusto. 2014. 'La Decisión Pringle En El Proceso de Constitucionalización de La Unión Europea'. *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 101: 337–80.
- APARICIO WILHELMI, Marco. 2011. 'Nuevo Constitucionalismo, Derechos y Medioambiente En Las Constituciones de Ecuador y Bolivia'. *Revista General de Derecho Público Comparado*, no. 9: 1–24.
- ARATO, Andrew. 2017. *The Adventures of the Constituent Power Beyond Revolutions?* Cambridge: Cambridge University Press.
- BANKS, Angela. 2008. 'Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities'. *William & Mary Law Review* 49 (4): 1043–69.
- BENOMAR, Jamal. 2004. 'Constitution-Making after Conflict: Lessons for Iraq'. *Journal of Democracy* 15 (2): 81–95.
- BLOUNT, Justin, Zachary Elkins, and Tom Ginsburg. 2012. 'Does the Process of Constitution-Making Matter?' *Comparative Constitutional Design*, no. July: 31–66.
- BÖCKENFÖRDE, Markus, Nora Hedling, and Winluck Wahiu. 2011. *A Practical Guide to Constitution Building*. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
- BOCQUILLON, Pierre, and Mathias Dobbels. 2014. 'An Elephant on the 13th Floor of the Berlaymont? European Council and Commission Relations in Legislative Agenda Setting'. *Journal of European Public Policy* 21 (1): 20–38.
- BRANDT, Michele, Jill Cottrell, Yash Ghai, and Anthony Regan. 2011. *Constitution-Making and Reform*. Interpeace.
- BRAVER, Joshua. 2017. 'Constituent Power as Extraordinary Adaptation'.
- BRESSANELLI, Edoardo, and Nicola Chelotti. 2016. 'The Shadow of the European Council. Understanding Legislation on Economic Governance'. *Journal of European Integration*.
- BUGARIC, Bojan. 2013. 'Europe Against the Left? On Legal Limits to Progressive Politics'. *LSE 'Europe in Question' Discussion Paper Series*, no. 61: 1–29.
- CABO MARTÍN, Carlos De. 2003. *La Reforma Constitucional En La Perspectiva de Las Fuentes Del Derecho*. Madrid: Trotta.
- . 2009. *Dialéctica Del Sujeto, Dialéctica de La Constitución*. Madrid: Trotta.
- CARAMMIA, Marcello, Sebastiaan Princen, and Arco Timmermans. 2016. 'From Summits to EU Government: An Agenda Formation Perspective on the European Council'. *Journal of Common Market Studies* 54 (4): 809–25.
- CARRERAS SERRA, Francesc De. 1995. 'Por Una Constitución Europea'. *Revista de Estudios Políticos*, no. 90: 193–220.
- CHALMERS, Damian, Markus Jachtenfuchs, and Christian Joerges. 2016. *The End of the Eurocrats' Dream*. Cambridge: Cambridge University Press.
- COLÓN-RÍOS, Joel I. 2011. 'Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia'. *Constellations* 18 (3): 365–88.
- COMMISSION DES AFFAIRES EUROPÉENNES. 2017. 'Groupe de Travail Sur Les Conventions Démocratiques de Refondation de l'Europe'.
- CONTRERAS CASADO, Manuel. 2017. '¿Reformar La Reforma? Un Balance Crítico de Los Procedimientos de Reforma Constitucional En La Constitución Española'. In

- Estudios En Homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a Examen: La Reforma de La Constitución En España*, edited by Juan Cano Bueso and Rafael Escudero Rodríguez, 59–74. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CRAIG, Paul. 2011. 'Constitutions, Constitutionalism and the European Union'. *European Law Journal* 7 (2): 125–50.
- CURTIN, Deirdre. 2014. 'Challenging Executive Dominance in European Democracy'. *The Modern Law Review* 77 (1): 1–32.
- DAWSON, Mark. 2015. 'Opening Pandora's Box? The Crisis and the EU Institutions'. In *Beyond the Crisis: The Governance of Europe's Economic, Political and Legal Transformation*, 85–93.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis. 1993. 'Reflexiones Sobre La Idea de Constitución Europea'. *Revista de Instituciones Europeas*, no. 2: 533–62.
- EISENSTADT, Todd A., A. Carl Levan, and Tofiq Maboudi. 2017. *Constituents Before Assembly*. New York: Cambridge University Press.
- ELKINS, Zachary, Thomas Ginsburg, and James Melton. 2009. *The Endurance of National Constitutions*. New York: Cambridge University Press.
- ELSTER, Jon. 1995. 'Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process'. *Duke Law Journal* 45 (2): 364–96.
- . 1997. 'Ways of Constitution-Making'. In *Democracy's Victory and Crisis*, edited by Axel Hadenius, 123–42. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 1998. 'Deliberation and Constitution Making'. In *Deliberative Democracy*, edited by Jon Elster, 97–122. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2012. 'Clearing and Strengthening the Channels of Constitution Making'. In *Comparative Constitutional Design*, edited by Tom Ginsburg, 15–30. New York: Cambridge University Press.
- ERIKSEN, Erick Oddvar, and John Erik Fossum. 2012. 'Introduction: Reconfiguring European Democracy'. In *Rethinking Democracy and the European Union*, 1–13. New York: Routledge.
- FABBRINI, Federico. 2014. 'From Fiscal Constraints to Fiscal Capacity: The Future of EMU and Its Challenges'. In *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, edited by Maurice Adams, Federico Fabbrini, and Pierre Larouche, 399–417. Oxford: Hart Publishing.
- . 2017. 'Brexit and EU Treaty Reform'. In *The Law & Politics of Brexit*, edited by Federico Fabbrini, 267–91. New York: Oxford University Press.
- FABBRINI, Sergio. 2013. 'Intergovernmentalism and Its Limits: Asseging the European Union's Answer to the Euro'. *Comparative Political Studies* 46 (9): 1003–29.
- . 2015a. 'Emerging from the Euro Crisis: The Institutional Dilemmas of a Political Union'. In *Beyond the Crisis: The Governance of Europe's Economic, Political and Legal Transformation*, edited by Mark Dawson, Henrik Enderlein, and Christian Joerges, 94–111. Oxford: Oxford University Press.
- . 2015b. *Which European Union*. Cambridge: Cambridge University Press.
- FERNÁNDEZ LE GAL, Annaïck. 2018. 'La Contribución de La Iniciativa Ciudadana Europea a La Vida Democrática de La Unión'. *Revista General de Derecho Constitucional*, no. 26: 1–44.
- FERRAJOLI, Luigi. 2011. *Poderes Salvajes. La Crisis de La Democracia Constitucional*. Madrid: Trotta.

- . 2019. *Manifiesto Por La Igualdad*. Madrid: Trotta.
- FOSSUM, John Erik, and Agustín José Menéndez. 2012. 'Democracy and Constitution-Making in the European Union'. In *Rethinking Democracy and the European Union*, edited by Erick Oddvar Eriksen and John Erik Fossum, 57–73. New York: Routledge.
- FRITZ, Christian G. 2008. *American Sovereigns: The People and America's Constitutional Tradition before the Civil War*. New York: Cambridge University Press.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad. 2008. 'El Procedimiento Agravado de Reforma de La Constitución de 1978'. *Revista de Derecho Político*, no. 71–72: 177–93.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 1995. 'El Proyecto de Constitución Europea'. *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 45: 9–29.
- GARCÍA ROCA, Javier, and Miguel Martínez Lago. 2014. 'El Impacto de La Crisis Económica En Nuestras Dos Constituciones'. *Documentación Administrativa, Nueva Época*, no. 1.
- GHAJ, Yash. 2006. 'La Asamblea Constituyente En La Elaboración de La Constitución Política'. Estocolmo.
- GHAJ, Yash, and Guido Galli. 2006. *Constitution Building Processes and Democratization*. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
- GONZÁLEZ CADENAS, Diego. 2015. *Hegemonía y Poder Constituyente: Lecciones de Islandia Para El Caso Español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- . 2018. *Democracia y Procesos Constituyentes. Un Análisis Jurídico-Político*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GRIFFITHS, Ricard T. 2000. *Europe's First Constitution: The European Political Community, 1952–1954*. London: Federal Trust.
- GRIMM, Dieter. 2017. *The Constitution of European Democracy*. New York: Oxford University Press.
- GUASTINI, Ricardo. 2001. *Estudios de Teoría Constitucional*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- HAAPALA, Taru, and Teemu Häkkinen. 2017. 'Debating Federal Europe in the British Parliament, c. 1940–49'. *European Review of History* 24 (5): 801–16.
- HABERMAS, Jürgen. 1998. *The Inclusion of the Other*. Cambridge: MIT Press.
- . 2012. 'The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law'. *European Journal of International Law* 23 (2): 335–48.
- . 2015. 'Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy Is Necessary and How It Is Possible'. *European Law Journal* 21 (4): 546–57.
- . 2017. 'Citizen and State Equality in a Supranational Political Community: Degressive Proportionality and the Pouvoir Constituant Mixte'. *Journal of Common Market Studies* 55 (2): 171–82.
- HANDLIN, Oscar, and Mary Handlin, eds. 1966. *The Popular Sources of Political Authority. Documents on the Massachusetts Constitution of 1780*. Cambridge: Harvard University Press.
- HART, Vivien. 2003. 'Democratic Constitution-Making'.

- 2010. 'Constitution Making and the Right to Take Part in a Public Affair'. In *Framing the State in Times of Transition*, edited by Laurel E. Miller, 20–54. Washington DC: United States Institute of Peace Press Books.
- HAYSOM, Nicholas. 2003. 'Nation-Building and Constitution-Making in Divided Societies'. In *Federalism in a Changing World: Learning from Each Other*, edited by Raoul Blindenbacher and Arnold Koller, 216–39. Montreal: McGill-Queen's University Press.
- HERNÁNDEZ DE COS, Pablo. 2020. 'Common Policies against Common Shocks'. *EUROFI Magazine*, 2020.
- HINAJEROS, Alicia. 2015. 'The Role of Courts in the Wake of the Eurozone Crisis'. In *Beyond the Crisis: The Governance of Europe's Economic, Political and Legal Transformation*, edited by Mark Dawson, Henrik Enderlein, and Christian Joerges. Oxford: Oxford University Press.
- HOOGHE, Liesbet. 2007. 'What Drives Euroscepticism?: Party-Public Cueing, Ideology and Strategic Opportunity'. *European Union Politics* 8 (1): 5–12.
- JIMENA QUESADA, Luis, and Javier Tajadura Tejada. 2015. 'La Prehistoria y La Historia Del Derecho Constitucional Europeo (Ensayo de Paralelismo Con El Decurso Del Derecho Constitucional Nacional)'. *Revista de Derecho Político*, no. 94: 11–52.
- JOERGES, Christian. 2015. 'Constitutionalism and the Law of the European Economy'. In *Beyond the Crisis: The Governance of Europe's Economic, Political and Legal Transformation*, edited by Mark Dawson, Henrik Enderlein, and Christian Joerges, 216–33. Oxford: Oxford University Press.
- LANDAU, David. 2013. 'Constitution-Making Gone Wrong'. *Alabama Law Review* 64 (5): 923–80.
- LANDEMORE, Hélène. 2015. 'Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment'. *The Journal of Political Philosophy* 23 (2): 166–91.
- LAPAVITSAS, Costas. 2017. 'A Socialist Strategy for Europe'. *Catalyst* 1.
- LEPORE, Jill. 2018. *These Truths: A History of the United States*. New York: W. W. Norton & Company.
- 'Les Consultations Citoyennes Sur l'Europe'. n.d. Accessed 10 January 2019. <https://www.touteleurope.eu/consultations-citoyennes.html>.
- LINDE PANIAGUA, Enrique. 2012. 'La Mutación de La Unión Europea y de Su Derecho Originario: La Modificación Del Artículo 136 Del TFUE, y Otros Tratados (Tratados Parásitos) Suscritos Por Estados de La Unión Europea, En Particular El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernan'. *Revista de Derecho de La Unión Europea*, no. 23: 87–104.
- LOEWENSTEIN, Karl. 1986. *Teoría de La Constitución*. Barcelona: Ariel.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo. 2017. 'El Estado Social 40 Años Después La Desconstitucionalización Del Programa Constitucional'. *Revista de Derecho Político*, no. 100: 769–98.
- MANCINI, Federico. 1989. 'The Making of A Constitution For Europe'. *Common Market Law Review* 26 (4): 595–614.
- 1998. 'Europe: The Case for Statehood'. *European Law Journal* 4 (1): 29–42.
- MARTELLI, Roger. 2013. 'Putting and End to Governance'. *Transform!*, no. 12.
- MARTI, Gaëlle. 2008. 'Le Pouvoir Constituant Européen'. Université Nancy 2.

- 2013. ‘Construcción Política de La Unión Europea y Poder Constituyente’. *Teoría y Realidad Constitucional* 32 (2): 309–22.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. 2014. ‘El Debate Sobre La Naturaleza Del Poder Constituyente’. In *Teoría y Práctica Del Poder Constituyente*, edited by Rubén Martínez Dalmau, 67–120. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MENÉNDEZ, Agustín José. 2011. ‘Defensa (Moderada) de La Sentencia Lisboa Del Tribunal Constitucional Alemán’. *El Cronista Del Estado Social y Democrático de Derecho*, no. 17: 32–45.
- 2017. ‘Constitutional Review, Luxembourg Style: A Structural Critique of the Way in Which the European Court of Justice Reviews the Constitutionality of the Laws of the Member States of the European Union’. *Contemporary Readings in Law and Social Justice* 9 (2): 116–45.
- MÖELLERS, Christoph. 2010. ‘Pouvoir Constituant-Constitution-Constitutionalism’. In *Principles of European Constitutional Law*, edited by Armin Von Bogdandy, 169–204. Portland: Hart Publishing.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. 2014. ‘Por Un Constitucionalismo Social Europeo. Un Marco Jurídico-Político Insuficiente Para La Construcción de La Ciudadanía Social Europea’. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, no. 21: 143–94.
- MORENO GONZÁLEZ, Gabriel. 2017. ‘El Cierre de La Constitución Económica Española: De La Apertura de Posibilidades Al Monismo de Obligaciones’. *Ius Fugit*, no. 20: 117–56.
- 2019. *Estabilidad Presupuestaria y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 2020. ‘¿MEDE o Eurobonos? La Solidaridad Europea Ante La Crisis Del Coronavirus’. *Boletín de La Academia de Yuste*, no. 4: 1–5.
- NEGRI, Antonio, and Raúl Sánchez Cedillo. 2015. ‘For a Constituent Initiative in Europe’. *Transversal Texts*.
- NIESEN, Peter. 2017. ‘The “Mixed” Constituent Legitimacy of the European Federation’. *Journal of Common Market Studies* 55 (2): 183–92.
- OLTERMANN, Philip. 2017. ‘Martin Schulz Wants “United States of Europe” within Eight Years’. *The Guardian*, 7 December 2017.
- PATBERG, Markus. 2016. ‘Against Democratic Intergovernmentalism: The Case for a Theory of Constituent Power in the Global Realm’. *I•CON*, no. 3: 622–38.
- 2017. ‘The Levelling Up of Constituent Power in the European Union’. *Journal of Common Market Studies* 55 (2): 203–12.
- 2018. ‘Challenging the Masters of the Treaties: Emerging Narratives of Constituent Power in the European Union’. *Global Constitutionalism* 7 (2): 263–293.
- PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz. 2010. ‘De La Democracia Representativa a La Democracia Participativa: Aportaciones Del Tratado de Lisboa’. *Revista de Derecho de La Unión Europea*, no. 18: 13–27.
- PIRIS, Jean-Claude. 2012. *The Future of Europe. Towards a Two-Speed EU?* New York: Cambridge University Press.
- POIARES MADURO, Miguel. 1998. *We the Court The European Court of Justice and the European Economic Constitution*. Portland: Hart Publishing.

- PORRAS RAMÍREZ, José María. 2014. 'El Reto Constitucional de La Unión Europea En Un Contexto de Crisis Económica y Financiera'. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, no. 21: 195–219.
- PREUSS, Ulrich K. 2011. 'Is There a Constituent Power in the European Union?' In *Le Pouvoir Constituant et l'Europe*, edited by Olivier Cayla and Pasquale Pasquino, 75–92. Paris: Dalloz.
- PUETTER, Uwe. 2012. 'Europe's Deliberative Intergovernmentalism: The Role of the Council and European Council in EU Economic Governance'. *Journal of European Public Policy* 19 (2): 161–78.
- PUETTER, Uwe, and Sergio Fabbrini. 2016. 'Catalysts of Integration – the Role of Core Intergovernmental Forums in EU Politics'. *Journal of European Integration* 38 (5): 633–42.
- RENOUVIN, Pierre. 1949. *L'Idée de Fédération Européenne Dans La Pensée Politique Du XIXe Siècle*. London: Oxford University Press.
- RODRÍK, Dani. 2018. *Straight Talk on Trade*. Princeton: Princeton University Press.
- ROMPUY, Herman Von. 2012. 'Towards a Genuine Economic and Monetary Union'. Brussels.
- SAMUELS, Kirsti. 2006. *Constitution Building Processes and Democratization: A Discussion of Twelve Case Studies*. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
- SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio. 2017. 'From a Deficit of Democracy to a Technocratic Order: The Postcrisis Debate on Europe'. *Annual Review of Political Science* 20: 351–69.
- SAUNDERS, Cheryl. 2012. 'Constitution-Making in the 21st Century'. *International Review of Law*, no. 4: 1–10.
- SCARLATTI, Paolo. 2010. *Democracia y Teoría de La Legitimación En La Experiencia de La Integración Europea: Contribución a Una Crítica Del Constitucionalismo Multinivel*. Bilbao: Universidad del País Vasco.
- SCHARPF, Fritz W. 2017. 'De-Constitutionalisation and Majority Rule: A Democratic Vision for Europe'. *European Law Journal* 23 (5): 315–334.
- SCHIMMELFENNIG, Frank. 2015. 'What's the News in "New Intergovernmentalism"? A Critique of Bickerton, Hodson and Puetter'. *Journal of Common Market Studies* 53 (4): 723–730.
- SCICLUNA, Nicole. 2015. *European Union Constitutionalism in Crisis*. European Union Constitutionalism in Crisis. New York: Routledge.
- STREECK, Wolfgang. 2016. *How Will Capitalism End?* Brooklyn: Verso.
- . 2017. *Buying Time*. Brooklyn: Verso.
- THE SPINELLI GROUP. 2013. *A Fundamental Law of the European Union*. Gütersloh: Bertelsmann Stiftung.
- TUSHNET, Mark. 2013. 'Constitution-Making: An Introduction'. *Texas Law Review* 91 (7): 1983–2013.
- VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Beatriz. 2017. 'La Iniciativa Ciudadana Europea, Un Instrumento Democrático En Progresiva Consolidación'. *Revista General de Derecho Europeo*, no. 43: 153–200.
- VERHOFSTADT, Guy. 2006. *The United States of Europe*. London: Federal Trust.

- VICIANO PASTOR, Roberto. 2001. 'El Largo Camino Hacia La Constitución Europea'. *Revista de Derecho de La Unión Europea*, no. 1–2: 91–104.
- . 2012. 'La Activación Política Del Poder Constituyente En España y Sus Cauces Jurídicos'. In *Por Una Asamblea Constituyente*, edited by Roberto Viciano Pastor, 130–46. Madrid: Sequitur.
- VICIANO PASTOR, Roberto, and Rubén Martínez Dalmau. 2011. 'El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Fundamentos Para Una Construcción Doctrinal'. *Revista General de Derecho Público Comparado*, no. 9: 1–24.
- VOIGT, Stefan. 2003. 'The Consequences of Popular Participation in Constitutional Choice – Towards a Comparative Analysis'. In *Deliberation and Decisión*, edited by Anne Aaken, Christian List, and Christoph Lutge, 199–229. Aldershot: Ashgate.
- WALKER, Neil. 2016. 'The European Fallout'. *German Law Journal* 17 (Brexit): 125–29.
- WEILER, Joseph. 1991. 'The Transformation of Europe'. *Yale Law Journal* 100 (8): 2403–83.
- WESSELS, Wolfgang. 2012. 'The Maastricht Treaty and the European Council: The History of an Institutional Evolution'. *Journal of European Integration* 34 (7): 753–67.
- . 2016. *The European Council*. New York: Palgrave Macmillian.
- WIDNER, Jennifer. 2008. 'Constitution Writing in Post-Conflict Settings: An Overview'. *William & Mary Law Review* 49 (4): 1513–41.

INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DE COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EUROPEOS

Intervention of the court of justice of the European Union in the area of coordination of the european social security systems

Verónica Lidia Martínez Martínez

Doctora en Derecho¹

Profesora-Investigadora de la Universidad Anáhuac (México)

marb_cap@hotmail.com

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp169-204](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp169-204)

Recibido: 30.06.2020

Aceptado: 21.12.2020

Resumen

Partiendo de una sucinta exposición de los antecedentes, integración y atribuciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con base en el método analítico y la consulta de los principales fallos pronunciados por este órgano jurisdiccional, en este trabajo son expuestas las principales temáticas de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en el ámbito de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social europeos.

Palabras clave

Seguridad social, coordinación, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, jurisprudencia, principios.

¹ Doctora y maestra en derecho, especialista en derecho social y licenciada en derecho, título y grados obtenidos con Mención Honorífica. Investigadora Nacional del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

Abstract

Starting from a succinct exposition of the antecedents, integration and attributions of the Court of Justice of the European Union, based on the analytical method and the consultation of the main rulings pronounced by this jurisdictional body, in this work the main themes of the jurisprudence of the Luxembourg Court in the field of coordination of European Social Security systems.

Keywords

Social security, coordination, Court of Justice of the European Union, jurisprudence, principles.

SUMARIO: I. ORIGEN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. II. INTEGRACIÓN Y ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. III. JURISPRUDENCIA EN MATERIA DEL SISTEMA DE COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 1. *Creación normativa*. 2. *Incumplimiento a las obligaciones del derecho comunitario*. 3. *Principios básicos del sistema de coordinación en materia de seguridad social*. 4. *Determinación de la legislación aplicable*. 5. *Ámbito material y personal de los reglamentos de coordinación en materia de seguridad social*. 6. *Bases de cotización*. IV. CONCLUSIÓN. V. FUENTES DE CONSULTA.

I. ORIGEN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Robert Schuman, ministro francés de Asuntos Exteriores, pronunció la Declaración que lleva su nombre el 9 de mayo de 1950. En ella propuso la creación de una Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) así como el establecimiento de un poder judicial. De acuerdo con el Tratado de París, firmado el 18 de abril de 1951, la nueva Comunidad estaría integrada por cuatro órganos primarios: una Alta Autoridad; una Asamblea Común, un Tribunal de Justicia y un Consejo de Ministros.²

El Tribunal de Justicia, integrado por siete jueces,³ nombrados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembro de la CECA, de entre personalidades que ofrecían absolutas garantías de independencia y competencia,⁴ era el órgano facultado para controlar la legalidad de los actos y omisiones de la Alta autoridad, por lo que sus miembros podían ser cesados por el Tribunal de Justicia, a instancia de la Alta Autoridad o del Consejo Especial de Ministros, en los casos previstos por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero,⁵ además de disponer de la facultad para anular, a petición de uno de los Estados miembro o de la Alta Autoridad, los acuerdos de la Asamblea o del Consejo.⁶

² Artículo 7 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Disponible en: http://ocw.uc3m.es/historia-del-derecho/historia-de-la-integracion-europea/tratados/Tratado_Ceca.pdf/view. Fecha de consulta: 9 de junio de 2020.

³ Los primeros jueces se nombraron en diciembre de 1952, y la primera sentencia lleva la fecha de 21 de diciembre de 1954. Asunto 1-54, República Francesa contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, [ECLI:EU:C:1954:7].

⁴ Artículo 32 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, op. cit.

⁵ *Ibidem*. Artículo 12 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

⁶ *Ibidem*. Artículo 38 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

En suma el Tribunal de Justicia al erigirse como un órgano auténticamente jurisdiccional tenía en sus manos garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, así como de sus reglamentos de ejecución.⁷

De manera paralela a la firma de los Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de Energía Atómica (CEEA llamada Euratom) o Tratados de Roma, se firmó y entró en vigor un Convenio sobre Instituciones Comunes que creó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) para llevar a cabo la interpretación y aplicación de ambos tratados. A partir del 7 de octubre de 1958 en que tuvo lugar el nombramiento de los jueces y de la publicación del Reglamento de Procedimiento el 3 de marzo de 1959, el TJCE comenzó a funcionar en Luxemburgo.

En 1999, como resultado de la firma del Tratado de Ámsterdam, se ampliaron las competencias del Tribunal de Luxemburgo, al poder intervenir en la protección de los derechos humanos como consecuencia de la aprobación e incorporación al Derecho de la Unión Europea de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como de la aprobación de diferentes Directivas destinadas a la protección de determinados derechos humanos como el derecho a la igualdad, la protección de datos de carácter personal, a la vida privada, por citar algunos ejemplos.

La jurisprudencia el Tribunal de Justicia reconoce la obligatoriedad de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho sobre la base de un triple fundamento: los derechos fundamentales comprendidos dentro de los principios generales del derecho comunitario,⁸ las tradiciones constitucionales de los Estados miembro, toda vez que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales de dichos Estados y por último, con los

⁷ Ibidem. Artículo 31 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

⁸ Ya en 1969 en el caso *Stauder*, el Tribunal reconoció, al menos implícitamente, en un obiter dictum que los derechos fundamentales de la persona formaban parte de los principios generales del Derecho comunitario. Poco después, en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, en el que el recurrente había alegado una violación de sus derechos fundamentales por parte de un acto comunitario, el Tribunal, si bien rechazó que tal violación se hubiese producido, reconoció expresamente que el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho. Posteriormente, en el caso *Nold* el Tribunal de Justicia puntualizó su jurisprudencia haciendo referencia a los instrumentos nacionales a los que los Estados miembro se habían adherido o en cuya elaboración habían participado. En particular, se hacía referencia al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

instrumentos jurídico-internacionales de los que son parte los Estados miembro en materia de derechos humanos,⁹ en particular, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (bloque de fundamentalidad).

El antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) que a partir del Tratado de Lisboa se denomina Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) es la autoridad judicial de la Unión Europea. Ante la desaparición de la estructura de pilares introducida por el Tratado de Maastricht, el Tribunal de Luxemburgo en colaboración con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembro vela por la aplicación e interpretación uniforme del Derecho de la Unión, es decir, controla la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión Europea; vela por que los Estados miembro respeten las obligaciones establecidas en los Tratados e interpreta el Derecho de la Unión a solicitud de los jueces nacionales. De esta manera el TJUE funciona como un tipo de Tribunal Supremo al situarse sus decisiones a un nivel superior con respecto a las de los tribunales nacionales,¹⁰ incluidos los tribunales constitucionales.

II. INTEGRACIÓN Y ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Con excepción de la necesidad de adaptarse a las variaciones del número de Estados miembro y al incremento de los asuntos que debe resolver, el Tribunal de Justicia es una de las instituciones que menos cambios ha experimentado a lo largo de su existencia. En la actualidad el Máximo Tribunal de la Unión se integra por dos órganos jurisdiccionales: el Tribunal de Justicia y el Tribunal General. El Tribunal de la Función Pública, creado en 2004, puso fin a sus actividades el 1º de septiembre de 2016, al traspasar sus competencias al Tribunal General.

El Tribunal General está compuesto por dos jueces por cada Estado miembro.¹¹ Los jueces son nombrados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembro, previa consulta a un comité encargado de emitir un dictamen sobre la idoneidad de los candidatos. Su mandato es de seis años

⁹ Asunto 5/88, Hubert Wachauf en contra de Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft. STJ 13 de julio de 1989. [ECLI:EU:C:1989:321].

¹⁰ K. ALTER, *Establishing the Supremacy of the European Law*, Oxford, Oxford University, Press, 2001.

¹¹ Artículo 48 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (versión consolidada), Disponible en: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tra-doc-es-div-c-0000-2016-201606984-05_01.pdf. Fecha de consulta: 2 de mayo de 2020.

con posibilidad de renovación. Los jueces designan al presidente y vicepresidente del Tribunal General que duran en su encargo tres años.

Los asuntos de que conoce el Tribunal General se sustancian en salas compuestas por tres o cinco jueces o, en determinados casos, en formación de juez único ante la ausencia de dificultad de las cuestiones de Derecho o de hecho suscitadas, la escasa importancia del asunto y la ausencia de otras circunstancias particulares. El Tribunal General también puede reunirse en Gran Sala (quince jueces), cuando las circunstancias particulares o la importancia del asunto lo justifiquen.

En primera instancia el Tribunal General resuelve los recursos directos interpuestos por personas físicas y jurídicas para obtener la anulación de actos de las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea de los que sean destinatarias o que les afecten directa e individualmente, pronunciarse respecto de los actos reglamentarios que les afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución,¹² así como resolver los recursos interpuestos por estas mismas personas con objeto de que se constate la inacción de dichas instituciones, órganos u organismos.¹³

Asimismo, es competente para resolver los recursos formulados por los Estados miembro contra la Comisión Europea y los recursos dirigidos a obtener la reparación de los daños causados por las instituciones o por los órganos u organismos de la Unión Europea o sus agentes;¹⁴ ejercer en primera instancia la competencia para resolver cualquier litigio entre la Unión y sus agentes,¹⁵ además de conocer de los conflictos que versan sobre cláusulas compromisorias contenidas en un contrato de Derecho público o de Derecho privado celebrado por la UE o por su cuenta en los que se otorgue competencia expresa al Tribunal General¹⁶ y de las medidas de defensa comercial (*dumping*).

Otras de las materias en las que es competente el Tribunal General son los recursos en el ámbito de la propiedad intelectual dirigidos contra la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) y contra la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (OCVV), además de los recursos interpuestos para combatir las decisiones de la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas.

¹² Artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>, fecha de consulta: 24 de junio de 2020.

¹³ Ibidem. Artículo 265 del TFUE

¹⁴ Ibidem. Artículo 268 TFUE

¹⁵ Artículo 50 Bis del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (versión consolidada), op. cit.

¹⁶ Artículo 272 TFUE, op. cit.

Por su parte, el Tribunal de Justicia está compuesto de un juez de cada país miembro y once abogados generales que lo asisten. Los jueces y los abogados generales son designados, de común acuerdo, por los gobiernos de los Estados miembro, previa consulta a un comité encargado de emitir un dictamen sobre la idoneidad de los candidatos propuestos para el ejercicio de las funciones de que se trate. Su mandato es de tres años con posibilidad de renovación. Los jueces elegirán de entre ellos al presidente y vicepresidente del Tribunal de Justicia por un período de tres años.

El Tribunal de Justicia puede reunirse en Pleno, en Gran Sala (quince jueces) o en Salas. El Tribunal de Justicia actúa en Gran Sala cuando lo solicite un Estado miembro o una institución de la UE sea parte en el proceso. Se reúne en Pleno cuando determine la destitución del Defensor del Pueblo o declare el cese de un comisario europeo que haya incumplido sus obligaciones y cuando considere que un asunto reviste una importancia excepcional. El resto de los asuntos se examinan en salas integradas por tres o cinco jueces.

El Tribunal de Justicia ostenta el carácter de supremo intérprete y guardián de la legalidad en el espacio europeo al ser competente para interpretar y aplicar la legislación de la UE, así como de realizar el control judicial. Se reservan al Tribunal de Justicia los recursos directos interpuestos por una institución de la Unión contra otra institución, así como aquéllos que se presenten por un Estado miembro en contra del Parlamento Europeo y del Consejo, salvo los interpuestos contra esta última institución relacionados con las ayudas de Estado, el *dumping* o las competencias de ejecución.

De igual manera, el Tribunal de Justicia es competente para resolver los recursos de incumplimiento y doble incumplimiento, así como el recurso de casación limitado a las cuestiones de Derecho interpuesto para combatir la incompetencia del Tribunal General o sus resoluciones; pronunciarse respecto de los recursos de anulación presentados para impugnar las decisiones adoptadas por el Consejo por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas, como por ejemplo, la congelación de activos en el marco de la lucha contra el terrorismo.¹⁷

No obstante, que el Tribunal de Justicia carece de competencia para examinar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro¹⁸ y para pronunciarse sobre la política exterior y de seguridad común (PESC),¹⁹ le compete vigilar que se respete la delimitación entre la PESC y las demás

¹⁷ Ibidem. Párrafo segundo del artículo 275 TFUE

¹⁸ Ibidem. Artículo 275 TFUE

¹⁹ En virtud del Título V del Tratado UE (artículo 24 TUE, apartado 1, párrafo segundo), el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la política exterior y de seguridad común (PESC).

competencias de la Unión ya que, en virtud del artículo 40 TUE,²⁰ la ejecución de la PESC no debe afectar al ejercicio de las competencias de la UE.

III. JURISPRUDENCIA EN MATERIA DEL SISTEMA DE COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La jurisprudencia emitida por el TJUE es una de las piezas claves del proceso de integración europea, además de tener una posición preeminente en el sistema constitucional de fuentes, no sólo porque marca las notas y directrices de la coordinación en el ámbito de la Seguridad Social, sino porque complementa los instrumentos de coordinación y provoca su modificación para garantizar la tutela de los derechos de Seguridad Social.

Los principales temas de los que se ha ocupado la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo son la aportación de conceptos, de los principios del sistema de coordinación en materia de Seguridad Social, la delimitación de los ámbitos material y personal de los reglamentos comunitarios en el ámbito de la Seguridad Social, del incumplimiento a las obligaciones comunitarias, la determinación de la normatividad aplicable ante el surgimiento de los conflictos normativos y de las bases de cotización, que de manera breve se analizan en este último apartado.

1. *Creación normativa*

A través de su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia aporta y delimita conceptos fundamentales para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, además de fijar los efectos de las herramientas que posibilitan la misma. En la sentencia de 15 de octubre de 1991 (asunto C-302/90) el Tribunal de Luxemburgo aborda el concepto del trabajador fronterizo para determinar que esta condición no se pierde por encontrarse en situación de desempleo total.²¹ Por su parte, en la sentencia de 5 de diciembre de 2019 dictada en los asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18, fijó el alcance y la forma de integrar el concepto legal de «pensión a percibir» como requisito para el acceso a la jubilación anticipada voluntaria.²² Ante su fundamentalidad, en diversos asuntos²³ el Tribunal de Justicia se ha pronunciado respecto

²⁰ *Idem.* Artículo 275 TFUE

²¹ Asunto C-302/90, Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité (CAAMI) contra Napoleón y Jocelyne Faux, STJ 15 de octubre de 1991, [ECLI:EU:C:1991:385].

²² Asunto acumulados C-398/18 y C-428/18, Antonio Bocero Torrico y Jörg Paul Konrad Fritz Bode contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, STJ 5 de diciembre de 2019, [ECLI:EU:C:2019:1050].

²³ Asunto 249/83, Vera Hoeckx en contra de Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn Kalmthout, STJ 27 de marzo de 1985, [ECLI:EU:C:1985:139]; Asunto

del concepto de prestación de Seguridad Social para atribuir tal carácter al beneficio que se concede a sus beneficiarios al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de sus necesidades personales, en función de una situación legalmente definida y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos enumerados en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento 883/2004.

En la sentencia *Depesme y otros*,²⁴ el Tribunal de Justicia se pronunció sobre el concepto de hijo de un trabajador, para determinar que bajo esta expresión, se incluye al hijo que tenga un vínculo de filiación con el trabajador y al hijo del cónyuge o de la pareja registrada por el operario, cuando éste último provea a la manutención del hijo, sin que sea necesario que determinen los motivos de dicha manutención, ni que calculen de forma precisa su cuantía.

En materia de desplazamiento de trabajadores en los asuntos acumulados C-359/16 y C-527/16, la Corte de Luxemburgo aporta la interpretación sobre el valor vinculante del certificado relativo a la legislación sobre Seguridad Social que se aplica al titular (E 101), que se convirtió en el certificado A 1. Conceptualizado el certificado A 1 como el formulario tipo elaborado por la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrante²⁵ que se emite por la institución competente del país, cuya legislación sea aplicable (origen-empleo) y, a partir de su expedición certifica la condición de desplazado del trabajador y la continuidad de su aseguramiento en el país en el que labora normalmente siempre que, de conformidad con el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada.

En primer lugar, en la sentencia dictada en el caso *Altun y otros* (C-359/16), de 6 de febrero de 2018,²⁶ el Tribunal de Justicia comenzó con una recapitulación de su jurisprudencia en la que se consigna que uno de los efectos más significativos de este formulario es que vincula a la institución competente y a los órganos jurisdiccionales del país de acogida, generando una presunción de conformidad a Derecho de la afiliación del trabajador al

C-433/13, Comisión contra República de Eslovaquia, STJ 16 de septiembre de 2015, [ECLI:EU:C:2015:602]; Asunto C-679/16, Procedimiento incoado por A, STJ 25 de julio de 2018, [ECLI:EU:C:2018:601]

²⁴ Asuntos C- 401/15, C-402/15 y C-403/15, *Noémie Depesme y otros contra Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche*, STJ 15 de diciembre de 2016, [ECLI:EU:C:2016:955].

²⁵ Asunto C-620/15, *A-Rosa Flussschiff GmbH contra Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales d'Alsace (Urssaf) y Sozialversicherungsanstalt des Kantons Graubünden*, STJ 27 de abril de 2017, [ECLI:EU:C:2017:309].

²⁶ Asunto 359/16, *Altun*, STJ 6 de febrero de 2018, [ECLI:EU:C:2018:63].

sistema de Seguridad Social del Estado miembro de establecimiento de la empresa (Estado de empleo), por ello la regla general es que las autoridades de destino y sus órganos jurisdiccionales carecen de competencia para revocar los certificados emitidos. Empero, de acuerdo con la sentencia en comento, cuando existan pruebas de la obtención fraudulenta o abusiva de los certificados; se realicen las actuaciones judiciales pertinentes y de forma ineludible se agote el procedimiento de petición de revocación de oficio por el que se solicita la revisión a la autoridad expedidora y ésta no lo atiende con la debida diligencia, los tribunales nacionales del Estado de acogida tienen la posibilidad de no tener en cuenta el certificado A 1.

A lo anterior se adiciona que el 6 de septiembre de 2018, el Tribunal de Justicia dictó sentencia en el asunto *Alpenrind y otros (C-527/16)*²⁷ para precisar los efectos de un certificado A 1. En la emisión de este fallo destacan tres aspectos. En primer lugar, el Tribunal de Justicia reiteró que los certificados A 1 expedidos por la institución competente de un Estado miembro (en este caso, Hungría) vinculan tanto a las instituciones de Seguridad Social como a los tribunales del Estado miembro en que se ejerza la actividad (en este caso, Austria) mientras no sean retirados o invalidados por el Estado miembro en el que se expedieron. Incluso los certificados conservan su validez aun cuando las autoridades competentes de los Estados miembro interesados acudan a la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social y este órgano determine que al haberse expedido de manera fraudulenta debían retirarse, toda vez que la función de dicha autoridad, al limitarse a conciliar las posturas de las autoridades competentes de los Estados miembro que acuden a ella, sus conclusiones tienen el valor jurídico de un dictamen.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia se remite a la sentencia de 30 de marzo de 2000, asunto *C-178/97 Banks y otros*, para determinar que los certificados A 1 pueden aplicarse de manera retroactiva aun cuando en la fecha de su expedición, la institución competente del Estado miembro en el que se desarrolle la actividad hubiera decidido que los trabajadores en cuestión debían someterse al seguro obligatorio de dicho Estado miembro.

Y, en tercer lugar, en términos del artículo 12.1 del Reglamento 883/2004 se establece la sujeción a la Seguridad Social del Estado de origen de los trabajadores desplazados, siempre que la duración del trabajo no exceda de veinticuatro meses y que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona. En la sentencia en comento concluye el Tribunal de Justicia que de enviarse trabajadores a un mismo puesto de trabajo pero por empresas

²⁷ Asunto C-527/16, *Salzburger Gebietskrankenkasse y Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz contra Alpenrind GmbH y otros*, STJ 6 de septiembre de 2018, [ECLI:EU:C:2018:669].

distintas, concurre un supuesto de sustitución. En consecuencia, cuando un trabajador desplazado por su empresario para efectuar un trabajo en otro Estado miembro sea sustituido por otro trabajador desplazado por otro empresario, no puede seguir estando sujeto a la legislación del Estado miembro en el que su empresario ejerce normalmente sus actividades, ya que por lo general, los trabajadores están sujetos al régimen de Seguridad Social del Estado miembro en el que trabajan para garantizar del modo más eficaz posible, la igualdad de trato de todas las personas que trabajen en el territorio de ese Estado miembro.

2. *Incumplimiento a las obligaciones del Derecho comunitario*

En el marco de los recursos por incumplimiento que derivan de las denuncias presentadas por la Comisión Europea en contra de los Estados miembro se encuentran diversos fallos, como la sentencia dictada el 14 de junio de 2016 en el asunto C-308/14 en donde la Comisión denunció al Reino Unido por incumplimiento del Reglamento 883/2004.²⁸ En el fallo en comento, el Tribunal de Justicia resolvió que el ordenamiento comunitario, no se opone a que el reconocimiento de prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión se condicione, por el Estado competente y a que los mismos cumplan con el requisito de tener derecho de residencia legal en el Estado de acogida. Incluso la exigencia de la legislación británica de comprobar la residencia habitual en su territorio que no se requiere su cumplimentación por parte de los nacionales británicos, no contraviene el principio de igualdad de trato, como lo alegó la Comisión, pues se trata de una medida proporcional a la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida.

Por su parte, en la sentencia de 28 de noviembre de 1991 (asunto C-198/90),²⁹ la Comisión Europea denunció el incumplimiento de los Países Bajos a las obligaciones que debe cumplir en términos del Tratado de la Comunidad Económica Europea, al denegar las asignaciones familiares a los trabajadores en situación de jubilación anticipada que residen fuera del territorio nacional, sujetos a la legislación neerlandesa.

En contraposición a lo que sostiene la Comisión, para el Tribunal de Justicia la letra a) del apartado 2 del artículo 13, no es aplicable a los trabajadores en situación de jubilación anticipada porque su finalidad es resolver los conflictos de legislación que pueden plantearse cuando, durante un mismo

²⁸ Asunto 308/14, Comisión Europea contra Reino Unido, STJ 14 de junio de 2016, [ECLI:EU:C:2016:436].

²⁹ Asunto C-198/90, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos, STJ 28 de noviembre de 1991, [ECLI:EU:C:1991:454].

período, el lugar de residencia y el de empleo no se sitúan en el mismo Estado miembro, siendo imposible que se produzcan este tipo de controversias en relación con los trabajadores que cesaron voluntariamente toda actividad profesional. Por consiguiente, aunque es cierto que los trabajadores en situación de jubilación anticipada continúan estando asegurados con arreglo a la legislación neerlandesa, cuya aplicación al no resultar de la norma de conflictual, provoca que a los trabajadores que disfrutaban de un régimen de jubilación anticipada les sea inaplicables los artículos 73 y 75 del Reglamento 1408/71 que invocó la Comisión.

Otros casos en los que se denuncia el incumplimiento a las obligaciones comunitarias son los siguientes:

- a. Asunto C-307/89, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, STJ 11 de junio de 1991, [ECLI:EU:C:1991:245], en la que se determinó que la República Francesa incumplió con las obligaciones consignadas en el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento 1408/71, al someter a los nacionales de otros Estados miembro residentes en Francia y comprendidos en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento al doble requisito consistente, por una parte, en la firma de convenios internacionales de reciprocidad y, por otra parte, en haber residido previamente en su territorio para la obtención del subsidio complementario previsto en los artículos L 815-2 y L 815-3 del *nouveau code de la sécurité sociale* francés.
- b. Asunto 311/01, Comisión de las Comunidades Europeas vs Países Bajos, STJ 6 de noviembre de 2003, [ECLI:EU:C:2003:598]. El TJUE determinó que el Reino de los Países Bajos incumplió las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 69 y 71 del Reglamento 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento 2001/83, de 2 de junio de 1983, al negarles a los trabajadores fronterizos en paro total, la posibilidad de desplazarse a uno o varios Estados miembro con el fin de buscar en ellos un empleo, conservando su derecho a las prestaciones de desempleo, en las condiciones establecidas en el artículo 69 del mismo reglamento.
- c. Asunto C-356/15, Comisión Europea contra Reino de Bélgica, STJ 11 de julio de 2018, [ECLI:EU:C:2018:555]. El Tribunal de Luxemburgo determinó que el Reino de Bélgica incumplió las obligaciones que debe cumplimentar al oponerse al principio de la afiliación de los trabajadores por cuenta ajena a un único régimen de Seguridad Social, además de contravenir el principio de seguridad jurídica, que exige, en particular, que las normas jurídicas sean claras, precisas y de efectos previsibles, en especial cuando puedan tener consecuencias desfavorables para los particulares o las empresas.

3. *Principios básicos del sistema de coordinación en materia de Seguridad Social*

A pesar de la disimilitud de los fallos, los principios básicos del sistema de coordinación son empleados por la Corte de Luxemburgo como criterios interpretativos. Como una pieza clave del proceso de integración europea, el principio-valor de la igualdad se emplea en cuatro planos positivos en el ámbito de la Seguridad Social. El primer plano es respecto de la igualdad que debe imperar entre los hombres y las mujeres de los Estados miembro para abatir la brecha que en materia de pensiones existe. Como ejemplos representativos de este rubro se encuentran los siguientes fallos:

- a. Asunto C-173/91, Comisión contra Bélgica, STJ 17 de febrero de 1993, [ECLI:EU:C:1993:64].
- b. Asunto C-127/92, M. Enderby contra Frenchay Health Authority, STJ 27 de octubre de 1993, [ECLI:EU:C:1993:859].
- c. Asunto C-132/92, Birds Eye Valls Ltd. contra F. M. Roberts, STJ 9 de noviembre de 1993, [ECLI:EU:C:1993:868].
- d. Asunto C-110/91, M. Morino contra Collo GmbH, STJ 14 de diciembre de 1993, [ECLI:EU:C:1993:926].
- e. Asunto C-152/91, D. Neath contra Hugj Steeper Ltd., STJ22 de diciembre de 1993, [ECLI:EU:C:1993:949].
- f. Asunto C-328/91, Secretary of State for Social Security contra E. Thomas y otros, STJ 30 de marzo de 1993, [ECLI:EU:C:1993:117].
- g. Asunto C-154/92, R. Van Cant contra Rijksdienst Voor Pensioenen, STJ 1º de julio de 1993, [ECLI:EU:C:1993:282].
- h. Asunto C-337/91, A. M. Van Gemert-Derks contra Bestuut Van de Nieuwe, STJ 27 de octubre de 1993, [ECLI:EU:C:1993:856].
- i. Asunto C-537/07, Evangelina Gómez-Limón Sánchez-Camacho contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y Alcampo SA, STJ 16 de julio de 2009, [ECLI:EU:C:2009:462].
- j. En el asunto C-124/99, Carl Borawitz en contra de Landesversicherungsanstalt Westfalen, STJ de 21 de septiembre de 2000, [ECLI:EU:C:2000:485].
- k. Asunto C-385/11, Isabel Elbal Moreno contra Instituto Nacional de Seguridad Social, STJ22 de noviembre de 2012, [ECLI:EU:C:2012:746].

El segundo plano es el de la igualdad que debe existir entre los ciudadanos de la UE y los nacionales de terceros Estados para que puedan acceder a las prestaciones de Seguridad Social. Aquí es posible ubicar a los siguientes casos:

- a. Asunto C-23/92, M. Grana-Novoa contra Landesversicherungsanstalt, STJ 2 de agosto de 1993, [ECLI:EU:C:1993:339], en donde el Tribunal de Luxemburgo determinó que un convenio bilateral de seguridad social suscrito entre un Estado miembro y un Estado tercero, aun incorporado con rango de ley al derecho interno de los contratantes, no es parte del ámbito comunitario de actuación, por lo que es inoperante el principio de igualdad de trato.
- b. Asunto C-55/00, Elide Gottardo contra Istituto nazionale della previdenza sociale, STJ 15 de enero de 2002, [ECLI:EU:C:2002:16], En la sentencia pronunciada en este asunto, el Tribunal de Justicia consideró que conforme al principio fundamental de igualdad de trato obliga a los Estados miembro a conceder a los nacionales de los demás Estados miembro las mismas ventajas que aquellas de las que disfrutan sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que pueda justificar objetivamente su denegación. Por ello, se deben computar los períodos de seguro cubiertos en un Estado tercero por un nacional de un segundo Estado miembro cuando, en las mismas condiciones de cotización, se reconozca el cómputo de dichos períodos cubiertos por sus propios nacionales. Es así como el caso Gottardo cambia la doctrina Grana-Novoa, pero es congruente con las sentencias recaídas en los asuntos Matteucci³⁰ y Saint-Gobain.³¹

En el tercer plano se encuentra los fallos que a partir de la igualdad consigna el derecho de las parejas homosexuales a acceder a las prestaciones en materia de Seguridad Social. Ejemplo de lo anterior es el asunto C-267/06

³⁰ A propósito de un acuerdo cultural que reservaba la concesión de becas de estudio a los nacionales de los Estados partes en dicho acuerdo, el Tribunal de Luxemburgo en el caso Matteucci consideró que el artículo 7 del Reglamento 1612/68, en el que se consagra el principio de igualdad de trato, obliga a ambos Estados a extender las ayudas previstas en el acuerdo a los trabajadores comunitarios establecidos en su territorio. Asunto: 235/87, Annunziata Matteucci contra Communauté française de Belgique y Commissariat général aux relations internationales de la Communauté française de Belgique, STJ 27 de septiembre de 1988, [ECLI:EU:C:1988:460].

³¹ En el asunto Saint-Gobain en torno a un convenio internacional bilateral celebrado entre un Estado miembro y un tercer Estado, para evitar la doble imposición, el Tribunal de Luxemburgo reiteró la obligación de cumplir las normas comunitarias que recae sobre los Estados miembro, aunque la fiscalidad directa sea competencia exclusiva de estos últimos, toda vez que «el principio del trato nacional impone al Estado miembro parte en dicho convenio conceder a los establecimientos permanentes de sociedades no residentes, en las mismas condiciones aplicables a las sociedades residentes, las ventajas previstas en el convenio.» Asunto 307/97, Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland, contra Finanzamt Aachen-Innenstadt, STJ 21 de septiembre de 1999. [ECLI:EU:C:1999: 438].

suscitado entre Tadao Maruko en contra de Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (caja de pensiones de los teatros alemanes, en lo sucesivo Vddb).³² El 8 de noviembre de 2001, el señor Maruko constituyó una pareja estable inscrita con un diseñador de vestuario de teatro, quien desde el 1 de septiembre de 1959 se hallaba afiliado al Vddb y continuó cotizando voluntariamente a esta entidad durante los períodos en que la afiliación no era obligatoria.

A consecuencia del fallecimiento del compañero del señor Maruko a través del escrito interpuesto el 17 de febrero de 2005 se solicitó al Vddb la pensión de viudez en concepto de prestación de supervivencia establecida por el régimen profesional de pensiones al que estaba afiliado su pareja. A través de la decisión de 28 de febrero de 2005 la Vddb denegó la solicitud porque en sus estatutos no preveían tal prestación de supervivencia para los miembros de las parejas inscritas. Para el Vddb, no existe ninguna obligación de carácter constitucional por la que se deba tratar de manera idéntica, desde el punto de vista del Derecho de la Seguridad Social o de las prestaciones de previsión, el matrimonio y la pareja inscrita que constituye una institución sui generis y un nuevo estado de las personas.

Al pronunciarse el Tribunal de Justicia sobre este asunto determinó que constituye un caso de discriminación, si el miembro superviviente de una pareja inscrita, al ocurrir el fallecimiento del otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge superviviente, cuando, en el Derecho alemán, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia. Empero, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el miembro superviviente de una pareja inscrita se halla en una situación comparable a la de un cónyuge beneficiario de la prestación de supervivencia establecida en el régimen de previsión profesional gestionado por el Vddb.

Y, el cuarto plano lugar, se encuentra la aplicación del principio de igualdad de trato en el caso de los transexuales para acceder a las prestaciones de Seguridad Social, en donde las sentencias del Tribunal de Justicia dictadas a partir de 1996, reflejan un criterio más progresista e incluyente que la posición conservadora asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al pronunciarse sobre estos temas.³³ La transexualidad ha tenido repercusión, principalmente en el reconocimiento de las prestaciones, como la jubilación

³² Asunto C-267/06, Tadao Maruko vs Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, STJ 1º de abril de 2008, [ECLI:EU:C:2008:179].

³³ En el asunto C-13/94, P. Vs. S. y Cornwall County Council, STJ 30 de abril de 1996. [ECLI:EU:C:1996:170], el Tribunal de Justicia condena la discriminación por razón de sexo que venían padeciendo los transexuales; frente a la posición más conservadora defendida por el TEDH en su Sentencia de 27 de septiembre de 1990, Cossey vs. Reino Unido, en la que reconoció al Reino Unido el margen de apreciación.

en el asunto C-423/04 en donde un transexual, convertido en mujer, pidió en Reino Unido su pensión a los 60 años. En el caso de autos, la normativa británica establecía, para las mujeres nacidas antes del 6 de abril de 1950 y para los hombres nacidos antes del 6 de diciembre de 1953, distintas edades de jubilación: 60 años y 65 años, respectivamente. De acuerdo con lo anterior, la pensión se denegó por la Administración de la Seguridad Social británica al considerar que como hombre debería esperar hasta los 65 años, determinación que se consideró una discriminación por razón de sexo.³⁴

Igualmente, el caso C-451/16, suscitado entre MB en contra de Secretary of State for Work and Pensions,³⁵ el Tribunal de Justicia se pronunció respecto de la denegación de una pensión de jubilación a una persona nacida de sexo masculino, casada con una mujer, que se había sometido anteriormente a una operación quirúrgica de cambio de sexo, por no disponer de un certificado de reconocimiento definitivo de su cambio de sexo, que únicamente podía obtenerse después de la anulación de su matrimonio, lo cual era contrario a su deseo de seguir casada. Al considerarse que el objeto de conceder la pensión era proteger el riesgo de la vejez al conferir a la persona de que se trate un derecho individual a una pensión de jubilación adquirido en función de las cotizaciones abonadas a lo largo de su carrera profesional, con independencia de su situación matrimonial y ante el objetivo invocado por el gobierno británico, de evitar en aquella época el matrimonio entre personas del mismo sexo, el Tribunal de Justicia concluyó que la normativa controvertida constituía una discriminación directa por razón de sexo y, por consiguiente era incompatible con la Directiva 79/7.

Otro principio que ha provocado la emisión de una vasta doctrina jurisprudencial por parte de la Corte de Luxemburgo, es el de asimilación que oscila entre fallos emitidos en su contra y en su favor. Dentro del primer tipo de sentencias se encuentran los casos Coonan³⁶ y Vigier³⁷ en los que el Tribunal de Justicia determinó que, cuando una legislación nacional supedita la afiliación a un régimen de Seguridad Social o a una determinada rama del mismo al requisito de que el interesado haya estado previamente afiliado al régimen de Seguridad Social nacional, el Reglamento 1408/71 no obliga a los Estados miembros a asimilar los períodos de seguro cubiertos en otro Estado miembro a aquellos que previamente hubiesen sido cubiertos en el territorio nacional.

³⁴ Asunto C-423/04, Sarah Margaret Richards contra Secretary of State for Work and Pensions, STJ 27 de abril de 2006, [ECLI:EU:C:2006:256].

³⁵ Asunto C-451/16, MB contra Secretary of State for Work and Pensions, STJ 26 de junio de 2018, [ECLI:EU:C:2018:492].

³⁶ Asunto 110/79, Coonan contra Insurance Officer, STJ 24 de abril de 1980, [ECLI:EU:C:1980:1445].

³⁷ Asunto 70/80, Vigier contra Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, STJ 27 de enero de 1981, [ECLI:EU:C:1981:19].

Asimismo, en el caso D'Amico, el Tribunal de Justicia consideró que no contraviene el Derecho comunitario la exigencia, a efectos de la concesión de una jubilación anticipada, de que el interesado se encuentre únicamente a disposición de las Oficinas de Empleo del Estado miembro, sin que pueda ser sustituido este requisito por el registro o inscripción como desempleado en las Oficinas de otro Estado Miembro.³⁸

En tanto que dentro de las sentencias en las que el Tribunal de Justicia se pronunció en favor de la asimilación se encuentran el caso Dumont de Chassart. A partir del análisis de los artículos 72 y 79, apartado 1, letra a), del Reglamento 1408/71, el Tribunal de Luxemburgo consideró que dichos dispositivos legales, no se oponen a que se tomen en consideración los períodos de seguro y de empleo cubiertos por el progenitor superviviente de un hijo de un trabajador fallecido en otro Estado miembro, por el contrario, exigen que se tengan en cuenta, cuando la normativa del Estado miembro competente establece que, no sólo el progenitor fallecido, sino también el progenitor superviviente tienen la condición de trabajadores y pueden causar un derecho a prestaciones de orfandad, sin importar el hecho de que el progenitor fallecido no pueda invocar ningún período de seguro o de empleo en el Estado miembro en el curso del período de referencia establecido por la normativa nacional para la adquisición de tal derecho.³⁹

Por su parte, el Tribunal de Justicia en el asunto Larcher también se pronunció en favor del principio de asimilación y en armonía con el principio de igualdad de trato al considerar que para reconocer, en un Estado miembro, un tiempo parcial previo a la jubilación que se haya desarrollado de conformidad con la normativa de otro Estado miembro, ha de realizarse un análisis comparativo de los requisitos de aplicación de los regímenes de esos dos Estados miembros a fin de determinar, en cada caso, si las diferencias identificadas pueden comprometer la consecución de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida de ese primer Estado miembro.⁴⁰

En los asuntos Liégeois⁴¹ y Troiani⁴² por lo que hace al seguro facultativo continuado, el Tribunal de Justicia realizó una interpretación que se aleja del

³⁸ Asunto 20/75, Gaetano d'Amico contra Landesversicherungsanstalt Rheinland-Pfalz, STJ 9 de julio de 1975, [ECLI:EU:C:1975:891].

³⁹ Asunto C-619/11, Patricia Dumont de Chassart vs. Office national d'allocations familiales pour travailleurs salariés (ONAFTS), STJ 21 de febrero de 2013, [ECLI:EU:C:2013:92].

⁴⁰ Asunto C-523/13, Walter Larcher vs. Deutsche Rentenversicherung Bayern Süd, STJ 18 de diciembre de 2014, [ECLI:EU:C:2014:2458].

⁴¹ Asunto 93/76, Fernand Liégeois contra Office national des pensions pour travailleurs salarié, STJ 16 de marzo de 1977, [ECLI:EU:C:1977:50].

⁴² Asunto 368/87, Lieselotte Hartmann Troiani contra Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, STJ 18 de mayo de 1989, [ECLI:EU:C:1989:206].

sentido habitual del término, al decidir que engloba la asimilación de períodos de estudios a períodos de empleo, independientemente de la existencia de una relación de seguro establecida con anterioridad, además de cubrir el rescate retroactivo de derechos de pensión.

Dentro del marco normativo del Reglamento 883/2004, se encuentra el caso de los señores Knauer y Mathis,⁴³ residentes en Austria que percibían una pensión de jubilación austriaca. Por su ejercicio profesional en Suiza y Liechtenstein, también se les otorgó pensiones de jubilación de la Caja de pensiones Hilti. A partir de 2010 se incorporó a la Ley General de Seguridad Social de Austria el artículo 73a, cuyo apartado 1 establece que el beneficiario de una pensión extranjera comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004, si tiene derecho a percibir prestaciones del seguro de enfermedad, deberá abonar una cotización al régimen del seguro de enfermedad por dicha pensión extranjera.

Inconformes Knauer y Mathis con la aplicación de la disposición adoptada, el caso es sometido a la decisión del Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Austria, quien planteó la siguiente cuestión prejudicial: ¿Debe interpretarse el artículo 5 del Reglamento 883/2004, a la luz del artículo 45 TFUE, en el sentido de que constituyen «prestaciones equivalentes» a efectos de la mencionada disposición, las pensiones de jubilación abonadas por un régimen profesional de pensiones y las pensiones de jubilación abonadas por un régimen legal de pensiones?

El Tribunal de Justicia en la sentencia de 21 de enero de 2016 determinó que el concepto de prestaciones equivalentes debe interpretarse en el sentido de que se refiere a dos prestaciones de vejez que sean comparables. Para decretar la comparabilidad de las prestaciones, de acuerdo con la Corte de Luxemburgo, debió tenerse en cuenta el objetivo perseguido por las prestaciones y las normativas que las establecieron. En consecuencia, las prestaciones de vejez abonadas por el régimen profesional de pensiones de Liechtenstein y las abonadas por el régimen legal de pensiones austriaco al perseguir un mismo objetivo, esto es, permitir que sus beneficiarios mantengan un nivel de vida acorde con el nivel de que disfrutaban antes de su jubilación son prestaciones comparables, a pesar de que existan diferencias entre ellas, como el modo de adquisición del derecho a percibir dichas prestaciones o la posibilidad de que los asegurados disfruten de prestaciones complementarias facultativas. Como puede advertirse, del caso Knauer se desprende como criterio para la aplicación del principio de asimilación, que es necesario que las prestaciones respondan a los mismos o similares objetivos y las

⁴³ Asunto 453/14, Vorarlberger Gebietskrankenkasse y Alfred Knauer contra Landeshauptmann von Vorarlberg, STJ 21 de enero de 2016, [ECLI:EU:C:2016:37].

diferencias que no tienen una influencia decisiva en el objetivo perseguido resultan irrelevantes.

Respecto del principio de exportación existe pronunciamiento del Tribunal de Justicia en la sentencia de 21 de marzo de 2018, asunto C-551/16, suscitado entre J. Klein Schiphorst y Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen,⁴⁴ en donde debía determinarse si el periodo de prórroga de hasta tres meses adicionales fijado en el artículo 64.3 del Reglamento 883/2004 constituye o no una obligación para los Estados miembro.

El señor Klein Schiphorst, nacional neerlandés, residente en los Países Bajos, percibía una prestación por desempleo con arreglo a la regulación neerlandesa. A poco más de un año de disfrute de su prestación de desempleo en el país de residencia, el señor Klein comunicó a la entidad competente su intención de desplazarse a Suiza para buscar empleo, solicitando la exportación de su prestación de desempleo. A pesar de que su petición de exportación fue admitida, el señor Klein solicitó prorrogar la exportación de su prestación de desempleo a más de tres meses iniciales. Esta segunda solicitud al ser denegada fue recurrida hasta llegar el caso al Tribunal Central de Apelación, quien planteó la siguiente cuestión prejudicial: ¿sería conforme con el Derecho de la UE utilizar la facultad concedida en el artículo 64.1.c) del Reglamento 883/2004 de tal manera que, en principio, se deniegue toda solicitud de prórroga salvo que la institución en cuestión, según las circunstancias del caso, no pueda razonablemente denegarla (por ejemplo, si existieran perspectivas concretas y demostrables de conseguir empleo en el Estado de destino).

La determinación que adoptó el Tribunal de Justicia es que el artículo 64.1.c) del Reglamento 883/2004, no se opone a una medida nacional como la neerlandesa, pues dicho precepto recoge una posibilidad de prórroga, y no una obligación. Por tanto, las normas de coordinación permiten que una legislación nacional obligue a la institución competente a denegar toda solicitud de prórroga, con carácter general, salvo que ésta aprecie que dicha denegación no daría lugar a un resultado razonable.

4. *Determinación de la legislación aplicable*

Son numerosos los fallos de la Corte de Luxemburgo en los que se determinan las normas de Seguridad Social aplicables ante el ejercicio del derecho de circulación de los trabajadores, sobre todo en el caso de los trabajadores migrantes que al prestar sus servicios en el territorio de distintos países, por

⁴⁴ Asunto C-551/16, J. Klein Schiphorst contra Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, STJ 21 de marzo de 2018, [ECLI:EU:C:2018:200].

lo general, están o han estado sujetos a diferentes sistemas de Seguridad Social. Así, en el asunto 733/79, *Caisse de compensation des allocations familiales des régions de Charleroi et de Namur en contra de Cosimo Laterza*,⁴⁵ el Tribunal de Justicia consideró que al no haberse establecido en favor de los trabajadores migrantes un esquema común en materia de Seguridad Social, sino que se posibilita la existencia de diferentes esquemas, ello da lugar a diferentes demandas en diferentes instituciones contra las que el demandante posee derechos directos, en virtud ya sea de Derecho nacional complementado, en su caso, por el derecho comunitario en el que se establecen las normas y el desarrollo de la coordinación de las normas nacionales sobre la regulación del Reglamento 1408/71, bajo el principio fundamental establecido en el séptimo y octavo considerando de la exposición de motivos del mismo reglamento, que dispone que las normas debe garantizar a los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad todos los beneficios que les han devengado en los distintos Estados miembro.

Y es que el carácter territorial de los sistemas estatales de Seguridad Social y las nuevas tendencias hacia la extensión extraterritorial de las normas nacionales de Seguridad Social genera diversos conflictos normativos que requieren de la interpretación del Máximo Tribunal de la Unión, como aconteció en el asunto C-631/17 suscitado entre SF y el Inspector de la Administración Tributaria en Países Bajos,⁴⁶ en donde determinó que el artículo 11, apartado 3, letra e), del Reglamento 883/2004, en su versión modificada por el Reglamento 465/2012, de 22 de mayo de 2012, debió interpretarse en el sentido de que una persona, pese a trabajar como marinero por cuenta de un empresario con domicilio en un Estado miembro, en un buque que enarbola pabellón de un tercer Estado y que navega fuera del territorio de la Unión, conserva su residencia en su Estado miembro de origen, por lo tanto, la legislación nacional aplicable es la del Estado miembro de residencia de esa persona.

Por su parte, en el procedimiento incoado en el asunto C-302/02, el padre de Nils Laurin Effing⁴⁷ fue trasladado a su país de origen, Alemania, para cumplir el resto de la condena decretada en su contra. Ante esta situación se decretó la suspensión del pago de las prestaciones familiares, pues conforme a la legislación austríaca el derecho a esta prestación se halla supeditado al requisito de que la persona de que se trate cumpla su pena en el territorio austríaco. De acuerdo con las circunstancias del asunto principal, y con

⁴⁵ Asunto 733/79, *Caisse de compensation des allocations familiales des régions de Charleroi et de Namur vs. Cosimo Laterza*, STJ 12 de junio de 1980, [ECLI:EU:C:1980:156].

⁴⁶ Asunto C-631/17, SF en contra de Inspecteur van de Belastingdienst, STJ 8 de mayo de 2019, [ECLI:EU:C:2019:381].

⁴⁷ Asunto C302/02, Laurin Effing, STJ 20 de enero de 2005, [ECLI:EU:C:2005:36].

fundamento en lo dispuesto en el artículo 13, apartado 2, del Reglamento 1408/71, en su versión modificada por el Reglamento 1386/2001, de 5 de junio de 2001, el Tribunal de Luxemburgo al pronunciarse sobre la cuestión prejudicial determinó que la legislación aplicable en el ámbito de las prestaciones familiares era la legislación alemana.

En igual tenor, se encuentra el caso C-570/15,⁴⁸ en donde el señor X es un nacional neerlandés que, durante el año 2009, residió en Bélgica, pero durante ese año, trabajó como gerente de cuentas y relaciones para un empresario establecido en los Países Bajos. Las horas laboradas eran un total de 1,872, de las cuales trabajó 121 horas en Bélgica, lo que aproximadamente equivale a un 6,5 % del total de horas de trabajo, distribuidas de la manera siguiente: 17 horas dedicadas a visitar a clientes del empresario establecidos en Bélgica y 104 horas en las que trabajó desde su casa en Bélgica. El resto de las horas (1,751) el señor X trabajó en los Países Bajos. La controversia entre el señor X y el Staatssecretaris van Financiën, en lo general, versó sobre la determinación de la legislación aplicable de conformidad con el Reglamento 1408/71 en el caso de un trabajador residente en Bélgica que ejerce la mayor parte de su actividad para su empresario neerlandés en los Países Bajos, y en lo particular, el objeto del litigio consistió en determinar si X estaba sujeto al seguro obligatorio de la institución neerlandesa y, por ello, se encontraba obligado a pagar cotizaciones a la Seguridad Social a esta última institución.

Con base en la sentencia *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe*,⁴⁹ después de tenerse en cuenta el volumen y la importancia de la actividad concreta, sobre la base de los documentos contractuales y de la realidad de las actividades ejercidas por el trabajador, el Tribunal de Justicia determinó que el Reglamento 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, ha de interpretarse en el sentido de que una persona que ejerce una actividad por cuenta ajena en un Estado miembro y reside en otro, y que durante el año 2009, desempeñó una pequeña parte de su actividad para el mismo empresario (aproximadamente, el 6,5 % de su tiempo de trabajo) en el segundo Estado miembro, principalmente trabajando desde casa, ejerce una actividad por cuenta ajena exclusivamente en el primer Estado miembro. Para el Tribunal de Justicia una persona que, en el marco de sucesivos contratos de trabajo en los que se especifica como lugar de trabajo el territorio de varios Estados miembro, únicamente trabaja, de hecho, durante cada uno de esos contratos, en el territorio

⁴⁸ Asunto C-570/15, X vs Staatssecretaris van Financiën (Secretario de Estado de Hacienda, Países Bajos), STJ 13 de septiembre de 2017, [ECLI:EU:C:2017:674].

⁴⁹ Asunto C-115/11, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe sp. z o.o. contra Zakład Ubezpieczeń Społecznych*, STJ 4 de octubre de 2012, [ECLI:EU:C:2012:606].

de uno sólo de esos Estados a la vez, sin que pueda estar comprendida en el concepto de persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembro.

En el asunto Natalino Ventura contra Landesversicherungsanstalt Schwaben,⁵⁰ el litigio tiene lugar entre el hijo de un trabajador migrante, fallecido el 30 de agosto de 1974 en la República Federal de Alemania, y el Landesversicherungsanstalt Schwaben (en lo sucesivo LVA Schwaben), que se negó a continuar abonando la pensión íntegra de orfandad cuando en el mes de julio de 1975 fijó su residencia en Italia. El LVA Schwaben basó su decisión en el inciso i) de la letra b) del apartado 2 del artículo 78 del Reglamento 1408/71 que dispone que cuando el asegurado fallecido ha estado sujeto a las legislaciones de varios Estados miembro, la obligación de abonar las prestaciones de orfandad incumbe a las autoridades competentes del Estado de residencia del interesado.

Sin embargo, las autoridades italianas se negaron a abonar la pensión de que se trata, con base en el apartado 1 del artículo 48 del Reglamento 1408/71 que ordena que la institución competente de un Estado miembro, no está obligada a conceder prestaciones cuando la duración total de los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de dicho Estado miembro no llegue a ser de un año y cuando el cómputo exclusivo de esos únicos períodos no baste para conferir derecho a las prestaciones en el marco de dicha legislación.

Al considerar que esta negativa provocaría a las autoridades alemanas la obligación de abonarle desde 1975 el pago íntegro de la pensión de orfandad, Natalino Ventura interpuso una demanda ante el Sozialgericht de Augsburgo, solicitando la anulación de la resolución del LVA Schwaben, adoptada en 1975, y posteriormente interpuso recurso de apelación ante el Bayerische Landessozialgericht, quien decidió plantear la cuestión prejudicial siguiente: ¿ha de interpretarse el apartado 3 del artículo 44 del Reglamento 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, en el sentido de que las prestaciones en favor de los huérfanos conforme a lo dispuesto en el artículo 79 del mismo Reglamento han de otorgarse a un huérfano residente en Italia sin aplicar el apartado 1 del artículo 48 del Reglamento, pero ha cubierto el período de carencia y cumple los requisitos internos de Italia para tener derecho a percibir prestaciones, aunque de forma conjunta con los períodos cubiertos en los demás Estados miembro?

En respuesta a la cuestión prejudicial planteada, el Tribunal de Justicia consideró que el artículo 44.3 del Reglamento 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que las pensiones de orfandad deben regirse por las

⁵⁰ Asunto C-269/87, Natalino Ventura vs Landesversicherungsanstalt Schwaben, STJ 14 de diciembre de 1988, [ECLI:EU:C:1988:545].

disposiciones del capítulo 8 de este ordenamiento completado por otras previsiones contenidas en el mismo, cuando fuera necesario y existiera expresa remisión. Esto va a suponer no aplicar a las prestaciones de orfandad las disposiciones del artículo 48.1 del Reglamento 1408/71 que prevén que, bajo ciertas condiciones, la institución competente de un Estado miembro, cuando los períodos de asegurado o residencia son inferiores a un año, no debe otorgar prestaciones por ese período.

5. *Ámbito material y personal de los reglamentos de coordinación*

La protección social extraterritorial se proyecta sobre un doble plano, el material u objetivo, donde se determina el alcance de la protección dispensada en función de la contingencia de que se trate; y el ámbito subjetivo, relativo a las personas, trabajadores o no, que van a ser los destinatarios de las diferentes fórmulas de protección diseñadas.⁵¹ Dentro de las sentencias en las que existe delimitación del contenido de las ramas de la Seguridad Social que constituyen el ámbito material de los reglamentos comunitarios en el ámbito de la Seguridad Social, la Corte de Luxemburgo parte de la distinción entre prestaciones excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004 y prestaciones incluidas a partir de los elementos constitutivos de cada prestación, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla, y no en que una prestación sea o no calificada como prestación de Seguridad Social por una legislación nacional.⁵²

De acuerdo con la anterior línea de interpretación, en la sentencia pronunciada el 12 de marzo de 2020, en el caso *Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail d'Alsace-Moselle* en contra de *SJ and Ministre chargé de la Sécurité sociale*, asunto C-769/18,⁵³ el Máximo Tribunal de la Unión deter-

⁵¹ CORREA CARRASCO, MANUEL. «El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: problemas y soluciones», en Correa Carrasco, Manuel (coord.), *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, 2006, p. 56.

⁵² Vid. Asunto 122/84, *Kenneth Scrivner and Carol Cole contra Centre public d'aide sociale de Chastre*, STJ 27 de marzo de 1985, [ECLI:EU:C:1985:145]. Asunto C-25/95, *Siegfried Otte contra Bundesrepublik Deutschland*, STJ 11 de julio de 1996, [ECLI:EU:C:1996:295]. Asunto C-160/96, *Molenaar contra Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg*, STJ 5 de marzo de 1998, [ECLI:EU:C:1998:84]. Asunto C-433/13, *Comisión contra República de Eslovaquia*, STJ 16 de septiembre de 2015, [ECLI:EU:C:2015:602]. Asunto C-679/16, *A (Asistencia a persona con discapacidad)*, STJ 25 de julio de 2018, [ECLI:EU:C:2018:601].

⁵³ Asunto 769/18, *Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail d'Alsace-Moselle contra SJ y Ministre chargé de la Sécurité sociale*, STJ 12 de marzo de 2020, [ECLI:EU:C:2020:203].

minó que la prestación por crianza de un hijo con discapacidad y la ayuda a la integración de niños y adolescentes con discapacidad mental, no son prestaciones equivalentes para efectos de la letra a) del artículo 5 del Reglamento 883/2004; mientras que en el caso C-356/89⁵⁴ resolvió que el subsidio de movilidad previsto en el Reino Unido debe tratarse como una prestación de invalidez en términos del Reglamento 1408/71.

Por el contrario, en la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2019, en el asunto C-447/18, UB contra Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava,⁵⁵ el Tribunal de Justicia determinó que una prestación abonada a determinados deportistas de alto nivel que han representado a un Estado miembro o a sus predecesores legales, en competiciones deportivas internacionales, no está comprendida en el concepto de prestación de vejez en el sentido de dicha disposición y, por lo tanto, queda excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004.

Asimismo, en el caso 679/16 interpuesto por A para solicitar ante el Departamento de Prestaciones del Área de Asuntos Sociales y de Salud del municipio de Espoo, Finlandia;⁵⁶ una prestación de asistencia personal en Tallin, Estonia, donde A cursa un ciclo de estudios de Derecho de tres años a tiempo completo, en la sentencia emitida el 25 de julio de 2018 el Tribunal de Luxemburgo determinó que la asistencia personal consistente en el abono de los gastos generados por las actividades cotidianas de una persona gravemente discapacitada que no realiza ninguna actividad económica, con el fin de que pueda cursar estudios superiores, no tiene cabida en el concepto de prestación de enfermedad y, por tanto, está excluida del ámbito de aplicación de Reglamento 883/2004.

En el caso Pensionsversicherungsanstalt contra CW, asunto C-135/19,⁵⁷ el Tribunal de Justicia determinó, con base en el riesgo cubierto,⁵⁸ que el subsidio de rehabilitación constituye una prestación de enfermedad, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento 883/2004 en su versión modificada por el Reglamento 465/2012 de 22 de mayo de 2012. A pesar del anterior razonamiento, la prestación objeto del litigio se negó por-

⁵⁴ Asunto C-356/89, Roger Stanton Newton contra Chief Adjudication Officer STJ 20 de junio de 1991, [ECLI:EU:C:1991:265].

⁵⁵ Asunto 447/18, UB contra Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava. STJ 18 de diciembre de 2019, [ECLI:EU:C:2019:1098].

⁵⁶ Asunto. 679/16, A contra Departamento de Prestaciones del Área de Asuntos Sociales y de Salud del municipio de Espoo, Finlandia, STJ 25 de julio de 2018, [ECLI:EU:C:2018:601].

⁵⁷ Asunto C-135/19, Pensionsversicherungsanstalt contra CW, STJ 5 de marzo de 2020, [ECLI:EU:C:2020:177].

⁵⁸ Asunto C-517/16, Stefan Czerwiński contra Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku.. STJ 30 de mayo de 2018, [ECLI:EU:C:2018:350].

que la interesada, no se rige por la legislación austriaca (Estado de origen), sino por la normativa del Estado miembro en el que se encuentra su residencia (Alemania), en donde no existe una prestación comparable al subsidio de rehabilitación austriaco.

En la sentencia de 30 de mayo de 2018 dictada en el asunto C-517/16 entre Stefan Czerwiński y el Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku (Organismo de Seguridad Social, Caja de Gdansk, en Polonia, el Tribunal de Justicia determinó, en primer lugar, que la clasificación de una prestación social en alguna de las ramas de Seguridad Social enumeradas en el artículo 3 del Reglamento 883/2004, realizada por la autoridad nacional competente en la declaración realizada por el Estado miembro con arreglo al artículo 9, apartado 1, del mismo reglamento 883/2004, no tiene carácter definitivo, toda vez que la clasificación puede realizarla el órgano jurisdiccional nacional de que se trate, de manera autónoma y en función de los elementos constitutivos de la prestación social controvertida. En virtud de lo anterior, una pensión transitoria debe considerarse una prestación de vejez en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra d), del Reglamento 883/2004.⁵⁹

Por su parte, en el asunto C-333/13 suscitado entre Elisabeta Dano y Florin Dano contra Jobcenter Leipzig,⁶⁰ una nacional rumana que no había entrado en Alemania para buscar trabajo, sino para solicitar las prestaciones del seguro básico para demandantes de empleo, la Gran Sala del Tribunal de Justicia señaló que las prestaciones especiales en metálico no contributivas están comprendidas en el concepto de prestaciones de asistencia social previstas en el Reglamento 883/2004 y en el artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38. Ambos ordenamientos, no se oponen a que la normativa nacional excluya a nacionales de otros Estados miembros de la percepción de determinadas prestaciones sociales.

De acuerdo con el Tribunal de Justicia, por lo que se refiere al acceso a las prestaciones sociales, un ciudadano de la Unión sólo puede reclamar la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado miembro de acogida, cuando su estancia en el territorio de dicho Estado cumple los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38. Entre los requisitos aplicables a los ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica, cuyo período de residencia en el Estado miembro de acogida es superior a tres meses, pero inferior a cinco años, figura la obligación de disponer para ellos y para los miembros de su familia de recursos suficientes. En consecuencia, un Estado miembro tiene la posibilidad de denegar las prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica y ejercen su libertad

⁵⁹ Idem

⁶⁰ Asunto C-333/13, Elisabeta Dano y Florin Dano contra Jobcenter Leipzig, STJ 11 de noviembre de 2014, [ECLI:EU:C:2014:2358].

de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de recursos suficientes para optar al derecho de residencia. Sobre este particular, procede efectuar un examen concreto de la situación económica de cada interesado, sin tener en cuenta las prestaciones sociales solicitadas.

Bajo la línea de interpretación de la sentencia dictada en el asunto Dano, en el caso C-299/14, suscitado entre Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen contra Jovanna García-Nieto y otros⁶¹ la Corte de Luxemburgo reitera que un Estado miembro puede excluir de la percepción de determinadas prestaciones sociales a los nacionales de otros Estados miembros durante los tres primeros meses de su residencia, sin que tal denegación presuponga un examen de la situación individual de la persona interesada.

En el caso *W. Jordens Vosters, de Overpelt* (Bélgica) contra *Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Leder-en Lederwerkende Industrie, de Tilburg* (Países Bajos),⁶² el Tribunal de Justicia consideró que la expresión «prestaciones de enfermedad y de maternidad», en el sentido de la letra a) del apartado 1 del artículo 4 y del Capítulo 1 del Título III del Reglamento 1408/71, debe entenderse en el sentido de que engloba las prestaciones previstas por una legislación en materia de invalidez y que tienen carácter de prestaciones en concepto de atenciones sanitarias de naturaleza médica o quirúrgica.

Por su parte, en la sentencia de 14 de marzo de 2019, asunto C-372/18, suscitado entre el *ministre de l'Action et des Comptes publics* (Ministro de Actuación y Contabilidad Pública en Francia y el matrimonio *Dreyer*, residentes fiscales franceses, afiliados al régimen de Seguridad Social suizo,⁶³ el Tribunal de Justicia determinó que la asignación personalizada de autonomía y la prestación compensatoria de discapacidad deben concederse al margen de cualquier apreciación individual de las necesidades personales del beneficiario, habida cuenta de que los recursos de éste último únicamente se toman en consideración a fin de calcular el importe efectivo de dichas prestaciones de acuerdo con criterios objetivos y legalmente definidos.

Respecto de las prestaciones familiares, en el asunto C-117/89, *Klaus Jürgen Kracht* en contra de *Bundesanstalt für Arbeit*,⁶⁴ el Tribunal de Justicia

⁶¹ Asunto 299/14, *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen contra Jovanna García-Nieto y otros*, STJ 25 de febrero de 2016. [ECLI:EU:C:2016:114].

⁶² Asunto 69/79, *Caso W. Jordens Vosters, de Overpelt* (Bélgica) contra *Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Leder-en Lederwerkende Industrie, de Tilburg* (Países Bajos), STJ 10 de enero de 1980. [ECLI:EU:C:1980:7].

⁶³ Asunto C-372/18, *Ministre de l'Action et des Comptes publics contra M. et Mme Raymond Dreyer*, STJ 14 de marzo de 2019, [ECLI:EU:C:2019:206].

⁶⁴ Asunto C-117/89, *Klaus Jürgen Kracht contra Bundesanstalt für Arbeit*, STJ 4 de junio de 1990, [ECLI:EU:C:1990:279].

determinó que el derecho a este tipo de beneficios, no debe suspenderse cuando éstas ya no sean pagaderas en el Estado miembro, en cuyo territorio residan los miembros de la familia únicamente porque no se han solicitado o vuelto a solicitar. Mientras que en la sentencia dictada el 22 de febrero de 1990 la Corte de Luxemburgo declaró que cuando la legislación del Estado miembro que proporciona ciertas asignaciones familiares requiere, como condición para otorgar estos subsidios, que el miembro de la familia del trabajador sea puesto a disposición. Este requisito debe considerarse cumplimentado cuando el miembro de la familia está a disposición como desempleado de la agencia de empleo del Estado miembro donde reside.⁶⁵

En el caso *Bundesanstalt für Arbeit* (Oficina Federal de Empleo) y Kurt Beek,⁶⁶ en donde un trabajador fronterizo de nacionalidad alemana que labora en su país, pero reside en Dinamarca con su dos hijos y esposa, quien es empleada en este país y recibe asignaciones familiares, la controversia versó sobre la negativa de cubrir la mitad de las indemnizaciones alemanas pagables en relación con su segundo hijo en términos del artículo 8, apartado 2, de la Ley Federal alemana sobre indemnizaciones familiares que contempla el pago de la mitad del importe de la prestación prevista a un menor dependiente cuando el beneficio otorgado por otro Estado miembro no supere el 75% del subsidio familiar. Con fundamento en el artículo 73.1 del Reglamento 1408/71, el Tribunal de Justicia consideró que esta disposición crea en favor del trabajador sujeto a la legislación de un Estado miembro, un derecho para que los integrantes de su familia que residen en el territorio de otro Estado miembro puedan recibir las prestaciones familiares que se prevén por la legislación del primer Estado, como si residieran en su territorio. Para que este precepto sea aplicable, el Tribunal de Luxemburgo refiere que basta con que el trabajador realice su actividad asalariada en el territorio de un Estado miembro mientras que los miembros de su familia residen en otro Estado miembro.

En la sentencia de 7 de febrero de 2019, dictada en el caso C-322/17 suscitado entre Eugen Bogatu y el Minister for Social Protection (Ministro para la Protección Social en Irlanda), en lo relativo a la decisión por la que este organismo denegó el pago de prestaciones familiares, el Tribunal de Justicia determinó que para percibir este tipo de beneficios prestacionales en el Estado miembro competente, no se requiere que la persona ejerza una actividad por cuenta ajena en dicho Estado miembro, ni que la persona perciba una prestación en metálico por el hecho o como consecuencia de dicha actividad

⁶⁵ Asunto C-228/88, Giovanni Bronzino contra Kindergeldkasse, STJ 22 de febrero de 1990, [ECLI:EU:C:1990:85].

⁶⁶ Asunto C-104/80, Beek vs Bundesanstalt für Arbeit, STJ 19 de febrero de 1981, [ECLI:EU:C:1981:48].

En cuanto a la delimitación del ámbito de aplicación personal, en los casos 182/78,⁶⁷ 82/86 y 103/86,⁶⁸ el Tribunal de Luxemburgo atribuyó el carácter de trabajador, a la persona que aunque no se ejerza actividad alguna, se encuentre afiliado a un régimen de Seguridad Social. Bajo esta luz el Reglamento 1408/71 es aplicable a las personas que continúan protegidas por un régimen nacional de Seguridad Social pero que se desplazan fuera de la UE,⁶⁹ aunque no con carácter general,⁷⁰ ya que es la sumisión a una legislación de Seguridad Social de un Estado miembro la que determina la aplicación de la disposición reglamentaria.

Por su parte, en la sentencia de 12 de octubre de 1978, asunto C-10/78, el Tribunal de Luxemburgo resolvió que la condición de nacional de uno de los Estados miembro debe situarse en la época en que se ejerció el trabajo, se pagaron las cotizaciones correspondientes a los períodos de afiliación y adquirieron los derechos correspondientes.⁷¹ Mientras que en la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2017, en el asunto 442/16, Florea Gusa en contra del Ministro de Asuntos Sociales de Irlanda y otros,⁷² el Tribunal de Justicia determinó que el nacional de un Estado miembro que, después de haber residido legalmente y ejercido una actividad como trabajador por cuenta propia en otro Estado miembro alrededor de cuatro años, ha abandonado esa actividad como consecuencia de la falta de trabajo —debidamente acreditada— motivada por causas ajenas a su voluntad y se ha inscrito ante el servicio de empleo competente de este último Estado miembro con el fin de encontrar un trabajo conserva la condición de trabajador por cuenta propia.

Otra sentencia es la de Maxwell Middleburgh de 4 de octubre de 1991, asunto 15/90,⁷³ el Tribunal de la unión determinó que un trabajador por cuenta propia que tenga derecho a un subsidio por desempleo al cesar en su

⁶⁷ Asunto 182/78, *Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds Drenthe-Platteland contra G. Pierik*, STJ 31 de mayo de 1979, [ECLI:EU:C:1979:142].

⁶⁸ Asuntos acumulados 82/86 y 103/86, *Giancarlo Laborero y Francesca Sabato contra Office de sécurité sociale d'outre-mer (OSSOM)*, STJ 9 de julio de 1987, [ECLI:EU:C:1987:356].

⁶⁹ Asunto 300/84, *A. J. M. Van Roosmal contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen*, STJ 23 de octubre de 1986, [ECLI:EU:C:1986:402].

⁷⁰ Asunto 153/91, *Camille Petit v Office national des pensions*, STJ 22 de septiembre de 1992, [ECLI:EU:C:1992:354].

⁷¹ Asunto 10/78, *Tayeb Belbouab contra Bundesknappschaft*, STJ 12 de octubre de 1978, [ECLI:EU:C:1978:181].

⁷² Asunto 442/16, *Florea Gusa contra Minister for Social Protection y otros en contra del Ministro de Asuntos Sociales de Irlanda y otros*, STJ 20 de diciembre de 2017, [ECLI:EU:C:2017:1004].

⁷³ Asunto C-15/90, *David Maxwell Middleburgh contra Chief Adjudication Officer*, STJ 4 de octubre de 1991, [ECLI:EU:C:1991:377].

trabajo por causas ajenas a su voluntad, en virtud de las cotizaciones pagadas como trabajador por cuenta ajena o que se consideren ingresadas por dicho concepto, no es un trabajador por cuenta ajena a efectos del apartado 1 del artículo 73 del Reglamento 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento 1390/81, de 12 de mayo de 1981.

Y en el asunto C-33/18, el Tribunal de Justicia declaró que una persona que, en la fecha de aplicación del Reglamento 883/2004 ejercía una actividad por cuenta ajena en un Estado miembro y una actividad por cuenta propia en otro Estado miembro, estando por tanto sujeta de manera simultánea a las legislaciones aplicables en materia de Seguridad Social de esos dos Estados miembro, no debía para quedar sujeta a la legislación aplicable en virtud del Reglamento 883/2004, en su versión modificada por el Reglamento 988/2009, presentar una solicitud expresa en este sentido.

6. Bases de cotización

Ante los diversos conflictos suscitados, principalmente en España, respecto de las bases de cotización que deben servir para calcular la pensión de los trabajadores migrantes, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en diversos asuntos para ofrecer una interpretación que sea acorde con el Derecho de la Unión Europea. Así, en la sentencia de 12 de septiembre de 1996, en el caso Eduardo Lafuente Nieto contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (en lo sucesivo TGSS), C-251/94, la Corte de Luxemburgo determinó que la cuantificación de las prestaciones por invalidez se debe realizar en una base media de cotización, cuyo cálculo debe tomar el importe de las cotizaciones pagadas con arreglo a la legislación de que se trata.⁷⁴

Asimismo, en la sentencia de 9 de octubre de 1997, Antonio Naranjo Arjona contra INSS, Francisco Vicente Mateos contra INSS y TGSS e INSS contra Laura García Lázaro, de 9 de octubre de 1997, asuntos acumulados C-31/96, C-32/96 y C-33/96,⁷⁵ así como en Aristóteles Grajera Rodríguez contra INSS y TGSS,⁷⁶ de 17 de diciembre de 1998, asunto C-153/97,

⁷⁴ Asunto C-251/94, Eduardo Lafuente Nieto contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social, STJ 12 de septiembre de 1996, [ECLI:EU:C:1996:319].

⁷⁵ Asuntos acumulados C-31/96, C-32/96 y C-33/96, Antonio Naranjo Arjona contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Francisco Vicente Mateos contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) contra Laura García Lázaro, STJ 9 de octubre de 1997, [ECLI:EU:C:1997:475].

⁷⁶ Asunto C-153/97, Aristóteles Grajera Rodríguez contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), STJ 17 de

se reitera la interpretación realizada en el caso Lafuente Nieto, siendo importante que de manera expresa en ambos fallos se consigne la validez de las normas comunitarias que no imponen un método particular de determinación de las bases de cotización ni un método de actualización de dichas bases o de la pensión correspondiente, sino que solo pretenden que la cuantía de pensión se corresponda con la que habría percibido el trabajador migrante de haber ejercido su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trate, y cumpliendo al mismo tiempo la obligación de tener en cuenta sólo los períodos de seguro cubiertos con arreglo a la legislación de que se trate.

La Corte de Luxemburgo en los fallos en comento reitera que la valoración de la actualización de las bases remotas corresponde a los tribunales nacionales con la matización de la doctrina Rönfeldt-Thévenon, es decir, no excluye la aplicación de las normas de un Convenio bilateral celebrado con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1408//71, cuando se produzca un resultado más favorable para el interesado. Lo anterior obedece a que los migrantes no pueden ser privados de sus derechos nacionales en virtud de la normativa de coordinación, que por su naturaleza tuitiva, siempre debe sumar protección y nunca restar la conseguida autónomamente

En igual tenor, sobresale 2013 el asunto Salgado González (C-282/11),⁷⁷ en la que el Tribunal de Justicia, no analiza la cuestión prejudicial bajo la óptica del Reglamento 883/2004 por considerarlo inaplicable, sino a la luz del objetivo fijado, de acuerdo con la doctrina contenida en la sentencia Belbouab,⁷⁸ el caso es estudiado bajo la óptica de la libertad fundamental de circulación de trabajadores dentro del mercado común.

Como antecedentes del caso es conveniente referir que la señora Concepción Salgado González cotizó en España en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de febrero de 1989 a marzo de 1999 y en Portugal de marzo de 2000 a diciembre de 2005, por lo que solicitó una pensión de jubilación en España, que le fue reconocida por el INSS con efectos a partir del 1º de enero de 2006. Para el cálculo de la base reguladora el INSS dividió la suma de las cotizaciones en España entre 210 (quince años), computando como períodos de cotización «0», la diferencia entre lo cotizado y los quince años mínimos, pero al considerar que también debían integrarse en el cálculo de su pensión de jubilación las cuotas que cotizó en Portugal, la señora Salgado González solicitó la revisión de ese importe.

diciembre de 1998. [ECLI:EU:C:1998:615].

⁷⁷ Asunto C-282/11, Concepción Salgado González contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), STJ 21 de febrero de 2013, [ECLI:EU:C:2013:86].

⁷⁸ Caso Tayeb Belbouab contra Bundesknappschaft, op. cit.

El órgano jurisdiccional español indicó que no alberga ninguna duda acerca de la imposibilidad de tomar en cuenta las cuotas pagadas en Portugal para calcular la pensión de jubilación que debe pagar España, pero preguntó al Tribunal de Justicia, si la normativa española, que no permite adaptar ni la duración del período de cotización ni el divisor utilizados para tener en cuenta el hecho de que el trabajador ejerció su derecho a la libre circulación, es conforme con el Derecho de la Unión.

La Corte de Luxemburgo en su sentencia dictada el 21 de febrero de 2013 determinó que la normativa española establece una desigualdad de trato entre trabajadores sedentarios y migrantes, que sería diferente si la legislación española contemplara mecanismos de adaptación del procedimiento de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación que tuvieran en cuenta el ejercicio por parte del trabajador de su derecho a la libre circulación. Concretamente, el divisor podría adaptarse para reflejar el número de cuotas efectivamente satisfechas por el asegurado por las remuneraciones ordinarias y extraordinarias. En consecuencia, para el Tribunal de Justicia, el Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional en virtud de la cual la base reguladora de la pensión de jubilación de un trabajador por cuenta propia, migrante o no, se calcula invariablemente a partir de las bases de cotización de ese trabajador en un período de referencia fijo anterior al pago de su última cuota en ese Estado, a las cuales se aplica un divisor fijo, sin que resulte posible adaptar ni la duración de este período ni este divisor con el fin de tomar en consideración el hecho de que el trabajador en cuestión ha ejercido su derecho a la libre circulación.

De igual manera, en el asunto C-2/17, suscitado entre el INSS y Jesús Crespo Rey, se aborda el cálculo de la pensión teórica española en materia de pensiones de jubilación. El señor Crespo Rey, trabajador español después de quince años de cotización al sistema español de Seguridad Social al ejercer su derecho a la libre circulación en la UE, cotizó durante trece años en Suiza (país al que se le aplican los reglamentos europeos de coordinación en materia de Seguridad Social), con una base de cotización superior a la base mínima española. Al concluir su aseguramiento en Suiza y regresar a España, Crespo Rey decidió el 1º de diciembre de 2007 suscribir un Convenio especial para los emigrantes españoles con la Seguridad Social española, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Orden Ministerial TAS/2865. Este convenio se mantuvo en vigor durante siete años, cotizando con la base mínima de cotización española.

Con base en las cotizaciones realizadas, Crespo Rey solicitó su jubilación en el INSS, quien determinó una pensión de jubilación con una cuantía muy baja al tomar el importe de la base mínima de cotización Inconforme con el cálculo del importe de su jubilación, Crespo Rey recurrió el el Juzgado de lo Social nº 1 de La Coruña, cuya sentencia fue recurrida por el INSS ante el

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, quien decidió plantear las siguientes cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia: 1) ¿deben entenderse excluidas de la expresión «la base de cotización que más se les aproxime en el tiempo» las derivadas de la aplicación de una norma interna como la española que limita su importe a la base mínima de cotización, limitación que no opera en el caso de trabajadores sedentarios que suscriban un convenio especial?; y en caso de respuesta afirmativa, 2) ¿sería adecuado para reparar el perjuicio causado tomar las últimas cotizaciones reales españolas debidamente actualizadas y considerar el periodo cotizado al amparo del convenio especial como periodo neutro o un paréntesis?

El Tribunal de Justicia en la sentencia dictada el 28 de junio de 2018 declaró que las normas en materia de libre circulación se oponen a una normativa nacional como la española que obliga a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial con la Seguridad Social de ese Estado miembro a cotizar por la base mínima de cotización, produciendo el efecto que tuvo lugar en el cálculo de la pensión teórica del señor Crespo Rey, cuando un trabajador sedentario que no hizo uso de su derecho a la libre circulación y que suscribe tal convenio puede cotizar con arreglo a una base de cotización superior a la base mínima. Asimismo, el Tribunal de la Unión reconoció que es competencia del órgano jurisdiccional nacional determinar cuáles son los medios más adecuados para conseguir la igualdad de trato entre los trabajadores migrantes y sedentarios, pero señaló que, a priori, podría ser una buena solución permitir a los migrantes cotizar de manera retroactiva con arreglo a bases de cotización superiores a las mínimas y, con base en ellas, solicitar su jubilación.

IV. CONCLUSIÓN

Del contenido de las sentencias del Máximo Tribunal de la UE, que en su mayoría dilucidan las consultas o cuestiones prejudiciales, se infiere que la coordinación no implica unificación ni armonización de los sistemas de Seguridad Social europeos, al tiempo que tampoco veda las competencias soberanas de los Estados para organizar dichos sistemas⁷⁹ que subsisten con todas sus peculiaridades, pues responden a la tradición jurídica, desarrollo, economía, política social e intereses políticos de cada Estado.

La jurisprudencia es una valiosa herramienta que completa el entramado normativo que hace posible la coordinación de los sistemas de Seguridad Social europeos, sea en su modalidad de reglamento, directiva o decisión, como instrumentos de Derecho derivado de carácter vinculante (*hard law*), a

⁷⁹ Asunto C-158/96, Raymond Kohll vs. Union des caisses de maladie, STJ 28 de abril de 1998, [ECLI:EU:C:1998:171]. Asunto C-120/95, Nicolas Decker vs. Caisse de maladie des employés privés, STJ 28 de abril de 1998, [ECLI:EU:C:1998:167].

la vez que posibilita desde el ámbito jurisdiccional la intervención comunitaria en el ámbito doméstico de la seguridad cuando aplica e interpreta de manera uniforme el Derecho de la Unión a solicitud de los jueces nacionales, al controlar la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión Europea o cuando vela por el respeto de las obligaciones comunitarias establecidas en el Derecho primario y el Derecho secundario.

Por supuesto que en este esfuerzo hermenéutico y de control de la legalidad que realiza el Tribunal de Luxemburgo, la voluntad política, la colaboración de los poderes públicos de Estados miembros y la existencia de los mecanismos nacionales que permitan la realización y acatamiento de las sentencias supranacionales del órgano jurisdiccional de la Unión es necesaria y fundamental para garantizar la tutela del derecho humano a la Seguridad Social como pilar fundamental de la protección social dentro del espacio comunitario europeo.

V. FUENTES DE CONSULTA

- CORREA CARRASCO, Manuel. «El contrato de trabajo internacional y la protección social extraterritorial: problemas y soluciones», en Correa Carrasco, Manuel (coord.), *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, 2006.
- K. ALTER, *Establishing the Supremacy of the European Law*, Oxford, Oxford University, Press, 2001.
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Disponible en: http://ocw.uc3m.es/historia-del-derecho/historia-de-la-integracion-europea/tratados/Tratado_Ceca.pdf/view. Fecha de consulta: 9 de junio de 2020.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Disponible en: <https://www.boe.es//doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>, fecha de consulta: 24 de junio de 2020.
- Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (versión consolidada), Disponible en: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tradoc-es-div-c-0000-2016-201606984-05_01.pdf. Fecha de consulta: 2 de mayo de 2020.
- Asunto 5/88, Hubert Wachauf en contra de Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft. STJ 13 de julio de 1989. [ECLI:EU:C:1989:321].
- Asunto C-302/90, Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité (CAAMI) contra Napoleón y Jocelyne Faux, STJ 15 de octubre de 1991, [ECLI:EU:C:1991:385].
- Asunto acumulados C-398/18 y C-428/18, Antonio Bocero Torrico y Jörg Paul Konrad Fritz Bode contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, STJ 5 de diciembre de 2019, [ECLI:EU:C:2019:1050].
- Asunto 249/83, Vera Hoeckx en contra de Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn Kalmthout, STJ 27 de marzo de 1985, [ECLI:EU:C:1985:139]; Asunto C-433/13, Comisión contra República de Eslovaquia, STJ 16 de septiembre de 2015, [ECLI:EU:C:2015:602]; Asunto C-679/16, Procedimiento incoado por A, STJ 25 de julio de 2018, [ECLI:EU:C:2018:601]

- Asuntos C- 401/15, C-402/15 y C-403/15, Noémie Depesme y otros contra Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, STJ 15 de diciembre de 2016, [ECLI:EU:C:2016:955].
- Asunto C-620/15, A-Rosa Flussschiff GmbH contra Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales d'Alsace (Urssaf) y Sozialversicherungsanstalt des Kantons Graubünden, STJ 27 de abril de 2017, [ECLI:EU:C:2017:309].
- Asunto 359/16, Altun, STJ 6 de febrero de 2018, [ECLI:EU:C:2018:63].
- Asunto C-527/16, Salzburger Gebietskrankenkasse y Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz contra Alpenrind GmbH y otros, STJ 6 de septiembre de 2018, [ECLI:EU:C:2018:669].
- Asunto 308/14, Comisión Europea contra Reino Unido, STJ 14 de junio de 2016, [ECLI:EU:C:2016:436].
- Asunto C-198/90, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos, STJ 28 de noviembre de 1991, [ECLI:EU:C:1991:454].
- Asunto: 235/87, Annunziata Matteucci contra Communauté française de Belgique y Commissariat général aux relations internationales de la Communauté française de Bélgica, STJ 27 de septiembre de 1988, [ECLI:EU:C:1988:460].
- Asunto 307/97, Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland, contra Finanzamt Aachen-Innenstadt, STJ 21 de septiembre de 1999. [ECLI:EU:C:1999: 438].
- Asunto C-267/06, Tadao Maruko vs Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, STJ 1º de abril de 2008, [ECLI:EU:C:2008:179].
- Asunto C-423/04, Sarah Margaret Richards contra Secretary of State for Work and Pensions, STJ 27 de abril de 2006, [ECLI:EU:C:2006:256].
- Asunto C-451/16, MB contra Secretary of State for Work and Pensions, STJ 26 de junio de 2018, [ECLI:EU:C:2018:492].
- Asunto 110/79, Coonan contra Insurance Officer, STJ 24 de abril de 1980, [ECLI:EU:C:1980:1445].
- Asunto 70/80, Vigier contra Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, STJ 27 de enero de 1981, [ECLI:EU:C:1981:19].
- Asunto 20/75, Gaetano d'Amico contra Landesversicherungsanstalt Rheinland-Pfalz. STJ 9 de julio de 1975, [ECLI:EU:C:1975:891].
- Asunto C-619/11, Patricia Dumont de Chassart vs. Office national d'allocations familiales pour travailleurs salariés (ONAFTS), STJ 21 de febrero de 2013, [ECLI:EU:C:2013:92].
- Asunto C-523/13, Walter Larcher vs. Deutsche Rentenversicherung Bayern Süd, STJ 18 de diciembre de 2014, [ECLI:EU:C:2014:2458].
- Asunto 93/76, Fernand Liégeois contra Office national des pensions pour travailleurs salarié, STJ 16 de marzo de 1977, [ECLI:EU:C:1977:50].
- Asunto 368/87, Lieselotte Hartmann Troiani contra Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, STJ 18 de mayo de 1989, [ECLI:EU:C:1989:206].
- Asunto 453/14, Vorarlberger Gebietskrankenkasse y Alfred Knauer contra Landeshauptmann von Vorarlberg, STJ 21 de enero de 2016, [ECLI:EU:C:2016:37].

- Asunto C-551/16, J. Klein Schiphorst contra Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, STJ 21 de marzo de 2018, [ECLI:EU:C:2018:200].
- Asunto 733/79, Caisse de compensation des allocations familiales des régions de Charleroi et de Namur vs. Cosimo Laterza, STJ 12 de junio de 1980, [ECLI:EU:C:1980:156].
- Asunto C-631/17, SF en contra de Inspecteur van de Belastingdienst, STJ 8 de mayo de 2019, [ECLI:EU:C:2019:381].
- Asunto C302/02, Laurin Effing, STJ 20 de enero de 2005, [ECLI:EU:C:2005:36].
- Asunto C-570/15, X vs Staatssecretaris van Financiën (Secretario de Estado de Hacienda, Países Bajos), STJ 13 de septiembre de 2017, [ECLI:EU:C:2017:674].
- Asunto C-115/11, Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe sp. z o.o. contra Zakład Ubezpieczeń Społecznych, STJ 4 de octubre de 2012, [ECLI:EU:C:2012:606].
- Asunto C-269/87, Natalino Ventura vs Landesversicherungsanstalt Schwaben, STJ 14 de diciembre de 1988, [ECLI:EU:C:1988:545].
- Asunto 769/18, Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail d'Alsace-Moselle contra SJ y Ministre chargé de la Sécurité sociale, STJ 12 de marzo de 2020, [ECLI:EU:C:2020:203].
- Asunto C-356/89, Roger Stanton Newton contra Chief Adjudication Officer STJ 20 de junio de 1991, [ECLI:EU:C:1991:265].
- Asunto 447/18, UB contra Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava. STJ 18 de diciembre de 2019, [ECLI:EU:C:2019:1098].
- Asunto. 679/16, A contra Departamento de Prestaciones del Área de Asuntos Sociales y de Salud del municipio de Espoo, Finlandia, STJ 25 de julio de 2018, [ECLI:EU:C:2018:601].
- Asunto C-135/19, Pensionsversicherungsanstalt contra CW, STJ 5 de marzo de 2020, [ECLI:EU:C:2020:177].
- Asunto C-517/16, Stefan Czerwiński contra Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku.. STJ 30 de mayo de 2018, [ECLI:EU:C:2018:350].
- Asunto C-333/13, Elisabeta Dano y Florin Dano contra Jobcenter Leipzig, STJ 11 de noviembre de 2014, [ECLI:EU:C:2014:2358].
- Asunto 299/14, Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen contra Jovanna García-Nieto y otros, STJ 25 de febrero de 2016. [ECLI:EU:C:2016:114].
- Asunto 69/79, Caso W. Jordens Vosters, de Overpelt (Bélgica) contra de Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Leder-en Lederverwerkende Industrie, de Tilburg (Países Bajos), STJ 10 de enero de 1980. [ECLI:EU:C:1980:7].
- Asunto C-372/18, Ministre de l'Action et des Comptes publics contra M. et Mme Raymond Dreyer, STJ 14 de marzo de 2019, [ECLI:EU:C:2019:206].
- Asunto C-117/89, Klaus Jürgen Kracht contra Bundesanstalt für Arbeit, STJ 4 de junio de 1990, [ECLI:EU:C:1990:279].
- Asunto C-228/88, Giovanni Bronzino contra Kindergeldkasse, STJ 22 de febrero de 1990, [ECLI:EU:C:1990:85].
- Asunto C-104/80, Bееck vs Bundesanstalt für Arbeit, STJ 19 de febrero de 1981, [ECLI:EU:C:1981:48].

- Asunto 182/78, Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds Drenthe-Platteland contra G. Pierik, STJ 31 de mayo de 1979, [ECLI:EU:C:1979:142].
- Asuntos acumulados 82/86 y 103/86, Giancarlo Laborero y Francesca Sabato contra Office de sécurité sociale d'outre-mer (OSSOM), STJ 9 de julio de 1987, [ECLI:EU:C:1987:356].
- Asunto 300/84, A. J. M. Van Roosmal contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen, STJ 23 de octubre de 1986, [ECLI:EU:C:1986:402].
- Asunto 153/91, Camille Petit v Office national des pensions, STJ 22 de septiembre de 1992, [ECLI:EU:C:1992:354].
- Asunto 10/78, Tayeb Belbouab contra Bundesknappschaft, STJ 12 de octubre de 1978, [ECLI:EU:C:1978:181].
- Asunto 442/16, Florea Gusa contra Minister for Social Protection y otros en contra del Ministro de Asuntos Sociales de Irlanda y otros, STJ 20 de diciembre de 2017, [ECLI:EU:C:2017:1004].
- Asunto C-15/90, David Maxwell Middleburgh contra Chief Adjudication Officer, STJ 4 de octubre de 1991, [ECLI:EU:C:1991:377].
- Asunto C-251/94, Eduardo Lafuente Nieto contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social, STJ 12 de septiembre de 1996, [ECLI:EU:C:1996:319].
- Asuntos acumulados C-31/96, C-32/96 y C-33/96, Antonio Naranjo Arjona contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Francisco Vicente Mateos contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) contra Laura García Lázaro, STJ 9 de octubre de 1997, [ECLI:EU:C:1997:475].
- Asunto C-153/97, Aristóteles Grajera Rodríguez contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), STJ 17 de diciembre de 1998, [ECLI:EU:C:1998:615].
- Asunto C-282/11, Concepción Salgado González contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), STJ 21 de febrero de 2013, [ECLI:EU:C:2013:86].

ASPECTOS REGULATORIOS DE LA CUESTIÓN DE GÉNERO EN EL DEPORTE

Regulatory aspects of the gender issue in sports

María Pérez-Ugena

Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad Rey Juan Carlos.
maria.perezugena@urjc.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp205-230](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp205-230)

Recibido: 15.06.2020

Aceptado: 21.12.2020

Resumen

En el ámbito del deporte existe una brecha de género muy acusada, como se pone de manifiesto en este trabajo. Se analizan los instrumentos normativos con que contamos para lograr una mejor situación de las mujeres en el deporte en distintos ámbitos. Desde el derecho internacional, europeo y estatal. Se estudia la posición del Tribunal Constitucional con relación a la discriminación, para determinar qué opciones tienen los poderes públicos al objeto de poder actuar y reducir la desigualdad entre hombres y mujeres. Concluimos con que es necesaria una regulación específica sobre deporte e igualdad como herramienta marco de trabajo. Las federaciones deportivas, por último, como órganos vertebradores de la actividad deportiva, deben tomar el impulso para llevar a cabo acciones concretas dirigidas a lograr un mayor grado de igualdad en el deporte.

Palabras clave

Derecho, igualdad, deporte, género.

Abstract

On the field of sport, there is a very marked gender gap, as evidenced in this paper. The normative instruments that we could use to achieve a better situation of women in sport in different fields are analyzed here. Considering international,

European and state law. The position of the Constitutional Court in relation to discrimination is studied to determine which options the public powers have with the aim of being able to act and reduce inequality between men and women in this ambit. We conclude that a specific regulation on sport and equality is necessary as a framework tool. Finally, sports federations, as the main axis of sports activities, must take the impulse to carry out concrete actions aimed at achieving a greater degree of equality in sport.

Keywords

Law, equality, sport, gender.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DE LA REGULACIÓN DEL DEPORTE. III. LA IGUALDAD EN EL DEPORTE DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL. IV. TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN DESDE EL DERECHO EUROPEO. V. DERECHO INTERNO Y POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS DISTINTAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN. VI. LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA SOBRE DEPORTE E IGUALDAD. VII. FEDERACIONES DEPORTIVAS E IGUALDAD DE GÉNERO. VIII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCIÓN

El deporte es una actividad en la que existe una marcada brecha de género. Es preciso trabajar en este aspecto, además de porque las mujeres deben participar de los beneficios que otorga el deporte en condiciones de igualdad con los hombres, por el hecho de que la actividad deportiva es expansiva, en el sentido de que tiene un enorme efecto simbólico que afecta a la sociedad en la que interactúa¹. Sin embargo, la relación entre el deporte y lo masculino es algo muy fuertemente enraizado en nuestra sociedad. Por eso urge especialmente tomar medidas para lograr un mayor equilibrio entre mujeres y hombres en el ámbito deportivo.

Las mujeres se incorporan a un espacio típicamente masculino, en el que van a ser valoradas de acuerdo con modelos masculinos y no conforme a otros, adaptados a sus propias condiciones y necesidades. El deporte femenino consigue una menor cobertura en los medios, además de que deriva de él una mínima inversión de patrocinios en comparación con los deportes masculinos. Lo que tiene, a su vez, una influencia directa en la brecha salarial².

El número de licencias federativas masculinas es mucho mayor en la generalidad de los deportes. También son muchos más los deportistas de alto nivel. Esta diferencia también está presente en los deportes discapacidad (independientemente de que sea física, psíquica, o que afecte a personas con discapacidad o diversidad funcional visual o auditiva)³ Y hay, como

¹ Nos estamos refiriendo a la construcción de género. Sobre este tema hay una amplia bibliografía. Destacamos estas tres obras fundamentales entre las españolas: VALCARCEL, Amelia. *Feminismo en el mundo global*. ediciones cátedra. 2012. 4ªed.; AMORÓS, Celia. *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*. ed. Cátedra, Valencia, 3ªed. 2008; BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*. Valencia: Cátedra, colección Feminismos. 2005.

² EIGE: <https://eige.europa.eu/es/in-brief> (obtenido el 14 de abril de 2020)

³ CSD *Anuario de estadísticas deportivas* de 2019 <http://www.culturaydeporte.gob.es/servicios-al-ciudadano/estadisticas/deportes/anuario-de-estadisticas-deportivas.html>

corresponde a este marco estructural, un menor número de mujeres que accede a la formación en materias relacionadas con el deporte. Los entrenadores también son casi tres veces más hombres que mujeres, incluso fuera del fútbol, donde el porcentaje es muy superior⁴

Los medios de comunicación continúan con una inercia que los lleva a minusvalorar a las deportistas. Lo que resulta muy preocupante dada su enorme capacidad de influencia en la forma de entender el orden social. Esto se evidencia con datos de aparición en medios referidos al tiempo que se dedica a las deportistas, así como con la observación de la imagen transmitida. El resultado es la invisibilidad de las deportistas y la marginación mediática, lo que conlleva un efecto muy negativo, al desvincular a las mujeres del deporte. Esta posición se mantiene en las distintas modalidades de medios de comunicación, aunque presenta peculiaridades de acuerdo con cada uno. En cualquier caso, el resultado es que los medios de comunicación transmiten una representación del deporte que refuerza las percepciones estereotipadas de los roles de género⁵.

En lo que atañe a la dirección y gestión en el ámbito deportivo, las mujeres siguen estando subrepresentadas⁶. Las mujeres no desempeñan cargos de

Obtenido el 14 de abril de 2020.

⁴ *Ibid.* Debe tenerse en cuenta que no se dispone de los datos de la Federación de Fútbol para 2017 por lo que se ha optado por ofrecer un subtotal excluyendo esta modalidad deportiva. El número de entrenadores formados en el ámbito estrictamente federativo durante el año 2017 fue de 8.109, con un total de 404 cursos impartidos. Los resultados por sexo indican que el 75,3% de los entrenadores formados se corresponden con hombres y el 24,7% con mujeres. CSD 2019. El mayor número de licencias corresponde al fútbol número con cerca del millón de licencias, frente a las 65.000 licencias del fútbol femenino

⁵ Vid, por ejemplo. CALVO ORTEGA, E B GUTIÉRREZ SAN MIGUEL: «La mujer deportista y periodista en los informativos deportivos de televisión. Un análisis comparativo con respecto a su homólogo masculino». *Revista Latina de Comunicación Social* 2016 págs. 1.230 a 1.242 ; LOSCERTALES, F.; NUÑEZ T. «La imagen de las mujeres en la era de la comunicación» I/C - *Revista Científica de Información y Comunicación* 2009, págs. 427-462; SAINZ DE BARANDA ANDÚJAR C «El género de los protagonistas en la información deportiva (19792010): noticias y titulares» *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*. 2014, págs. 1225-1236. y los datos aparecidos en el CONSEJO AUDIOVISUAL DE ANDALUCÍA (2018) https://www.consejoaudiovisualdeandalucia.es/sites/default/files/publicacion/pdf/1903/informe_anual_parlamento_2018.pdf Obtenido el 20-03-2020. GLOBAL MEDIA MONITORING <https://www.google.com/search?q=global+media+monitoring+project+2019&oq=Global+Media+Monitoring+Project&qs=chrome.5.69i57j0l7.2973j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Obtenido el 26 de marzo de 2020. También INFORME ANUAL DE LA PROFESIÓN PERIODÍSTICA (2018) ASOCIACION DE PRENSA DE MADRID. https://www.apmadrid.es/wp-content/uploads/2019/07/Informe-profesi%C3%B3n-2018_baja.pdf

⁶ Esta situación ocurre pese a que se realicen esfuerzos para producir cambios. Destacamos que en 2004, el Comité Olímpico Español creó la Comisión Mujer y Deporte para

representación en los órganos de gobierno del deporte de manera equilibrada con los hombres, que sigue contando con unas estructuras típicamente masculinas. Pese a los esfuerzos que se vienen haciendo desde las instituciones, la tasa de progreso es baja en la mayoría de los países de la UE. Lo que redundará, a su vez, en una menor visibilidad de las deportistas y supone perder una oportunidad, por la enorme capacidad simbólica y educativa que conlleva, para las deportistas y las mujeres en general, ver que otras mujeres ocupan puestos de responsabilidad. La presencia de mujeres en los órganos directivos ronda sólo en torno a un 10%, como dato general. Las cifras indican el absoluto desequilibrio de género en la presidencia de federaciones. De hecho, tan sólo hay una federación presidida por una mujer⁷

Estos datos ponen de manifiesto la necesidad de trabajar para lograr un mayor equilibrio entre mujeres y hombres en el ámbito deportivo. Es preciso reducir la brecha, además de por los beneficios que aporta el deporte, por el efecto indirecto, pero muy relevante, que el deporte en la construcción de modelos que las mujeres reciben, principalmente, a través de los medios de comunicación y que rebasan el ámbito deportivo.

Estamos ante una actividad eminentemente social, en la que las entidades deportivas ocupan un papel fundamental. Si las mujeres no cuentan con las mismas expectativas que los hombres, de manera natural, tenderán a tener una menor implicación en el deporte. Es en este punto donde los medios de comunicación realizan una función fundamental, en orden a esa creación igualitaria de expectativas de género.

Jurídicamente el deporte, conecta de manera clara con el artículo 9.2 del texto constitucional y se formula a través suya. La exigencia del artículo 9.2 aplicado a esa cuestión nos exige un tratamiento integral del tema, desde un enfoque plural. Se trata de tácticas o técnicas de trabajo que no son exclusivas de la cuestión de género, sino que se pueden igualmente aplicar a otras cuestiones como racismo o la homofobia. Y que suponen, en primer lugar, integrar la perspectiva de género, de tal manera que una decisión debe conllevar una evaluación de los efectos que dicha decisión suponen sobre las mujeres. Lo que se conoce como análisis del impacto de género en las intervenciones.

Ese abordaje integral de la cuestión exige distintos tipos de medidas que suponen valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, en cualquier área y en cualquier nivel.

promover la incorporación de las mujeres en los puestos de dirección y gestión del deporte y en 2006 comienza el plan del Consejo Superior de deportes: Plan mujer y deporte.

⁷ Consejo Superior de Deportes (CSD) 2019. <http://www.culturaydeporte.gob.es/servicios-al-ciudadano/estadisticas/deportes/anuario-de-estadisticas-deportivas.html>

II. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DE LA REGULACIÓN DEL DEPORTE

El deporte, frente a lo que ocurre en otros ámbitos, cuenta con unas características específicas que le obligan, necesariamente, a tener un sistema regulador complejo. Primero, porque el deporte, por su naturaleza y función, tiene una vocación internacional, especialmente en su aspecto competitivo. Y, en segundo término, porque estamos ante una actividad que debe estar muy reglamentada. De ahí que se trate de un sistema complejo en el que, desde la organización de los primeros JJOO concurren órganos de distinto ámbito y naturaleza que convergen en el deporte.

Para ordenar normativamente el deporte confluyen, de una parte, órganos nacionales, dentro de los cuales estarían los que proceden de distintas instancias territoriales, con organismos internacionales y, de otra, órganos que pertenecen exclusivamente al ámbito del deporte con otros que son propios de cada Estado y que tienen carácter general, no exclusivamente deportivo, por lo que se superponen normas nacionales, internacionales con las de ámbito general y deportivo que crean un ordenamiento jurídico complicado.

En todo este sistema vemos cómo, en los distintos niveles, se mantiene desde hace años una preocupación porque las deportistas consigan una situación de mayor equilibrio con los hombres. Es una constante que esta cuestión, reducir la brecha de género, forme parte de las declaraciones, esté en los programas internacionales, europeos, nacionales y locales de los entes deportivos.

La búsqueda de soluciones es quizá lo más complejo. Vemos qué medidas se están tomando en los diferentes ámbitos territoriales. Desde los organismos internacionales, hasta los europeos, nacionales y locales. Tenemos que empezar por las diferentes declaraciones, que dejan constancia de la toma de conciencia, y actúan también a través de la creación de grupos de trabajo.

El deporte se caracteriza, como hemos señalado, por una estructura compleja y por su carácter internacional de carácter piramidal. Por eso, hay que tener en cuenta en este ámbito, muy especialmente, la postura de organismos internacionales, puesto que marcan la línea de actuación de los órganos deportivos nacionales y locales. El complejo entramado del deporte se organiza de manera piramidal, a través del Comité Olímpico Internacional (COI), el Comité Olímpico de cada Estado (CON) y las federaciones, asociaciones, clubes deportivos y agrupaciones. Las federaciones abarcan ámbitos territoriales distintos. Las internacionales son las encargadas de gestionar en el plano internacional una disciplina deportiva determinada. Gracias a ellas es posible garantizar la uniformidad en la competición deportiva. Entrarían en la categoría de asociaciones deportivas privadas.

Además, se está trabajando a través de distintos organismos en aras de conseguir una igualdad de derechos y oportunidades de las mujeres en el ámbito deportivo. Dentro de los de ámbito internacional destacamos la Red Europea de Mujeres y Deporte (EWS), el Grupo de Trabajo Internacional (GTI), el Comité Olímpico Internacional (COI), el Parlamento Europeo. Y entre los organismos Nacionales para la igualdad de derechos y oportunidades de las mujeres en el deporte señalamos la Unidad Permanente de Mujer y Deporte, creada por el Consejo superior de deportes en 2005, el Comité Olímpico Español, la Comisión de Mujer y Deporte creada en el 2004, los grupos de estudio sobre mujer y deporte de las Comunidades Autónomas, o los seminarios permanentes de Mujer y Deporte.

III. LA IGUALDAD EN EL DEPORTE DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

La construcción del género en el Derecho Internacional va de la mano de las declaraciones internacionales que hacen referencia a la igualdad y al desarrollo de los derechos humanos. Ya desde la Carta de Naciones Unidas se declara entre los objetivos de las Naciones Unidas «*la igualdad de derechos de hombres y mujeres*» (art. 1.3) «*sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*» (art. 55). La Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles Políticos y de Derechos Económicos y sociales van a insistir en el principio de igualdad entre hombres y mujeres. Es preciso, por último, recordar la importancia de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) 1979.

El deporte fue incluido en la Plataforma de Acción de Beijing en 1995 y en Beijing +5 en 2000. En noviembre de 2003, se adoptó la Resolución 58/5 de la ONU que instaba a los gobiernos a utilizar el deporte como un medio para promover la educación, la salud y la paz y en 2011 continúa presente en la Asamblea General de la ONU sobre la Declaración de Viena y el reconocimiento del deporte como un derecho humano. También las declaraciones de Atenas (2004) y Berlín (2013) de MINEPS de la UNESCO pidieron acciones específicas para promover la igualdad de oportunidades en el área del deporte⁸.

Las Conferencias Mundiales sobre Mujer y Deporte organizadas por el Comité Olímpico Internacional han sido un impulso importante en la reducción de la brecha de género en el deporte⁹. La primera se celebró en 1994 en

⁸ BEIJING +5. https://beijing20.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf#page=177

⁹ COMITÉ OLÍMPICO INTERNACIONAL. <https://www.olympic.org/gender-equality>

Brighton (Reino Unido) y condujo a la Declaración de Brighton en 1994, que fue un llamamiento a la equidad e igualdad en el deporte, en el que se incluían todos los aspectos, desde las instalaciones y la administración hasta la investigación y la educación. Durante los dos decenios siguientes (1994 – 2014), se creó el Grupo de Trabajo Internacional sobre la Mujer y el Deporte para monitorear la respuesta generada por la Declaración de Brighton, proporcionar apoyo a quienes trabajan en los niveles nacional y regional, y crear una red internacional de activistas y partidarios dedicados a coronar con éxito los objetivos y principios de la Declaración. Se efectuaron Conferencias Internacionales en Windhoek en 1998, Montreal 2002, en 2006 con el Compromiso de Kumamoto para la Colaboración y en 2010 el Tablero Marcador de Sídney¹⁰.

En junio de 2014, en la 6ª Conferencia Mundial del GTI sobre la Mujer y el Deporte, se decidió aprobó unánimemente una versión actualizada de la Declaración de Brighton, bajo el título «La Declaración de Brighton Más Helsinki 2014 sobre la Mujer y el Deporte». Que fue firmada por más de 410 organizaciones deportivas. Concurrieron más de 800 delegadas y delegados de unos 100 países bajo el lema «Liderar el cambio, Ser el cambio». Además de ratificar la Declaración de Brighton, la conferencia también decidió darle un toque de actualidad, que añade la actividad física como una extensión esencial del deporte organizado, especialmente para las chicas y mujeres. Por ello es por lo que la Declaración incluye referencias a la actividad física juntamente con el deporte a lo largo de su texto. La séptima Conferencia Mundial del GTI sobre la Mujer y el Deporte a Gaborone, Botswana, tuvo lugar en 2018.

Las ideas principales a partir de la Declaración de Brighton son que los Estados y Gobiernos han de hacer todos los esfuerzos necesarios para asegurarse que las instituciones y organizaciones a cargo del deporte respeten las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra las Mujeres. Además de la igualdad de oportunidades en cuanto a la participación en el deporte, ya sea actividad de ocio o recreo, para promover la salud, o con un interés competitivo. Y que los recursos, el poder y la responsabilidad han de ser repartidos justamente y sin discriminación sexual, pero cada asignación ha de rectificar los desequilibrios injustificables entre las ventajas disponibles para las mujeres y para los hombres.

¹⁰ Esta declaración fue recogida por el CSD a través del «Manifiesto por la igualdad y la participación de la mujer en el deporte» <https://www.csd.gob.es/es/mujer-y-deporte/igualdad-y-participacion-declaracion-de-brighton/manifiesto-por-la-igualdad-y-la-participacion-de-la-mujer> . Presentado el 29 de enero de 2009. Obtenido el 14 de abril de 2020.

La Declaración de Brighton, que simboliza la puesta en común para marcar las líneas de actuación que relacionan a las mujeres con el deporte, es producto de la primera conferencia internacional para promover la igualdad en el deporte, que tuvo lugar en 1994. Fue organizada por el Consejo Británico del Deporte y apoyada por el Comité Olímpico Internacional. La conferencia, que supuso un hito en el impulso de una estrategia coordinada para mejorar la posición de las mujeres en el deporte, examinó específicamente el tema de cómo acelerar el proceso de cambio para rectificar los desequilibrios enfrentados por las mujeres en su empeño por participar e involucrarse en el deporte. Se creó, además, también en 1994, el Grupo de Trabajo Internacional sobre Mujer y Deporte.

Además, la conferencia de Brighton decidió establecer y desarrollar una estrategia sobre la mujer y el deporte que cubriría todos los continentes. Esta se proponía obtener la amplia ratificación y apoyo de los organismos gubernamentales y no gubernamentales relacionados con el desarrollo del deporte. La dimensión internacional de esta estrategia permitía que los programas modelos y las experiencias exitosas fuesen compartidos entre las naciones y las federaciones deportivas, y de ese modo acelerar el avance hacia una cultura deportiva más equitativa en el mundo entero.

Los objetivos de la Declaración de Brighton son los siguientes: En primer lugar, asegurar a todas mujeres y chicas la oportunidad de participar en el deporte en un ambiente seguro, que les apoye, y que conserve los derechos, la dignidad y el respeto del individuo; El segundo objetivo es incrementar la participación femenina en el deporte a todos niveles y en todas las funciones y roles. El tercer aspecto es garantizar que los conocimientos, las experiencias y los valores de las mujeres contribuyen al desarrollo del deporte; Por último, se trata de fomentar el reconocimiento de la participación femenina en el deporte como contribución a la vida de todos, al desarrollo de la comunidad, y a la construcción de naciones sanas; Animar a las mujeres a reconocer el valor intrínseco del deporte y su contribución al desarrollo personal y a una vida sana¹¹

A partir de 2014, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció un Día Internacional del Deporte para el Desarrollo y la Paz (IDSP). La adopción de este Día significa el creciente reconocimiento por parte de las Naciones Unidas de la influencia positiva que el deporte puede tener en el avance de los derechos humanos y el desarrollo social y económico. En su discurso de 2015, el Secretario General de la ONU destacó el papel que puede jugar el deporte para lograr un progreso y un cambio sostenibles, al definir el deporte como «una fuerza importante en la eliminación de las barreras de género»

¹¹ <https://www.csd.gob.es/sites/default/files/media/files/2018-09/declaracion-brighton.pdf> Obtenido el 14 de abril de 2020.

Con la firma del Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, el deporte pasa a ser competencia de la Unión Europea y, en consecuencia, la dimensión europea en el deporte debe desarrollarse aún más, teniendo especialmente en cuenta la función social y educativa del deporte.

IV. TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN DESDE EL DERECHO EUROPEO

En el Derecho Europeo partimos del Convenio Europeo de Roma (1950) que reconoce la igualdad entre hombres y mujeres y es un texto de referencia para los países de la UE. La

igualdad se constituye en uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario, y se prohíbe la discriminación, entre otros motivos, por razones de sexo. «En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.» De acuerdo con el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La actividad coordinada de la UE sobre la igualdad de género en la política deportiva comenzó en 2010. Año en el que el Consejo de la UE, en sus «Conclusiones sobre el papel del deporte como fuente y motor de la inclusión social activa», introdujo el objetivo de fomentar la igualdad de género en el deporte. Esto se refiere especialmente al acceso al deporte y la representación en los órganos de toma de decisiones, e incluye medidas activas contra los estereotipos de género¹².

Por su parte, la Comisión, en su Comunicación sobre el desarrollo de la dimensión de la UE en el deporte de 2011, propuso acciones centradas

¹² [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XG0614\(09\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XG0614(09)&from=EN)

El Consejo centra sus objetivos en desarrollar y mantener planes de acción o estrategias nacionales sobre igualdad de género en el deporte, en estrecha cooperación con el movimiento deportivo; Incorporar la perspectiva de género en todos los aspectos de la política deportiva y promover la eliminación de los estereotipos de género en todos los niveles, destacando el valor de la diversidad y el equilibrio de género en la administración deportiva y promoviendo la igualdad de género en la toma de decisiones en todos los niveles y en todos los campos del deporte; aumentar el equilibrio de género en las juntas y comités ejecutivos en el área de los deportes, así como en la gestión y el entrenamiento y tratar de eliminar los obstáculos no legislativos que impiden que las mujeres asuman tales funciones lanzamiento, en cooperación con los organismos deportivos internacionales, de una «junta de compromiso» sobre igualdad de género en el deporte; Desarrollar materiales educativos para la formación de tomadores de decisiones y entrenadores en el deporte para promover la igualdad de género en todos los niveles de educación y entrenamiento deportivo; incluyendo objetivos de igualdad de género como condición para la concesión de fondos públicos a organizaciones deportivas

especialmente en el acceso de las mujeres a puestos de toma de decisiones, la lucha contra los estereotipos de género y el acceso al deporte para las mujeres inmigrantes y las mujeres pertenecientes a minorías étnicas. Después de esto, convocó a un grupo de expertos para desarrollar una propuesta de acciones estratégicas y específicas sobre igualdad de género en el deporte para el período 2014-2020. Los expertos identificaron una serie de áreas prioritarias: igualdad de género en la toma de decisiones, entrenamiento, medios de comunicación, cobertura y poner fin a la violencia de género en el deporte. Y desarrollaron el Plan Europeo para el Deporte 2014/2017¹³ En la Comunicación referente a la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 se hace referencia a la necesidad de mantener un marco estratégico para la igualdad de género en el deporte que fomente la participación de las mujeres y las niñas en el deporte y la actividad física, así como el equilibrio de género en los puestos directivos de las organizaciones deportivas¹⁴

El Parlamento Europeo añadió la Resolución de 2013 sobre igualdad de género en políticas deportivas. En la que se centraba en cuatro aspectos: abolir la distinción entre disciplina masculina y femenina en el deporte de alto nivel; tomar medidas para mejorar la participación de las mujeres en roles técnicos y en la toma de decisiones; tomar medidas para proteger la salud de las atletas; Adoptar medidas para prevenir y eliminar el acoso y el abuso sexual.

También es preciso destacar la Resolución sobre papel del deporte en la educación. Esta Resolución reconoció la importancia de la plena participación de las niñas y las mujeres en las actividades deportivas a todos los niveles, y consideró que la igualdad de género y la no discriminación son objetivos que forman parte integral de las funciones educativas y sociales del deporte.

Por último, la Resolución sobre la dimensión europea del deporte, de 2012, anima a la Comisión y a los Estados miembros a reconocer la importancia del deporte como medio de promover la paz, el crecimiento económico, el diálogo intercultural, la salud pública, la integración y la emancipación de la mujer.

En la Resolución se pide a las organizaciones deportivas que fomenten aún más la participación de las mujeres en el deporte y en los órganos de gobierno de las organizaciones deportivas garantizando la igualdad de acceso a las actividades deportivas, en particular para niñas y mujeres de

¹³ Sobre el plan de trabajo llevado a cabo vid. Resolution of the Council and of the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council, of 21 May 2014 on the European Union Work Plan for Sport (2014-2017)

¹⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152&from=EN>

entornos desfavorecidos, promoviendo la participación femenina en el deporte y ofreciendo deportes para mujeres y hombres y resultados igual prominencia y visibilidad.

Además, alienta a los Estados miembros a desarrollar medidas que permitan a las atletas femeninas conciliar su vida deportiva familiar y profesional y promover la igualdad de género en las políticas gubernamentales sobre deporte. Se pide a la Comisión que fomente el intercambio de información y buenas prácticas con respecto a la igualdad de oportunidades para las personas de ambos sexos en el deporte pide a la Comisión y a los Estados miembros que incluyan la integración de la perspectiva de género (GM) en todas sus actividades relacionadas con el deporte, con un enfoque específico en el acceso al deporte para las mujeres inmigrantes y las mujeres de las minorías étnicas.

Por último, pide a la Comisión y a los Estados miembros que se centren en el acceso de las mujeres a los puestos de toma de decisiones en el deporte y la cobertura mediática de las mujeres en el deporte en su integración de género, y que garanticen que las políticas y la legislación deportiva se basen en la igualdad de género pide a la Comisión y a los Estados miembros que apoyen y alienen la investigación europea sobre el carácter específico de las actividades deportivas femeninas, los motivos por los que las mujeres y las niñas abandonan el deporte y la persistencia de las desigualdades en el acceso de las mujeres al deporte fomenta la creación de redes de mujeres en el campo del deporte para promover el intercambio de mejores prácticas e información.

V. DERECHO INTERNO Y POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Desde el derecho interno, contamos con ciertos instrumentos de protección, que parten del reconocimiento constitucional y se aplican gracias a la actuación de órganos tanto de naturaleza jurisdiccional como institucional.

En primer lugar, en cualquier ámbito, es recomendable actuar desde la prevención. Lo que implica el análisis de posibles situaciones de discriminación, y puesta en marcha de acciones dirigidas a evitarlas. Lo mejor, como en todo, es anticiparse y actuar antes de que se haya producido la situación que conlleva desigualdad desde el análisis, la toma de conciencia sobre las mismas y la puesta en marcha de acciones necesarias dirigidas a evitar que se produzcan situación de discriminación y vulneración de los derechos.

En España, la Ley 30/2003, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, supuso la modificación de la Ley del Gobierno y exigió que tanto los anteproyectos de Ley como los Reglamentos se acompañen de un informe sobre el

impacto por razón de género. Dicha Ley, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, desarrolla esta obligación referida a todos los ámbitos¹⁵

Es preciso también traer a colación también, con carácter general, una serie de normas en relación con los medios de comunicación que, desde diferentes aproximaciones, vienen a crear un conjunto normativo regulador dirigido a reducir la brecha de igualdad a través de los medios, así como a velar por una imagen igualitaria y positiva de las mujeres. Destacamos la más general, la Ley Orgánica de igualdad¹⁶, la que regula los medios de comunicación en sus aspectos más generales, la Ley 7/2010 General de Medios de comunicación audiovisual¹⁷, y la más específica sobre publicidad.

Con el objeto de profundizar en el conocimiento de las herramientas jurídicas para avanzar en la igualdad en el deporte, nos interesa atender a las

¹⁵ En el ámbito local vid. <https://sede.educacion.gob.es/publiventa/guia-para-la-incorporacion-de-la-perspectiva-de-genero-a-la-gestion-deportiva-local/mujer-y-deporte/14967> Obtenido el 24 de marzo de 2020.

¹⁶ La Ley Orgánica de Igualdad dedica su Título III a la Igualdad y medios de comunicación y se refiere a la igualdad en los medios de comunicación social de titularidad pública (artículo 36), la Corporación RTVE y Agencia EFE (artículos 37 y 38), así como a la igualdad en los medios de comunicación social de titularidad privada (artículo 39). Por último, hace referencia a la autoridad audiovisual

¹⁷ La Ley, inspirada en la Directiva 2007/65/CE, recoge la necesidad de procurar la igualdad de género a lo largo de su articulado. E incluye el derecho a recibir una comunicación audiovisual plural, que «nunca podrá incitar al odio o a la discriminación por razón de género». Además, la Ley dedica su Título III a la igualdad y los medios de comunicación, para lo que distingue entre los medios de comunicación social de titularidad pública que «velarán por la transmisión de una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres en la sociedad, y promoverán el conocimiento y la difusión del principio de igualdad entre mujeres y hombres». Y medios de comunicación social de titularidad privada de los que se dice que «respetarán la igualdad entre mujeres y hombres, evitando cualquier forma de discriminación».

También señala que las Administraciones públicas promoverán la adopción, por parte de los medios de comunicación, de acuerdos de autorregulación que contribuyan al cumplimiento de la legislación en materia de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las actividades de venta y publicidad que en aquellos se desarrollen. De manera específica, en referencia a las comunicaciones comerciales la Ley, en su artículo 18, señala: Además de lo dispuesto en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en relación con la publicidad ilícita, prohíbe toda comunicación comercial que vulnere la dignidad humana o fomente la discriminación por razón de sexo... Igualmente, prohíbe toda publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio. Y considera una infracción muy grave «La emisión de comunicaciones comerciales que vulnere la dignidad humana o utilicen la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio».

distintas formas de discriminación y a la posición del Tribunal Constitucional en relación con cada una de ellas¹⁸.

La base del tratamiento jurídico-constitucional de la igualdad de las mujeres está en la interpretación que se ha hecho de los artículos 14 y 9.2 del texto constitucional, que ha sido objeto, además, de un abundante tratamiento jurisprudencial. Lo que nos ayuda a una mejor comprensión de su alcance y aplicación.

En lo que nos afecta, la obligación derivada del Estado social para los poderes públicos, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 9.2, es la de promover acciones para lograr la igualdad real y efectiva de las mujeres, y entre ellas, de las deportistas. Desde hace años, la nutrida jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha interpretado que dicho artículo cumple la función de modular el contenido del artículo 14, referido a la igualdad formal o efectiva. Así, ha entendido constitucionalmente prohibido interpretar como discriminatoria la acción hecha en beneficio de determinados colectivos históricamente preteridos y marginados. De esta forma, el Tribunal Constitucional, por ejemplo, la STC 216/1991, aumenta la capacidad de actuar en beneficio de la igualdad real y efectiva.

De acuerdo con lo anterior, los poderes públicos vienen obligados a ir más allá del planteamiento puramente formal, para dar solución a la desigualdad existente y lograr una reducción de la brecha de género en los distintos ámbitos de la vida, de manera que las realidades de ambos sexos se acerquen lo más posible a una situación de igualdad real y efectiva.

Nos interesa la posición del Tribunal Constitucional acerca de las distintas formas de discriminación, lo que nos da una idea de las herramientas con que contamos para trabajar a favor de la igualdad.

Nos referimos, a efectos expositivos, en primer lugar, a la discriminación directa, derivada de la norma o decisión por la que se ha tratado de forma diferenciada y desfavorable a una persona o a determinados grupos o colectivos¹⁹. También es preciso analizar supuestos de posible discriminación indirecta, fruto de acciones o normas que, en principio, no tienen por objeto un trato discriminatorio, pero de su aplicación práctica resulta, de hecho, tal

¹⁸ La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer en su artículo 1 define como «*discriminación contra la mujer*» «*Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*»

¹⁹ De acuerdo con la Ley Orgánica de Igualdad define la discriminación directa en su artículo 6 «*1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable*»

discriminación²⁰. Y, finalmente, aludimos la discriminación inversa. Ésta última, no es realmente una forma de discriminación, no otorga un trato menos favorable a colectivos que son discriminados, sino que persigue la mejora de grupos que se encuentran en una situación de inicial desventaja²¹. Aunque no sea posible entender esta clasificación como un catálogo cerrado, es posible que nos sirva a efectos de dirigir nuestras acciones y ordenar las decisiones del Tribunal Constitucional.

La discriminación directa se entiende derivada de la norma o decisión por la que se ha tratado de forma diferenciada y desfavorable a una persona o a determinados grupos o colectivos²². Guarda una clara relación con el artículo 14 de la Constitución y el principio de igualdad formal señalado en el mismo: «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de... sexo... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social...» Dicho precepto, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC julio 1982).

«establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y al mismo tiempo limita al poder legislativo y a los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas». Estamos ante «un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, esto es, a no ser tratada jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentran en una misma situación, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato.» (STC 8/86).

²⁰ La Ley Orgánica de Igualdad señala: «Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados»

²¹ La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer en su artículo 1 define como «discriminación contra la mujer» «Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera»

²² De acuerdo con la Ley Orgánica de Igualdad define la discriminación directa en su artículo 6 «1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable». Desarrolla la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, es discriminación directa «aquella situación en que una persona es, haya sido, o pueda ser tratada de manera menos favorable que en otra situación comparable por razón de sexo»

Por tanto, la discriminación «formal» nos exige un mismo trato a los iguales o la justificación razonable de la desigualdad. Referida al género, la discriminación es aquella que, basada directamente en el sexo, establece condiciones distintas para mujeres y hombres. Como señala la STC 145/1991, se produce «*un tratamiento diferenciado y perjudicial debido al sexo donde éste sea objeto de consideración directa*». Estos casos son los que se detectan con mas facilidad y pueden ser descubiertos a partir de la simple observación.²³

En el supuesto de que el trato desigual esté justificado, podemos hablar de discriminación positiva, que, en una primera aproximación puede suponer un tratamiento desigual. Sin embargo, la desigualdad puede ser un medio que está justificado, por el fin de lograr una igualdad real, en la consecución de objetivos, siempre que la medida no sea desproporcionada. De ahí, que la justificación y la proporcionalidad sean fundamentales para determinar la conveniencia de establecer acciones de discriminación positiva.

La discriminación indirecta, a diferencia de la anterior, es fruto de acciones o normas que en principio no tienen por objeto un trato discriminatorio, pero de su aplicación práctica resulta, de hecho, tal discriminación. En este sentido, la Ley Orgánica de Igualdad señala

«Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados».

La discriminación indirecta no guarda relación con la intencionalidad, es decir, la medida de que se trate no pretende discriminar, pero el efecto que produce en su aplicación, el resultado, es la discriminación de las mujeres. Para su prueba se trata de realizar una comparación a través de una constatación estadística que ponga de manifiesto el grado en que una decisión afecta a los distintos grupos, que no tienen que ser homogéneos, sino que se toma en cuenta la composición mayoritaria.²⁴

²³ A modo de ejemplo, entre los supuestos que han sido expresamente declarados inconstitucionales por suponer una discriminación directa, estaría la norma que impedía el acceso a las mujeres a las pruebas de ingreso en la Academia General del Aire que se declara inconstitucional por STC 216/1991 o la disposición que prohibía el trabajo de la mujer en el interior de la mina. Se declara inconstitucional por STC 229/1992.

²⁴ Resulta ilustrativo el caso recogido en la STC 145/1991, que se refiere al supuesto de limpiadoras de un hospital público que cobraban un salario inferior a los peones. La doctrina del Tribunal Constitucional a partir de esta Sentencia prohíbe la desigual valoración de trabajos equivalente cuando éste tratamiento diferenciado atienda al sexo de quienes trabajan. Esto supone que, teniendo en cuenta que la mayoría de mujeres son las

Es preciso actuar con la misma determinación ante cualquier supuesto de discriminación, sea directa o indirecta. El hecho de que la discriminación directa sea más evidente no significa que la indirecta no pueda producir efectos tan negativos como la primera.

Discriminación inversa. Ésta última, no es realmente una forma de discriminación, no otorga un trato menos favorable a colectivos que son discriminados, sino que persigue la mejora de grupos que se encuentran en una situación de inicial desventaja. La discriminación inversa, se caracteriza, en primer lugar, porque se aplica en contextos de especial escasez, por lo que indefectiblemente origina conflictos. Y, en segundo término, porque frente al carácter genérico propio de la discriminación indirecta, en lo que se ha denominado discriminación inversa se afecta de manera particular a personas concretas, respecto de las cuales se quiere mejorar su situación en distintos ámbitos.

Su origen está en la cuestión de raza y se da en sociedades típicamente multiculturales para compensar situaciones de dificultad y evitar la marginación de ciertos grupos. Se fundamenta en el principio de igualdad real y efectiva.

La discriminación inversa puede entenderse que es discriminación, pero está justificada, esto es, se discrimina en sentido estricto o literal pero no en un sentido real, precisamente por esa justificación. Sin embargo, también puede entenderse que no es discriminación porque se diferencia de ésta por dos factores: En primer lugar, porque la discriminación inversa no minusvalora los colectivos que son discriminados. Es decir, trata de mejorar la situación del grupo tradicionalmente marginado sin que ello suponga infravalorar al otro, en este caso, a los hombres. Además, el objeto perseguido es claramente diferente. La discriminación inversa pretende superar una situación de desventaja real. La tradicional actúa de manera distinta frente a quien se considera con menor derecho por razones no justificadas.

Con carácter general, puede decirse que la doctrina del Tribunal Constitucional se ha hecho eco de los necesarios avances en el ámbito de la igualdad. Ha evolucionado y la STC 12/87 supone un hito fundamental en esa evolución. Así, ha ampliado el concepto de discriminación gracias a la

que ocupan, en ese caso concreto, el puesto de limpiadoras y la mayoría de hombres son los que ocupan el puesto de peón, con esta medida de dar un salario inferior a limpiadoras se está perjudicando, de hecho, a las mujeres. Aún cuando el perjuicio se produzca de manera indirecta. En estos supuestos el TC ha entendido que la diferencia pasa a ser sospechosa a menos que se justifique que no se funda en el sexo, sino en las características del trabajo. De ahí que la igualdad de retribuciones no solo deba ser la misma para un mismo trabajo sino también para un trabajo distinto que tenga igual valor. (En SSTC 198/1996; 240/1999).

noción de discriminación indirecta o el reconocimiento de acción positiva²⁵.

De acuerdo con nuestra Constitución, el encaje de la discriminación positiva está, de manera inicial, en el artículo 9.2, que trata de remover obstáculos para conseguir una igualdad real y efectiva, aunque puede y debe ser asumido también por el artículo 14. Con las medidas de acción positiva se trata de favorecer a las mujeres que han estado históricamente en situación de desigualdad. Para que sean válidas deben darse ciertas condiciones. En concreto, que se ajusten a criterios de racionalidad y proporcionalidad y que se concipen como medidas transitorias que sean aplicables en cuanto subsista la desigualdad.

La discusión doctrinal está en la conveniencia y alcance de la discriminación positiva. Puesto que se advierten ciertos efectos adversos, puede exigirse que solo se utilice este procedimiento en caso en que el objetivo perseguido no sea alcanzable de otra manera, que se acredite la desigualdad de hecho de forma objetiva y razonable para que se legitime la acción por considerarse proporcional y justificada y, por último, su carácter transitorio. Sin embargo, y pese a las críticas suscitadas, se trata de un instrumento válido para lograr mayores cuotas de igualdad entre mujeres y hombres en derecho internacional, comunitario e interno.

Podemos distinguir ciertos hitos en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la igualdad de género que nos hacen entender la evolución hacia la situación actual. En un primer momento, hasta 1987, la jurisprudencia se fundamenta en el aspecto puramente formal de la igualdad en la que el Tribunal Constitucional equipara los hombres y las mujeres, al considerar que la protección de las mujeres, por sí sola, no es razón suficiente para justificar su diferenciación (STC 103/1983). Tras esta primera línea argumental, en 1987, se inicia otra línea jurisprudencial. La STC 128/1987²⁶

²⁵ Sobre las medidas de acción positiva podemos citar, entre otras las siguientes obras: BARRERE UNZUETA, M.A. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas 1997. MARTIN VIDA, «Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea», en *Teoría y realidad constitucional*, n.o 12-13 (2004), UNED, Madrid, págs. 322-329. GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999

²⁶ En la STC 128/1987, se decide sobre el derecho a un complemento retributivo para guarderías que correspondía a mujeres casadas con hijos pequeños y a hombres viudos en la misma situación pero no a los casados. Lo anterior supone que, de hecho, las mujeres casadas, trabajan en menor número que los hombres fuera de casa porque dedican más tiempo al cuidado de los hijos. Esta situación puede plantearse de manera que perpetúa y «naturaliza» esta situación o bien, y así se hizo por el Tribunal Constitucional, entender que es una medida que tiende a favorecer el acceso al trabajo de las mujeres con niños a

supera la concepción puramente formal de la igualdad y se asume una situación de desigualdad previa de las mujeres como consecuencia de «tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables». De manera, que la actuación del poder público «no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas». El Tribunal Constitucional va a tratar de buscar las razones de fondo de la desigualdad más allá de la igualdad puramente formal. Crea una línea jurisprudencial en la que el sexo al que hace referencia el artículo 14 deja de considerarse como prohibición absoluta. Se entiende que no se trata de que el sexo deba obligar a un trato de neutralidad entre hombre y mujer en todo caso. Al contrario, permite un trato diferenciado siempre que tenga por objeto eliminar situaciones discriminación existentes en las que se encuentran las mujeres. Y este trato diferenciado se asume en el contenido del artículo 14 CE sin que precise apoyarse en el artículo 9.2.

Un tercer momento, con la STC 59/2008, de 14 de mayo, por la que el Tribunal Constitucional avala la constitucionalidad del art. 153.1 del Código Penal en su redacción dada por la LO 1/2004, sobre violencia de género.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, en la línea con la jurisprudencia existente reconoce las Acciones positivas «*Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso*».

Por lo tanto, es posible introducir diferencias entre supuestos de hecho, para lo que debe haber justificación de tal diferencia. La diferencia debe ser, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, de acuerdo con criterios y juicios de valor aceptados, fundada y razonable²⁷. Además, es preciso que la finalidad constitucionalmente admisible perseguida por la norma sea legítima, en el sentido de que no sea contraria a la Constitución. Dentro de este límite, que no exige que la Constitución se refiera expresamente a esa finalidad sino simplemente que no la contradiga, el legislador tiene un amplio margen de decisión. Se exige, por último, congruencia entre esta finalidad, la

su cargo, que es un grupo tradicionalmente con mayor dificultad de acceso. Se consideró, por tanto, que dar este complemento a las mujeres y no a los hombres en una misma situación: con niños menores a su cargo, es una medida conforme a la Constitución.

²⁷ STC 49/1982. Esta línea jurisprudencial se ha mantenido a lo largo del tiempo. Así, lo vemos en varias Sentencias del Tribunal Constitucional, como la STC 200/2001 o STC 233/ 2007.

diferencia de la situación de hecho y las consecuencias jurídicas que se le imputan. Esto supone que debe haber proporción entre lo que pretende la norma y los medios que se emplean²⁸.

Por lo tanto, nuestro ordenamiento jurídico, en línea con el de otros sistemas de nuestro entorno, permite la toma de acciones que corrijan situaciones claras de desigualdad. Hemos visto cómo hay un desequilibrio patente que justifica el que en el ámbito deportivo se tomen acciones para la promoción de la igualdad real y efectiva. De ahí que dependa solo de la voluntad política el que se puedan llevar a cabo dichas acciones.

VI. LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA SOBRE DEPORTE E IGUALDAD

La legislación deportiva en materia de igualdad de género en el deporte parte de lo dispuesto en la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, de 2007, en la que se recoge una referencia al principio de igualdad de género llevado al ámbito deportivo. En concreto, el artículo 29.

«1. Todos los programas públicos de desarrollo del deporte incorporarán la efectiva consideración del principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución. 2. El Gobierno promoverá el deporte femenino y favorecerá la efectiva apertura de las discipli-

²⁸ En este sentido el TC ha señalado *«el principio de igualdad hace referencia, inicialmente, a la universalidad de la ley; no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso ser exigido en un Estado social y democrático de Derecho, por la efectividad de los valores que la Constitución consagra»* (STC de noviembre de 1981). En un sentido parecido la STC 19/1982, aclara *«El principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, pero...ese tratamiento legal desigual tienen un límite que consiste en la no discriminación, es decir, en el hecho de que la desigualdad esté desprovista de una justificación objetiva y razonable»*. La dificultad estriba en determinar en que casos la justificación es objetiva y razonable y en cuales no. Lo que supone valorar la desigualdad en los supuestos de hecho, en las consecuencias jurídicas que se derivan de esa desigualdad y en la proporcionalidad de los medios empleados en relación con la finalidad que se pretende. Pues bien, el problema está en que no tenemos unos criterios absolutos y generales que sean válidos para determinar la razonabilidad de la desigualdad. De ahí que según la interpretación del Tribunal Constitucional *«El principio de igualdad ha de entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca. Sólo podrá deducirse la quiebra del principio de igualdad, cuando dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos»* (STC junio. 1981)

nas deportivas a las mujeres, mediante el desarrollo de programas específicos en todas las etapas de la vida y en todos los niveles, incluidos los de responsabilidad y decisión».

La Ley del deporte, 10/1990, por su parte, no hace referencia alguna a las mujeres, a excepción del artículo 84, al tratar sobre el Tribunal Administrativo del Deporte, donde se hace referencia a la aplicación del principio equilibrado de participación.

En el ámbito específico de igualdad y deporte, señalamos la ORDEN PRE/525/2005, de 7 de marzo con el objetivo de favorecer la igualdad entre mujeres y hombres, crea dentro del Consejo Superior de Deportes, una unidad con carácter permanente para desarrollar el programa «Mujer y Deporte». Igualmente, a través del Consejo Superior de Deportes se prevé subvencionar a la Comisión Mujer y Deporte del Comité Olímpico Español. Se acuerda la firma de un convenio entre el Consejo Superior de Deportes y el Instituto de la Mujer para promover el deporte femenino. Se encomienda al Consejo Superior de Deportes que en todas las campañas o exposiciones para el fomento del deporte se aplique el principio de paridad. Y se acuerda, por último, que el Consejo Superior de Deportes promueva estudios de investigación, análisis y estadísticas dirigidos a fomentar la igualdad de género en el deporte.

Esto es todo lo que hay, a nivel nacional, sobre la igualdad de género y el deporte. Son precisos cambios legales para lograr un mayor equilibrio de género en las juntas directivas de federaciones y demás entidades deportivas, una mayor protección en situaciones de embarazo o permisos de maternidad, una mayor visibilidad del deporte femenino (al menos en los medios públicos), así como la igualdad en los premios respecto a los hombres. Es urgente la modificación de la Ley del deporte para contar con un marco general regulatorio actualmente inexistente en esta materia.

La Ley Orgánica sobre igualdad entre mujeres y hombres 3/2007 abrió un novedoso campo de intervención en materia de igualdad de género y que definiría el *mainstreaming* o la transversalidad de la perspectiva de género como principio básico de actuación de los poderes públicos, pero es necesaria una mayor concreción, puesto que muchas normas tienen un carácter muy programático, además de contar con lagunas que, en la práctica, llevan a que sea necesaria una legislación más clara y efectiva.

La igualdad avanza mediante planes y proyectos, mediante acciones políticas o acuerdos, pero falta del impulso y las garantías suficientes por no contar con esa regulación específica y necesaria. Así, en 2004 el COE crea la comisión mujer y deporte para promover la incorporación de la mujer en los puestos de dirección y gestión deportiva. En 2006 se desarrollan los programas mujer y deporte en el Consejo Superior de Deportes integrados después en el plan Mujer y deporte. El Universo mujer II, vigente hasta 2021 tiene por

objeto la promoción y el incremento de la participación femenina en todos los ámbitos del deporte, para contribuir a la mejora y transformación social a través de los valores del deporte. Se dirige a varios ámbitos a través de un programa completo que se apoya en varias patas: La formación; Los planes de desarrollo deportivo: que pretenden la máxima difusión y práctica del deporte en niñas y en mujeres; el logro de la visibilización; el liderazgo; beneficios fiscales, etc.

Es necesario que la nueva Ley del deporte incluya, tal y como se viene insistiendo desde la asociación de mujeres en el deporte, ciertos aspectos que están pendientes de regulación. Es urgente tratar de forma específica el deporte femenino y desarrollar un estatuto del deporte que tenga en cuenta las particularidades del deporte femenino. A estos efectos, las asociaciones que velan por los derechos de las deportistas han señalado algunos aspectos que deberían regularse. En primer lugar, el relacionado con las cuotas de pantalla. El objetivo está en lograr un 50% en la cuota de pantalla de la televisión pública y de los fondos públicos dedicados al deporte, para el deporte femenino. Además, es un aspecto decisivo el seguimiento de los fondos de las federaciones. Pensemos que los hombres y mujeres deportistas reciben sus retribuciones de las federaciones, pero es una realidad que las federaciones y los clubes deportivos destinan presupuestos mayores referidos al deporte masculino que al femenino, por lo que se precisa un seguimiento.

También es necesario un seguimiento de los fondos invertidos por los patrocinadores para que lleguen realmente a las deportistas. La inclusión en los distintos programas y en los beneficios que otorgan, como en España Compite. Hay muchas otras cuestiones pendientes, por ejemplo, reforzar el asociacionismo de las deportistas, crear observatorios de la igualdad referidos al deporte, en el que se incluyan las asociaciones, así como hacer a las asociaciones destinatarias de los programas de Mujer y Deporte. También es necesario fomentar que en los estudios de ciencias del deporte se incluya una asignatura sobre igualdad de género. Incluir el deporte femenino en Quiniegas, de Loterías y Apuestas del Estado y adecuar los programas de formación e inserción laboral tras la retirada de las deportistas²⁹

VII. FEDERACIONES DEPORTIVAS EN LA IGUALDAD DE GÉNERO

Las federaciones deportivas son entidades privadas que, por delegación, ejercen funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración pública. Las federaciones

²⁹ Asociación mujeres y deporte: <https://www.mujereseneldeporte.com/>

son los órganos que deberían tener el protagonismo en el impulso necesario para lograr una verdadera igualdad entre hombres y mujeres. Es un referente fundamental en el deporte y, desde su posición, tiene una enorme capacidad para mejorar la situación de las deportistas³⁰.

Sobre las acciones concretas que pueden llevar a cabo las federaciones destacamos siguiendo a FERRO:³¹

En primer lugar, gestionar la actividad deportiva desde la perspectiva de género. Lo que supone, con carácter previo, analizar la situación de las mujeres y el grado de cumplimiento de igualdad en cada federación. Incluyendo, en su caso, las modificaciones que sean precisas en su normativa para adaptarse a la igualdad de género. Se hace hincapié en la necesidad de velar porque se incremente la participación de las mujeres en la gestión y en los órganos de gobierno de cada federación.

El segundo aspecto es la gestión de los recursos económicos respetando el principio de igualdad entre mujeres y hombres, especialmente en la asignación presupuestaria de la federación. Es necesario asimismo determinar anualmente el impacto de género en la aplicación del presupuesto en sus diferentes partidas, así como aplicar medidas correctoras en las partidas presupuestarias, teniendo en cuenta el impacto de género. La gestión de recursos económicos con perspectiva de género obliga, además a establecer requisitos para garantizar el respeto al Principio de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres en la subcontratación de servicios por parte de las empresas concesionarias. Se debe garantizar la igualdad entre mujeres y hombre en inversiones, identificando necesidades, en infraestructuras, en asignación de partidas. Por último, es necesario eliminar la brecha de género en las retribuciones de la federación, evitando decisiones que conlleven desigualdades entre mujeres y hombres.

En tercer lugar, es preciso incorporar la perspectiva de género en la gestión de la actividad deportiva desde distintos aspectos. Desde el conocimiento, qué deportes practican y qué necesidades tienen las mujeres, para desarrollar acciones de impulso de cada actividad deportiva, a través de acciones como sistemas de reparto igualitario en competiciones que organice la federación o adaptando el material a las características de las mujeres. Así como garantizar la igualdad en la gestión del personal técnico. Y velar por la salud laboral de los deportistas.

³⁰ FERRO, S; LÓPEZ, y otros. *Guía para incorporar la Igualdad en la gestión de las Federaciones Deportiva*, CSD 2012 pág. 12 <https://www.csd.gob.es/es/mujer-y-deporte/materiales-online-y-videos-del-canal-de-youtube/materiales-line-publicados-por-el-consejo-superior-de/guia-0>

³¹ Seguimos en este punto el modelo propuesto en la guía FERRO, S; LÓPEZ, *Ibid.*

El cuarto aspecto se desarrolla a través de la formación. Se trata de ofrecer formación a través de cursos y mediante sistemas de formación continua sobre igualdad entre mujeres y hombres al personal de la federación.

El quinto objetivo está en la comunicación, en desarrollar un proyecto de igualdad a través de la comunicación. Se trata de implantar el uso de un lenguaje inclusivo y no se exista en toda la documentación de la Federación; Erradicar las imágenes estereotipadas y de carácter sexista de la comunicación gráfica y presentar una iconografía igualitaria; Visibilizar a las mujeres implicadas en la actividad federativa de los diferentes soportes de comunicación.

Por último, es preciso realizar una labor de evaluación y seguimiento para saber si su acción tiene repercusiones reales porque de lo contrario el órgano o esa acción concreta resultan ineficaces y deben tomarse otras decisiones que supongan un cambio más significativo.

Estas son acciones y objetivos que pueden llevar a cabo y perseguir las federaciones. Es posible crear órganos específicos, pero realmente a través de las federaciones se puede trabajar para la igualdad de las deportistas. En este sentido, es preciso comenzar porque haya más mujeres en la gestión y dirección de las federaciones deportivas. Hemos visto la enorme disparidad entre hombres y mujeres en el campo de la representación, en concreto en las federaciones. Porque los organismos deportivos como el COI o el COE están avanzando en ese sentido. Sin embargo, las federaciones siguen sin evolucionar. Y esa falta de representación de mujeres en las federaciones influye, sin duda, negativamente en la puesta en marcha de acciones para la igualdad de género en el deporte.

VIII.CONCLUSIONES

La sociedad es la fuente de la que el deporte se nutre, es el espacio en el que se desarrolla la actividad física y se compete, por lo que la interacción entre la situación social de las mujeres, la estructura social, y el deporte es evidente. El papel de las deportistas en relación con el deporte viene condicionado por la situación de igualdad de las mujeres respecto de la sociedad, pese a que, en este ámbito, se presenten ciertas características específicas propias de la actividad deportiva.

En las licencias federativas, la diferencia por razón de sexo es abismal. Concretamente el 77,0% de las licencias federativas corresponden a hombres y el 23,0% a mujeres. La alta competición conlleva enormes sacrificios para ambos sexos, pero a éstos hay que añadirle los problemas específicos que se plantean en el caso de las deportistas. Solo el 37,2% de los deportistas de alto nivel son mujeres. Por lo que es preciso aumentar esfuerzos en este ámbito para adaptar la alta competición a las condiciones que necesitan las

deportistas y poner fin a barreras de distinta índole sostenidas muchas veces en estereotipos. Además, resulta fundamental que se regule la profesionalización de las deportistas, para lo que se deberán tener en cuenta cuestiones específicas como la maternidad, conciliación o retribución, que entran de lleno en su carrera profesional. Así como las salidas profesionales, una vez que hayan finalizado su carrera deportiva.

Las herramientas jurídicas con que contamos para reducir la brecha de género resultan de un conjunto normativo dirigido a velar por una imagen igualitaria y positiva de las mujeres. Destacamos la normativa general sobre igualdad, la aplicable a los medios de comunicación y la más específica sobre publicidad. La regulación es clara, en cuanto a que refleja la necesidad de emitir contenidos acordes a los requerimientos básicos de la construcción de género. Pero se encuentra con enormes dificultades a la hora de establecer sistemas controladores eficientes. De ahí que busque su apoyo en los sistemas de autorregulación.

El deporte es una actividad fuertemente reglamentada que tiene una vocación internacional. Lo que convierte el Derecho deportivo en un conjunto normativo complejo. Las Conferencias Mundiales sobre Mujer y Deporte organizadas por el Comité Olímpico Internacional han sido un impulso importante en la reducción de la brecha de género en el deporte. Desde el ámbito europeo ha habido una actividad coordinada y continua a favor de la igualdad de género en la política deportiva que comenzó en 2010.

En nuestro sistema jurídico interno, la reducción de la brecha de género en el deporte se fundamenta en el artículo 9.2 de la Constitución y la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a este respecto, no deja ninguna duda sobre cómo debe aplicarse el principio de igualdad real y efectiva a esta finalidad.

A partir de la diferenciación entre la discriminación directa, indirecta e inversa y el reconocimiento de las acciones positivas gracias a la LOI y la jurisprudencia constitucional, es posible establecer este tipo de acciones siempre que se den condiciones de necesidad y proporcionalidad suficientes que lo justifiquen y se adopten de manera transitoria. De manera que nuestro ordenamiento jurídico, en línea con el de otros sistemas de nuestro entorno, permite la toma de acciones que corrijan situaciones claras de desigualdad. Hemos visto cómo hay un desequilibrio patente que justifica el que en el ámbito deportivo se tomen acciones para la promoción de la igualdad real y efectiva. De ahí que dependa solo de la voluntad política el que se puedan llevar a cabo dichas acciones.

Además de esta valiosa herramienta jurídicamente reconocida y constitucionalmente respaldada, resulta necesario una nueva regulación del derecho del deporte desde la perspectiva de género, que evite que la igualdad avance dependiendo de planes y proyectos, mediante acciones políticas o acuerdos,

pero sin el marco y el impulso que derivaría de esa regulación específica y necesaria.

BIBLIOGRAFIA

- AMORÓS, Celia. *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y post-modernidad*. ed. Cátedra, Valencia, 3ªed. 2008.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*. Ediciones Cátedra, Valencia, 2005.
- BARRERE UNZUETA, M.A. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.
- CALVO ORTEGA, E B GUTIÉRREZ SAN MIGUEL: «La mujer deportista y periodista en los informativos deportivos de televisión. Un análisis comparativo con respecto a su homólogo masculino». *Revista Latina de Comunicación Social*, 2016, págs. 1.230-1.242.
- GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- LOSCERTALES, F.; NUÑEZ T. «La imagen de las mujeres en la era de la comunicación» *I/C - Revista Científica de Información y Comunicación*, 2009, págs. 427-462.
- MARTIN VIDA, «Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea», en *Teoría y realidad constitucional*, n.o 12-13 2004), UNED, Madrid, págs. 322-329.
- SAINZ DE BARANDA ANDÚJAR C «El género de los protagonistas en la información deportiva (1979-2010): noticias y titulares» *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*. 2014, págs. 1225-1236.
- VALCARCEL, Amelia. *Feminismo en el mundo global*. Ediciones Cátedra, Valencia, 2012.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE LA PRIMACÍA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Public administration applying the EU law's primacy and effectiveness

Joaquín Sarrión Esteve

Investigador Ramón y Cajal

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

jsarrion@der.uned.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp231-255](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp231-255)

Recibido: 16.11.2020

Aceptado: 21.12.2020

Resumen

La primacía y efectividad del Derecho de la Unión Europea se proyecta también sobre la Administración Pública y sobre sus actos. Esto obliga a la Administración, como sucede con el juez nacional, a aplicar el Derecho europeo de forma efectiva, lo que exige realizar una interpretación conforme del derecho interno y de la práctica administrativa.

Sin embargo, a diferencia del juez nacional, la Administración Pública carece de la guía interpretativa del Tribunal de Justicia. Esto hace muy necesario tener en consideración la doctrina de este tribunal sobre la primacía y efectividad del Derecho europeo y su proyección sobre los actos administrativos, donde si bien la seguridad jurídica protege como regla general a los actos administrativos firmes, en algunos casos se deriva una facultad o una obligación de revisión de actos administrativos firmes.

El presente trabajo tiene como propósito realizar un análisis actualizado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la aplicación de la primacía y efectividad del Derecho de la Unión sobre los actos administrativos.

Palabras clave

Administración Pública, seguridad jurídica, autonomía procedimental, primacía, efectividad del derecho de la UE

Abstract

The European Union law's primacy and effectiveness applies to Public Administration and its decisions. Therefore, Public Administration, as happens with a national judge, must apply EU law effectively, which a consistent interpretation of internal law and administrative practice.

However, unlike a national judge, Public Administration lacks the interpretative guide of the Court of Justice through the prejudicial question. Because of this, it is very important to consider the Court of Justice's doctrine on primacy and its projection on administrative decisions. As legal certainty principle protects in general final administrative acts, in some cases, there is a power or an obligation to review final administrative decisions.

The aim of this work is to carry out an updated analysis of the jurisprudence of the Court of Justice on the application of EU law primacy and effectiveness over administrative acts.

Keywords

Public Administration, legal certainty, procedural autonomy, primacy, EU law effectiveness

SUMARIO: I. MOTIVACIÓN. II. SOBRE LA PRIMACÍA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU PROYECCIÓN SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. III. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LOS LÍMITES DE LA PRIMACÍA Y EFECTIVIDAD. IV. CONSIDERACIONES FINALES. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. MOTIVACIÓN¹

El Derecho de la Unión Europea que, como se ha dicho con agudeza, «penetra día a día en todos los sectores jurídicos» (Chaves 2020, 119), necesita de una serie de principios jurídicos², como son los principios de autonomía, efecto directo y primacía (*Van Gend & Loos*, y *Costa*, 1964)³, así como el de interpretación conforme (*Marleasing*, 1990)⁴, en especial los dos últimos, primacía e interpretación conforme para dotar de efectividad al ordenamiento jurídico europeo⁵ y los derechos que confiere.

Estos principios al proyectarse sobre el ordenamiento jurídico español, rigiendo las relaciones entre ordenamientos, extienden su radio de influencia también sobre la Administración Pública, desde un punto de vista subjetivo, y sobre sus actos, desde un punto de vista objetivo. Esto obliga a la Administración, como sucede con el juez nacional, a aplicar el Derecho europeo de forma efectiva, lo que exige realizar una interpretación conforme del derecho interno y de la práctica administrativa.

¹ Agradecimientos. El autor agradece el apoyo de la Ayuda del Programa «Ramón y Cajal» (RYC-2015-188821), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación a través de la Agencia Estatal de Investigación (EAI), y cofinanciado por el Fondo Social Europeo.

² Algunos autores consideran que estamos ante la proclamación, con autoridad, de principios calificados como constitucionales (De Vergottini 2010, 124).

³ Sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de febrero, *Van Gend & Loos*, 26/62, EU:C:1963:1, y de 15 de julio de 1964, *Costa*, 6/64, EU:C:1964:66.

⁴ Sentencia de 13 de diciembre de 1990, *Marleasing*, 106/89, EU:C:1990:395.

⁵ El antiguo Derecho comunitario, hoy ya Derecho de la Unión Europea, aunque por comodidad y para facilitar la frescura de la lectura utilicemos indistintamente también las expresiones de Derecho comunitario e incluso de Derecho europeo, se basa en una doctrina ordinal, al menos nominalmente. Sin lugar a dudas, la teoría del ordenamiento jurídico de Santi Romano es útil –por el institucionalismo y el pluralismo– para poder explicar el orden jurídico europeo, y sus relaciones con los ordenamientos jurídicos de los respectivos Estados miembros de la Unión, pero habría que analizar en profundidad si la concepción del Derecho comunitario, tal y como desarrolla en la práctica jurídica es ordinal o más bien normativa, a pesar de las palabras que se suelen utilizar, lo que excedería por completo el propósito de este escrito. Sobre la tesis de Santi Romano, véase Romano (2013); Martín-Retortillo (1962); y Fontanelli (2018).

Sin embargo, a diferencia del juez nacional, la Administración Pública carece de la guía interpretativa del Tribunal de Justicia. Esto hace muy necesario tener en consideración la doctrina sobre la primacía y efectividad del Derecho europeo y su proyección sobre los actos administrativos, donde si bien la seguridad jurídica protege como regla general a los actos administrativos firmes, en algunos casos se deriva una facultad o una obligación de revisión de actos administrativos firmes.

El presente trabajo tiene como propósito realizar un análisis actualizado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la aplicación de la primacía y efectividad del Derecho de la Unión sobre los actos administrativos y, por tanto, se centra en la perspectiva del Derecho europeo, sin perjuicio de que se hagan algunos comentarios complementarios o marginales desde la perspectiva del Derecho interno.

II. SOBRE LA PRIMACÍA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU PROYECCIÓN SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El principio de primacía es de una gran importancia, pues sirve como criterio de resolución de los eventuales conflictos que puedan surgir entre las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico europeo y las normas nacionales o internas de los Estados miembros, el principio de interpretación conforme sirve en una etapa previa para evitar un aparente conflicto que es solucionable vía interpretativa⁶.

Estos principios rigen la aplicación administrativa, a nivel nacional, del Derecho europeo, formando parte, junto a otros importantes principios de su régimen, de lo que se ha denominado derecho administrativo europeo (Fuentetaja Pastor 2017, 617) como podrían ser los principios de autonomía institucional y procedimental⁷, equivalencia y efectividad⁸, que el Tribunal de Justicia ha

⁶ Aunque se suele diferenciar entre conflictos directos (cuando dos normas o disposiciones, una interna y otra europea, rigen un mismo asunto sin poder ser aplicadas de forma simultánea), e indirectos (cuando la norma o disposición europea y la nacional se aplican en diferentes niveles o áreas, por ejemplo esto ocurre cuando la norma europea rige el contenido sustantivo, pero el procedimiento de su aplicación es regido por la norma interna), para las colisiones y aproximarse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto, vamos a tratar de realizar una aproximación más general sin entrar en esta distinción, que suele, al final, dejar de lado los conflictos indirectos, muy frecuentes dada la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros. Sobre la distinción, véase Verhoeven (2009, 67; y 2011, 46)

⁷ Véase al respecto Sentencias del Tribunal de Justicia (ambas) de 16 de diciembre de 1976, *Rewe*, 33/76, EU:C:1976:188; y *Comet*, 45/76, EU:C:1976:191.

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, 432/05, EU:C:2007:163.

venido delimitando de una forma casuística, lo que hace complejo elaborar una teoría sobre la validez de los actos administrativos internos en relación con el Derecho europeo, como destaca Fuentetaja (2017); que, no nos engañemos, formaría parte de la problemática más amplia sobre la articulación entre el ordenamiento jurídico europeo, de carácter autónomo, que se integra en el ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados miembros, y por lo que aquí interesa, por tanto, en el ordenamiento jurídico español⁹.

Como es sabido, en principio, y salvo una concreta regulación europea, corresponde a los Estados miembros, conforme al principio de autonomía institucional y procedimental, regular los procedimientos que van a permitir la aplicación y efectividad del Derecho comunitario. Se suele hablar tanto de autonomía institucional, procedimental, como también procesal, pues su proyección se extiende también a los procesos judiciales.

Para ello, los Estados miembros deben, siguiendo el principio de cooperación leal (art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea) adoptar todas las medidas que sean apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o bien resultantes de los actos de las instituciones europeas, absteniéndose de toda medida que pueda poner en peligro que la Unión consiga sus objetivos. Esto implica, por un lado, obligaciones para el legislador a la hora de regular el procedimiento, pero también supone, por el otro lado, facultades y obligaciones para el propio operador jurídico a nivel interno, y por tanto también para la Administración, que deberá proporcionar y garantizar una tutela adecuada de los derechos derivados del ordenamiento europeo, condicionando así el principio de autonomía procedimental (Sarrión Esteve 2020, 126).

Al fin y al cabo, el Derecho europeo necesita de la Administración Pública de los Estados miembros para su implementación a nivel interno de los Estados, o, dicho en otras palabras, la Administración Pública no dejaría de estar europeizada, o ser Administración Europea, aunque sea con esa doble función de aplicar derecho interno y Derecho europeo, lo que se ha venido a denominar el rol del «*dédoublement fonctionnel*» de las autoridades administrativas nacionales (Le Barbier-Le Bris 2006, 427); aunque es más preciso decir que en

⁹ Sobre la articulación entre el ordenamiento jurídico europeo y los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, con sus respectivas reglas, hay diversas teorías dogmáticas que tratan de explicar sus relaciones, a través de diversas técnicas y reglas jurídicas, que se construyen a través del estudio no sólo de las propias normas fundamentales de los distintos ordenamientos, sino también atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y de los tribunales constitucionales o supremos con función constitucional de los Estados, y que desde un prisma pluralista, federalista o soberanista, teorizan sobre la mejor manera de definir y precisar las relaciones entre distintos centros de poder y legitimación que coexisten e interactúan. Sobre estos problemas de articulación y teorías, véase Requejo Pagés (1995), MaccorMick (1999), Martín-Retortillo Baquer (2004), Muñoz Machado (2015), Fabbrini (2015), y Bobić (2017).

realidad la Administración lo que debe hacer es aplicar un ordenamiento jurídico complejo integrado por normas de origen interno como externo.

Ahora bien, no se puede obviar otra circunstancia importante y es que este principio de cooperación leal debe ser leído en el sentido de que debe haber una cooperación mutua y sincera¹⁰, por tanto, que se proyectaría de un modo bidireccional.

Se suele decir, no obstante, que la remisión del Derecho europeo al interno no es incondicionada (Núñez Lozano 2017, 575), y que este principio está funcionalizado por el propio Derecho europeo, y puede ser objeto de precisión y delimitación por parte del Tribunal de Justicia precisamente para garantizar el llamado «efecto útil» del mismo (Galetta 2010, 122) o, en otras palabras, estaríamos ante una instrumentalización que no haría posible una elección libre, o autónoma estatal sino orientada (Arzoz Santisteban 2014, 197).

De esta manera el procedimiento, así como la regulación del mismo, deben posibilitar la garantía de los derechos derivados del ordenamiento europeo, para que este sea efecto; y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando resuelve un caso a través del principio de autonomía procedimental, lo condiciona, como resume muy bien *Unibet* (2007), a los principios de equivalencia (el tratamiento no debe ser menos favorable que el de derechos nacionales similares) y de efectividad (no debe hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos a nivel europeo)¹¹.

Ahora bien, como los procedimientos en los que se aplica el Derecho de la Unión están regulados por el Derecho interno, y guiados por la práctica administrativa y judicial, es posible que en ocasiones se produzcan situaciones de conflicto. Evidentemente, el operador jurídico, la Administración en este caso, debe tratar de aplicar el derecho interno, así como la jurisprudencia y práctica administrativa de conformidad con lo previsto en el Derecho europeo, dándole efectividad según el principio de interpretación conforme; pero esto no siempre es posible, y puede producirse un conflicto en el que haya que dar, o no prevalencia al Derecho europeo.

Siguiendo a Sarmiento (2016, 272, y 314)¹², podemos decir que la primacía del derecho de la UE se manifiesta en dos vertientes: una normativa (conflicto abstracto), y otra aplicativa (conflicto concreto), ésta última se produce cuando en un caso concreto hay que elegir entre la aplicación del Derecho europeo y la

¹⁰ Entre los Estados miembros y las institucionales de Unión Europea, cubriendo todas las áreas, con una aplicación horizontal entre los Estados miembros y las propias instituciones, y vertical entre los Estados miembros y la Unión Europea. Véase Tavares Lanceiro (2018, 73)

¹¹ Sentencia *Unibet*, ya citada.

¹² Todo esto sin perjuicio de que el Estado mantenga la obligación de proceder a la modificación, anulación o derogación de la norma nacional incompatible, es decir, a su expulsión en definitiva del ordenamiento jurídico, véase Alonso García (2014a,92).

norma nacional, y el operador jurídico, sea un juez o, por lo que ahora interesa, también una Administración¹³, porque una vez determinado que no es posible la interpretación conforme (que sería obligada si es posible) y tratándose de la aplicación de una disposición europea con efecto directo, debe proceder a inaplicar (desplazar) la disposición nacional, y ello con independencia de su naturaleza¹⁴ y de su carácter temporal, anterior o posterior, respecto a la disposición europea¹⁵. Si esta disposición europea no gozara de efecto directo, y la interpretación conforme de la norma nacional no es posible, entonces la Administración aplicaría la norma de derecho interno, y el Derecho de la UE no será efectivo; quedando la puerta abierta a que el interesado afectado solicite la responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión¹⁶. Y todo ello sin perjuicio de que el Estado mantenga la obligación de proceder a la modificación, anulación o derogación de la norma nacional incompatible, es decir, a su expulsión en definitiva del ordenamiento jurídico¹⁷.

Por supuesto, es posible que la aplicación administrativa nacional del Derecho europeo sea contraria al mismo, bien porque se desconoce o aplica de forma incorrecta la disposición comunitaria, tal y como es interpretada por el Tribunal de Justicia, o porque existiendo un conflicto con una disposición nacional no se resuelve correctamente el mismo¹⁸. Y es que, a la postre, la

¹³ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo*, 103/88, EU:C:1989:256, apartado 32. Abarcando tanto las disposiciones administrativas de carácter general como las resoluciones administrativas individuales y concretas, véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 1999, *Ciola*, 224/1997, EU:C:1999:212, apartado 32.

¹⁴ Por tanto, también respecto a normas constitucionales, véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, EU:C:1970:114; y Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, 399/11, EU:C:2013:107.

¹⁵ No estando el juez nacional obligado a esperar la modificación, derogación o anulación de la disposición nacional, ya sea por procedimientos legislativos o judiciales. Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, *Simmethal*, 106/77, EU:C:1978:49, apartado 24.

¹⁶ Así, la responsabilidad patrimonial del Estado sería una cláusula de cierre del sistema para reparar a quienes puedan verse perjudicados por actos administrativos contrarios al Derecho europeo. Véase De los Mozos y Touya (2017, 690).

¹⁷ Véase Alonso García (2014a, 92).

¹⁸ Evidentemente, un eventual conflicto entre un acto administrativo interno y una disposición comunitaria puede ser directo cuando es el acto administrativo en sí mismo el que vulnera o priva de eficacia a la disposición comunitaria, o puede ser indirecto cuando es la norma interna que aplica el acto administrativo la que vulnera la disposición comunitaria, véase Fuentetaja (2017: 618); pero, como veremos más adelante, un eventual conflicto indirecto debería corregirse a través de la inaplicación de la disposición nacional cuando se den los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

obligación de aplicar el derecho de conformidad con la doctrina que fije el Tribunal de Justicia abarca incluso aquellas relaciones jurídicas nacidas o constituidas con antelación a la propia sentencia¹⁹, pues tiene efectos *ex tunc*.

En cualquier caso, como hemos dicho, e indica acertadamente Fuentetaja, es problemático formular una teoría o doctrina general por la casuística y el propio carácter evolutivo de la jurisprudencia, lo que siempre hace necesario una revisión actualizada de la misma, para tratar de extraer algunas reglas siempre sometidas a la propia evolución de la jurisprudencia del Tribunal²⁰. Este trabajo se limita precisamente a analizar esta doctrina y sus consecuencias para la aplicación del derecho por parte de la Administración, garantizando la efectividad de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión a nivel interno y por tanto respecto del acto administrativo nacional²¹, es decir, tiene como preocupación, siguiendo la sugestiva expresión de Cobreros Mendazona, «la primacía administrativa del Derecho de la Unión Europea» (2015, 172); dejamos fuera del mismo, por tanto, el estudio del acto administrativo europeo²².

Para eso es preciso analizar, en primer lugar, aunque sea de forma breve, el alcance de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre el alcance de la primacía y la efectividad en del Derecho de la Unión, en particular en lo que sea aplicable a los actos administrativos²³.

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 1980, *Denkavit*, 61/79, EU:C:1980:100, apartado 16.

²⁰ Fuentetaja (2017,618-619). Como indica este autor a falta de una regulación precisa o una codificación del derecho administrativo europeo o, mejor dicho, un derecho de la Administración europeo, este se ha desarrollado jurisprudencialmente por el Tribunal de Justicia.

²¹ El Tribunal de Justicia debe quedar para resolver las dudas que se puedan plantear respecto al alcance de esta efectividad en relación con el derecho interno, o si se prefiere, debe quedar para resolver las dudas de interpretación sobre las disposiciones comunitarias y su relación con las disposiciones internas, e incluso con los actos administrativos internos; pero no podemos obviar que es que debe garantizar la efectividad del Derecho europeo es el Estado, y por tanto, tanto la Administración nacional como, en su caso, el juez nacional.

²² Sobre este, como parte del derecho de la administración europea, véase Fuentetaja (2017, 619-623).

²³ Aquí, quizá, conviene hacer una precisión. Utilizo la expresión primacía y efectividad porque la doctrina del Tribunal de Justicia no se limita siempre a hablar de primacía. Ciertamente hay diversas líneas jurisprudenciales importantes, y el tratamiento de las relaciones entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos nacionales por parte del Tribunal de Justicia es muy casuística, esto hace que en algunas ocasiones se utilice de forma muy clara el principio de primacía para garantizar la efectividad, pero en otras ocasiones, en particular cuando está en juego el principio de autonomía institucional y procedimental, el Tribunal de Justicia suele utilizar la doctrina sobre los principios de equivalencia y efectividad, por ello nos parece más preciso utilizar la expresión más completa de la primacía y efectividad. De esta forma hacemos referencia a las diferentes líneas jurisprudenciales y argumentos que puede utilizar la doctrina jurisprudencial europea para lograr el efecto útil del Derecho de la Unión.

En la conocida sentencia *Simmenthal*, tan pronto como ya en 1978, el Tribunal de Justicia ya tuvo oportunidad de asentar que el principio de primacía conlleva que el Derecho comunitario con efecto directo hace inaplicable de pleno derecho cualquier disposición contraria, y ello es compatible con el principio de cooperación leal para que los Estados miembros proporcionen la protección jurídica efectiva de los derechos derivados del ordenamiento europeo, siendo incompatible toda disposición o práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujera la eficacia del ordenamiento europeo²⁴; al final, por tanto, estamos hablando de una vinculación general a todas las autoridades nacionales, que incluye a las Administraciones Públicas como se manifiesta en *Fratelli Costanzo* (1989)²⁵, que en realidad no dejaría de ser una extensión de la doctrina *Simmenthal*.

Aunque en sentencias anteriores el Tribunal de Justicia ya se había pronunciado sobre la obligación de las Administraciones Públicas de garantizar la efectividad del Derecho comunitario, incluso inaplicando una ley interna²⁶; es verdad que hasta ese momento el razonamiento derivaba de la existencia de una norma interna declarada contraria al Derecho comunitario tras una declaración de incumplimiento por parte del Tribunal de Justicia, de forma que se había constatado la incompatibilidad de la norma interna con el Derecho europeo, por lo que lo novedoso y más relevante en *Fratelli Costanzo*, es que no hay necesidad de una previa declaración de incumplimiento por parte del Tribunal de Justicia (Cobrerros Mendazona 2015, 174-176); de forma que las Administraciones Públicas estarían vinculadas y obligadas a garantizar la efectividad de las disposiciones de Derecho comunitario con efecto directo, es decir, si las obligaciones derivadas o, desde la perspectiva de la otra cara de la moneda, los derechos conferidos son claros y precisos.

En *Costanzo*, la disyuntiva era si la Administración estaba facultada o incluso obligada a aplicar una directiva comunitaria que tuviera efecto directo, alegada por el interesado, inaplicando una norma interna. En las conclusiones, el Abogado General sostenía que la Administración estaría facultada para ello, pero sólo obligada si existía un previo pronunciamiento judicial que precisara y aclarara el efecto directo de la directiva, basándose en que la Administración carecía de la herramienta –podríamos añadir hermenéutica– de la cuestión prejudicial²⁷.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, apartados 17-23.

²⁵ Sentencia *Fratelli Costanzo*, ya citada, apartado 30.

²⁶ Así, desde la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1972, *Comisión c. Italia*, 48/71, EU:C:1972:65, apartados 6-7; también en la Sentencia de 19 de enero de 1993, *Comisión c. Italia*, 101/91, EU:C:1993:16, apartado 24.

²⁷ Conclusiones del Abogado General Otto Lenz, presentadas el 25 de abril de 1989, *Fratelli Costanzo*, 103/88, EU:C:1989:166, apartados 35 y ss.

Ciertamente, a diferencia del juez nacional, la Administración tiene el problema de que no está facultada para plantear una cuestión prejudicial²⁸, tampoco puede adoptar medidas provisionales respetando los requisitos que exige el propio Tribunal de Justicia, y el estatuto de estas autoridades o entidades nacionales, como regla general, no garantiza el mismo grado de independencia del que gozan los órganos jurisdiccionales nacionales, ni existe certeza de que apliquen el principio de contradicción que preside el debate judicial²⁹, de ahí que sea más necesario si cabe la disposición de reglas claras de conflicto para cuando corresponde a la Administración Pública y las entidades del sector público aplicar el Derecho europeo, y darle efectividad.

Por ello, se podría sostener, de forma razonable, en la línea argumental planteada en las conclusiones de *Fratelli Costanzo*, que sólo cuando el asunto está aclarado, la Administración está obligada a inaplicar una norma nacional, mientras que si no es así, el asunto debería derivarse al juez nacional que tiene la herramienta de la cuestión prejudicial³⁰.

Sin embargo el Tribunal de Justicia parece más beligerante en la tutela de la efectividad del Derecho comunitario en esta sentencia. Aquí, el Tribunal de Justicia razona que cuando una disposición de una directiva comunitaria tiene, desde el punto de vista de su contenido efecto directo (no está sujeta a condición alguna y es lo suficientemente precisa), los particulares la pueden invocar directamente, no sólo ante órganos jurisdiccionales³¹, sino ante cualquier organismo o entidad sometidos a la autoridad o control de un Estado

²⁸ Pues la Administración carece de la guía interpretativa del Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial, véase Alonso García (2014a, 326), o Strozzi, y Mastroianni (2016, 641).

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de, *ABNA y otros*, asuntos acumulados 453/03, 11/04, 12/04 y 194/04, EU:C:2005:741, apartados 108-109.

³⁰ Cobreros Mendazona (2015, 179), así, la Administración podría inaplicar una norma que ha sido declarada incompatible con el Derecho comunitario, porque habría un acto aclarado, aplicando la conocida doctrina *CILFIT*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, 283/81, EU:C:1982:335; pero si la cuestión no está clara, deberían ser el juez nacional quien tuviera que resolver el asunto. Este planteamiento lo encontramos también en las Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo en *Unwealtanwalt von Kärnten*, véase Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 25 de junio de 2009, *Umweltanwalt von Kärnten*, 205/08, EU:C:2009:397 apartados 51 y 52, que plantea que la tensión del conflicto normativo se resolvería si la obligación de inaplicar disposiciones internas se reservara a quien tiene la facultad de plantear una cuestión prejudicial, y por tanto a la Administración Pública únicamente cuando ejerce una función jurisdiccional que lo permita, recojo aquí la cita de Cobreros Mendazona (2015:182 y 189).

³¹ Recuerda, en este sentido, la jurisprudencia sobre el efecto directo de las directivas, que cuando se produce las hace susceptibles de invocación por los particulares ante los órganos jurisdiccionales. Véase *Fratelli Costanzo*, apartado 29, donde cita las Sentencias

miembro, y por tanto también ante la Administración Pública, incluyendo una administración local como era en este caso³².

Esta doctrina se va confirmar posteriormente en diversas sentencias como *Kampléman* (1997)³³, *Ciola* (1999)³⁴, *Larsy* (2001)³⁵, *Jiménez Melgar* (2001)³⁶, *CIF* (2003)³⁷, *Petersen* (2010)³⁸, *Fuß* (2010)³⁹, *Gabeiro* (2010)⁴⁰,

de 19 de enero de 1982, *Becker*, 8/81, EU:C:1982:7, y 26 de febrero de 1986, *Marshall*, 152/84, EU:C:1986:84.

³² Véase *Fratelli Costanzo*, ya citada, apartados 30-32. Considera Cobrerros Mendazona que el Tribunal de Justicia no muestra ningún titubeo al respecto, es muy claro, y esa obligación de inaplicación de las disposiciones nacionales se produciría aunque el asunto no se haya aclarado por una previa sentencia judicial (2015, 180).

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 1997, *Kampelmann y otros*, asuntos acumulados 253 a 258/96, EU:C:1997:585, apartado 47.

³⁴ Sentencia *Ciola*, antes citada, apartados 25 y ss. Es verdad que en este caso la particularidad es que lo que debe inaplicar la Administración no es una norma jurídica sino un acto administrativo que sería incompatible con el Derecho comunitario, y en particular con el principio de la libre prestación de servicios, pero esto era consecuencia de la propia proyección de la primacía no sólo sobre normas legislativas, sino también sobre actos, tal y como manifiesta el Tribunal en *Rewe*, sentencia ya citada, apartado 43.

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2001, *Larsy*, 118/00, EU:C:2001:368, apartados 51 y 52. Este caso es destacable, por un lado, porque la administración afectada es la de la seguridad social, pero también, por otro lado, porque la vulneración del Derecho comunitario del acto comunitario se desprendería de una interpretación errónea de una disposición comunitaria, existiendo una previa sentencia anterior del Tribunal de Justicia.

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2001, *Jiménez Melgar*, 438/99, apartado 32.

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2003, *CIF*, 198/01, EU:C:2003:430, en este caso respecto de una autoridad de la competencia, apartados 49-50.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de enero de 2010, *Petersen*, 341/08, EU:C:2010:4, apartado 80. En este interesante caso, el conflicto deriva de una disposición nacional que establecía el límite de edad para ejercer como dentista concertado en los 68 años, fundamentada en la protección de la salud de los pacientes y que implicó una resolución de cese de la habilitación legal que fue objeto de recurso judicial, en cuyo proceso se plantea la cuestión prejudicial que el Tribunal de Justicia resuelve en el sentido de declarar la incompatibilidad, y en el apartado indicado la obligación de la autoridad nacional administrativa de no aplicar dicha disposición.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010, *Fuß*, 243/09, EU:C:2010:609, apartados 61-63, donde declara que la obligación se extiende a todas las autoridades descentralizadas, como los Länder, las ciudades o los municipios.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, *Gaviero Gaviero y Iglesias Torres*, asuntos acumulados 444/09 y 456/09, EU:C:2010:819, apartados 72 y 73. Se trata de un asunto que entra dentro de la saga iniciada por la sentencia *Del Cerro Alonso* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, 307/05, EU:C:2007:509) respecto al principio de no discriminación de los funcionarios

Rosado Santana (2011)⁴¹, *Amia* (2012)⁴², *ANAFE* (2012)⁴³, entre otras⁴⁴, hasta las más recientes, como *Farrel* (2017)⁴⁵, y *An Garda Síochána* (2018)⁴⁶. Vamos a detenernos en estas últimas.

Antes, debemos considerar que ya en *Marshall* (1986)⁴⁷, con antelación a la sentencia *Costanzo*, el Tribunal ya había tenido oportunidad de extender la vinculación del Derecho comunitario a todas las entidades del Estado, incluso cuando actúa como empresario y no ejerce potestades públicas.

interinos por causa de la relación laboral por tiempo determinado, y su derecho al cobro de los complementos salariales de antigüedad, el Tribunal tiene la oportunidad de constar que la obligación de los Estados miembros de alcanzar los resultados previstos en las directivas, así como de adoptar todas las medidas, tanto generales como particulares, apropiadas para asegurar sus obligaciones, se imponen a todas las autoridades nacionales, también en su condición de empleador público, si bien en el caso de que no sea posible por su parte una interpretación y aplicación de la normativa interna conforme a las exigencias comunitarias, estarían obligados, tanto los órganos judiciales como la Administración a aplicar íntegramente la normativa de la Unión y tutelar los derechos conferidos por la misma.

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, 177/10, EU:C:2011:557, apartado 53. En este caso se trataba de una convocatoria de función pública que incumplía lo previsto en el Acuerdo marco sobre relaciones laborales de duración determinada y a los contratos celebrados por órganos de la Administración y entidades del sector público, cuya cláusula 4, con efecto directo, establecía el principio de no discriminación; al no valorar el periodo de trabajo como funcionario interino.

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de mayo de 2012, *Amia*, 97/11, EU:C:2012:306, apartados 28 y 39, donde refiere la vinculación de las autoridades administrativas descentralizadas como la Provincia Regional de Palermo, a las disposiciones de Derecho comunitario con efecto directo, a las que se imponen.

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2012, *ANAFE*, 606/10, EU:C:2012:348, apartado 75.

⁴⁴ Selección realizada mediante búsqueda de jurisprudencia del autor, así como atendiendo a la selección realizada por Alonso García (2014b, 326), Cobreros Mendazona (2015, 180-181); y Arena (2019, 305),

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 2017, *Farrel*, 413/15, EU:C:2017:745,

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 2018, *An Garda Síochána*, 378/17, EU:C:2018:979, apartados 38 y siguientes.

⁴⁷ Sentencia *Marshall*, ya citada. Cuando se invocó por una particular el principio de no discriminación frente a los servicios de salud británicos, y el Reino Unido alegó que actuaba en calidad de empresario, el Tribunal consideró que la invocación del Derecho comunitario cabía frente al Estado, tanto si actuaba en calidad de autoridad pública como de otro tipo. A partir de aquí, señala Mangas Martín, el Tribunal de Justicia amplía la noción de Estado «como una mancha de aceite», y si bien reconoce que la finalidad es proteger los derechos de los particulares, considera que puede generar dudas e incertidumbre, tanto para los particulares como para los propios órganos públicos (Mangas Martín 1993, 72).

En *Farrel* se constata que la vinculación no se extiende únicamente a la Administración Pública, en un sentido estricto, sino también a organismos o entidades sometidos a la autoridad o control del Estado o que dispongan de facultades de carácter exorbitante en relación con las que se derivan de las normas aplicables a las relaciones entre particulares, es decir, desde el punto de vista del Tribunal de Justicia estos organismos o entidades no son particulares, y ello con independencia de que se sometan a derecho público o privado; y por tanto, desde el punto de vista del Derecho comunitario deben asimilarse al Estado.

Esto puede deberse a que se trate de personas jurídicas de derecho público, o bien porque estén sometidas a la autoridad o control de una autoridad pública, o porque esta autoridad les haya encomendado el ejercicio de una misión de interés público con facultades exorbitantes. Así sucedía en este caso con un organismo como el MIBI irlandés, que tiene atribuida la indemnización de víctimas de circulación de automóviles, cuando el vehículo no ha sido identificado o cuando no se haya satisfecho el correspondiente seguro obligatorio de responsabilidad civil, dado que el legislador irlandés obliga a todas las compañías de seguros de automóvil en Irlanda a asociarse a este organismo, confiriéndole por ello facultades exorbitantes, lo que hace que un particular pueda invocar ante la misma un acto europeo con efecto directo, aunque esta entidad estuviera sujeta, en el ordenamiento jurídico interno, al derecho privado⁴⁸.

An Garda Síochána es una sentencia derivada de una inadmisión en el proceso selectivo de policía por edad, lo interesante es el problema competencial derivado, y que se plantea en relación con la atribución por parte del legislador (irlandés, de nuevo) a un órgano nacional, como la Comisión de Relaciones Laborales, la función de garantizar la aplicación del derecho de la UE en un ámbito específico, como es el del principio de no discriminación en materia de empleo y ocupación, pero al que no se le atribuye competencia para dejar inaplicada una norma nacional contraria al Derecho europeo, que estaría reservada a un tribunal judicial.

Entiende el Tribunal de Justicia que si bien en base al principio de autonomía procedimental los Estados miembros pueden reservar la competencia para controlar la validez de las normas internas incompatibles con el Derecho europeo, la obligación de dar efectividad al mismo es general para todos los órganos nacionales, no sólo los órganos judiciales sino también los organismos administrativos, por lo que hay obligación de proporcionar efectividad⁴⁹.

Hay que advertir, además, que esta proyección es amplísima, puesto que también se extiende respecto de las entidades estatales aunque Estado aunque

⁴⁸ Sentencia *Farrel*, ya citada, apartados 34-40.

⁴⁹ Sentencia *An Garda Síochána*, ya citada, apartados 43 y ss.

actúe Además de esta cuestión respecto a la naturaleza de las entidades obligadas a dar efectividad a las disposiciones europeas, esta proyección del principio de primacía se extiende no sólo respecto a disposiciones administrativas de carácter general, sino también a las individuales y concretas, es decir, a los propios actos administrativos que sean contrarios al Derecho comunitario, incluso firmes, puesto que no perderían su naturaleza de disposición interna, como se refleja ya desde *Ciola* (1999)⁵⁰.

Ahora bien, esta doctrina, nacida en *Fratelli Costanzo*, y así planteada de forma generalizada y maximalista, también llamada como la «obligación Costanzo» (*Costanzo obligation*)⁵¹ aunque proporciona cierta seguridad respecto a la efectividad que puede atribuir al Derecho comunitario, lo hace, aparentemente, a costa de la seguridad jurídica de los propios ordenamientos jurídicos internos en los que se integra el Derecho comunitario, y es que podría, incluso, afectar a la firmeza de los actos y resoluciones administrativas y, por qué no decirlo, también incluso herir de muerte los efectos de cosa juzgada de las resoluciones judiciales, que no dejan de ser actos internos.

Por ello, no es de extrañar que aunque han existido opiniones favorables⁵², la doctrina *Costanzo* haya sido el foco de duras críticas y reacciones, utilizando, entre otros argumentos que, por un lado, parece exigir que la Administración exceda los poderes que tiene atribuidos en el derecho

⁵⁰ Sentencia *Ciola*, antes citada, apartados 25 y ss.

⁵¹ Véase Verhoeven (2009; y 2011, 117 y ss.).

⁵² Trayter Jiménez (1991, 254-259), autor que si bien ve como favorable la sentencia, se cuestiona cómo va a poder la Administración aplicarla; Doménech Pascual (2011, 99 y ss.) para el que de hecho, no solo las Administraciones Públicas pueden y deben inaplicar, por su propia autoridad, las normas legales y reglamentarias inválidas, cuando son contrarias al Derecho comunitario, sino también por otras razones, cuando son, por ejemplo, inconstitucionales (2911, 106); así como también Cobrerros Mendazona (2015: 202-203) si bien esta autora propone una serie de garantías distinguiendo los casos en los que la incompatibilidad se haya declarado judicialmente de forma previa (por el propio Tribunal de Justicia vía recurso por incumplimiento, o cuestión prejudicial; o a nivel interno por el Tribunal Supremo o por un Tribunal Superior de Justicia en el caso de leyes autonómicas, que hayan determinado la inaplicación de la ley interna); y 2) en el resto de casos considera que la Administración únicamente podrá inaplicar una disposición interna cuando tenga un convencimiento pleno y objetivo de la antinomia y lo justifique de forma motivada. Aunque llega también a proponer de forma sugerente, para salvar las eventuales suspicacias, aplicar salvando las distancias, la doctrina del acto claro, es decir, que la Administración Pública podrá inaplicar una disposición interna tanto cuando sea clara la incompatibilidad porque ha quedado aclarada judicialmente como cuando sea tan evidente que no quede lugar a duda razonable porque se trataría de una convicción que se impondría a las Administraciones Públicas de otros Estados, así como al propio Tribunal de Justicia; dejando abierta también la puerta a que el legislador regule el mecanismo.

interno, afectando por tanto a la separación de poderes⁵³, o al principio de legalidad⁵⁴, o, que por otro lado, el Tribunal de Justicia no procede igual cuando se trata de suspender de forma cautelar la aplicación de un acto comunitario aunque su validez haya sido cuestionada ante el Tribunal de Justicia⁵⁵. Incluso el Consejo de Estado, en su famoso *Informe sobre la inserción del derecho europeo* (2008), se hace eco de la doctrina *Costanzo*, y de los problemas de seguridad jurídica de la facultad de la Administración de inaplicar disposiciones internas contrarias al Derecho europeo⁵⁶.

Aunque, en nuestra opinión, el cuestionamiento más razonable sigue siendo, como ya se apuntó en las propias conclusiones del Abogado General Otto Lenz en *Fratelli Costanzo*⁵⁷, y hemos adelantado, que la Administración

⁵³ Véase De Witte (2011, 323 y ss.)

⁵⁴ Véase Azpitarte Sánchez (2004, 87). Sobre las tensiones que plantea respecto del principio de legalidad en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros de Alemania, Francia y Países Bajos véase Verhoeven (2009:71 y ss.; y 2011: 123-166).

⁵⁵ Como el Tribunal de Justicia tiene ocasión de precisar en *ABNA*. Véase Alonso García (2014b: 329).

⁵⁶ Véase *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el Ordenamiento Español*, 14 de febrero de 2008, disponible aquí: <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>, (240 y ss.), en el que el Consejo de Estado no solo se hace eco de la doctrina *Costanzo*, sino que preocupado por la inseguridad jurídica que puede producir la atribución a las Administraciones Públicas de la facultad de inaplicar disposiciones internas propone como una eventual solución de *lege ferenda*, la introducción de la potestad de la Administración para inaplicar el derecho interno incompatible con el Derecho comunitario, si bien condicionando dicha potestad a un previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, lo que implicaría por tanto, atribuir una potestad legal a la Administración de inaplicar una disposición interna, pero requiriendo para ello un dictamen preceptivo y vinculante del propio Consejo de Estado. introducir la obligación para las mismas de requerir un dictamen de carácter preceptivo y vinculante al Consejo de Estado. Esta propuesta, sin duda, interesante, tiene varios problemas, pero el principal es que en el hipotético caso de que el informe, de carácter vinculante, estableciera la compatibilidad, si aun así la Administración considerara que la disposición interna es incompatible con el Derecho comunitario, o peor aún, en el interin se dicta alguna sentencia del Tribunal de Justicia que pone de manifiesto esta incompatibilidad, desde la perspectiva del Derecho comunitario, la Administración seguiría obligada, por la doctrina *Costanzo*, a inaplicar la disposición interna incompatible, así como el propio dictamen del Consejo de Estado, que no deja de ser un acto interno. Posteriormente, emitirá otro informe en 2010 en el que propone de una forma más ambiciosa la aprobación de una ley que sistematice los mecanismos de garantía del cumplimiento del Derecho de la Unión, incluyendo los medios de prevención y reacción, así como el de responsabilidad, véase Informe del Consejo de Estado sobre las Garantías del Cumplimiento del Derecho Comunitario, 15 de diciembre de 2010, accesible aquí: <http://www.consejo-estado.es/pdf/derecho%20comunitario.pdf> (309 y ss.). Y parece que finalmente algo se está trabajando para su articulación normativa,

⁵⁷ Conclusiones del Abogado General Otto Lenz, citadas.

carece de un instrumento como la cuestión prejudicial, que sí pueden usar los jueces nacionales, para aclarar una eventual duda respecto del Derecho comunitario que está obligada a aplicar desplazando en caso de ser necesario una disposición interna. Esto, creo, es lo que puede ser más determinante en la posición que tiene la Administración a la hora de garantizar la efectividad del Derecho comunitario, pues no se plantea ningún problema desde la perspectiva de la sujeción al principio de legalidad (art. 103.1 CE), en la medida que la sujeción es en un sentido amplio lo es a la ley y al Derecho⁵⁸, debiendo entender incluido en el Derecho, es decir, en nuestro ordenamiento jurídico, como orden o sistema jurídico complejo, el propio ordenamiento jurídico de la Unión, ex art. 93 CE.

El Tribunal Constitucional español sí parece admitir la doctrina *Costanzo*. Como es sabido, aunque el TC había venido configurando al Derecho comunitario como un derecho que carecía de rango constitucional, atribuyendo a los jueces ordinarios la aplicación del mismo⁵⁹ y, por pura lógica, había considerado que un conflicto entre normas internas y disposiciones comunitarias no adquiere (por sí mismo, añadiríamos nosotros) relevancia constitucional⁶⁰; la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional muestra una progresiva apertura hacia el Derecho europeo, tanto aceptando el principio de primacía

⁵⁸ En el mismo sentido, véase Cobreros Mendazona (2015, 201). En contra de esta posición, y como indica esta autora (pág. 197), el Tribunal Supremo parece no admitir la doctrina *Costanzo* cuando niega que la Administración pueda ejercer el juicio de prevalencia en el conflicto entre normas, que correspondería al juez, y no a la Administración, por su sujeción al imperio de la ley (art. 103.1 CE). Véase Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, 3879/2012, de 23 de Mayo, rec. n. 7113/2010, fundamentos sexto y séptimo. Esta sentencia, sin duda es muy interesante, porque el se trata de un supuesto en el que la Administración revisa de oficio y declara la nulidad de una concesión que se había basado en una ley autonómica posteriormente declarada contraria al Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia. Lo interesante es ver los dos planos, el Tribunal Supremo por un lado niega que en el momento en que se dictó la concesión la Administración pudiera realizar el examen de prevalencia, tanto porque en ese momento no se había declarado el incumplimiento derivado de la ley autonómica incompatible con el Derecho comunitario, como también porque la Administración está sujeta a la ley; y por otro lado, el alto Tribunal español también niega que posteriormente la Administración pueda revisar de oficio y declarar la nulidad del acto para dar efectividad al Derecho europeo, puesto que no está previsto como causa de nulidad, y al hacerlo estaba aplicando un régimen de validez que no es aplicable a las relaciones derecho interno-DUE, ya que el conflicto es de prevalencia y de norma aplicable, no de validez, aunque hipotéticamente plantea la posibilidad de que podría haber resultado adecuado utilizar el mecanismo de la anulación, por vulneración del ordenamiento jurídico, al estar integrado el Derecho comunitario en el ordenamiento español, si bien lo plantea de forma hipotética.

⁵⁹ STC 21/1991, de 31 de enero (Sala Primera).

⁶⁰ SSTC 252/1988, de 20 de diciembre (Pleno), y también en las SSTC 28/1991, de 14 de febrero (Pleno); 197/1996, de 28 de noviembre (Pleno).

aunque no como principio de supremacía jerárquica, sino como exigencia existencial Derecho europeo que juega desde la perspectiva del principio de competencia y de la selección de la norma aplicable⁶¹; controlando la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial⁶²; e incluso planteando el propio TC una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia⁶³. En este contexto, donde la sentencia del TC 145/2012, merece una especial atención, puesto que constata la vinculación de la Administración Pública al principio de primacía, con la consecuencia de la nulidad con eficacia *ex tunc* de una norma declarada por el Tribunal de Justicia como incompatible con el Derecho comunitario, aceptando además que la vinculación de la primacía opera para todos los órganos jurisdiccionales españoles, incluyendo el propio TC⁶⁴.

En cualquier caso, es importante señalar también la eventual afectación de la seguridad jurídica por la doctrina *Costanzo*, principio que también goza

⁶¹ Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre (Pleno). Véase también, por todas, SSTC 26/2014, de 13 de febrero (Pleno), y 37/2019, de 26 de marzo (Pleno).

⁶² SSTC 58/2004, de 19 de abril (Sala Segunda), 194/2006, de 19 de junio (Sala Segunda), en ambas que, sin plantear una cuestión prejudicial, el tribunal había optado por inaplicar una ley interna vigente (en el primer caso una ley autonómica, y en el segundo una ley estatal), el TC otorga el amparo como consecuencia de la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. Posteriormente, en la STC 78/2010, de 20 de octubre (Pleno), desestima el amparo, pues considera que el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resultará preciso, desde la perspectiva del art. 24 CE, cuando concurran los presupuestos fijados por el Derecho comunitario, cuestión que corresponde apreciar a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria (véase fundamento jurídico 2), y en este caso no podía entenderse procedente, dando por buena en este caso la inaplicación de una disposición autonómica interna por oposición al Derecho europeo; además se trata de una sentencia donde el TC parece asumir sin complejos la doctrina del acto aclarado y del acto claro del Tribunal de Justicia. No obstante, posteriormente hay algunas sentencias como las SSTC 27/2013, de 11 de febrero (Sala Primera), 212/2014, de 18 de diciembre (Pleno), y 99/2015, de 25 de mayo (Sala Primera), en las que las resoluciones judiciales que deciden aplicar una disposición interna sin plantear una cuestión prejudicial son dadas por buenas, al cumplir la exigencia de una suficiente exteriorización de los criterios jurídicos que las fundamentan, no tratándose de interpretaciones manifiestamente irrazonables de la legalidad ordinaria. Las dos primeras motivaron un voto particular de la Magistrada Adela Asúa que entendía que había un cambio de la doctrina del Tribunal desfigurando la doctrina del Tribunal de Justicia. El mantenimiento de la doctrina constitucional que ampara en los casos de inaplicación de una ley interna sin plantear una cuestión prejudicial, podría deducirse que la doctrina constitucional difiere en función de si la consecuencia de la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial por el juez nacional es o no la inaplicación de una ley interna, véase, por todas, STC 37/2019, de 26 de marzo (Pleno).

⁶³ ATC 867/2011, de 9 de julio.

⁶⁴ STC 145/2012, de 2 de julio (Sala Primera), fundamento jurídico 7.

de un gran valor y autoridad en el Derecho europeo, por lo que el Tribunal de Justicia matizó o precisó esta cuestión en otra línea jurisprudencial a veces obviada.

III. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LOS LÍMITES DE LA PRIMACÍA Y EFECTIVIDAD

Como hemos señalado en el apartado anterior, la doctrina desarrollada a partir de la sentencia *Fratelli Costanzo* atribuye una relevancia determinante al principio de primacía que se impone a la Administración Pública, así como también a cualquier entidad del sector público, o incluso del sector privado cuando ejerza funciones públicas. Además, desde el punto de vista del objeto, se proyecta sobre cualquier tipo de acto o resolución de estas entidades, y obliga a desplazar la aplicación de las normas o disposiciones nacionales en beneficio de las disposiciones comunitarias.

Pues bien, en lo que atañe a la vinculación de las Administraciones Públicas por el Derecho europeo, el Tribunal de Justicia tuvo oportunidad de ponderar la propia autoridad y la efectividad del mismo en el caso *Kühne & Heitz* (2004)⁶⁵.

Aquí el Tribunal de Justicia tiene la oportunidad de afirmar la importancia del principio de seguridad jurídica, en relación con las resoluciones administrativas, afirmando que el Derecho comunitario no exige *per se* que un órgano administrativo esté obligado, en principio, a reconsiderar una resolución administrativa que hubiera adquirido firmeza, permitiendo por tanto una modulación del principio de primacía a través de la seguridad jurídica⁶⁶, pero no de forma absoluta, como veremos.

Se trata también, quizá, como se ha dicho, de dar una respuesta al necesario equilibrio con la interpretación uniforme del derecho de la UE (Martinico 2013, 147), es decir, de ponderar. Ciertamente, la seguridad jurídica, a pesar de que es un concepto sujeto a evolución, no deja de ser un principio inherente del Estado de Derecho, y un principio constitucional de los Estados miembros de la Unión, así como un principio fundamental en el propio Derecho comunitario y en otros sistemas jurídicos transnacionales (Fenwick y Wrбка 2016, 2) y, si bien como tal no está regulado de forma expresa en los Tratados, el propio Tribunal de Justicia lo ha configurado como un principio general –fundamental– del Derecho de la UE, como parte de su ambición

⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2004, *Kühne & Heitz*, 453/00, EU:C:2004:17 apartado 24.

⁶⁶ Véase en el mismo sentido, entre otras, las Sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2009, *Fallimento Olimpiclub*, 2/08, EU:C:2009:506.

para superar las limitaciones de los tratados, y determinación para ejercer el control del ejercicio del poder (Weatherill 2016, 233).

En este caso, Kühne & Heitz era una empresa que había exportado trozos de aves de corral a países terceros durante el período 1986-1987, habiendo declarado ante las autoridades de aduanas en Países Bajos que estas exportaciones se incluirían en la subpartida arancelaria de muslos, contramuslos y trozos de otras aves de corral del Arancel Aduanero Común, por lo que obtuvo ciertas restituciones previstas para la promoción de estas exportaciones; pero las autoridades revisaron y modificaron la clasificación, requiriendo el reembolso económico. La empresa reclamó contra este requerimiento, y tras la desestimación administrativa contra la reclamación se apeló, si bien también este recurso fue desestimado por sentencia, sin que se solicitara por parte de la empresa el planteamiento de una cuestión prejudicial. Posteriormente, el Tribunal de Justicia dictó una sentencia en la que declaró que un muslo al que se mantiene unido un trozo de lomo debe calificarse como muslo si no le confiere un carácter esencial; tras la que la empresa solicitó en vía administrativa el pago de las restituciones que se habían reclamado reembolsar, pero se desestimó, decisión administrativa que se recurrió judicialmente, lo que conllevó al litigio principal del que deriva la cuestión prejudicial.

En esta cuestión prejudicial, el juez de instancia manifiesta que un órgano administrativo holandés tiene en principio la facultad de reconsiderar una resolución firme, que puede implicar la obligación de revocar la decisión, según las circunstancias. Sin embargo, se plantea también que la anulación de la decisión administrativa de no revisar tiene utilidad si el órgano administrativo no sólo tiene la facultad de reconsiderar su decisión, sino la obligación de reexaminarla si existía el derecho de restitución, y determinar su importe, por lo que se pregunta si a la luz del Derecho comunitario, y en particular del principio de cooperación leal se exige que un órgano administrativo reconsidere una resolución firme para garantizar la plena eficacia del Derecho UE, interpretándolo a la luz de una sentencia posterior a la resolución objeto de revisión⁶⁷.

En la sentencia comunitaria podemos apreciar la ponderación que realiza el Tribunal de Justicia que, si bien tiene presente la importancia de la seguridad jurídica, y por tanto de la firmeza de una resolución administrativa, considera que esta protección no puede ser de carácter absoluto; razonando que el órgano administrativo estará obligado a examinar, de nuevo, una resolución administrativa firme, para tener en consideración una interpretación del Tribunal de Justicia sobre una disposición europea aunque sea posterior,

⁶⁷ Sentencia *Kühne & Heitz*, antes citada, apartados 5-19.

cuando se den las siguientes condiciones: a) dispone de esta facultad conforme al derecho interno; b) la resolución administrativa ha adquirido firmeza a raíz de una sentencia judicial; c) la sentencia judicial resuelve en última instancia basándose en una interpretación del derecho de la UE que a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior es errónea, y se ha adoptado sin someter cuestión prejudicial ante el mismo; y d) el interesado se dirige al órgano administrativo de forma inmediata después de tener conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁶⁸.

Es interesante observar como una facultad prevista en el derecho interno se convierte, desde el punto de vista del Derecho europeo, en una obligación del órgano administrativo. Llama la atención, también, la rigidez de los otros requisitos: la firmeza debe derivar de una sentencia judicial, es decir, el interesado ha tenido que acudir a los tribunales; esta sentencia debe haberse basado en una interpretación errónea sin haber planteado una cuestión prejudicial, que se manifiesta en la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia; y el interesado debe dirigirse de forma inmediata al órgano administrativo tras tener conocimiento de la jurisprudencia europea.

Cabe considerar que estamos ante unos requisitos claramente restrictivos y difíciles de cumplir (Chalmers, Davies, y Monti 2014, 95), y al estar fundados en el ordenamiento jurídico interno y corresponder a las autoridades nacionales la valoración de la situación concreta a la luz del mismo, puede tener repercusiones serias para los derechos de los individuos derivados del Derecho europeo, e incluso plantear dificultades en ciertos Estados miembros, con soluciones diversas (Groussot y Minssen 2007, 401), afectando en última instancia a una homogénea efectividad del Derecho UE.

Sin embargo, debemos valorar la doctrina *Kühne & Heitz* en su justa medida, puesto que si no se condicionan a ciertos requisitos los supuestos en los que cabe una revisión administrativa firme, muy vinculados a la regulación interna, difícilmente se mantendría cierta autonomía institucional y procedimental, pues la primacía y efectividad no exigen, necesariamente, una total y completa uniformidad.

No obstante, sí consideramos necesaria una flexibilización de los requisitos que refuercen la efectividad del Derecho comunitario. Entendemos que se debería mantener la exigencia de que exista la facultad de revisión prevista en el ordenamiento interno⁶⁹, pero los otros requisitos serían susceptibles de ser menos rígidos, pues se puede constatar la vulneración del Derecho

⁶⁸ Ibid., apartados 27 y 28.

⁶⁹ Para aquellos supuestos en los que en el ordenamiento jurídico interno no exista facultad de revisión de decisiones administrativas firmes por parte de la propia Administración la vía para garantizar la efectividad pasará por el mecanismo de la responsabilidad patrimonial.

comunitario derivada de una interpretación administrativa errónea, que adquiere firmeza, sin necesidad de que haya revisión judicial de la misma, y en caso de que la haya, sin que ésta sentencia necesariamente haya aplicado de forma errónea el Derecho europeo como se manifiesta de una decisión posterior del Tribunal de Justicia, pues puede producirse por desconocimiento indebido de jurisprudencia anterior del propio Tribunal de Justicia.

Esta doctrina iniciada en *Kühne & Heitz*, y que complementa la obligación *Costanzo*, se confirma en diversas sentencias y se mantiene inalterada⁷⁰. Es importante destacar, no obstante, algunas precisiones. Así, en la sentencia *Kempter* (2008), el Tribunal de Justicia concreta que no es necesario haber alegado o invocado el Derecho de la Unión en el marco del recurso judicial, así como que la revisión de la resolución administrativa firme no está sujeta, desde el punto de vista del Derecho comunitario, a un límite temporal determinado, si bien los Estados miembros sí pueden sujetarla a unos plazos razonables⁷¹; y en *Byankov* (2012) razona que las circunstancias particulares concurrentes en el caso pueden convertir la facultad de revisión en una obligación de revisión de la resolución administrativa firme para tener en consideración la interpretación posterior del Tribunal de Justicia, de forma que se garantiza así el equilibrio entre la seguridad jurídica y el principio de legalidad comunitario⁷².

Desde luego, si se cumplen las condiciones de la doctrina *Kühne & Heitz*, la Administración estará obligada, para dar efectividad a una disposición del Derecho europeo, ya no a inaplicar una disposición interna, sino incluso a revisar una resolución o acto administrativo aún firme.

Fuera de estos supuestos, para resolver el problema y dar efectividad al Derecho europeo, encontramos el mecanismo de la responsabilidad del Estado miembro; o en su caso, si se trata de disposiciones o prácticas incompatibles, incluso el procedimiento por incumplimiento o procedimiento de infracción que podría iniciar la Comisión Europea, supuestos en los que parece que no hay una obligación de modificación de la decisión judicial más allá de la constatación del incumplimiento⁷³.

⁷⁰ Véase Sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 2008, *Kempter*, 2/06, EU:C:2008:78, apartados 46 y 60; de 4 de octubre de 2012, *Byankov*, 249/11, EU:C:2012:608, apartado 77; de 20 de diciembre de 2017, *Incyte*, 492/16, EU:C:2017:995, apartados 46 y 47; de 16 de octubre de 2019, *Glencore*, 189/18, EU:C:2019:861, apartado 45; de 14 de mayo de 2020, *FMS y otros*, asuntos acumulados 924/19 PPU y 925/19 PPU, EU:C:2020:367, apartados 186 y 187.

⁷¹ Sentencia *Kempter*, ya citada, apartados 46 y 60.

⁷² Sentencia *Byankov*, citada, apartado 77

⁷³ Es verdad que respecto al procedimiento de incumplimiento, una eventual declaración por parte del Tribunal de Justicia se plantean dificultades, como señala Kremer, y hay discusión en la doctrina sobre la existencia de efectos *ex nunc* de la eventual sentencia y

Lo que pasa es que la eventual responsabilidad por daños puede consolar en algunos casos al individuo cuyos derechos derivados del Derecho comunitario no se han hecho efectivos, pero puede no servir de mucho cuando se mantiene una discriminación o se impide la efectividad de los derechos que se pretendían, y tampoco parece que esperar que la Comisión Europea eventualmente inicie un procedimiento de incumplimiento pueda ser relevante para el individuo (Kornezov 2014, 810); pero son los límites que podemos encontrar a la propia efectividad del Derecho europeo y su primacía en aras de la seguridad jurídica.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La Administración Pública y las entidades del sector público están vinculadas por la primacía y efectividad del Derecho de la Unión Europea. Esto obliga a que el operador jurídico, también en el ámbito del procedimiento administrativo, aplique las disposiciones internas de conformidad con las disposiciones comunitarias, puesto que las normas del Derecho europeo se incorporan al ordenamiento jurídico (complejo, y multinivel) del Estado miembro y, por tanto, la sujeción a las mismas deriva también del principio de legalidad y sujeción al Derecho (art. 103 CE).

Para garantizar esta efectividad, cuando es aplicable una disposición comunitaria con efecto directo, el operador jurídico administrativo debe interpretar siempre las disposiciones internas de conformidad con la misma. Es verdad que la Administración Pública, a diferencia de un juez nacional, no tiene la facultad de plantear una cuestión prejudicial. Si no es posible la interpretación conforme, se produciría una colisión o conflicto que se debe resolver inaplicando la disposición interna, y resolviendo de conformidad con la disposición europea, puesto que rigen el principio de primacía, como se deriva de la doctrina del Tribunal de Justicia desarrollada a partir de la sentencia *Fratelli Costanzo*.

No obstante, hay límites a la primacía, puesto que como regla general la seguridad jurídica garantiza los efectos de la firmeza de las decisiones administrativas, a pesar de que se manifiesten contrarias al Derecho comunitario tras una sentencia del Tribunal de Justicia. Sin embargo, la primacía y efectividad del Derecho europeo pueden exigir también la revisión de una resolución o acto administrativo firme, si se cumplen las condiciones establecidas en la sentencia *Kühne & Heitz*, es decir, si la Administración dispone de esta facultad conforme al derecho interno; la resolución administrativa ha

si genera o no una obligación de corregir la sentencia que ha motivado el incumplimiento, si bien parece la mayoría de autores entiende que no se daría esta obligación (Kremer, 2010: 200 y ss), opinión que comparto.

adquirido firmeza a raíz de una sentencia judicial que ha resuelto en última instancia basándose en una interpretación del Derecho de la UE que a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior es errónea, y se ha adoptado sin someter cuestión prejudicial ante el mismo (a pesar de que el interesado no haya alegado el Derecho europeo en la instancia judicial, *Kempter*), y el interesado se dirige al órgano administrativo de forma inmediata después de tener conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; ya que esta facultad, atendiendo a las circunstancias del caso puede convertirse en obligación (*Byankov*)

Si la disposición comunitaria no goza de efecto directo, o bien el conflicto no se resuelve en favor de la disposición europea, bien porque en sistema o el ordenamiento jurídico del Estado miembro no lo permite, ya sea por una interpretación errónea del Derecho de la UE, por una práctica incompatible con el mismo, o porque en caso de que lo que era necesario era la revisión de un acto firme y no existe esa posibilidad, la solución para dar efectividad al Derecho europeo pasa por el mecanismo de la responsabilidad patrimonial del Estado miembro, y en caso necesario del procedimiento de incumplimiento.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO GARCÍA, Ricardo. 2014a. *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, 5ª Edición. Madrid: Civitas.
- 2014b. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 4ª edición, Madrid: Civitas.
- ARENA, Amedeo. 2019. «The Twin Doctrines of Primacy and Pre-emption», en *Oxford Principles of European Union Law. Volume I: The European Union Legal Order*, editado por Robert Schütze, y Takis Tridimas, 305-349. Oxford: Oxford University Press.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier. 2014. «La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: Mito y Realidad», *Revista de Administración Pública*, nº 191: 159-197.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. 2004. «Las relaciones entre el derecho de la Unión y el Derecho del Estado a la luz de la Constitución Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 1.
- BOBIĆ, Ana. 2017. «Constitutional Pluralism Is Not Dead: An Analysis of Interactions Between Constitutional Courts of Member States and the European Court of Justice», *German Law Journal*, v. 18, nº 6: 1395-1428.
- CHALMERS, Damian, DAVIES, Gareth, y MONTI, Giorgio. 2014. *European Union Law: Text and Materials*, 3ª edición. Cambridge: Cambridge University Press.
- CHAVES, José Ramón. 2020. *Derecho Administrativo Mínimo*. Salamanca: Editorial Amarante.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta. 2015. «La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 103: 171-207.

- DE LOS MOZOS Y TOUYA, Juan Ignacio. 2017. «Efectos de la invalidez por infracción del derecho europeo». En *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, 689-694. Madrid: INAP.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe. 2010. *Más allá del diálogo entre tribunales*. Madrid: Civitas.
- DE WITTE, Bruno. 2011. «Direct Effect, Primacy, and the Nature of the EU Legal Order», en *The Evolution of EU Law*, ed. por Paul Craig, y Grainne de Búrca, 323-362. Oxford: Oxford University Press,
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. 2011. «La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, nº 155.
- FABBRINI, Federico. 2015. *Fundamental Rights in Europe*, Oxford: Oxford University Press.
- FENWICK, Mark y WRBKA, Stephan. 2016. «The Shifting Meaning of Legal Certainty», en *Legal Certainty in a Contemporary Context* editado por Mark Fenwick y Stephan Wrбка, 1-6. Singapur: Springer.
- FONTANELLI, Filippo. 2018. «Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations», *Transnational Legal Theory*, v.11, nº 2: 67-117.
- FUENTETAJA PASTOR, José. 2017. «Invalidez y revisión de los actos administrativos contrarios al derecho europeo», *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, 616-659. Madrid: INAP.
- GALETTA, Diana-Urania Galetta. 2010. *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Verlag Berlin Heidelberg: Springer.
- GROSSOT, Xavier y MINNSEN, Timon. 2007. «Res Judicata in the Court of Justice Case Law: Balancing Legal Certainty with Legality?». *European Constitutional Law Review*, nº 3, 385-417.
- KORNEZOV, Alexander. 2014. «Res Judicata of National Judgements incompatible with EU Law: Time for a major rethink?». *Common Market Law Review*, v. 51, nº 3, 809-842.
- LE BARBIER-LE BRIS, Muriel. 2006. «Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États Membres de l'Union Européenne: des États pas comme les autres», en *Le droit et L'Union européenne en principes: liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, 419-457. Rennes: Apogée.
- MACCORMICK, Neil. 1999. *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European commonwealth*. Oxford: Oxford University Press,
- MANGAS MARTÍN, Araceli. 1993. «Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno en los estados miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en *El Derecho comunitario y su aplicación judicial*, dirigido por Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Diego Liñán Noguera, 55-96. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Granada.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. 1962. «La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho». *Revista de Administración Pública*, nº 39: 39-78.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. 2004. *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes*. Madrid: Civitas.

- MARTINICO, Giuseppe. 2013. *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process*. Londres y Nueva York: Routledge.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. 2015. «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 50: 195-230.
- NÚÑEZ LOZANO, María Carmen. 2017. «La eficacia de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los actos nacionales». En *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, págs. 549-613. Madrid: INAP.
- REQUEJO PAGÉS, José Luis. 1995. *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*. Londres: McGraw Hill.
- ROMANO, Santi. 2013. *Ordenamiento Jurídico*, editado por Lorenzo Martín-Retortillo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SARMIENTO, Daniel. 2016. *El Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.
- SARRIÓN ESTEVE, Joaquín. 2020. «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la protección del consumidor en la crisis financiera», *Federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, nº 13: 118-131.
- STROZZI, Girolamo, y MASTROIANNI, Roberto. 2016. *Diritto dell'Unione Europea*, 4ª edición. Turín: Giappichelli.
- TAVARES LANCEIRO, Rui. 2018. «The implementation of EU law by national administrations: Executive federalism and the principle of sincere cooperation», *Perspectives on Federalism*, v. 10, nº 1: 71-102.
- TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel. 1991. «El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la Administración y de los jueces en su aplicación», *Revista de Administración Pública*, nº 125: 227-280.
- VERHOEVEN, Maartje. 2009. «The 'Costanzo obligation' of national administrative authorities in the light of the principle of legality: 'prodigy or problem child?», *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, v. 5, nº1: 65-93.
- . 2011. *The Costanzo Obligation: the obligations of national administrative authorities in the case of incompatibility between national law and European law*. Cambridge: Intersentia.
- WEATHERILL, Stephen (2016), *Law and Values in the European Union*, Oxford: Oxford University Press.

EL MARCO JURÍDICO DE LOS DATOS RELATIVOS
A LA SALUD EN EL ÁMBITO DE LA SALUD Y DE
LA INVESTIGACIÓN EN SALUD TRAS LA
ENTRADA EN VIGOR DEL REGLAMENTO
GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS Y DE LA
LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y
GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES

*The legal framework for health-related data in the field of
health and health research after the entry into force of
general data protection regulation and the law on the
protection of personal data and guarantee of digital rights*

M^a Mercedes Serrano Pérez

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla - La Mancha
Mercedes.Serrano@uclm.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp257-292](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp257-292)

Recibido: 22.09.2020

Aceptado: 21.12.2020

Resumen

El tratamiento de los datos relativos a la salud tiene relevancia no solo a nivel individual en el entorno de la asistencia sanitaria personal, sino también desde el punto de vista colectivo, valorando la salud como un bien social. En la vertiente de la salud como bien comunitario, el empleo de los datos en investigación ha de rodearse de las garantías adecuadas para proteger los derechos de los sujetos, pero con la flexibilidad y racionalidad necesarias para no obstaculizar la labor de investigación en salud pública, que incluye también la investigación epidemiológica.

Palabras clave

datos relativos a la salud, tratamiento de datos, investigación en salud.

Abstract

The treatment of health-related data is relevant not only at the individual level in the environment of individual health care, but also from the collective point of view, valuing health as a social good. In the health aspect as a community good, the use of data in research must be surrounded by adequate guarantees to protect the rights of subjects, but with the necessary flexibility and rationality so as not to hinder the work of public health research, which also includes epidemiological research.

Keywords

data related to health, data processing, health research.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS Y EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS. III. LOS SUPUESTOS DE TRATAMIENTO DE DATOS RELATIVOS A LA SALUD CONTEMPLADOS EN EL ART. 9 RGPD. IV. LA REGULACIÓN DE LOS TRATAMIENTOS DE DATOS RELATIVOS A LA SALUD EN LA LOPDGDD. *A) El tratamiento de los datos relativos a la salud en la LOPDGDD. B) El tratamiento de datos en investigación en salud en la LOPDGDD. 1. El tratamiento de datos en investigación en salud con consentimiento del interesado. a) El consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos en investigación en salud. b) La reutilización de los datos personales con fines de investigación en materia de salud y biomédica. 2. El tratamiento de datos en investigación en salud sin consentimiento del interesado. a) La investigación en casos de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública. b) La investigación en salud con datos seudonimizados. 3. Las excepciones al ejercicio de los derechos en el ámbito de la investigación. 4. Los requisitos y garantías en el ámbito de la investigación científica.* V. LA MODIFICACIÓN DEL ART. 16 LEY 41/2002. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento de datos de carácter personal en España se desenvuelve en un nuevo escenario regulatorio conformado por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD)¹ y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales². Aunque el modelo no es

¹ El Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DOUE L119). No obstante existen regulaciones especiales, por ejemplo en el ámbito penal donde la Directiva (UE) 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, deberá ser implantada en nuestro ordenamiento jurídico. Hasta dicho momento legislativo tanto el RGPD como la LOPDGDD actúan como normas supletorias, tal y como se desprende del art. 2.3 LOPDGDD.

² BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

absolutamente innovador, pues los principios y criterios de la protección de datos estaban ya suficientemente consolidados en la Directiva 95/46/CE y seguían (y siguen) gozando de validez y eficacia (Rallo Lombarte, 2017: 658), lo cierto es que la entrada en vigor de la norma europea ha incorporado cambios significativos que permiten hablar de un panorama de la protección de datos renovado y, debido a ello, de la necesidad de adicionar nuevos elementos a la cultura de la protección de datos, que se ha enriquecido y modelado con los enfoques aportados por el RGPD (Zabía de la Mata, 2008; Piñar Mañas, 2016; Rebollo Delgado y Serrano Pérez, 2019; Arenas Ramiro y Ortega Giménez, 2019; Rallo Lombarte, 2019). El nuevo paradigma que dibuja el Reglamento responde, además, a las incesantes necesidades surgidas en el campo de la información, de la tecnología y de los datos personales (Rallo Lombarte, 2017: 659). Quizá de modo especial la norma europea sobre protección de datos responde de forma directa a las exigencias derivadas de la implantación del mercado único de los datos y aporta las condiciones necesarias, desde el punto de vista legislativo, para alcanzar la consecución y consolidación de dicho mercado y la libre circulación de los datos. La elaboración de una nueva norma en materia de protección de datos en el espacio europeo, superadora de la norma precedente, era pues necesaria.

Una de las cuestiones que se han visto modificadas en relación con la regulación anterior es el modelo de consentimiento (Aduara Valera, 2016: 151). Aunque la idea básica del consentimiento es similar a la contemplada en la Directiva 95/46/CE, la exigencia de una declaración o una clara acción afirmativa para consentir el tratamiento de datos personales constituye una novedad frente a dicha regulación³. El consentimiento sigue siendo uno de los fundamentos que legitiman el tratamiento de datos (Polo Roca, 2020: 182) y por tratarse de un principio general impregna todos los sectores donde se tratan datos personales, también el de la salud en su vertiente de tratamiento de datos en salud y en investigación. Además del consentimiento, la previsión del delegado de protección de datos tiene también su impacto en dicho sector. Por otro lado, las modificaciones han afectado a las facultades del derecho que hacen posible el control sobre los datos del sujeto, con el surgimiento de nuevos derechos/facultades como el derecho al olvido (Rallo Lombarte, 2014; Azurmendi, 2015: 273; López Portas, 2015: 143; Cobacho López, 2019: 197) o el derecho a la portabilidad, así como al sistema de garantías del derecho, que se ha convertido en un modelo vigilante y proactivo (Rallo Lombarte, 2019: 49). Junto a estos cambios de alcance global, el

³ Vid., las *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, del Grupo de trabajo del artículo 29, adoptadas el 28 de noviembre de 2017 y revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018, (refrendadas por el CEPD), disponible en https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051

RGPD encarga a los ordenamientos nacionales la adopción de garantías adicionales para salvaguardar los derechos de los interesados en sectores específicos. Este nuevo modelo que se ha implantado desde el Derecho europeo tiene alcance general y es directamente aplicable en los Estados miembros, por la propia naturaleza de la norma europea. No obstante la aplicación directa del Reglamento, este requiere de un complemento legislativo interno para precisar y cerrar algunas materias que en dicha norma han quedado abiertas⁴, lo que puede poner en peligro la unificación de criterios en los aspectos a modular por los Derechos nacionales.

Todas estas cuestiones tienen también su proyección en el tratamiento de los datos relativos a la salud, tanto en la asistencia sanitaria como en la investigación.

II. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS Y EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

El RGPD es el último eslabón de un engranaje doctrinal, legislativo y jurisprudencial que ha acabado consolidando el derecho a la protección de datos que, siendo un derecho fundamental extramuros de las competencias de la Unión Europea, ha quedado arrebatado casi de forma definitiva al legislador nacional para quedar incorporado al ámbito europeo.

El derecho a la protección de datos goza de reconocimiento europeo expreso en el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), a cuyas disposiciones (derechos, libertades y principios) el art. 6 TUE reconoce el mismo valor jurídico que los Tratados, si bien, como también refiere el propio precepto, «las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados». La Carta y su incorporación al Derecho primario viene a colmar la carencia, severamente imputada a la Unión, de la existencia de un catálogo de derechos fundamentales que comprometiera así la implicación en su defensa y protección, aunque más judicial que normativa (López Castillo, 2019: 32).

El art. 8 CDFUE recoge, con una absoluta claridad en su redacción, cuatro elementos propios del derecho a la protección de datos (Lucas Murillo, 1990; 2003; 2009: 131; Martínez Martínez, 2004) que los ordenamientos nacionales ya habían reconocido a nivel constitucional o legal, a saber, el derecho subjetivo (fundamental) de la persona a la protección de sus datos de carácter personal frente a su tratamiento, en primer lugar; principios

⁴ Vid. considerando 10 RGPD.

esenciales del tratamiento de la información personal como la lealtad, la concreción de la finalidad del tratamiento y el consentimiento de la persona, en segundo lugar; en tercer lugar el derecho a acceder a los datos y a rectificarlos, como facultades concretas en las que se materializa el derecho subjetivo a la protección de datos, y por último la existencia de un órgano de control independiente.

Por su parte el art. 16 TFUE reitera⁵, en su apartado primero, el derecho a la protección de datos de toda persona, mientras que en el apartado segundo atribuye la regulación de la protección de datos al legislador europeo de acuerdo con el procedimiento ordinario, lo que significa, en perspectiva material, que la protección de datos, que no aparece como una competencia atribuida a la UE desde sus orígenes, se convierte en un asunto europeo desde el punto de vista legislativo. En nuestro caso dicha atribución opera además como una sustracción de la materia al legislador orgánico (Rallo Lombarte, 2019: 53)⁶, lo que tiene consecuencias importantes en la propia configuración del derecho (Rallo Lombarte, 2019: 60). En realidad, el art. 16.2 TFUE realiza un blindaje de la protección de datos hacia un modelo legislativo europeo fuerte. En efecto, el precepto da sostén a través de los tratados a la europeización del derecho a la protección de datos, aunque ahora con un cambio en la estrategia legislativa del legislador europeo que experimenta un viraje hacia la eficacia directa frente a la discrecionalidad anterior. El legislador comunitario ha observado cómo la regulación del derecho a la protección de datos por medio de la Directiva 95/46/CE y la necesidad de implantación por parte de los Estados miembros de una norma que la adapte, por tanto, con diferencias entre ellos, resultaba insuficiente para las pretensiones del mercado único (Piñar Mañas, 2016: 60). Porque la necesidad de implantar, favorecer y consolidar el mercado común y único de los datos constituía una aspiración presente desde las primeras regulaciones europeas de la materia.

Ya desde el Convenio 108⁷ latía la necesidad de preservar un escenario de transferencia de datos con reglas comunes entre los países signatarios del acuerdo. Pero es la Directiva 95/46/CE, la que incorpora a su título la exigencia de la libre circulación de datos, que será compañera inseparable de la protección de las personas físicas en lo que respecta a los datos personales, primera

⁵ Vid. antiguo artículo 286 TUE y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (2002).

⁶ De abducción del derecho constitucional habla este autor tras el proceso de europeización del derecho.

⁷ El Convenio 108 está en vigor en 53 países. En la actualidad está en vías de ratificación el Protocolo 108+ y junto con el RGPD regulan de forma armónica la protección de datos en el espacio europeo uno y el otro a nivel internacional, con una proyección mucho más extensa.

preocupación del Convenio 108. Desde la labor desarrollada a nivel nacional con la inclusión de la protección de datos como derecho en las constituciones de los Estados miembros, o su incorporación vía ratificación del Convenio 108, resultaba obvio que este derecho fundamental no podía quedar ignorado por la Unión Europea, pues la Directiva 95/46/CE por ser previa a la CDFUE no contiene alusiones a la misma ni al derecho a la protección de datos en sí⁸. De hecho, la preocupación principal de la Directiva era asegurar la libre circulación de los datos (Rallo Lombarte, 2019: 52). Así pues, la CDFUE constituye el documento idóneo para introducir el derecho a la protección de datos en Europa y, aunque su proyección europea a través del reconocimiento en este texto es esencial (tiene una mayor relevancia de cara a su aplicación por parte del TJUE) (Polo Roca 2020: 169), es el libre flujo de datos, con las garantías necesarias para proteger los derechos de los sujetos, lo que reclama una nueva normativa. A nuestro modo de ver la protección de datos constituye una materia transversal que, dada la extensión de la tecnología a todos los sectores imaginables, requiere una norma que cree seguridad jurídica a través de una regulación uniforme que homogeneice (eliminando) las diferencias entre las legislaciones. La omnipresencia de la protección de datos y su afectación a prácticamente cualquier ámbito de actuación de la Unión requería la elaboración de una norma que regulara la libre circulación de los datos de modo obligatorio, tal y como hace el RGPD, cuyo objeto, según el art. 1.1 es la regulación del derecho a la protección de datos, ya reconocido previamente como derecho por la CDFUE, aunque no se haga alusiones a la misma a lo largo de su articulado y la regulación de la libre circulación de tales datos (Piñar Mañas, 2016: 57). Con la elaboración del RGPD y su entrada en vigor (alcance general y directamente aplicable) se ordena un ámbito jurídico que ya había sido abordado con anterioridad por los legisladores nacionales (no solo por la transposición de la Directiva 95/46/CE, sino previamente a ella, a iniciativa de los Estados miembros, como consecuencia en algunos casos de la ratificación del Convenio 108). A mi juicio no estaba tan en riesgo la protección de datos de carácter personal en el espacio europeo, ya asegurada a través de su reconocimiento en la CDFUE y la aplicación que de ella hiciera el TJUE (Martínez Alarcón, López Castillo (dir.) 2019: 219 y ss.) como la libre circulación de estos datos con reglas y criterios comunes, y sobre todo conjugar una y otra. La libre circulación de datos constituye la libertad que necesitaba reconocer la UE como consecuencia de la extensión generalizada de la tecnología (Sánchez

⁸ Llama la atención la redacción del art. 1 de la Directiva 95/46/CE (objeto de la Directiva) por la alusión a la protección de la intimidad en lo que respecta a los datos personales en comparación con la redacción del art. 1 del RGPD, donde se habla ya de derecho a la protección de datos personales. En ambos casos estaba presente la libre circulación de los datos. libre circulación de datos personales entre los Estados miembros por motivos relacionados con la protección garantizada en virtud del apartado 1.»

Barrilao, 2017). Su falta de regulación homogénea ponía en riesgo tanto el mercado común como el crecimiento del espacio económico europeo. Es más, a las clásicas libertades de circulación de mercancías (arts. 28 y ss. TFUE), personas (art. 21 TFUE), capitales (arts. 63 y ss. TFUE) y servicios (arts. 56 y ss. TFUE), reconocidas por los tratados comunitarios, había de añadirse la libre circulación de datos personales, elementos estos últimos que, sin tener garantizada dicha movilidad en el espacio europeo, podían obstaculizar el ejercicio en libertad de las cuatro originarias y dificultar la consecución de las metas económicas comunes.

Ahora bien, la libre circulación de los datos es una libertad que ha de ser analizada desde la óptica de los derechos (fundamentales) de la persona, por su afectación a un ámbito de la libertad individual y de la personalidad cuyo carácter fundamental y autónomo ya nadie discute. Nuestra intimidad y nuestra personalidad se proyectan en la actualidad en forma de informaciones personales y proteger dichas informaciones no tiene otro objetivo que proteger a la persona misma, sin lugar a duda también frente a intereses económicos, no relegados a una posición inferior en relación con la protección de datos. El RGPD, aunque consagra la prevalencia del derecho a la protección de datos personales contempla, en el considerando 2 como objetivo de la norma europea, «...contribuir a la plena realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia y de una unión económica, al progreso económico y social, al refuerzo y a la convergencia de las económicas dentro del mercado interior, así como al bienestar de las personas físicas». Las referencias de los considerandos posteriores se reafirman en elementos económicos, sin ignorar de manera absoluta, obviamente, el derecho a la protección de datos personales (considerando 4, 5, 7). Así hasta recalcar en el considerando 13, donde se contempla que «El buen funcionamiento del mercado interior exige que la libre circulación de los datos personales en la Unión no sea restringida ni prohibida por motivos relacionados con la protección de las personas físicas en lo que respeta al tratamiento de datos personales», afirmación que sin duda no puede tener un alcance absoluto. En caso de colisión corresponderá a los tribunales de justicia determinar en cada caso concreto el elemento a sacrificar y restringir: el derecho a la protección de datos o la libre circulación de datos del espacio común, en cuyo análisis judicial tendrá un valor singular la diferente posición de partida de uno y otro. Así pues, y en relación con intereses económicos particulares, el TJUE ha señalado que «la relación entre la protección del derecho a la protección de datos y los intereses económicos concretos no disfrutan del mismo valor, pues, como ha reconocido el TJUE, la protección de los derechos de los arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prevalecen sobre el interés económico»⁹.

⁹ STJUE (Gran Sala), de 13 de mayo 2014, Google Spain S. L. y Google Incl. C. Agencia española de Protección de datos (AEPD) y Mario Costeja González (Asunto

III. LOS SUPUESTOS DE TRATAMIENTO DE DATOS RELATIVOS A LA SALUD CONTEMPLADOS EN EL ART. 9 RGPD

El RGPD regula el tratamiento de los datos sobre la salud¹⁰ (Rebollo Delgado y Serrano Pérez, 2019: 233) en el art. 9, bajo la denominación de categorías especiales de datos¹¹.

El artículo 9.1 RGPD prohíbe su tratamiento como regla general, salvo que se dé alguna de las circunstancias contempladas en el apartado segundo del precepto. El listado de datos cobijados al amparo de la denominación de categorías especiales representa un conjunto de informaciones personales especialmente próximas al núcleo de la intimidad del individuo (art. 7 CDFUE y 18.1 CE) y de la libertad ideológica (art. 10 CDFUE y 16.2 CE), cuyo conocimiento fuera de los supuestos legales y sin las garantías adecuadas puede acarrear un daño severo en los derechos de los ciudadanos, e influir en la adopción de decisiones por parte de terceras personas, que pueden entrañar un perjuicio para aquellos.

Entre las circunstancias recogidas en el apartado segundo del precepto que excepcionan la regla general de no tratar estas categorías de datos se encuentran, además del consentimiento del interesado, las que enumeraremos en las páginas siguientes, algunas de las cuales se refieren específicamente al tratamiento de los datos sobre la salud. Las bases jurídicas que permiten el tratamiento de datos sin consentimiento en el ámbito de la investigación científica son tan generosas que parecen relegar a la excepción al mismo. Junto a la justificación del tratamiento de los datos sobre la salud y del resto de categorías especiales de datos sin consentimiento del sujeto en determinadas condiciones, el art. 9.4 RGPD prevé que los Estados miembros podrán «mantener o introducir condiciones adicionales, inclusive limitaciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud», lo que podría afectar al mercado común de los datos en este sector al permitir la adopción de medidas, que podrán ser diferentes, por parte de los distintos ordenamientos jurídicos europeos. Ambas circunstancias quedaban reflejadas tanto en el considerando 54 como en el 53, aunque ello no puede implicar, termina diciendo este último, «un obstáculo para la libre circulación de datos personales dentro de la Unión, cuando tales condiciones se apliquen al tratamiento transfronterizo de estos datos».

C-131/12), ECLI:EU:C:2014:317, disponible <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=IT>

¹⁰ Art. 4.15 RGPD. Sobre el concepto de dato relativo a la salud, en sentido amplio TJUE 6-11-2002, C-101/01 (Lindqvist), apartado 50.

¹¹ Vid. art. 9.1 RGPD.

- El art. 9.2 g) RGPD permite el tratamiento de las categorías especiales de datos, entre ellas los datos sobre la salud, «...por razones de interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado». El elemento fundamental a destacar en este apartado para justificar el tratamiento de datos relativos a la salud (pero también el resto de las categorías especiales de datos) es la existencia de un interés público esencial, con base jurídica legal en el Derecho europeo o interno y proporcional al objetivo perseguido, lo que implica que el ordenamiento interno dispone de un ámbito de apreciación propio. Aunque «el margen de maniobra» a la hora de especificar sus normas apreciación «se extiende tanto a la determinación de las causas habilitantes para el tratamiento de datos personales especialmente protegidos –es decir, a la identificación de los fines de interés público esencial y la apreciación de la proporcionalidad del tratamiento al fin perseguido, respetando en lo esencial el derecho a la protección de datos– como al establecimiento de «medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado» [art. 9.2 g) RGPD]»¹². En términos internos la base legal que permita el tratamiento de datos debería ser una norma nacional que para alcanzar el objetivo de interés público esencial prevea el tratamiento de datos de salud, esto es, sacrifique de modo justificado y proporcional el principio del consentimiento para el tratamiento de dichos datos. De este modo el interés público esencial es el presupuesto racional habilitante que ha de contar con previsión legal, en nuestro caso orgánica¹³, por lo que el responsable del tratamiento de datos actuará en cumplimiento de una norma que además ha de respetar la proporcionalidad del tratamiento a la finalidad perseguida. Ahora bien, la mera alusión al interés público, de forma genérica, sin quedar especificado en la norma interna cuál es, no se sería suficiente para permitir el tratamiento de datos sobre la salud¹⁴. Junto a ello la

¹² STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 4.

¹³ Vid. considerando 41 RGPD. En relación con el ordenamiento español, la medida legislativa que limite el derecho fundamental, debería ser una ley orgánica que contemple el interés público que justifique prescindir del consentimiento y valore la proporcionalidad de la medida en relación con la finalidad perseguida, así como el respeto a los derechos limitados con medidas específicas de protección.

¹⁴ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 17, «...la expresión interés público como fundamento de la imposición de límites a los derechos fundamentales del art. 18.1 y 4 CE,

previsión de medidas adecuadas y concretas dirigidas a proteger los derechos del interesado resultan fundamentales para no apreciar una lesión en el derecho a la protección de datos. Y dichas medidas habrán de ser precisadas por el legislador en la norma que elabore, sin poder renunciar a ello ni delegando la regulación en norma reglamentaria ni adoptando medidas indeterminadas¹⁵. Por tanto, el Reglamento habilita a los Estados a apreciar el interés público esencial, pero les exige prever y determinar igualmente las garantías necesarias para asegurar la protección de los derechos del sujeto con el rango normativo idóneo. La falta de determinación de las garantías es por sí sola suficiente para estimar vulnerado el derecho a la protección de datos¹⁶.

Junto a este interés público esencial del art. 9.2 g), el art. 9.2 i) RGPD alude a la existencia de un interés público en el ámbito de la salud pública¹⁷, expresión relacionada con la satisfacción de fines de salud pública (Beltrán Aguirre, 2017: 114). La norma enumera situaciones que de manera objetiva representan un interés público en dicho ámbito, como son «la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezcan medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional». El considerando 52 contempla supuestos que podrían responder a la presencia de un interés público en el ámbito de la salud pública (del art. 9.2 i) RGPD), tales como «... la legislación...con fines de seguridad,

pues encierra un grado de incertidumbre aún mayor. Basta reparar en que toda actividad administrativa, en último término, persigue la salvaguardia de intereses generales, cuya consecución constituye la finalidad a la que debe servir con objetividad la Administración con arreglo al art. 103.1 CE»; STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 7.

¹⁵ STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 6. Explícitamente en el FJ 8 señala que «La previsión de las garantías adecuadas no puede deferirse a un momento posterior a la regulación legal del tratamiento de datos personales de que se trate. Las garantías adecuadas deben estar incorporadas a la propia regulación legal del tratamiento, ya sea directamente o por remisión expresa y perfectamente delimitada a fuentes externas que posean el rango normativo adecuado. Solo ese entendimiento es compatible con la doble exigencia que dimana del art. 53.1 CE para el legislador de los derechos fundamentales: la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución y el respeto del contenido esencial de dichos derechos fundamentales».

¹⁶ Sobre las garantías, STJUE (Gran Sala), de 8 de abril de 2014, Asuntos C-293/12 y C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238; STEDH Gaughran v. the United Kingdom, núm. 45245/15, 13-02-2020.

¹⁷ Vid. considerando 54 RGPD.

supervisión y alerta sanitaria, la prevención o control de enfermedades transmisibles y otras amenazas graves para la salud. Tal excepción es posible para fines en el ámbito de la salud, incluida la sanidad pública y la gestión de los servicios de asistencia sanitaria, especialmente con el fin de garantizar la calidad y rentabilidad de los procedimientos utilizados para resolver las reclamaciones de prestaciones y de servicios en el régimen del seguro de enfermedad, o con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o históricos o estadísticos». La situación de pandemia mundial ocasionada por el COVID-19 y, como consecuencia de ello la necesidad de transmitir datos relativos a la salud entre las autoridades sanitarias europeas, quedaría amparada por esta previsión. Del tenor del art. 9.2 i) RGPD se desprende que el interés público abarca también el cumplimiento de funciones administrativas y de gestión en el ámbito de la salud pública.

Por consiguiente, de la regulación de los dos preceptos puede deducirse que el tratamiento de los datos relativos a la salud es legítimo al margen del consentimiento del sujeto en los casos en que existe un interés público en tratarlos, ya sea este interés general o centrado en el campo de la salud pública, incluyendo la asistencia sanitaria, donde además la norma europea resulta ejemplificativa, pero entendemos no taxativa. La normativa europea valora la salud como un bien colectivo que ha de ser objeto de protección, bien colectivo cuya tutela se sustenta en el interés social existente en mantener un elevado nivel de seguridad sanitaria. En ambas circunstancias, en las que sea reconocible un interés público, la previsión del tratamiento ha de contemplarse en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros. En este sentido, el art. 9.2 LOPDGGD alude a la existencia de una norma con rango de ley para los apartados g), h) e i) del art. 9.2 RGPD, además de prever requisitos adicionales relativos a la seguridad y confidencialidad, previsión que queda recogida por el art. 9.4 RGPD, que incluso admite limitaciones. Adviértase que ambos preceptos, tanto el art. 9.2 g) como el apartado i) RGPD no discriminan ninguna categoría especial de datos, por lo que todos los enumerados en el apartado 1 del precepto pueden ser objeto de tratamiento al amparo de las circunstancias descritas. Por ello el responsable del tratamiento deberá ser especialmente vigilante con el cumplimiento del principio de minimización de datos, esto es, habrá de tratar solamente los datos adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los fines perseguidos (art. 5.1 c) RGPD) (Troncoso Reigada, 2018: 238).

La alusión al tratamiento de datos relacionados con la salud en beneficio individual y colectivo refleja la doble perspectiva con que debe ser observada y regulada la salud, como apuntábamos más arriba. La salud constituye un bien individual intrínseco a cada individuo y que por tanto hay que proteger de manera personal, pero incorpora también un claro matiz colectivo en cuya protección y desarrollo resultan implicados los poderes públicos, como

corresponde a un Estado social. El aspecto social de la salud no solo se refiere a la obligación de los poderes públicos de «organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios...», tal y como reza el art. 43 CE, sino también de otorgar un peso significativo a la consideración de la salud como bien social, como valor colectivo. En el campo del manejo de la información relativa a la salud esa consideración adquiere una relevancia primordial, pues en virtud de la misma los datos personales relativos a la salud de una persona pueden servir a otras finalidades más allá de la asistencia sanitaria individual. Ahora bien, el interés público en el ámbito de la salud pública del art. 9.2 i) RGPD que justifica el tratamiento de las categorías especiales de datos «no debe dar lugar a que terceros, como empresarios, compañías de seguros o entidades bancarias, traten los datos personales» (considerando 54), lo que aleja la intervención privada en el tratamiento de datos en el ámbito de la salud pública cuando medie la perspectiva del interés público (Troncoso Reigada, 2018: 242).

El tratamiento de datos relativos a la salud con base en un interés público esencial o en un interés público en el ámbito de la salud pública comparte como exigencia común la necesidad de contemplar medidas adecuadas para la protección de los derechos y libertades del sujeto, mencionando expresamente la confidencialidad en el caso del art. 9.2 i) RGPD, exigencia a la que se encuentra sometido el responsable del tratamiento de datos de salud que ha de tratar los datos con el fin de salvaguardar el interés público en dicho sector.

- El art. 9.2 h) RGPD permite el tratamiento de categorías especiales de datos (de nuevo sin distinción entre los datos del apartado 1) y entre ellos los datos sobre la salud, cuando dicho «tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3»¹⁸. Dichas garantías prevén que el tratamiento de los datos ha de realizarse por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional, o bajo su responsabilidad, o por cualquier otra persona sujeta al secreto profesional, en ambos casos, de acuerdo con el Derecho europeo, el de los Estados miembros, o de

¹⁸ Este precepto, más la referencia explícita que incluye al art. 9.3 RGPD, guarda una gran semejanza con el art. 8.3 Directiva 95/46/CE.

acuerdo a las normas establecidas por los organismos nacionales competentes (art. 9.3 RGPD) (Beltrán Aguirre 2017: 111).

Este precepto nos sitúa en el entorno del tratamiento de los datos con fines relacionados con la salud del individuo, por tanto, concebida como bien individual, tanto en el ámbito de la sanidad (atención sanitaria) como en el laboral, el tratamiento social o sanitario y en el contexto de la gestión sanitaria y social, sin distinción entre el ámbito público y el privado. El tratamiento de datos permitido en este apartado se extiende al ámbito de los servicios sociales, que de manera habitual y rutinaria han de tratar con categorías especiales de datos y encuentran excepcionada de forma expresa, y de manera racional, la recogida del consentimiento del sujeto para realizar su trabajo. No solo el tratamiento de datos por parte de los servicios sociales encuentra amparo en este precepto, sino también el tratamiento de las categorías especiales de datos para llevar a cabo la gestión de dichos servicios, tarea en la que se habrá de observar especialmente el principio de minimización de datos.

Por último, el artículo 9.2 j) RGPD levanta la prohibición para el tratamiento de las categorías especiales de datos cuando sea necesario «con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado». Este precepto hace referencia al tratamiento de los datos en las circunstancias del art. 89 RGPD y a las garantías contempladas en el artículo añade la previsión de dicho tratamiento por el Derecho interno, la proporcionalidad, el respeto al derecho a la protección de datos y el establecimiento de medidas adecuadas. La norma interna ha de recoger un tratamiento proporcional con las indicaciones expresas. El art. 89.1 recoge las condiciones del tratamiento ulterior de datos con las finalidades descritas, que no resultan incompatibles con ninguna finalidad originaria que haya legitimado el tratamiento de datos (art. 5.1.b) RGPD), ni con la conservación de los mismos más allá del cumplimiento de dichos fines (art. 5.1 e) RGPD). Ambas excepciones, en lo que a principios generales se refiere y en concreto a la finalidad, la transparencia y la conservación de los datos, otorgan un valor singular a los fines señalados en el precepto que justifican las excepciones a los principios generales. Ello concede una importancia significativa y prevalente a la investigación científica, eliminando elementos que puedan obstaculizar la consecución de sus objetivos. Ya el considerando 33 RGPD advertía sobre la imposibilidad frecuente para «determinar totalmente la finalidad del tratamiento de los datos personales con fines de investigación científica en el momento de su recogida» por lo

que insistía en la necesidad de mantener por ello un consentimiento más flexible. No obstante esta flexibilidad el GT29 aconseja al responsable, ante la imposibilidad de determinar los fines de la investigación desde el inicio, buscar otros medios para garantizar que la esencia última del consentimiento permanece, por ejemplo permitiendo «que los interesados den su consentimiento a un fin de investigación en términos más generales y a fases concretas de un proyecto de investigación que ya se conozcan desde el inicio»¹⁹; este consentimiento, sigue diciendo el GT29, debe estar en consonancia con las normas éticas aplicables a la investigación científica, que se refiere, según el GT, «a un proyecto de investigación establecido con arreglo a las correspondientes normas metodológicas y éticas relacionadas con el sector, de conformidad con prácticas adecuadas»²⁰. Adicionalmente, la investigación científica justifica otra excepción más relativa a la información que ha de suministrarse al interesado cuando los datos no se hayan recabado directamente del sujeto, en caso de imposibilidad o esfuerzo desproporcionado (art. 14.5 b) RGPD. La excepción permite la falta de cumplimiento del art. 14 RGPD en lo que respecta a los elementos de los que hay que informar al interesado, de acuerdo con el art. 14.1, 2, 3 y 4 RGPD, todo ello para no obstaculizar la investigación científica. Igualmente se puede excepcionar el derecho de oposición (art. 21.6 RGPD) si el tratamiento con fines científicos es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público.

El art. 89 RGPD alcanza tanto a la investigación científica pública como la privada, lo que se desprende de una lectura del considerando 159, al que más adelante haremos referencia. Por otra parte, el concepto de investigación científica que recoge el RGPD es un concepto amplio y solidario, amplio en cuanto a las ramas científicas a incluir y solidario en lo que se refiere en la concepción del interés social²¹.

El art. 89.1 RGPD sujeta el tratamiento de los datos con fines de investigación científica a la adopción de medidas técnicas y organizativas, en especial la minimización de los datos cuando sea necesario y no obstaculizador, además de las que recoge el art. 9.2 j) RGPD. Todas las medidas contempladas (previsión en el Derecho interno, proporcionalidad con el fin perseguido, respeto en lo fundamental al derecho a la protección de datos y adopción de las garantías adecuadas del Reglamento para la protección de los derechos y libertades del interesado) constituyen elementos de refuerzo que han de equilibrar la falta de consentimiento y la pérdida de control de los datos por parte

¹⁹ Grupo de trabajo del artículo 29, *Directrices sobre el consentimiento...*, ob. cit., pág. 32.

²⁰ Grupo de trabajo del artículo 29, *Directrices sobre el consentimiento...*, ob. cit., pág. 31.

²¹ Vid. considerandos 54, 157 y 159 RGPD.

de la persona (Recuero Linares, 2019: 36). En particular el precepto habla de medidas técnicas y organizativas, principalmente de la minimización de los datos y de la seudonimización y otras no mencionadas expresamente en este precepto, pero presentes en el Reglamento²². Esta última deberá ser la regla general para el tratamiento de los datos en este contexto, siempre que con dicha medida puedan alcanzarse los fines de la investigación, lo que deja abierta la puerta para el tratamiento de datos personales que permitan la identificación del sujeto. De la redacción del precepto se puede deducir por tanto que la utilización de datos personales es posible en el ámbito de la investigación científica, en cuyo caso las medidas técnicas y de seguridad deberán acentuarse, pues el riesgo para los derechos de los interesados será mayor. En cualquier caso, la elección de las medidas necesarias para la protección de los datos en el tratamiento con fines de investigación científica corresponde a los Estados miembros

Igualmente corresponde al derecho de los Estados miembros prever excepciones, pero no necesariamente (Mains 2017: 329) (art. 89.2 RGPD), a los derechos recogidos en los artículos 15, 16, 18 y 21, relativos al ejercicio del derecho de acceso, derecho de rectificación, derecho a la limitación del tratamiento y derecho de oposición, excepciones que habrán de ir acompañadas de las condiciones y garantías señaladas en el apartado 1 del precepto, y siempre que el ejercicio de los citados derechos pueda obstaculizar o limitar gravemente la consecución de los fines científicos. Las garantías adicionales a implementar por los Estados miembros deben valorar el riesgo que representa la investigación científica para los derechos y libertades de los sujetos participantes en ella, así como los beneficios que la investigación puede producir en la sociedad (Mains, 2017: 337). La omisión del art. 17 RGPD, que regula el derecho a la supresión (derecho al olvido), se comprende con la excepción expresa prevista en el art. 17.3 RGPD según la cual el derecho al olvido no se aplicará «por razones de interés público en el ámbito de la salud de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h), e i), y apartado 3» así como «con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera

²² Por ejemplo, «entregar la información al interesado en un plazo razonable antes de la ejecución del nuevo proyecto de investigación. Así, el interesado podrá tener conocimiento del proyecto de investigación y ejercer sus derechos previamente» (34), Directrices 03/2020 sobre el tratamiento de datos relativos a la salud con fines de investigación científica en el contexto del brote de COVID-19, adoptadas el 21 de abril de 2020, por el Comité Europeo de Protección de Datos, disponible en https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_es.pdf. pág. 9.

hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento». En lo que respecta al derecho de oposición y salvo la limitación general más arriba señalada, el art. 21.6 RGPD prevé expresamente, al igual que en el caso anterior, una excepción al el ejercicio del derecho de oposición por parte del sujeto por motivos relacionados con su situación particular en los casos de las finalidades del art. 89.1, salvo que el tratamiento de sus datos sea necesario para realizar una misión por razones de interés público, motivos que prevalecerán frente al ejercicio del derecho de oposición, limitación que no viene impuesta por el propio Reglamento. En cualquier caso, y de acuerdo con la doctrina del TJUE, la protección del derecho a la intimidad exige que «las excepciones y restricciones a la protección de datos previstas en los capítulos II, IV y VI de la Directiva 95/46, (...) se establezcan dentro de los límites de lo que resulte estrictamente necesario»²³, reforzando su carácter excepcional, a riesgo, en caso contrario, de dejar vacío de contenido el derecho fundamental a la protección de datos personales.

La regulación de la norma europea se cierra con la cláusula del art. 9.4, que permite incluir condiciones adicionales, incluso limitaciones, tal y como hemos visto, siempre y cuando añadimos nosotros, sean respetuosas con el contenido fundamental del derecho estudiado y dichas limitaciones no entorpezcan la libre circulación de dichos datos, cuestión que en el ámbito de la investigación en salud puede suponer una quiebra importante de la generalidad de los resultados de la misma.

IV.LA REGULACIÓN DE LOS TRATAMIENTOS DE DATOS RELATIVOS A LA SALUD EN LA LOPDGDD

El art. 9.2 LOPDGDD señala que los tratamientos de datos recogidos en las letras g) (interés público esencial), h) (para fines de salud, médicos o sociales, asistencia sanitaria y social), i) (interés público en el ámbito de la salud pública) y j) del art. 9.2 RGPD «fundados en Derecho español deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad. En particular, dicha norma podrá amparar el tratamiento de datos en el ámbito de la salud cuando así lo exija la gestión de los sistema y servicios de asistencia sanitaria y social, público y privada, o la ejecución de un contrato de seguro del que el afectado sea parte». La norma podrá prever el tratamiento de cualquier categoría especial de datos a los fines de salud en relación con la asistencia sanitaria y social, ya sea pública o privada o bien un contrato de seguro. La referencia que dichos apartados realizan al Derecho interno se resuelve en el

²³ STJUE (Sala Segunda), de 14 de febrero, C-345/17 (Buivids), (64), ECLI:EU:C:2019:122.

caso español con la exigencia de una norma con rango de ley prevista a su vez en una ley orgánica, con lo que puede desdibujarse la especial protección de que gozan los derechos fundamentales según el art. 53.1 CE en relación con el 81.1 CE. Si a esto añadimos la redacción de la Disposición adicional decimoséptima, la situación legislativa resulta todavía más confusa.

En efecto, la reserva de ley a la que alude el art. 9.2 LOPDGDD sobre los tratamientos de datos en el ámbito de la salud se cumple con cualquiera de las normas actuales incluidas en el elenco enumerado en la propia ley orgánica de protección de datos, que resuelve la cuestión con una disposición adicional (decimoséptima, apartado primero), de la que además se proclama explícitamente su carácter orgánico (disposición final primera), en una opción legislativa poco afortunada (De Montalvo Jääskeläinen 2019: 69), que en estos momentos solamente apuntamos, pero que puede ocasionar inconvenientes jurídicos. Por tanto, los tratamientos de datos relativos a la salud que contemplan las normas citadas se encuentran legitimados en alguna de las bases jurídicas del art. 9.2 RGPD (Recuero Linares 2018: 35). Ahora bien, dicha norma contiene una limitación respecto a la totalidad de las categorías especiales de datos, pues habla solo del tratamiento de los datos relativos a la salud y de los datos genéticos, no del resto de datos a que alude el art. 9.1 RGPD.

La enumeración de normas no constituye una lista cerrada (Troncoso Reigada, 2018: 254) y, las normas citadas o bien realizan remisiones generales a la ley de protección de datos en vigor o bien contemplan alguna particularidad de la protección de datos en el sector de la salud. Dichas remisiones a la legislación en vigor hay que entenderlas ahora hechas tanto al RGPD como a la LOPDGDD, que conforman el acervo normativo de la protección de datos junto con la legislación específica²⁴.

Así pues, en el momento actual el corpus legislativo en materia del tratamiento de los datos de la salud está compuesto por el RGPD, la LOPDGDD y las leyes sobre la salud en lo que afecte a la protección de datos, esté esto último contemplado de forma específica y sin contradicción con lo establecido en las dos normas jerárquicamente superiores –europea y española, o

²⁴ STC 76/2019, de 22 de mayo (FJ 4), aludiendo al régimen jurídico del tratamiento de datos personales relativos a las opiniones políticas señala que «Ello implica aludir al contenido tanto del RGPD como de la LOPDGDD, pues en la actualidad ambas fuentes configura conjuntamente, de forma directa o supletoria, el desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal que exigen los arts. 18.4 y 81.1 CE, dado que el art. 2.3 LOPDGDD declara la supletoriedad del RGPD y de la LOPDGDD, a falta de legislación específica, también para los tratamiento a los que el RGPD no resulte directamente aplicable por afectar a actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea».

bien regulado con remisiones a la normativa general. Esta situación jurídica dibuja un escenario de dispersión normativa y de complejidad mayor si cabe que el preexistente antes de la entrada en vigor del Reglamento europeo.

La pluralidad normativa en el ámbito de la salud y el inconveniente que ello suponía ya se puso de manifiesto durante el *iter* legislativo de la norma interna²⁵. Frente a las demandas de coordinación legislativa del momento y de la elaboración de una ley específica para el tratamiento de datos de salud en salud y en investigación, al estilo de otros ordenamientos jurídicos²⁶, la situación sectorial en el ámbito de la salud se ha resuelto con una regulación de la materia detallada a través de una disposición adicional con rango orgánico que recupera, a su vez, el conjunto normativo vigente y anterior a la entrada en vigor de la LOPDGDD y que deja sin resolver favorablemente la petición de elaborar una norma explicativa y armonizadora que aportara, en esos márgenes, seguridad jurídica y claridad en el campo de la salud.

A) El tratamiento de los datos relativos a la salud en la LOPDGDD

La disposición adicional decimoséptima contiene dos apartados. El primero de ellos afirma que «Se encuentran amparados en las letras g), h), i) y j) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 los tratamientos de datos relacionados con la salud y de datos genéticos que estén regulados en las siguientes leyes y en sus disposiciones de desarrollo»²⁷, apreciación según la cual no se permitiría el empleo del resto de categorías especiales de datos en el ámbito de la salud, aunque esta limitación podría modularse en virtud de la necesidad de tratar alguna de las categorías mencionadas con una finalidad basada en el interés público general o en el ámbito de la salud pública.

La alusión del apartado primero de la disposición adicional decimoséptima a la normativa de desarrollo de las normas expresamente mencionadas en el apartado no introduce ninguna alteración en el esquema señalado, pues aquella estará siempre sometida jerárquicamente a la norma de la que traigan causa.

B) El tratamiento de datos en investigación en salud en la LOPDGDD

El apartado 2 de la disposición adicional decimoséptima recoge los criterios para el tratamiento de los datos en investigación en salud. El texto describe diferentes escenarios en materia de investigación que quedan

²⁵ Vid. el documento de SESPAS, Beltrán Aguirre, J. L. López García, F. J., y Navarro Sánchez, C., *Protección de datos personales y secreto profesional en el ámbito de la salud: una propuesta normativa*, Barcelona 2017.

²⁶ Por ejemplo, Irlanda con la aprobación, además de la ley general de protección de datos la Health Research Regulations 2018 (Irlanda, S.I. núm. 314/2018).

²⁷ Vid. las leyes enumeradas en el precepto.

diferenciados en base a los requisitos que se han de observar con el fin de adecuarlos a lo establecido en el RGPD. Para seguir una exposición más ordenada de este apartado hemos optado por diferenciar los supuestos en los que se recaba el consentimiento del sujeto para el tratamiento de datos en investigación²⁸ de aquellos en los que no es preciso recoger el consentimiento del interesado, estando justificado dicho tratamiento al margen de aquel.

La norma contempla un consentimiento para investigación de contornos más amplios que en la normativa anterior, tanto europea como interna²⁹, pues el consentimiento reconocido ahora en las normas vigentes puede extenderse a otras finalidades distintas de la finalidad inicial, lo que modula también el aspecto general del consentimiento reconocido en el art. 4.11 RGOD referido a su carácter inequívoco. En efecto, la extensión de los límites del consentimiento hasta otras finalidades no previstas en el momento de la recogida de datos desdibuja la limitación que contemplaba un consentimiento en investigación restringido a la finalidad inicial para la que el interesado consintió explícitamente el tratamiento de datos. Esta ampliación del consentimiento supone un importante avance en el campo de la investigación, que ha visto reforzada así su vertiente social y su carácter de interés público para la sociedad. La extensión del consentimiento facilitará la labor de los investigadores, pues se verán liberados de la obligación de recabar un consentimiento explícito en las ocasiones en que la norma permite validar el consentimiento para finalidades no autorizadas al inicio.

1. *El tratamiento de datos en investigación en salud con consentimiento del interesado*

a) El consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos en investigación en salud

La disposición adicional decimoséptima, 2 a) LOPDGDD señala que «el interesado o su representante legal podrá otorgar el consentimiento para el uso de sus datos con fines de investigación en salud y en particular la biomédica». Las finalidades de la investigación pueden extenderse, dice el precepto expresamente, a «categorías relacionadas con áreas generales vinculadas a una especialidad médica o investigadora». En este apartado en el que se contempla la investigación en salud consentida por el interesado, la norma recoge un

²⁸ Informe AEPD 0073/2010, pág. 2, disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2010-0073.pdf>

²⁹ Por ejemplo, el art. 5.3 LIB prohibía expresamente la utilización de los datos relativos a la salud de la persona con fines distintos a aquellos para los que se prestó el consentimiento.

consentimiento amplio (*broad consent*) compatible con la protección de los derechos del interesado, protección que se lograría con el respeto al resto de elementos de la protección de datos, que no pueden quedar eliminados o reducidos por la presencia de un consentimiento amplio, además de poder implementar otras medidas acordes con los adelantos constantes de la tecnología. Por ejemplo, un sujeto consiente el tratamiento de sus datos para una investigación relacionada con un determinado tipo de cáncer, pudiendo luego quedar justificado, bajo este apartado, la investigación con una finalidad oncológica.

Así pues, el consentimiento puede extenderse a «categorías relacionadas con áreas generales vinculadas a una especialidad médica o investigadora», expresión que validaría el consentimiento para una investigación más general (Beltrán Aguirre, 2017: 15). Por lo demás, el consentimiento ha de cumplir el resto de los requisitos que lo definen en el art. 4.11 RGPD, esto es, ha de ser una manifestación de voluntad libre, informada, específica, característica que admite una modulación en el sentido indicado e inequívoca (consentimiento explícito).

La utilización del consentimiento para categorías relacionadas con áreas generales vinculadas a una especialidad médica o investigadora deberá ser determinada por el responsable del tratamiento, tras una valoración de la vinculación entre finalidades realizada por el profesional investigador. Por tanto, el responsable del tratamiento tendrá en cuenta el criterio del experto para señalar si existe conexión material o funcional para poder determinar la validez del consentimiento del interesado.

Por tanto, la novedad que aporta este apartado es la posibilidad de realizar investigaciones en salud a partir de un consentimiento «cuasi genérico» otorgado para investigar en relación con especialidades médicas o investigadoras generales.

Ahora bien, como decíamos más arriba, la posibilidad de utilización de los datos del sujeto para investigaciones vinculadas o conexas no exime de la obligación de cumplir con el resto de los elementos de la protección de datos, esto es, el sujeto debe ser informado en el momento de recabar el consentimiento para investigar de la aceptación de futuras investigaciones, con el fin de que el sujeto pueda conocer la eventual y legítima extensión de su consentimiento. Igualmente, en el caso de utilización real de los datos para investigaciones posteriores a la recogida del consentimiento creemos que deberá ser objeto de información, por aplicación del art. 13.3 RGPD³⁰, que prevé esta obligación con carácter general.

Por lo demás, el interesado podría ejercitar los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento, la portabilidad de los datos y el derecho

³⁰ Vid. art. 13.3 RGPD.

de oposición al tratamiento de sus datos relativos a la salud. La posibilidad del ejercicio de estos derechos resguarda el derecho a la protección de datos personales y asegura que con el ejercicio de las facultades propias de su contenido esencial se permite al sujeto seguir manteniendo el control sobre sus informaciones personales.

b) La reutilización de los datos personales con fines de investigación en materia de salud y biomédica

La reutilización de datos personales es lícita y compatible con fines de investigación en salud y biomédica cuando, según la disposición adicional decimoséptima, 2 c) LOPDGDD, el consentimiento del interesado se obtuvo para una finalidad investigadora concreta y los datos se reutilizan «para finalidades o áreas de investigación relacionadas con el área en la que se integrase científicamente el estudio inicial», aunque en este caso es obligatorio la observancia de los requisitos que señala la norma.

El precepto valida la reutilización de la información ya recogida previamente para una finalidad investigadora concreta y consentida por el interesado con las investigaciones posteriores, siempre que puedan establecerse relaciones entre ambas. El apartado apuesta, de nuevo por el consentimiento amplio como principio para no obstaculizar la investigación, pues, el precepto permite que el sujeto pueda autorizar el tratamiento de sus datos para investigaciones no previstas inicialmente, pero vinculadas con la investigación consentida³¹. Aunque este consentimiento amplio solamente autoriza el uso secundario de los datos de la investigación que han sido entregados, pero no los asistenciales (De Montalvo Jääskeläinen, 2019: 70), situación que viene a paliar el apartado d) de la norma. En el caso del apartado c), se trata de especificar el fin, pero realizando una descripción más general del mismo, aunque «buscando otras formas de garantizar los derechos de los interesados» (Recuero Linares, 2019: 29), con el objeto de no lesionar el derecho a la protección de datos dañando su contenido esencial. Aunque no toda la doctrina se muestra a favor de este consentimiento amplio por el riesgo que puede entrañar para los derechos del sujeto (De Montalvo Jääskeläinen 2019: 66), riesgos que aspiran a quedar reducidos con las garantías de refuerzo que contempla el propio apartado. La reutilización está contemplada en el RGPD como un aprovechamiento de los datos sobre la salud ya tratados con fines de investigación con consentimiento del interesado. La utilización de los datos

³¹ El consentimiento amplio se contemplaba en el Informe de la AEPD 073367/2018 sobre la interpretación de la LIB en consonancia con el RGPD. La AEPD interpretaba la existencia del consentimiento amplio en la propia ley de investigación biomédica, aunque solo para las muestras biológicas, disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/2018-0046-investigacion-biomedica.pdf>

para finalidades de investigación conexas con una inicial ha de rodearse de las garantías adecuadas.

La reutilización de los datos para varias finalidades o áreas de investigación, que guardan relación con la finalidad primera consentida por el interesado, permite extraer de la información relativa a la salud los beneficios que puedan revertir en el campo de la investigación, fomentando por tanto la revalorización de los datos sin necesidad de recabar de nuevo el consentimiento del sujeto, aunque con la condición de mantener la conexión entre finalidades. La reutilización plantea una cadena de tratamientos de datos con finalidades investigadoras, uso secundario de los datos consentidos, cuya relación con la primera investigación autorizada se puede establecer en base a varios factores, además del estrictamente médico y que habrán de ser valorados previamente por el comité de ética de la investigación.

La reutilización de la información en el área de la investigación en salud está en consonancia con la potenciación de la misma desde las instituciones europeas³² y con la apuesta por la investigación y la innovación, así como con la vertiente social de los datos y de la investigación.

En el caso del apartado segundo, letra c, de la disposición adicional decimoséptima, los responsables del estudio científico deberán cumplir además las siguientes condiciones:

1. Los responsables del estudio científico han de publicar la información del art. 13 RGPD³³ en un lugar fácilmente accesible de la página web corporativa del centro que realice la investigación o el estudio clínico, precisión esta última que contiene la norma, y si fuera necesario (en su caso) en la del promotor. Esta obligación responde a la transparencia que ha de reflejar todo tratamiento de datos (art. 5.1 a) RGPD) y que en este supuesto de reutilización de la información debe ser reforzado para seguir garantizando el derecho a la protección de datos personales y poder efectuar el control y el seguimiento de los datos relativos a la salud. La transparencia, requisito ineludible en la reutilización de los datos, facilita, además, la comprobación de la compatibilidad de las finalidades³⁴. La publicidad en los elementos que permiten dar transparencia al tratamiento constituye también una forma de demos-

³² European Commission eHealth Task Force Report- redesigning health in Europe for 2020

³³ Vid. art. 13 RGPD.

³⁴ Para el Grupo de trabajo del art. 29, «La transparencia constituye una garantía adicional cuando las circunstancias de la investigación no permiten obtener un consentimiento específico», igualmente contar con un plan integral de investigación, *Directrices sobre el consentimiento...*, ob. cit., pág. 33

- trar el cumplimiento de las obligaciones de la normativa de protección de datos por parte del responsable del tratamiento y del investigador o responsable del estudio clínico, en un caso en que el tratamiento goza de un consentimiento indirecto por parte del sujeto pero válido.
2. Los responsables deben notificar la existencia de esta información por procedimientos electrónicos a los afectados, o si carecen de medios electrónicos deberán ser comunicados de otro modo, a solicitud de aquellos.

En la investigación que proceda a la reutilización de los datos se requerirá un informe previo favorable del comité de ética de investigación³⁵, labor que otorga a estos órganos un papel fundamental (Beltrán Aguirre, 2017: 34). El comité de ética de investigación deberá comprobar que el tratamiento de datos cumple todos los requisitos establecidos por el RGPD para el tratamiento de la información personal y ajustará su actuación a lo establecido en el art. 12 de la Ley 14/2007 de investigación biomédica, donde se describen las funciones que dichos comités han de cumplir, en dicho ámbito (De Lecuona 2011). No obstante esta regulación, sería deseable establecer pautas de actuación consensuadas para orientar las decisiones de los comités de ética de la investigación en lo que a protección de datos se refiere.

Al comité de ética de la investigación, aunque nada diga de manera explícita la norma de protección de datos y de acuerdo con la Ley 14/2007, se debe comunicar la información que ha publicarse, demostrar que se garantizará la exigencia de la transparencia a través de la página web y que se cumplen el resto de los requisitos que contempla el precepto señalado. Lo más acorde para cumplir con el principio de transparencia (art. 5.1 a) RGPD) ante el comité de ética de la investigación sería mostrar un borrador de la página web lo más explícito posible, así como la forma alternativa de comunicar la información a los interesados en caso de no disponer de medios electrónicos para conocerla. Se deberá justificar que la finalidad de la utilización de los datos es efectuar una investigación en materia de salud y biomédica relacionada con la originariamente consentida, lo que demostraría el interés científico y social del estudio. Desde el punto de vista subjetivo, el responsable del estudio deberá acreditar su habilitación para realizar la actividad investigadora, aspecto que deberá concretarse de manera clara pues, a diferencia del apartado d) que habla de equipo investigador, en este supuesto se habla de responsables, web corporativa del centro donde se realice la investigación o estudio y promotor, términos que habrá que concretar para aclarar qué

³⁵ Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, en relación con los comités éticos de investigación.

instituciones o centros se pueden incluir o descartar dentro de este apartado³⁶. Con esta transmisión de información al comité de ética de la investigación se facilita el cumplimiento de las funciones que le atribuye el art. 12.2 de la Ley 14/2007, de investigación biomédica, de «evaluación de la cualificación del investigador principal y la del equipo investigador, así como la factibilidad del proyecto»³⁷.

Por otro lado, el comité de ética de investigación podría realizar una labor fiscalizadora con el fin de verificar la observancia de las exigencias legales de la investigación a través de controles periódicos que le permitan comprobar igualmente la eficacia de las medidas de seguridad implementadas.

La norma analizada habla de la utilización de datos personales, aunque ello no impide que el comité de ética de la investigación pueda emitir el informe favorable para la investigación utilizando datos seudonimizados (Beltrán Aguirre, 2017: 123). La utilización de datos seudonimizados debería ser la regla general y sobre todo si se apreciara la existencia de una previsible amenaza para los derechos de los afectados en caso de utilizar datos identificativos. Por otra parte, el precepto no distingue entre investigación privada y la desarrollada por las autoridades públicas, con lo que *a priori*, el precepto no descarta la entrada de la investigación privada en este tipo de tratamiento de datos. La alusión al promotor para referirse a la investigación refuerza la posibilidad de acceso de la investigación privada.

En cuanto al consentimiento, ha de preverse la posibilidad de que el sujeto se oponga a la reutilización de sus datos para sucesivas finalidades de investigación. Por tanto, en la información que ha de hacerse visible en la página web del centro o que se envía por correo ha de quedar especialmente clara la forma de ejercitar los derechos por parte de los interesados y dentro de ellos el derecho de oposición al tratamiento. La falta de información acerca del ejercicio de los derechos o la falta de claridad pueden ser interpretadas como una lesión en el núcleo fundamental del derecho a la protección de datos y por tanto una vulneración del derecho mismo³⁸.

³⁶ Vid. art. 12.2 Ley 14/2007.

³⁷ Vid. Recomendaciones del Comité de Bioética de España con relación al impulso e implantación de buenas prácticas científicas en España, (2010), disponible en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/buenas_practicas_cientificas_cbe_2011. Al hilo de las mismas, y de forma más reciente el Instituto de Salud Carlos III ha elaborado el Código de Buenas Prácticas Científicas. Instituto de Salud Carlos III, disponible https://www.isciii.es/QueHacemos/Servicios/ComitesEtica/CEI/Documents/2019-CODIGO%20DE%20BUENAS%20PRACTICAS%20CIENTIFICAS_%20SGITCMR-04,%20Ed%2004.pdf.

³⁸ STJUE (Sala Segunda) de 20 de diciembre 2017, Peter Nowak v. Data Protection Commissioner, Asunto C-434/16, ECLI:EU:C:2017:994.

En relación con la reutilización con fines de investigación en materia de salud y biomédica de datos personales recogidos antes de la entrada en vigor de la LOPDGDD, la disposición transitoria sexta señala que «se considera lícita y compatible la reutilización con fines de investigación en salud y biomédica de datos personales recogidos lícitamente con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley orgánica cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que dichos datos personales se utilicen para la finalidad concreta para la que se hubiera prestado el consentimiento.
- b) Que, habiéndose obtenido el consentimiento para una finalidad concreta, se utilicen tales datos para finalidades o áreas de investigación relacionadas con la especialidad médica o investigadora en la que se integrase científicamente el estudio inicial», condición que continua con la política de la legislación en vigor de contemplar un consentimiento amplio que permita hacerlo extensible a otras investigaciones conexas con la inicial.

2. *El tratamiento de datos en investigación en salud sin consentimiento del interesado*

El resto de los supuestos que contempla el precepto prevén el tratamiento de los datos en investigación en salud al margen del consentimiento del interesado, por lo que establecen garantías adicionales para que el tratamiento de los datos se realice con arreglo a la legislación en vigor.

- a) La investigación en casos de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública

El primer supuesto de tratamiento de datos en investigación en salud sin consentimiento del interesado se recoge en la disposición adicional decimoséptima, apartado 2 b) LOPDGDD, según el cual «Las autoridades sanitarias e instituciones públicas con competencia en vigilancia de la salud pública podrán llevar a cabo estudios científicos sin el consentimiento de los afectados en situaciones de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública». El precepto contempla dos presupuestos habilitadores fundamentales y al tiempo limitativos. El primero de ellos hace alusión al contexto material en el que cabe aplicar dicha excepción, esto es, cabe un tratamiento de datos relativos a la salud sin consentimiento para realizar un estudio científico en situaciones de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública. En segundo lugar, la norma señala al sujeto legitimado para actuar legítimamente en dichas circunstancias. Los sujetos autorizados para desarrollar dicha investigación han de ser las instituciones públicas y autoridades

sanitarias con competencia en vigilancia en salud pública, con lo que queda descartada la intervención privada.

En cuanto al contexto material, la norma contempla que el tratamiento de datos al margen del consentimiento para realizar un estudio científico es legítimo en circunstancias de excepcional relevancia y gravedad, siempre y cuando sea realizado por los sujetos que señala la norma (un interés público en el ámbito de la salud pública del art. 9.2 i) RGPD, cabría dentro de este supuesto, al amparo de la excepcional relevancia, como una alerta sanitaria, enfermedades transmisibles, pero también un estudio realizado en interés público en el ámbito de la salud pública. Ejemplo de la situación que ampararía el precepto es el tratamiento de datos relativos a la salud como consecuencia de la alerta sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19)³⁹. En este caso, en el que no es requisito necesario para legitimar el tratamiento la recogida previa del consentimiento tampoco existe limitación en cuanto al tratamiento de datos identificativos, justificada esta circunstancia en atención a la excepcionalidad del caso.

Las circunstancias de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública parecen ajenas a la actuación rutinaria de la actividad de vigilancia en salud pública que no pueda calificarse bajo dichas condiciones. Sin embargo, como ha señalado la AEPD⁴⁰ arrojando quizá algo de incertidumbre a la precisión del precepto, corresponde a las instituciones con competencia en vigilancia epidemiológica determinar cuándo concurren las circunstancias de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública, presupuestos materiales que han de darse para poder realizar un estudio científico sin el consentimiento del interesado. El informe de la AEPD no parece concluyente en lo que atañe a la precisión de esas circunstancias, que equipara con las alusiones contenidas en la Ley 33/2001, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en relación con el tratamiento de datos relacionados con la salud sin consentimiento, así como su cesión a otras Administraciones sanitarias cuando sea estrictamente necesario para la tutela de la salud de la población o para tomar decisiones en salud pública. Desde luego el empleo de los calificativos referidos no parece situarnos en un escenario que contemple la utilización de los datos para efectuar estudios científicos en todo tipo de situaciones, sino solo en aquellas que puedan ser clasificadas de excepcional relevancia y gravedad, aunque la alusión al papel de las autoridades sanitarias competentes para la apreciación de dichas circunstancias podría sortear en algunos casos la más que aparente restricción que contempla el precepto. La interpretación en

³⁹ Vid. *las Directrices 03/2020 sobre el tratamiento de datos sobre la salud con fines de investigación científica...*, ob. cit., disponible en https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_es.pdf

⁴⁰ Informe AEPD <https://www.aepd.es/es/documento/2018-0121.pdf>, pág. 7.

el sentido literal y por tanto más estricta del artículo obligaría a recabar el consentimiento del sujeto en las circunstancias normales de trabajo de las instituciones con competencias en la vigilancia epidemiológica, lo que dificultaría su labor.

Junto a ello, y a nuestro modo de ver, el precepto incorpora el término «estudio científico», a diferencia del resto de supuestos en la norma en los que se habla de «investigación en salud», lo que sin duda resulta intencionado por parte del legislador y con ánimo de introducir alguna diferencia con el resto de las investigaciones reguladas. Ya aludimos en su momento a la similitud entre los términos estudios e investigación para hacer referencia a la investigación en el campo de la epidemiología y concluir que la similitud entre los términos hacía referencia tanto a la actividad rutinaria de la vigilancia en salud pública como a la actividad más propiamente científica (Serrano Pérez, 2017: 24). A nuestro modo de ver, la utilización del término «estudios científicos» solamente podría entenderse en el sentido señalado. Esto es, la actividad de vigilancia en salud pública, tanto si realiza actividad epidemiológica rutinaria como investigación de carácter científico no requiere recabar el consentimiento del interesado en los casos de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública, circunstancias que habrán de ser valoradas por las autoridades correspondientes con la racionalidad suficiente como para reconocer en dichos supuestos la labor habitual de la epidemiología, que quedaría englobada bajo el concepto de estudios científicos. Aunque de la utilización del término estudios científicos parezca deducirse otra intención en el precepto señalado.

Junto a la limitación objetiva relativa a las circunstancias contextuales, el precepto recoge una limitación subjetiva al restringir la realización de los estudios científicos a las autoridades sanitarias e instituciones públicas con competencia en vigilancia de la salud pública. Las autoridades con competencia en vigilancia en salud pública, según la LGSP, incluye a la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y la administración local en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 13.1 LGSP). La cohesión y calidad de los diferentes sistemas de vigilancia en salud pública corresponde al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (art. 13.2 LGSP), mientras que la coordinación de los sistemas de vigilancia se deja en manos de la Red de Vigilancia en Salud Pública (art. 13.2 LGSP).

b) La investigación en salud con datos seudonimizados

La disposición adicional decimoséptima, apartado 2 letra d) LOPDGDD, considera lícito «el uso de los datos personales seudonimizados con fines de investigación en salud y en particular biomédica» al margen del consentimiento, cabe entender, siempre que exista una separación técnica y funcional entre el equipo de investigadores y los sujetos que realicen la

seudonimización y custodien la información que permita la reidentificación⁴¹. Esta condición presupone que el equipo investigador habrá de solicitar los datos al sujeto o a los sujetos que conservan la información. La seudonimización de los datos tiene como finalidad salvaguardar la intimidad y los derechos del sujeto, pero preservando la posibilidad de volver a conectar la información con el sujeto al que se refiere, circunstancia racional en el campo de la salud.

En este supuesto nos encontramos ante la utilización de datos seudonimizados⁴² para realizar una investigación en salud sin que el paciente hubiera consentido previamente ninguna otra investigación, situación que extiende el uso secundario de los datos del sujeto hasta alcanzar también a los asistenciales, protegidos bajo la fórmula de la seudonimización (De Montalvo Jääskeläinen 2019: 70). Resulta oportuno recordar en este punto que los datos seudonimizados siguen siendo objeto de protección de las normas sobre protección de datos, pues dada su capacidad potencial para reidentificar al sujeto no han perdido su facultad de lesionar los derechos de los individuos, por lo cual, el tratamiento de dichos datos ha de ajustarse a la normativa de protección de datos en vigor. Puede ser el caso de datos recabados para otros fines relacionados con la salud, por ejemplo, tratamiento sanitario y asistencial, y sobre los que recae una petición de utilización con fines de investigación por parte de un equipo de investigadores cuya investigación puede alcanzar su finalidad con datos seudonimizados. Al conjunto de investigadores se facilitarían solamente la serie de datos ya separados de la información que permite ligarla a un sujeto identificado o identificable, mientras que los responsables de la administración sanitaria quedan en posesión de los datos que identifican al sujeto con su estado de salud.

Cabe una segunda posibilidad dentro de esta utilización lícita de los datos seudonimizados con fines en investigación en salud pública y consiste en la facultad de acceder a los datos seudonimizados por parte de los investigadores cuando: a) existe un compromiso expreso de confidencialidad y de no realizar ninguna actividad de reidentificación; b) se adopten medidas de seguridad específicas para evitar la reidentificación y el acceso de terceros no autorizados. Habría que entender que se ha de evitar la reidentificación utilizando cualquier fuente de información, no solo la puramente sanitaria (Miralles López, 2017: 8).

La previsión que contempla la norma de permitir el acceso a la información complementaria de los datos por parte de los investigadores nos hace

⁴¹ Orientaciones y garantía en los procedimientos de anonimización de datos personales, AEPD, 2016, disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-orientaciones-procedimientos-anonimizacion.pdf>

⁴² Art. 4.5 RGPD.

pensar solamente en la imposibilidad de alcanzar los objetivos de la investigación o bien finalizarla de modo sesgado con los datos seudonimizados (tal y como prevé el art. 89.1 RGPD). Dentro de las medidas específicas que han de adoptarse para evitar la reidentificación y el acceso de terceros no autorizados, el art. 32 RGPD recoge, además de la seudonimización que en este caso quedaría asegurada, medidas tendentes a garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento, la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente, procesos de verificación, evaluación y valoración regulares de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas incorporadas.

Como complemento a este apartado, la disposición adicional decimoséptima, apartado 2 g) prevé que la utilización de datos seudonimizados con fines de investigación en salud pública deberá someterse al informe previo del comité de ética de la investigación que esté previsto en la normativa sectorial. El sometimiento al comité es obligatorio, y aunque la norma no lo diga, el informe deberá ser vinculante, pues en caso contrario carecería de sentido solicitar su parecer. Sin ninguna previsión expresa es de suponer que el comité de ética de investigación podrá ser el órgano encargado de valorar la solicitud de reidentificación que prevé el apartado en casos excepcionales. También resulta lógico pensar que tras el informe favorable del comité ético de investigación en relación con la utilización de datos seudonimizados sin consentimiento del interesado, se procederá a la solicitud de los datos a la institución que conserva los datos y que los entregará al equipo investigador.

La norma prevé una excepción a la reidentificación cuando realizando la investigación con datos seudonimizados se advierta que existe un peligro real y concreto para la seguridad o salud de una persona o conjunto de personas, o una amenaza grave para sus derechos, o bien si la reidentificación resulta necesaria para garantizar una adecuada asistencia sanitaria. La apreciación de las circunstancias que recoge el precepto corresponde al equipo investigador, que será quien deberá solicitar la reidentificación de los datos y, aunque no lo diga el texto, justificar dicha petición al amparo de la disposición adicional decimoséptima, apartado 2 d) LOPDGDD. La petición de reidentificación entendemos que debería ser valorada por el comité de ética de la investigación.

3. Las excepciones al ejercicio de los derechos en el ámbito de la investigación en salud

La disposición adicional decimoséptima, apartado 2 e) LOPDGDD regula, junto con la letra f), el tratamiento de los datos en investigación en salud en el contexto del art. 89 RGPD (previsto en el art. 9.2 j) RGPD). A

estos efectos es preciso recordar que los fines contemplados en el art. 89.1 RGPD no constituyen fines incompatibles (art. 5.1 b) RGPD) con ninguna otra finalidad informada y por tanto consentida por el sujeto, lo que concilia la utilización ulterior de los datos personales para investigación científica con independencia de la finalidad que motivó su recogida, aunque con las garantías que señalen las normas en vigor. Del mismo modo, la prolongación de la vida de los datos de forma que puedan identificar al sujeto, sometida también al principio de cumplimiento de la finalidad, queda excepcionada al amparo de los fines del art. 89.2 RGPD (art. 5.1 e) RGPD).

El art. 89.1 RGPD contempla la utilización ulterior y necesaria de los datos personales con fines de investigación científica. Dicha utilización ulterior debe estar sujeta a garantías adecuadas con el fin de preservar los derechos y libertades de los interesados (art. 89.1 RGPD)⁴³. Aunque ya hemos hablado de este artículo en un apartado anterior, insistimos ahora que las garantías a que se refiere pueden consistir en medidas técnicas y organizativas que aseguren la observancia del principio de minimización y pueden incluir la seudonimización, siempre que con dicha técnica el responsable del tratamiento haya valorado que se pueden alcanzar los fines de la investigación científica, por lo que la seudonimización no es exigible de modo absoluto y queda sometida al cumplimiento de los fines perseguidos (Álvarez Rigaudia, 2019: 751).

El apartado 2 de la disposición adicional decimoséptima, letra e), LOPD-GDD regula las circunstancias en las que podrán ser objeto de excepción los derechos de los interesados previstos en los artículos 15, 16, 18 y 21 del RGPD. Las limitaciones encuentran su justificación cuando el ejercicio de los citados derechos pueda imposibilitar u obstaculizar «gravemente el logro de los fines científicos y cuando esas excepciones sean necesarias para alcanzar esos fines». Los derechos a que hace referencia el precepto del Reglamento son el derecho de acceso, el derecho de rectificación, el derecho a la limitación del tratamiento y el derecho de oposición respectivamente⁴⁴. Las circunstancias que contempla la norma orgánica son: 1) si los derechos se ejercen directamente ante los investigadores o centros de investigación que utilicen datos anonimizados o seudonimizados. En el primer caso, esto es,

⁴³ Se deben aplicar también medidas de protección desde el diseño y por defecto. En este sentido vid. *Directrices 4/2019 del Comité Europeo de Protección de Datos, sobre la protección de los datos desde el diseño y por defecto*, de 13 de noviembre de 2019, disponible en https://edpb.europa.eu/our-worktools/public-consultations-art-704/2019/guidelines-42019-article-25-data-protection-design_es, así como la de la AEPD Guía de Protección de datos por defecto, octubre 2020 disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-10/guia-proteccion-datos-por-defecto.pdf>

⁴⁴ Vid. considerando 156 RGPD.

con datos anonimizados no tiene sentido el ejercicio de los derechos (Troncoso Reigada, 2018: 260), pues no existe derecho a la protección de datos que tutelar, por tanto, más que limitar el ejercicio de los derechos que menciona el precepto podríamos hablar de su denegación. En el caso del ejercicio de los derechos si se utilizan datos seudonimizados cabría la posibilidad de reidentificar al interesado que ejerce el derecho ante los investigadores, en el caso de que estos dispusieran de la información personal. Pero si la seudonimización se ha realizado con las garantías adecuadas, la reidentificación ha de resultar muy dificultosa. Recuérdesse que la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos ha de estar justificada en la probabilidad de que el ejercicio de los citados derechos pueda impedir o dificultar gravemente la consecución de los fines de la investigación y las excepciones sean necesarias para alcanzar esos fines; 2) cuando el ejercicio de los derechos se refiera a los resultados de la investigación, resultado, por tanto, que no podrá ser materia de acceso, rectificación, limitación u oposición al tratamiento; 3) si la investigación tiene «por objeto un interés público esencial relacionado con la seguridad del Estado, la defensa, la seguridad pública u otros objetivos importantes de interés público general, siempre que en este último caso la excepción esté expresamente recogida por una norma con rango de Ley». Será por tanto una norma la que prevea la imposibilidad de ejercitar los derechos en las circunstancias previstas, cuya protección goza de prevalencia frente al derecho a la protección de datos.

4. *Los requisitos y garantías en el ámbito de la investigación científica*

Por último, el apartado 2 f), disposición adicional decimoséptima LOPD-GDD, establece las garantías que ha de reunir un tratamiento de datos, de acuerdo a lo previsto en el art. 89 RGPD con fines de investigación en salud pública, (estudios realizados en este ámbito) y en especial la biomédica. El precepto especifica las medidas adecuadas a las que alude el Reglamento y que han de quedar recogidas de forma explícita en el Derecho Interno, correspondiendo al legislador establecer «las garantías adecuadas de tipo técnico, organizativo y procedimental que prevengan los riesgos de distinta probabilidad y mitiguen sus efectos, pues solo así se puede procurar el respeto al contenido esencial del propio derecho», (la protección de datos)⁴⁵. En con-

⁴⁵ En este sentido y en general para todas las garantías hay que señalar que «El nivel y la naturaleza de las garantías adecuadas no se pueden determinar de una vez para todas, pues, por un lado, deben revisarse y actualizarse cuando sea necesario y, por otro lado, el principio de proporcionalidad obliga a verificar si, con el desarrollo de la tecnología, aparecen posibilidades de tratamiento que resultan menos intrusivas o potencialmente menos peligrosas para los derechos fundamentales, STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 6.

creto la ley señala como medidas de garantía adecuadas: a: 1) realizar una evaluación de impacto⁴⁶ que establezca los riesgos derivados del tratamiento de datos en los supuestos previstos en el art. 35 RGPD o en los establecidos por la autoridad de control. Particularmente esta evaluación ha de contemplar los riesgos de reidentificación existentes que deriven de la seudonimización o anonimización de los datos; 2) supeditar la investigación científica a las normas de calidad, y si las hay, a las directrices internacionales sobre la buena práctica clínica; 3) adoptar medidas dirigidas a garantizar que los investigadores no tienen acceso a datos de identificación de los interesados. Hay que interpretar que se trata de medidas técnicas que impidan accesos no autorizados; 4) nombrar un representante legal establecido en la UE, de acuerdo con el art. 74 Reglamento (UE) 536/2014, si el promotor del ensayo clínico no está establecido en la UE. Este representante podrá coincidir con el que recoge el art. 27.1 RGPD.

La evaluación de impacto resulta obligatoria en este tipo de tratamiento de datos, según el art. 35.3 b) RGPD, por utilizar en la investigación categorías especiales de datos de los contemplados en el art. 9.1 RGPD, que incluye los datos relativos a la salud y datos genéticos. La evaluación de impacto tiene un contenido mínimo ineludible, según el art. 35.7 RGPD, al que hay que sumar, a criterio de la norma española, los riesgos de reidentificación vinculados a la anonimización o seudonimización. No parece aquí muy atinado el precepto pues la anonimización es definitiva en cuanto a la imposibilidad de reidentificar al sujeto cuyos datos se han anonimizado (de hecho, los datos anonimizados son irrelevantes a efectos de la aplicación de las leyes de protección de datos), por lo que solo cabe entender que la alusión a los riesgos de reidentificación se refieren de forma exclusiva a los procesos de seudonimización. El contenido mínimo a que alude el art. 35.7 RGPD contempla los siguientes elementos: a) una descripción sistemática de las operaciones de tratamientos previstas y de los fines del tratamiento, incluyendo, cuando proceda, el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento; b) una evaluación de la necesidad y de la proporcionalidad de las operaciones del tratamiento que se han previsto en relación con la finalidad del mismo, con el fin de establecer la proporcionalidad entre ambas; c) una evaluación de los riesgos que el tratamiento entraña para los derechos y libertades de los interesados; d) las medidas previstas para hacer frente a los riesgos detectados, lo que incluye garantías, medida de seguridad y mecanismos que protejan los datos personales, demostrando su conformidad con el RGPD.

⁴⁶ *Guía práctica para las evaluaciones de impacto en la protección de los datos sujetas al RGPD*, AEPD, disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-evaluaciones-de-impacto-rgpd.pdf>

Con carácter previo a la elaboración de la evaluación de impacto habrá que realizar un análisis de riesgo⁴⁷, con el fin de detectar las eventuales amenazas que puedan existir para los derechos y libertades del interesado, e intentar reducir el riesgo a fin de proteger el núcleo esencial del derecho a la protección de datos personales.

En lo que se refiere a las normas de calidad internacionales y a las directrices internacionales sobre buena práctica clínica, el documento Pautas éticas internacionales para la investigación relacionada con la salud con seres humanos⁴⁸ contiene un apartado específico sobre cómo actuar en la «recolección, almacenamiento y uso de datos en una investigación relacionada con la salud». Troncoso señala que con dicha previsión legal «el sometimiento de la investigación científica a las normas de calidad y a las directrices de buena práctica clínica pasa de ser una buena práctica de calidad a una exigencia adicional contenida en una norma», que además es una Ley orgánica (Troncoso Reigada, 2018: 261). Lo cierto es que la referencia a criterios éticos internacionales aporta una visión global de la investigación, enmarcándose en un contexto de información compartida y resultados sometidos a estándares comunes, aunque esta globalización de condiciones para la investigación en el espacio europeo ya queda garantizada por el Reglamento en virtud de su aplicación directa y alcance general.

V. LA MODIFICACIÓN DEL ART. 16 LEY 41/2002

Por último, la Disposición final novena modifica el apartado 3 del artículo 16 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y añade la posibilidad de ante una situación de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública se podrán llevar a cabo estudios científicos por parte de las autoridades sanitarias con competencia en vigilancia de la salud pública, accediendo a los datos identificativos de los pacientes de las historias clínicas sin su consentimiento, lo que resulta absolutamente razonable y necesario en virtud de la excepcionalidad de la situación.

⁴⁷ *Guía práctica de análisis de riesgos en los tratamientos de datos personales sujetos al RGPD*, disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-analisis-de-riesgos-rgpd.pdf>

⁴⁸ Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) en colaboración con la Organización Mundial de la Salud (OMS). Disponible en https://cioms.ch/wp-content/uploads/2017/12/CIOMS-EthicalGuideline_SP_INTERIOR-FINAL.pdf, págs. 51 y ss.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ADSUARA VALERA, B., *El consentimiento, Reglamento General de Protección de Datos*, Reus, Barcelona 2016.
- ÁLVAREZ RIGAUDIA, C., Tratamiento de datos con fines de investigación científica y/o médica, *Tratado de Protección de datos. Actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, Rallo Lombarte, A., (dir.) Tirant lo blanch, Valencia 2019.
- POLO ROCA, A., «El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado», *Revista de Derecho Político*, núm. 108, mayo agosto 2020, págs. 165-193.
- ARENAS RAMIRO, M., y ORTEGA GIMÉNEZ, A., (dirs.), *Protección de Datos. Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales*, Sepin, Madrid 2019.
- AZURMENDI, A., «Por un «derecho al olvido» para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del TJUE del caso Google Spain y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29.12.2014», *Revista de Derecho Político*, núm. 92, enero-abril 2015, pp. 273-310.
- BELTRÁN AGUIRRE, J. L., Tratamiento de datos personales de salud: incidencia del Reglamento General de Protección de Datos, Pérez Gálvez, J. F. (dir.), *Salud electrónica. Perspectiva y realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017
- COBACHO LÓPEZ, Á., «Reflexiones en torno a la última actualización del derecho al olvido digital», *Revista de Derecho Político*, núm. 104, enero abril 2019, pp. 197-227.
- DE LECUONA, I., *Los Comités de Ética como mecanismos de protección en investigación biomédica: análisis del Régimen Jurídico Español*, Civitas, Navarra 2011.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «Una reflexión desde la teoría de los derechos fundamentales sobre el uso secundario de los datos de salud en el marco de Big Data», *Revista de Derecho Político*, núm. 106, septiembre-diciembre 2019, págs. 43-75.
- GONZÁLEZ MURÚA, A. R., Artículo 8: protección de los datos de carácter personal en J. I. Ugartemendia Eceizabarrena, S. García Vázquez y J. Goizueta Vértiz (dirs.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- LÓPEZ CASTILLO, A., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, López Castillo, A. (dir.), tirant lo blanch, Valencia, 2019.
- LÓPEZ PORTAS, M. B., «La Configuración Jurídica del Derecho al Olvido en el Derecho Español a tenor de la doctrina del TJUE», *Revista de Derecho Político*, núm. 93, mayo-agosto, 2015, pp. 143-175.
- LUCAS MURILLO, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid 1990.
- «La protección de los datos de carácter personal en el horizonte de 2010», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá II, 2009, pp. 131-142.
- «La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 19-20, mayo diciembre 2003, pp. 27-44.

- MAINS, M. L., «The processing of personal data in the context of scientific research: the new regime under the EU-GDPR». *BioLaw Journal*, Trento: University of Trento, n^o 3, 2017, p. 329, disponible en <http://revista.biodiritto.org/ojs/index.php?journal=biolaw&page=article&op=view&path%5B%5D=259&path%5B%5D=202>.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., «Artículo 8. Protección de datos de carácter personal», *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea. Diez años de jurisprudencia*, López Castillo, A. (dir.), Tirant lo blanch, Valencia 2019, pp. 219-260
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Cívitas, Madrid 2004.
- MIRALLES LÓPEZ, R., «Desvinculando datos personales: seudonimización, desidentificación y anonimización», *Informática y Salud*, 122 (abril 2017), pp. 7-9.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., *Reglamento General de Protección de Datos*, Reus, Barcelona 2016.
- RALLO LOMBARTE, A, *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019.
- «De la <<libertad informática>> a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, septiembre, diciembre 2017, UNED, pp. 639-699.
- El derecho al olvido en Internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2014.
- «El nuevo derecho a la protección de datos personales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 39, núm. 116, mayo-agosto, 2019, pp. 45-74.
- REBOLLO DELGADO, L., y SERRANO PEREZ, M^a M., *Manual de Protección de datos*, 3^a ed. Dykinson, Madrid 2019.
- RECUERO LINARES, M., *La investigación científica con datos personales genéticos y datos relativos a la salud: perspectiva europea ante el desafío globalizado*, Madrid 2019, disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/premio-2019-emilio-aced-accesit-mikel-recuero.pdf>
- SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., «Los fundamentos del <<progreso informático>> en la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 98, enero-abril 2017, pp. 335-368.
- SERRANO PÉREZ, M. M., «La STEDH de 13-02-2020. Los límites del tratamiento de datos biométricos de personas condenadas en relación con la protección del art. 8 CEDH», *LA LEY. Privacidad* Número 4, abril-junio 2020, Wolters Kluwer, págs. 1-7.
- SERRANO PÉREZ, M. M., SÁNCHEZ NAVARRO, C., y ZURRIAGA LLORENS, O., «A modo de reflexión y crítica en torno a la propuesta de reglamento europeo de protección de datos y algunas de las enmiendas presentadas en relación con la epidemiología y la salud», en *Derecho y Salud*, vol. 23, extraordinario, 2013, pp. 292-293
- TRONCOSO REIGADA, A., «Investigación, salud pública y asistencia sanitaria en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión europea y en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 49, 2018, pp. 187-266.
- ZABÍA DE LA MATA, J., (coord.), *Protección de datos. Comentarios al Reglamento*, 1^a ed., Lex Nova, Valladolid, 2008.

DE HOMBRES DEL REINO A REPÚBLICA DE
HOMBRES. COLECTIVIZACIÓN, COMUNIDAD Y
PODER EN HARRINGTON Y BABEUF

*From men of the kingdom to a republic of men.
Collectivization, community and power in Harrington and
Babeuf*

Luis Sánchez Quiñones
Abogado
luissanchezquinones@hotmail.com

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp293-321](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp293-321)

Recibido: 05.12.2020
Aceptado: 21.12.2020

Resumen

El pensamiento utópico ha sido una constante en la formulación de los movimientos políticos así como en la configuración de los derechos individuales. Las revoluciones de los siglos XVII y XVIII ofrecieron notables ejemplos de sociedades articuladas a través de ideas elevadas en las que la redistribución de la riqueza y una mayor participación política eran signo común. Sin embargo, esas aparentes coincidencias escondían diferencias de planteamiento y de concepción, como exponemos en el análisis de las ideas de James Harrington y Gracchus Babeuf.

Palabras Clave

Sociedad, propiedad, religión y colectividad.

Abstract

Utopian thinking has been a constant in the formulation of political movements as well as in the shaping of individual rights. The revolutions of the seventeenth and eighteenth centuries offered notable examples of societies articulated through lofty

ideas in which the redistribution of wealth and greater political participation were a common sign. However, these apparent coincidences concealed differences in approach and conception, as we show in the analysis of the ideas of James Harrington and Gracchus Babeuf.

Keywords

Society, property, religion and community.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA REPÚBLICA DE OCEANA. *DIGGERS, COMMONWEALTH* Y *SIÓN*. 1. *Diggers y Winstanley*. 2. *Harrington y el republicanismo religioso*. III. EL RESURGIMIENTO DE LA SOBERANÍA POPULAR. MORELLY, CATASTRO, ACCIÓN POLÍTICA Y EL TRIBUNO DE LA PLEBE. IV. HOMBRES DEL REINO. REPÚBLICA DE HOMBRES. V. PROPIEDAD: ESCLAVITUD Y PODER. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCIÓN

El carácter utópico de las formas de gobierno ha sido objeto de constante formulación a lo largo de la historia. Sin embargo entre los siglos XVII y XIX el interés por configurar la estructura de gobierno lo más perfecta posible, despertó un interés inusitado al amparo de los distintos procesos políticos y revolucionarios que se fueron sucediendo.

Inglaterra y Francia no fueron ajenas a dichos experimentos. Dos de los principales exponentes de dichos intentos los encontramos en las obras de James Harrington y Gracchus Babeuf que bosquejaron dos formas de gobierno que aspiraban a una mayor participación del individuo en la acción legislativa en el marco de una república de corte popular. Sin embargo, esa participación popular que desarrollaron ambos no fue idéntica, escindiéndose en dos líneas diferentes: una república agraria y popular de corte liberal con fuerte influencia religiosa y que excluía a la monarquía bajo el prisma de Harrington y una república popular y colectivista en el caso de Babeuf que ha sido considerada por muchos autores (Maillard 1994, 93-96)¹ como precursora del comunismo (Harkins, 1990-1991, 433)².

Abordaremos aquí las líneas generales de esas formas de gobierno y la incidencia que el pensamiento de Harrington tuvo sobre el de Babeuf, así como la posible vigencia que ambas estructuras políticas tendrían en el día de hoy.

¹ Algunos autores fechan el nacimiento del comunismo en París a partir del año 1830, enlazando la publicación del libro de Buonarroti *La Conjura de los Iguales* en el que hablaba de su experiencia personal vivida con Babeuf y las posteriores revoluciones que tendrían lugar a partir de ese mismo año. Esa rehabilitación sirvió para que a partir de 1840 se identificase plenamente el pensamiento de Babeuf con los incipientes movimientos comunistas que se produjeron a partir de esa fecha.

² A día de hoy algunos autores mantienen que hasta 1786 Babeuf no era un pensador estrictamente socialista ya que todavía no había dado una solución en tales términos ideológicos al problema de la propiedad.

II. LA REPÚBLICA DE OCEANA. *DIGGERS*, *COMMONWEALTH* Y SIÓN

La Guerra Civil inglesa fue el contexto en el que se fraguó el pensamiento de Harrington. Como es sabido, este período concluyó con la decapitación de Carlos I y el inicio del Protectorado cromwelliano (Guizot 1985, 232). Su pensamiento puede considerarse como el resultado de una tensión que fue en aumento desde el inicio del reinado del monarca Estuardo quien careció de la cintura política y el poder de sus antecesores, Enrique VIII e Isabel I.

Lo que habían sido sendos reinados en los que el Parlamento había permanecido adormecido ante el poder de la Corona (McGurk 1999, 91) se tornó en un enfrentamiento directo entre los parlamentarios y el monarca, arrancando los primeros –poco a poco– concesiones y prebendas del monarca hasta el punto de lograr derribarle. Recordemos que durante el reinado de Carlos I se había otorgado la *Petition of Rights* de 1628, la cual ya fue redactada en términos de denuncia contra el poder real, al que se acusaba de imponer exacciones injustas y vulnerar los antiguos derechos y libertades contenidos en la Carta Magna.

Eran tiempos en los que la monarquía inglesa había visto cómo su prestigio decaía notablemente. Caída que fue en aumento durante el posterior enfrentamiento civil (*Good Old Cause*) y que fue sustituida por la República que apenas duró unos años. En este escenario se cuestionó abiertamente la figura del monarca y de la propia Iglesia de Inglaterra, la cual había permanecido muy vinculada a la Corona. Los movimientos puritanos, *ranters*, cuáqueros, *levellers* –autores del célebre *Agreement of the People*– y *diggers*, ganaron peso e importancia, proponiendo alternativas políticas más o menos sólidas o afortunadas al *establishment* existente.

1. *Diggers* y *Winstanley*

Estos espacios permitieron que las ideas de tales grupos gozaran de mayor publicidad que intentos precedentes, como aconteció con los *diggers* (Bowman 2005, 398-399) (cavadores o labradores). La principal referencia de los cavadores era Gerrard Winstanley quien formuló –como hiciera un siglo antes Tomás Moro (Moro 1977, 58-60)³– una suerte de sociedad utópica basada en la rectitud que debía derogar un sistema en el que pocos

³ La organización política de la república de Utopía se sustentaba sobre magistrados denominados sifograntes elegidos cada uno de ellos por grupos de treinta familias. Los sifograntes elegían a su vez a los traniboros que a su vez elegían al príncipe que podía ser depuesto en caso de tiranía. Se caracterizaba además por la tolerancia religiosa, por el rechazo a la guerra y un valor cuidadosamente medido de la riqueza, despreciando la ostentación y el lujo.

vivían del trabajo de muchos a través de una redistribución estricta de la riqueza controlada por el Parlamento. Esa reorganización económica se regía por una aplicación estricta de las Escrituras ya que si bien Winstanley reconoció la tradicional importancia de la propiedad en la sociedad anglosajona (Attenborough 1922, 99-119)⁴, criticaba la falta de un reparto equitativo de la misma, convirtiéndola por tanto, en el origen de todo mal, como veremos a continuación.

La «*culpa*» de dicha situación era de la monarquía la cual debía ser suprimida al tratarse de una forma intrínseca de maldad que solo buscaba su propio bien (Bowman 2005, 400-401), postulando un sistema anual de jueces que limitase las posibilidades que pudieran ser corrompidos. Planteaba una construcción política que sublimaba el poder divino y que supeditaba el poder terrenal (Winstanley 1941a, 130-131), convirtiendo la libertad en la capacidad para poder hacer lo que el hombre quisiera sin restricciones, no pudiendo ser sometido al poder de ningún terrateniente (Winstanley 1941b, 597), admitiéndose únicamente la esclavitud de forma excepcional como condena por la comisión de un delito.

Winstanley desgajó la condición del hombre de la propiedad. Consideró que la propiedad es el nacimiento de las penurias del hombre y de los conflictos existentes, puesto que aquellos que no tienen propiedades se ven abocados al crimen y robo (Winstanley 1941c, 200-201). Afirmaba que el hombre no propietario era objeto de explotación por parte de aquellos que sí lo eran, quienes abusaban de su posición contratando los servicios de los hombres desposeídos a cambio de magros salarios, reservándose para sí los beneficios de su trabajo (Winstanley 1941d, 258-259). El planteamiento de Winstanley –pese a aceptar la existencia de la propiedad– constituía un ataque directo al carácter cuasi sagrado que tenía la misma en la Inglaterra de mediados del siglo XVII. Carácter éste que hundía sus raíces en la herencia sajona y norma preexistente.

Destruído el concepto de «*tuyo o mío*», Winstanley apostó por atribuir la tierra de forma común –incluyendo sus recursos naturales– compartiéndola todos los habitantes por disponerlo así las leyes de la creación (Winstanley 1941b, 519-520). A tal fin se debían crear graneros y almacenes comunes para depositar el fruto del trabajo de las distintas comunidades, así como los excedentes obtenidos a través del trabajo realizado de forma particular con el fin de adquirir o intercambiar bienes allí depositados (Winstanley 1941b, 583-585). Afirmó igualmente que Inglaterra no podía ser una comunidad libre hasta que los hombres en general –y los *diggers* en concreto– no tuvieran derecho a cultivar y labrar su propio terreno de la misma forma que los

⁴ Ya se contemplaban reglas precisas para su atribución y litigios en las leyes sajonas.

grandes propietarios (Winstanley 1941d, 260-261). La propiedad común así constituida se denominaría *commonwealth*, rigiéndose por los oficiales y las leyes.

Nos hallamos ante una forma de colectivización de la propiedad que ponía fin al conflicto entre los hombres (Rowland 2014, 79-80). Pero esto no resultaba suficiente. Debían desterrarse las leyes existentes y aplicar las procedentes del reino de Jerusalén, es decir, la ley divina (Winstanley 1941d, 249-251). La ley vigente no era aceptable al haber sido otorgada por los antiguos reyes y resultar además, arbitraria. La nueva ley debía acordarse en su adecuada medida para cada ocasión, siendo ésta exigencia la de un gobierno justo (Winstanley 1941b, 528-529). Mediante este cambio, la *commonwealth* se convertiría así en la forma de gobierno que liberaría a los hombres, dejando de estar sometidos de la voluntad de un solo hombre para regirse por la ley de Dios (Winstanley 1941b, 534-535) –cuyo origen se encontraría en Adán– siendo su fin último obtener, a través de la voluntad del pueblo, la preservación común –entendida como buscar el bien de los demás–, la paz y la libertad. Obviar ese bien común no era opción, puesto que en esa elusión nacía la tiranía que era la causante de todos males (Winstanley 1941b, 537-538).

A la idea de preservación común añadía la preocupación de que las leyes pudieran resultar justas, fijando –vrgr.– una serie de garantías básicas en el proceso –inexistentes a su juicio– que incluían que la acusación fuera pública y se sustentase en al menos dos testigos, prohibiéndose la tortura (Winstanley 1941b, 590-591). Winstanley, equiparaba la situación del hombre con el mito de la serpiente bíblica. Un conflicto entre rectitud y carne en el que las diversas facciones de hombres peleaban como grupos de perros (Rowland 2014, 79-80).

No obstante y pese a esa referencia directa al orden divino y a una concepción estrictamente religiosa, atacó duramente a la Iglesia de Inglaterra (Winstanley 1941b, 504-505) por entender que había servido de forma indistinta al Papa, al protestantismo y a cualquiera que la hubiera respetado sus privilegios (Winstanley 1941e, 358-359). Identificaba en ese momento a la Iglesia de Inglaterra con el poder (Webb 2003, 591). Y al poder con la monarquía, por lo que debía desaparecer. La nueva sociedad excluye a los clérigos que únicamente perciben diezmos (Alsop 1994, 15-18) y a los señores que dirigen a hombres de espíritu ciego (Winstanley 1941b, 522-523) que ignoran la necesidad de modificar esa situación.

Propuso en consecuencia que el gobierno se compusiera de leyes correctamente ejecutadas y oficiales. Una estructura social –que eliminaba las trabas impuestas sobre los derechos de nacimiento de los hombres así como la esclavitud (salvo en caso de que mediase condena)– con el fin de lograr la común preservación como objetivo último de la *commonwealth*. Los padres

de familia asumían la condición de oficiales de la *commonwealth* –dentro de su obligación de enseñar y velar por la paz– y las *shires* debían elegir sus propios *overseers*, encargados de velar por el orden y la paz. Los cargos eran electivos y nunca impuestos, puesto que la imposición se identificaba con la forma de actuar de la monarquía (Winstanley 1941b, 539). Los requisitos para dicha elección –de carácter anual– incluían contar con más de 40 años, haber perdido sus tierras o haber padecido persecución de la corona (Winstanley 1941b, 543-544).

Los oficiales se dividían según el ámbito de adscripción –parroquia, condado, ciudad o nación– en diversas figuras que incluían padres o maestros de familia –encargado de instruir a los hijos–, *peace-maker* –suerte de policía–, *overseer* compuesto de varios grados (desde asistente del *peace-maker* y con unas funciones similares al *sheriff*, a asesor de las familias en materia de comercio, encargado de distribución de los bienes comunes y en su rango más alto, anciano de más de sesenta años) vigilar el mantenimiento de la paz-soldados, *task-master* (que era una suerte de ejecutor de sentencias), verdugo y jueces (Winstanley 1941b, 544-556).

El Parlamento fue configurado como una corte suprema de equidad que vigilaba la labor de todos los oficiales del reino y que representaba a toda la *commonwealth*. Sus funciones básicas eran cuatro: supervisar la labor de los oficiales, abolir las viejas leyes y costumbres y dictar unas nuevas que respetasen la libertad de los hombres, previa consulta al pueblo de las mismas y como remedo excepcional, en caso de guerra poner los medios necesarios para defender la paz común, incluso si fuera necesario alzando un ejército (Winstanley 1941b, 556-561).

Podemos afirmar que removió los cimientos de la sociedad inglesa de la época, creando una conciencia de clase que partía de una reorientación del concepto de propiedad y de la abolición del sistema de gobierno preestablecido (Webb 2003, 592). Esa concepción le conducía igualmente a rechazar los efectos del gobierno monárquico y en concreto, el sistema de enjuiciamiento y condenas que regía en la época por considerar que el único sistema de castigo válido era el trabajo en la tierra vistiendo las ropas que evidenciasen la condición de infractor (Rogers 1996, 741). Esto no impedía que el complejo sistema administrativo que propuso tuviera como objetivo que se cumpliera y conociera la ley como medio para prevenir los abusos y para implantar la reforma legal que auspiciaba (Rogers 1996, 742).

2. Harrington y el republicanismo religioso

El pensamiento de Harrington tuvo presente muchas de las cuestiones ya anticipadas por el pensador *digger*. No se trata sin embargo de una traslación mimética. Harrington se desliga parcialmente del carácter eminentemente

religioso que trasluce del pensamiento *digger* para incorporar una sociedad –que si bien parte de un esquema común– que no renuncia a la propiedad y que aunque se muestra fervorosamente republicana, no niega rotundamente la posibilidad de convertirse en una monarquía controlada por el Parlamento.

Oceana no es sino un trasunto de la República Inglesa puritana que impuso Cromwell⁵. Una sociedad fuertemente militarizada, fervorosamente creyente sin alcanzar el cénit de Winstanley y sujeta a unos estrictos cimientos anclados en la Cámara de los Comunes que era, la que en definitiva, había derrocado, enjuiciado y condenado a muerte al monarca, pero que incluso una vez ejecutado el rey, reprodujo legislativamente las estructuras correspondientes al sistema político fenecido⁶ (Gardiner 1906, 405-417), equiparando al propio Cromwell como una suerte de príncipe (Smith 1999, 51-52).

Una sociedad unida bajo un Dios –el de los puritanos– que menospreciaba a otras confesiones a pesar de los esfuerzos de Cromwell de transmitir cierta tolerancia y regida por un poder ejecutivo mixto –militar y político– concentrado en la persona del Lord Protector que era el propio Cromwell y apoyado sin ambages por el ejército al que él mismo había pertenecido y que era dirigido por sus antiguos compañeros de armas (Fitzgibbons 2013, 1001-1103). Una sociedad que denostaba por igual a *levellers*, *ranters*, *diggers* y *cuáqueros*. Su nombre –*commonwealth* (bien común)– la convertía, a ojos de sus ciudadanos, en el adalid de las libertades y del auténtico Dios protestante frente a las monarquías enemigas, sobre todo, las católicas (Barnard 1997, 37).

Estos caracteres se advierten en Oceana, la cual era descrita por Harrington como «*la más bendita y afortunada de las naciones*» (Harrington 1977a, 157). Una sociedad regida por el imperio de la ley y no de los hombres cuya raíz era el interés preponderante del colectivo que era a su vez, la ley de la naturaleza (Harrington 1977a, 171). Tal interés desemboca en el gobierno civil de los hombres (Harrington 1977a, 172). La *commonwealth* era igualitaria ya que el gobierno se estableció sobre una distribución igualitaria de la tierra y una rotación en el poder compuesto de tres órdenes: el senado debatiendo y proponiendo, el pueblo resolviendo y los magistrados ejecutando, siendo elegidos de forma rotatoria mediante sufragio (Harrington 1977a, 181). Un carácter eminentemente legal frente a la monarquía que era un gobierno de pocos hombres y no leyes (Harrington 1977b, 401-403), ya que en ésta última la ley procede de la exclusiva voluntad del monarca, voluntad que se extiende a la unión de los territorios que formaban su imperio (Harrington 1977b, 410-413). Ensalzó igualmente el papel de la *commonwealth*,

⁵ El propio libro está dedicado a Cromwell, rogándole que hiciera por Inglaterra lo que Licurgo hizo por Esparta.

⁶ En alusión al Instrument of Government.

cuyo gobierno no puede ser sedicioso salvo que medie alguna desigualdad en su creación particular (Harrington 1977b, 431).

Para Harrington el senado y el pueblo son el poder legislativo y los magistrados el poder ejecutivo, sometándose a leyes eclesiásticas y civiles. La simbiosis entre religión y estado es evidente ya que la *commonwealth* acoge la conciencia nacional. No cabe aceptar una conciencia privada puesto que aquella produce la religión particular de cada hombre. Solo la convicción nacional produce una religión nacional, tal y como sucedía en Israel (Harrington 1977a, 185) delimitando a través de la religión el poder civil, basado en unas pocas leyes que solo pueden ser reformadas de forma excepcional. Petrificó así la voluntad del conjunto de la sociedad, salvo que el gobierno no fuera bueno, pues un mal árbol no puede dar buen fruto (Harrington 1977a, 187).

No obviaba el autor inglés la necesidad de otorgar a Oceana un origen mítico⁷. Su constitución (Harrington 1977a, 191) era una sucesión de los pueblos que la habían gobernado: romanos, teutones, escandinavos y francos. Los primeros consideraron Oceana como una provincia, los segundos como una monarquía y los últimos como un feudo dirigido por los *ealdormen* (Harrington 1977a, 192). Los francos (*neustrians*) dividieron el reino en feudos poniendo al frente a los *earls*, barones, división nobiliaria que Harrington consideraba necesaria para que hubiera igualdad de poder, excluyendo de dicha igualdad a la monarquía, a la que advirtió que si gobernaba con el apoyo de las cámaras no tendría que preocuparse por su trono aunque tuviera que guardar cierta prudencia, mientras que si gobernaba apoyada exclusivamente en nobleza y clero no lo mantendría durante mucho tiempo (Harrington 1977b, 450-451). Rechazó en todo caso la monarquía, salvo que se tornase en una monarquía popular equilibrada (Harrington 1977c, 376) a semejanza de la habida en el reino de Israel.

Esa limitación al poder real –de difícil asunción en los años en los que Harrington escribió Oceana⁸– permite afirmar la condición de reproducción que tenía Oceana de la sociedad inglesa del Protectorado (Harrington 1977d, 401-403). Su negativa a aceptar la monarquía o al menos una monarquía como la recientemente destronada, se complementa con la inclusión en los estamentos de su República ideal de los lores espirituales y temporales divididos estos últimos entre realistas y *commonwealthsmen* (comunes) (Harrington 1977a, 203). Los lores realistas estaban excluidos del consejo de gobierno –del que también se expulsa a la realeza, como acontecía en la

⁷ Obsesión que se reproduciría en los siglos siguientes en Inglaterra con la constitución mixta.

⁸ Carlos I negó autoridad a sus jueces para condenarles al entender que estaba por encima de ellos.

República Inglesa en la que se inspira— eligiéndose a los parlamentarios por el pueblo bajo la dirección de Lord Archon, único legislador de Oceana, quien estaba rodeado de un consejo de 50 personas que le asistían (Harrington 1977a, 207) y que eran conocidos por su sabiduría y prudencia.

El denominado consejo de legisladores forma parte del modelo político de Oceana en el que la esencia es el pueblo dividido en función de la calidad, edad, salud, y lugar de residencia. La calidad dividía al pueblo en hombres libres— ciudadanos y sirvientes (que quedaban apartados de la participación en el gobierno) (Harrington 1977a, 212), la edad separaba a los guerreros de los que no lo eran, teniendo además los propietarios de más de cien libras en dinero o bienes la obligación de ser soldados de caballería y el resto a pie, conforme a la usanza de la antigua Roma (Harrington 1977a, 213), siendo la pertenencia al orden ecuestre una muestra de las obligaciones públicas del sujeto y no causa de división social, evitando así crear una causa de destrucción de la sociedad como ocurrió en la propia Roma (Harrington 1977a, 216).

Por cada región propuso que se designasen dos supervisores que instruyesen sobre las fórmulas de elección, designando los elegidos un justicia de paz, un jurado, un capitán y un *constable* (policía) entre ellos, elección que se sometería a los censores (Harrington 1977a, 222-223). Limitó la posesión de la tierra cuando la misma excediera de cinco mil libras, obligándose a su división, no permitiéndose la tenencia de propiedades por encima del valor de 2000 libras las cuales además no podían acumularse por sus titulares (Harrington 1977a, 231). Tampoco podían heredarse bienes por valor superior a 1500 libras, rigiéndose la nación por una ley agraria que pretendía evitar la excesiva acumulación de poder.

Cada tribu ostentaba una prerrogativa que incluía el poder judicial y legislativo. El primero incluía una votación secreta que podía ser afirmativa, negativa y en blanco (*non-sincere*), siendo esta prerrogativa el órgano judicial supremo y último de la *Commonwealth* (Harrington 1977a, 281-283). El exceso del gasto público debía ser empleado para reparar los daños de la guerra y para el mantenimiento de los cargos públicos (Harrington 1977a, 287), garantizándose el derecho a la educación⁹ creando escuelas públicas en cada tribu en proporción correspondiente a la población (Harrington 1977a, 300-302) así como un ejército popular¹⁰. El poder soberano permitía —a través de una elección igual o rotación— elegir las distintas ramas que componían el mismo (Harrington 1977a, 333-337) a través de un modelo de votación que designaba al estratega, orador, los comisionados del gran sello, del tesoro y a

⁹ Incluyendo la religión. Esto ya se recogía en el Humble Petition and Advice (artículo 11) y en el Instrument of Government (artículos 35 a 37).

¹⁰ El *Instrument of Government* ya preveía la creación de un ejército y una armada.

los censores (Harrington 1977e, 362-369) de forma aleatoria mediante sorteo.

Como podemos ver el sistema de Harrington difería del propuesto por Winstanley en tres aspectos esenciales: i) la limitación de la propiedad era relativa y no absoluta, ya que permitía un cierto nivel de titularidad sobre la misma; ii) dejaba abierta la puerta a una monarquía popular, si bien mostraba su preferencia por la República; iii) Harrington limitaba netamente la influencia del hecho religioso sobre la forma de gobierno, desligándolo y estableciendo un fenómeno político autónomo con una mayor identificación entre religión y Estado. Aspectos estos, sobre los que a su vez, bascularán las principales diferencias con Babeuf, como veremos a continuación.

III. EL RESURGIMIENTO DE LA SOBERANÍA POPULAR. MORELLE, CATASTRO, ACCIÓN POLÍTICA Y EL TRIBUNO DE LA PLEBE (MANGOURIT 1788, 13-14)¹¹

Las posiciones utópicas en Francia se plantearon desde una perspectiva más cercana a la concepción natural y alejada de los designios divinos. Ese distanciamiento del ideario que predominaba en Inglaterra resulta explicable en parte por cuanto la Francia del siglo XVIII, Ilustrada y agnóstica, abandonó la religión como origen y explicación de los acontecimientos, pugnando por establecer un pensamiento racional y cartesiano (Aston 2000, 93)¹².

Despojado de sus aspectos cosmogónicos, el sistema utópico en Francia presentó aun así sorprendentes paralelismos con los sistemas de gobierno planteados durante el siglo XVII. La obra de Harrington no resultaba desconocida en el París revolucionario (Hammersley 2005, 3-4) ya que en 1792 se presentó ante la Convención Nacional un proyecto de Constitución anónimo –aunque su autor era Theodore Lesueur (Lesueur 1792, 1)¹³– que apostaba por un modelo constitucional basado en las ideas del filósofo inglés, aunque incluso antes del citado proyecto, sus ideas ya habían calado en los antecesores de los revolucionarios (Monnier y Colin 2016, 4-6).

¹¹ Una de las primeras referencias al Tribuno de la Plebe se contienen en el panfleto *Le Tribun du Peuple au Peuple* escrito por André Mangourit. El citado panfleto ridiculizaba la figura de la corona y la nación a las que acusaba de malgastar los bienes de la nación y de nacionalizar la deuda y engañar a los franceses, haciéndoles creer que la resistencia a los nuevos movimientos revolucionarios era una lucha por la libertad

¹² Aunque en general, se reconocía la labor de los párrocos rurales o *bon curé*, lo cierto es que la Iglesia como institución era considerada como una parte más de la monarquía.

¹³ Incluía el otorgamiento de la titularidad de la tierra a la Nación divididas por lotes.

El pensador francés afirmó que la avaricia y la moral decreciente de la época habían convertido en impracticables las leyes de la naturaleza (Morelly 1841, 63-64). Esa vulgaridad moral era el origen de una sociedad dividida entre ricos y pobres que compartían una dependencia mutua en el marco social. La evidente desigualdad convertía en ilógico que se obligase a los hombres –que no se hallaban en la misma situación– a compartir un destino común (Morelly 1841, 70-71). La ley según Morelly debe asegurar –no la propiedad– sino el uso común de todos los bienes por la sociedad (Morelly 1841, 86) ya que el reparto de los bienes de forma igual o desigual es la causa de todos los vicios y la violencia del ser humano ya que la diferencia entre lo mío y lo ajeno es causa de discordia y por lo tanto debe ser eliminada (Morelly 1841, 117).

Consideró que la libertad política es hacer todo lo que los apetitos del hombre le exigían sin temor ni obstáculos (Morelly 1841, 96-97), aunque tal libertad no pueda ejercitarse en régimen de absoluta independencia, lo cual para este autor significaba el abandono sino en sociedad. Y ese ejercicio en sociedad impide la existencia de amos o esclavos porque la dependencia es recíproca, existiendo únicamente una sociedad estimada como un ente paternal, regida como una familia en el que la propiedad no existía (Morelly 1841, 82-83).

Del bosquejo de dichas ideas, dibujó Babeuf su ideario político, el cual tuvo que desarrollarse –en sus aspectos más prácticos– en unas circunstancias ciertamente complicadas. Militante inicial y teórico del jacobinismo, se apartó de él y criticó duramente a Robespierre por entender que había implantado una dictadura similar a la monárquica negando el derecho de decisión al mismo pueblo (Chalmin 2011, 841-843)¹⁴ que le había aupado al poder y apartándose radicalmente de su visión dirigida a limitar –que no suprimir– la propiedad. Babeuf sí apostaba por su prohibición, obligando a que los bienes fueran comunes, anticipándose –como fácil es advertir– a los postulados comunistas del siglo siguiente (Marx 2008b, 62) (Engels 1980, 7)¹⁵.

Esta lucha le hizo popular –sobre todo tras la caída del antiguo club Breton– pero no le otorgó excesivas simpatías ni apoyos. La caída en 1794 del

¹⁴ Llegó a escribir un panfleto en 1794 llamado *Du système de dépopulation* en el que de forma pormenorizada describía los abusos y la crueldad de los medios de represión impuestos por el Comité de Salud Pública en Vendée y en el que Babeuf expresaba públicamente sus dudas sobre la validez del recurso a la violencia como medio para lograr los fines.

¹⁵ Marx consideraba que la propiedad común ya había existido en tiempo de los romanos y los celtas. En este punto coincidía con Engels que también atribuía a las antiguas formas tribales de producción una titularidad comunal de los bienes.

régimen jacobino con la ejecución de sus principales líderes y el amargo sabor que había dejado su herencia, no predisponían al pueblo francés para nuevas aventuras utópicas ni para más pretensiones de igualdad absoluta. Prueba de ello fue la Constitución de 1795 en la que pacíficamente y con escasa oposición se retornó al sufragio censitario y a una cómoda desigualdad que ya había inspirado el texto constitucional de 1791, por lo que más allá de las proclamas lanzadas a través del Tribuno de la Plebe que era su diario de cabecera, se encontró encajonado entre el carisma de Robespierre que le impidió destacar como líder jacobino y el alejamiento de la luchas por los ideales que habían inspirado la Revolución en 1787.

Aunque no era estrictamente hablando –al igual que Harrington– el ideólogo del movimiento utópico, Babeuf sí fue el primero que puso los medios para llevarlo a la práctica. Consideraba que la quiebra del sistema social –debido al conflicto sobre la propiedad y la negativa a otorgar la libertad absoluta– había auspiciado la ruptura de la comunidad y la creación de desigualdades, las cuales no habían sido corregidas por los legisladores.

Exigió una devolución íntegra de los derechos al pueblo a través del derecho a la insurrección, so pena de perder su libertad (Babeuf 1969a, 65). Esa insurrección debía realizarse de forma inmediata al ser los medios en ese momento del pueblo, inferiores a los que existían en 1789 tras negar el gobierno de la Convención las libertades recogidas en la Declaración de Derechos, razón por la cual merecían la muerte (Babeuf 1969a, 67-68). Pese a ello, afirmó que la insurrección exigía un intento pacífico articulándose a través de la ley como deseo general del pueblo previa consulta a éste de cuál era su voluntad, siendo la misma votada por la asamblea (Babeuf 1969a, 69), dotando así a la insurrección de la legitimidad necesaria, recurriendo a la violencia cuando no quedare más remedio.

Tal fortalecimiento de los derechos de decisión del pueblo, le sirven para argumentar a su vez la severa crítica que lanza a todos los actores del proceso revolucionario. Denostó la sumisión que los jacobinos aportaron por entender que esa supeditación a las leyes propia del jacobinismo era una suerte de tiranía que debía ser derribada (Babeuf 1969a, 26-28). El régimen de Robespierre, según Babeuf, atentaba (Babeuf 1969a, 32-36) contra las libertades del pueblo, puesto que su gobierno revolucionario era el talismán que « *cubría todos los abusos no permitidos*». Acusó al abogado de Arras de actuar tiránicamente (Babeuf 1969a, 35), lo que en vida de aquél, oscureció su figura en relación con su némesis.

Despreció la monarquía de uno o varios porque se trataba de un sistema que caía necesariamente en lo más impuro y pérfido, porque el que bebía de la copa de la autoridad sin límites se convertía necesariamente en un tirano. Criticó a los sucesores de los girondinos a los que acusaba de tratar de crear un frente contra la Constitución a la que tildaban de «*esqueleto informe*»

(Babeuf 1969a, 50-52). Simplificó el proceso revolucionario en una lucha entre ricos y pobres (Antonelle 1788, 5-6)¹⁶ y patricios y plebeyos con un carácter perpetuo, en la que la plebe reunía todas las virtudes y los patricios eran los autores de los crímenes (Babeuf 1969, 90-93) (a).

Tras caer Robespierre, culpó a la Convención que debatió la Constitución de 1795 de fomentar la esclavitud del pueblo y en concreto, al padre de dicha Constitución –Boissy D’Anglas– por estimar que el texto que había propuesto como base para la norma suprema de 1795 no era la constitución francesa (Babeuf 1969a, 135-137) al ser la misma aprobada mayoritariamente por realistas. Los realistas no respetaron el bien común y además atentaban contra la mayoría de la población que seguía siendo valedora de la constitución de 1793 (Babeuf 1969a, 143-144), pese a que dicho texto constitucional había sido dejado en suspenso por decisión del gobierno revolucionario (Babeuf 1969a, 174-185).

Abogaba igualmente por examinar las bases del gobierno (Babeuf 1969a, 159-161) afirmando que debía mediar una guerra entre los escribanos y el poder legislativo con el fin de defender la libertad, ya que la promulgación de la verdad está teñida de peligros aunque ofrece grandes bienes. Tal verdad debía asegurarse por medio de las instituciones plebeyas que tienen obligación de asegurar el bien común puesto que la igualdad perfecta responde al pacto primitivo y el pacto social debe otorgar a cada hombre la garantía de que el derecho natural nunca será violentado (Babeuf 1969a, 179). La igualdad de hecho no es por tanto una quimera (Babeuf 1969a, 190).

Esa conclusión le lleva a despreciar la diferencia entre propietarios y no propietarios porque la libertad de propiedad no implica dejar el derecho al arbitrio del propietario sino limitarlo ya que la utilidad de todos permite ese derecho de la propiedad pero exige que sea restringido puesto que el pobre y el rico cuentan con una igualdad común a ojos de la ley (Babeuf 1969a, 194-195). La propiedad es un derecho ilegítimo para Babeuf y coincidiendo con Antonelle (Antonelle 1788, 18-19), uno de los derechos más deplorables y errores más graves de la creación humana, siendo la propiedad conjunta el único derecho digno y justo y el único conforme a los derechos y designios de la naturaleza (Babeuf 1969a, 236-238).

Renegó de la connotación negativa del término anarquista en tanto que esa afirmación solo demostraba la incoherencia de los antirrevolucionarios ya que la desorganización se produce en aquella sociedad en la que una parte mínima que identificaba con la nobleza pretendía reducir a la insignificancia a la mayor parte del pueblo (Babeuf 1969a, 219-221).

¹⁶ En lo que coincide parcialmente con Antonelle que consideraba a las clases nobles injustas y crueles.

Babeuf no era un político, sino un hombre de acción (Buonarroti 1869, 29) en su lenguaje y sus hechos, aunque hasta 1794 postulaba que esa acción tuviera acomodo dentro del sistema (Harkins 1990-1991, 434).

IV. HOMBRES DEL REINO. REPÚBLICA DE HOMBRES

Harrington y Babeuf alcanzan coordenadas ideológicas parecidas pero su camino al ecuador discurre por senderos diferenciados.

El pensador inglés rechazaba la monarquía al sustentarse sobre la usurpación de los bienes de la tierra a los demás hombres (Webb 2003, 583), obligándoles a comprar y vender los frutos y cuando esto no era suficiente a apropiárselos por la espada (Winstanley 1941b, 531). Era un poder opresor que esclavizaba a los hijos e hijas del hombre para ser sus sirvientes y que utilizaba los diezmos para pagar a sus ministros y oficiales (Winstanley 1941b, 532). Por tanto, tanto él como su antecedente inmediato Winstanley, inician su pensamiento en una fórmula enraizada en la religión. La fe en Dios permite asentar los principios divinos yuxtaponiéndolos a una estructura de estado en la que prima la voluntad del hombre y su cohesión como comunidad.

Pero en este punto disienten igualmente: Winstanley identifica religión con comunidad mientras que Harrington la vincula al Estado. No era algo nuevo ya que la identidad como Iglesia de Estado se producía desde la época de Enrique VIII, pero la caída de Carlos I y el empuje del puritanismo en la sociedad inglesa de mediados del siglo XVII potencian esa relación aunque convirtiendo la Iglesia de Estado primigenia en religión de estado, obviando la institución eclesial.

La supresión de la monarquía trae aparejada la caída de la fe anglicana como religión predominante y sustituida por la fe del pueblo que conforma la *commonwealth*. El Protectorado invadió la esfera particular del sujeto, ya que predetermina su forma de comportamiento –limita las actitudes que estima licenciosas– y persigue furibundamente a los papistas pero además, refuerza los vínculos de la comunidad como fuente de bienestar y poder. La idea de felicidad o bienestar común alcanza a todos los ámbitos de la vida del sujeto pero a su vez le supervisa y controla a través del poder que ejercer.

El aspecto religioso es un extremo ausente en el pensamiento de Babeuf. No es un elemento de su política porque no existe la mimesis entre iglesia y estado que se producía en Inglaterra y por la influencia que el pensamiento ilustrado tenía en la sociedad francesa de mediados del siglo XVIII que mutó el centro de la sociedad de Dios al hombre. Pero es una explicación en exceso simplista. La religión desaparece del pensamiento galo de la época por la condición de propietaria de la Iglesia y la identidad que tenía con el poder de la Corona. Su identificación como tenedor de bienes le sitúa fuera del

espectro de pueblo. Es algo más que una mera cuestión de fe o ateísmo. Es su inclusión dentro del esquema que la ubica como cooperadora necesaria de todos los males.

Tales puntos de partida en el pensamiento de ambos pensadores condicionan la posterior evolución de su esquema político, pero no lo oscurecen. Con pensamiento religioso o sin él, Harrington y Babeuf priman al estado por encima de cualquier otro elemento que lo integre. El estado es ley. Y la ley es estado. Pero para que la ley se identifique por el estado debe ser realizada por los miembros de éste, aunque en el caso del pensador inglés no es una democracia pura, sino una forma de gobierno mixta (Gabrielli 2009, 479). En todo caso, ambos exigen la participación del pueblo y no solo de sus dirigentes, pero para alcanzar dicho fin optan por caminos diferenciados.

Harrington estima el poder no puede ser dividido y esa ausencia de división le obliga a controlar su raíz que es la propiedad (Toth 1975, 330-331). Y lo hace construyendo una suerte de aristocracia civil (Pocock 1978, 24-25) que guardaba semejanza con Israel. Una república cuyo legislador era Dios (Pocock 1978, 28), pero que en la Inglaterra del siglo XVII se torna como una auto contemplación del hombre en su estado natural que se realiza a través de una sociedad fundada en la propiedad casi feudal (Pocock 1978, 24-29). Harrington infravalora el poder de la nobleza en la Inglaterra republicana, la cual no conseguirá superar la pujante posición de la *gentry* (Pocock 1978, 31-32) del Protectorado hasta que retorne la monarquía, una vez fallecido Cromwell.

La cuasi equiparación entre el hombre y Dios hace que apueste por una relación de igualdad entre ambos como una suerte de designación y aceptación acordada por su pueblo (Beiner 2014, 176). La religión por tanto, es electiva ya que el pueblo consiente en la misma y no puede ser impuesta por el monarca. Inglaterra es Israel porque elige a su Dios. Evoluciona Harrington de la perspectiva medieval en la que el monarca «*elegía*» a sus nobles y a sus obispos (Attenborough 1922, 25) y formaba su círculo de confianza a una posición –acorde al signo de sus tiempos– en la que el pueblo consiente al monarca y participa no solo del hecho político sino también del religioso, en contraposición a las ideas hobbesianas que el propio Harrington atacó en el Preámbulo de Oceana (Lovett 2012, 60). Esa evolución, ya anticipada por Winstanley exigía convertir las vetustas estructuras normandas en un nuevo orden en el que las propiedades se repartieran y con ellas, el poder que atesoraban (Arienzo 2018, 102-103).

Tal paralelismo con la nación hebrea le permite justificar la (limitada) tolerancia religiosa, la cual es para él signo inequívoco de las repúblicas, afirmando que la muerte de Cristo se debió exclusivamente a un abuso de poder (Beiner 2014, 182-183). Identidad a la que añade el carácter revocable del *covenant* alcanzado con Dios y que se funda en el consentimiento popular

(Beiner 2014, 185), la supremacía de Moisés como un Solón o un Licurgo que dirige al pueblo (Cromwell), la existencia de un Sanedrín que cogobernaba con Moisés, el sometimiento de los sumos sacerdotes –Aarón– al Sanedrín, la rotación en los cargos y la aceptación de la ley por los ciudadanos, así como su participación en la composición de las mismas, que es realmente el ámbito de libertad al que aspira Harrington para el ciudadano inglés (Arienzo 2018, 108). Pretende eludir la forma de gobierno absoluta –propia del Imperio Otomano– a través de la distribución de la propiedad, que reparte no solo el poder, sino que le otorga estabilidad (Lovett 2012, 66-67).

Se trata de una composición política elaborada. Acepta el origen divino de la república pero supeditado al pacto con el pueblo que ha elegido a Dios y rechaza el excesivo poder de la curia eclesial. Exige una conciencia de estado, dirigida por éste y sin participación de instituciones exógenas a su estructura, aunque aquéllas cuenten con una evidente prédica en la materia. Curiosamente, entiende que también concurre esa similitud con Israel pese a que las Escrituras – Antiguo Testamento– consideran que el pueblo judío era precisamente el elegido por Dios Pero hábilmente muta esa idea en una más acorde a sus propósitos.

La elección del poder en Morelly y Babeuf se ofrece desde una perspectiva popular, similar a la que postula Harrington, aunque la ausencia de la religión hace que carezca de un nexo de unión más allá de la mera condición de hombre. Esa ausencia del hecho religioso, magnifica y amplía el alcance de esa asamblea popular que postula Babeuf. Y lo hace sin cortapisas, puesto que la pertenencia al puritanismo imperante en Inglaterra es sustituido por la pertenencia a la condición natural de hombre, reconociéndole la capacidad para actuar y decidir y una capacidad de decisión que se optimiza al máximo, le aleja del jacobinismo más pragmático y menos idealista y le sirve además como objetivo a cumplir con sus pretensiones (Roza 2011a, 86-87).

El ideario del Tribuno de la Plebe se apoya en la condición del hombre y sus derechos inmutables para aspirar a una sociedad comunitaria (Roza 2011a, 90-92) que partía del derecho natural, considerado como derecho de vida y que huía de aspectos religiosos. No era una vida miserable, sino una vida en la que se contarán con los goces mínimos e indispensables a la que une la exigencia de una observancia estricta de la misma y aplica –una vez caído el jacobinismo– un plan de acción que culminará con la fallida Revolución de los Iguales (Roza 2011a, 99). No deja de ser una forma de que el hombre se apropie de su destino, individual y colectivo (Roza 2011a, 116).

Fácil es advertir la confluencia de ambos pensadores en el hecho esencial que es la participación del conjunto del pueblo en la política. Pero el reflejo que emite el pensamiento harringtoniano que observa una república excluyente por el hecho religioso, se torna en una república excluyente por la condición de propietario estricto. Se establece una composición asimétrica entre

ambas repúblicas en la que se delimita la participación atendiendo a un parámetro que radica en la base de la teoría política que postulan y que son la religión y la propiedad.

Partiendo de dicho aspecto, el régimen de participación se maximiza dentro de tales límites, apostando Babeuf por una libertad plena carentes de obstáculos y Harrington por una intervención del sujeto en la política de forma absoluta a través de los diversos medios que postula la República de Oceana. Se trata de una moneda de dos caras: la república religiosa y parlamentaria inglesa y la república popular tardo- revolucionaria francesa. En ambas anida un quebranto con el sistema preexistente y una derivación hacia posiciones en las que prima el sujeto por encima de cualesquiera otras consideraciones.

V. PROPIEDAD: ESCLAVITUD Y PODER

La segunda línea de pensamiento común que mantienen Harrington y Babeuf radica en el concepto de propiedad. Atacan su fundamento pero sin embargo, la conclusión que alcanzan en relación a la misma resulta netamente antagónica. Para Harrington, la propiedad es mal, pero también poder. Para Babeuf, la propiedad es mal y solo genera esclavitud. Surge obviamente la cuestión de a qué obedece esa ramificación entre ambos. En Oceana se había definido la distribución de la tierra como una distribución entre el pueblo (Beiner 2014, 179-181) conforme a los designios divinos siendo también mimética con el reino de Israel en la que existía una ley agraria que otorgaba esa propiedad (Beiner 2014, 185).

Curiosamente esa concepción de la propiedad permite que Harrington sea aceptado como el creador de los parámetros de la monarquía constitucional (Pettit 2012, 49) al fijar la participación de los propietarios en dicho sistema (Capozzi 1998, 198). Trataba de establecer un sistema un tanto complejo de equilibrio de fuerzas a nivel institucional y social (Capozzi 1998, 202). Entendía que la ley en la República era algo más que la expresión del Estado por cuanto debía proteger la libertad del individuo, ya que sin él no hay estado (Arienzo 2018, 108). Pero esa libertad, teniendo en cuenta el carácter corruptible del hombre, exige que se le dote de la antigua prudencia y una estructura de instituciones que prevea dicha situación y que ofrezca regularidad política (Arienzo 2018, 109). Ello no impide que él mismo y Winstanley consideren que el pueblo es corruptible. Las leyes, por decirlo de alguna forma, le protegen de sí mismo, visión que provenía de su pertenencia a la más estricta rama del protestantismo que aceptaba la predestinación (Bowman 2005, 406).

La propiedad es un don que Dios entregaba al hombre, que a su vez lo pagaba con un trabajo industrial (Polin 1952, 28-29), apartándose de la idea

lockiana de propiedad que la concebía como una entrega de Dios que podía ser objeto de transmisión. La propiedad es una forma de atribución imperfecta que derivaba del uso más o menos útil que el hombre realizase de la misma y que podía dar lugar a una incorrecta distribución. La ley agraria es por tanto necesaria para que se produzca una distribución y un reparto justo (Polin 1952, 29-30). Y esa distribución cuenta con una vertiente política ya que el gobierno no es sino la forma de constituir un estado civil alrededor de un interés común que puede ser el gobierno de las leyes o la prudencia de los ancianos.

Esto permite que Harrington –a través de la distribución de la propiedad– enuncie la forma de gobierno en términos de proporción: un solo propietario es monarca, pocos propietarios son nobleza, muchos propietarios son un gobierno popular (Polin 1952, 31-33). La ausencia de proporcionalidad causa conflictos por la tenencia de la propiedad y corrompe al gobierno. La ley agraria en resumen, elimina la desigualdad y fomenta el trabajo. No solo eso. Considera que si la propiedad se encuentra bien repartida, los errores del pueblo corresponden a los que les gobiernan. No es una afirmación marxista, pero casi (Polin 1952, 41).

La distribución de la propiedad permite a su vez, evitar la concentración de poder. Propiedad y poder se solapan nuevamente (Lovett 2012, 59-60). A la imagen y usanza romana –que logró la plena libertad– cuando expulsó a los monarcas tarquinios, entiende que la República de Oceana debe basarse en el imperio de la ley y la ausencia de tiranos (Lovett 2012, 63), ofreciendo una nueva clase política –que había logrado auge y pujanza bajo Enrique VIII– la *gentry* que debía ser quien ocupase el poder (Bowman 2005, 400-401), siguiendo un estricto sistema de rotación que a su vez, estaría supervisado por órganos específicos (*overseers*¹⁷, *constables* y *churchwardens*) (Winstanley 1941b, 546-547).

En resumen: no abandona el vetusto concepto inglés de que la propiedad es la base del poder. La idea sustanciada de que solo los propietarios gobiernan el país. Pero sin denostarla, sí afirma que su tenencia por un solo hombre o unos pocos es negativa y por tanto, su reparto equivale a un reparto de poder político. El hombre necesita la propiedad en su justa y estricta medida y no puede superar unos parámetros concretos, como evidencian las leyes que postula en Oceana para sustentar su afirmación (que incluían, entre otros, una renta máxima y herencia con un límite de percepción).

La demonización de la propiedad es un elemento común en Babeuf. Pero en el revolucionario francés bascula hacia un enfrentamiento y destrucción del hecho propietario. Babeuf asume la idea de Harrington de que la

¹⁷ Figura propia del pensamiento *digger* que lo conceptuaba como guardián de la paz y la ley.

propiedad es causa de conflicto. Pero no es suficiente compartirla. Hay que destruirla. Abolirla. Eliminarla de la sociedad. No es suficiente con limitarla.

Su obsesión radicaba en acabar con el expolio perpetuo que sufrían los plebeyos, expropiados por una casta de acaparadores, tiñendo dicha circunstancia de negativos y derivados de un constante agravio (Roza 2016c, 192- 194). No oculta que supedita el hecho político al hecho social (Mazauric 1992, 513). Debe imperar el bien común, extirpar la miseria y convertir en prioridad el derecho a la existencia por encima de cualquier otro bien social (Mazauric 1992, 514). Otorga a la vida y a la persona el carácter de propiedad suprema, añadiendo que el trabajo debe remunerarse de forma permita que el hombre pueda adquirir los medios necesarios para asegurar la subsistencia (Mazauric 1992, 516) y contribuir a las cargas del Estado, considerando que Francia era una única comunidad a efectos fiscales y que las cargas debían ser comunes, aunque estuvieran mal repartidas (Babeuf 1789b, 154- 155). Los impuestos según debían ser de carácter personal y real. El primero gravaba los ingresos del hombre, siendo el precio que se pagaba por la seguridad que el estado otorgaba al ejercicio de su industria habitual y el segundo los bienes, siendo el precio que pagaba el hombre al estado por la protección de los medios necesarios para su subsistencia, fijándose ambos de forma proporcional (Babeuf 1789b, 5-6; 124-125).

La propiedad forma parte de los atributos del hombre, pero dirigida en todo caso a su subsistencia y no como un medio para alcanzar el poder político. Se advierte aquí además la evolución de Babeuf: del teórico que era hasta 1793, al defensor de la ley agraria posterior y comunista pleno a partir de 1795 (Roza 2011a, 9). Consideraba que el reparto de la tierra permitía defender los derechos de los señores pero olvidaba frecuentemente al feudatario. Había por tanto que igualar sus derechos, ya que a ambos les liga la tierra pero el feudatario que la labra, cuida y se ocupa de ella, carece de derechos sobre la misma, mientras que el señor que exhibe sus derechos de familia, apenas la cuida (Pelletier 1965, 47-48). La experiencia personal de Babeuf en Picardía – durante la que pudo examinar los registros y cartas de propiedad de los señores sobre la tierra– le convencieron de los abusos que sufría el campesinado y el modo –claramente improductivo– en el que se repartían las mismas. Esto le llevo a la certeza de que era necesario reformar el sistema y entregar la plena capacidad productiva a la colectividad (Pelletier 1965, 62-64).

La ausencia de logros en ese sentido, hace que se encuentre francamente decepcionado con la Revolución (Chalmin 2015, 840-841). La lucha social en la que se había embarcado no se ha logrado ni tan siquiera se ha acercado a sus objetivos esenciales. Ejecutados los principales líderes jacobinos, la Constitución de 1795 suponía un retroceso en los derechos alcanzados en el texto de 1793, ya que implicaba el retorno del sufragio censitario. A los postulados de Boissy D'Anglas quien calificaba la igualdad absoluta como quimera (Chalmin 2015, 843) reaccionó con dureza calificando esa constitución

como un «*código negro*» a la usanza del trato que confieren los colonos a sus esclavos. Esa persecución del derecho de propiedad es ratificada por su compañero de fatigas, Buonarroti, quien señaló que «*la libertad y la igualdad no recibirían una aplicación útil y duradera sin la reforma del orden de la propiedad*» (Buonarroti 1869, 50-51), convirtiendo los bienes comunes en el más alto objetivo perteneciendo los frutos y que los frutos de la tierra eran de todos los hombres (Buonarroti 1869, 70-71).

La propiedad como enemiga del hombre se contrapone a la libertad y a la igualdad, exigiendo que el pacto social reparase las injusticias. Estas injusticias puede ser origen de la ley natural al establecer desigualdades entre los hombres, dotándoles de atributos naturales distintos (Babeuf 1789b, XXV-XXVI) y no heredados de épocas precedentes (como *l'heritage de francs*, derechos señoriales de origen feudal muy lesivos para los arrendatarios que vinculaban al arrendatario o al dueño a una prestación personalísima de trabajo con su señor) (Babeuf 1789b, 11-12).

La aplicación práctica de estos principios supuso la inclusión en el Acta de Insurrección con el que comenzó la Conjura de los Iguales de medidas tales como el alzamiento, la toma de armas y la destrucción del gobierno tiránico, puesto que la incorrecta distribución de los bienes era causa de la desigualdad y de los problemas de la nación (Buonarroti 1869, 94-104). Por otro lado, la ausencia de propiedad permite que Babeuf derribe la figura monárquica, ya en un espacio de propiedad común, dicha propiedad no puede ser asignada por un solo hombre—el rey— que deviene innecesario. Entronca con Morelly, quien ya había denostado la monarquía y apostado por la república, sistema éste en el que el interés personal quedaba supeditado a una igualdad de fortuna y condición que equilibraba el interés común de la sociedad (Morelly 1841, 102-103), añadiendo que la democracia es la forma de gobierno en la que los hombres únicamente acuerdan obedecer las leyes de la naturaleza a través de la familia, tribu, ciudad y provincia (Morelly 1841, 152-153) bajo la dirección de sus padres de familia (Morelly 1841, 105) y el soberano en esa situación únicamente tiene que ponerse al frente de la misma, rigiéndose por las leyes naturales previstas, no pudiendo apartarse de las mismas (Morelly 1841, 108-109).

Esa distribución anticipada por Morelly obedecía al derecho de usufructo—que no propiedad— que atribuía al hombre, conforme a esa distribución social (Morelly 1841, 155-156), hombre que por otro lado, rechazaba el lujo y los artículos suntuosos (Morelly 1841, 161-162).

VI. CONCLUSIONES

Harrington y Babeuf no dejan de ser dos caras de la misma moneda. Pero esa moneda no representa lo mismo. El pensamiento de Harrington es un

pensamiento –que dentro de sus limitaciones– se encuentra enmarcado en el liberalismo inglés de mediados del siglo XVII y, aunque bastardo en parte de sus planteamientos, está fuertemente vinculado al concepto de propiedad como fuente de poder.

No obstante, el liberalismo de Harrington depende en gran medida de la evolución religiosa que imperaba en la Inglaterra de mediados del siglo XVII y que culminó la Reforma que la había precedido en los años anteriores. Es una cuestión que no deja de resultar llamativa ya que de no haber sido así, la propuesta de Harrington habría anticipado en más de cien años, los principios básicos de la Revolución Francesa, al establecer un sistema político republicano, aconfesional y precursor de los derechos del hombre.

Pese a ello, la estructura social de Harrington –aun avanzada– no logra superar la trinchera del ecumenismo anglicano que –aun con cierta tolerancia– propugnaba la primacía del puritanismo apoyada en las tesis más extremas del calvinismo europeo. Transformaba la Iglesia de Inglaterra, atacándola y reconstruyéndola dotando de prevalencia a la organización política que era la propia comunidad evangélica a la que pertenecía el sujeto y desde cuyas estructuras sociales se erigía el nuevo estado inglés.

Esos cimientos debían soportar una estructura en un equilibrio complicado porque suponía en la práctica suprimir la figura de la realeza así como la alta nobleza, aparte de subyugar a la propia institución eclesiástica. Es decir, invertir la disposición social existente, y dotar a las comunidades religiosas de una autonomía casi plena alejadas de la rígida identificación entre Iglesia, Corona y Estado que había sentado Enrique VIII y que había sido mantenida por Isabel I.

La edificación auspiciada por Harrington agrietó igualmente el principio básico en el que se asentaba el ordenamiento inglés. Su ataque a la propiedad como pilar del sistema ponía en duda la relevancia de la misma como medio para sustentar la capacidad política de sujeto. Harrington relativiza la propiedad y la pone al servicio de la sociedad para desvincularla del concepto de poder y fijarla como medio de subsistencia. La acepta pero declina su influencia. La difumina en el conjunto de la sociedad. Pero no se atreve a destruirla.

El mantenimiento de estos principios evidencia el abandono que efectúa Babeuf respecto de los postulados del pensador británico para establecer su propio criterio pero sin desligarse totalmente del –por aquel entonces– original y reaccionario planteamiento del erudito inglés. Babeuf obvia el hecho religioso. Su concepción del hombre como ente pleno de derechos le impide aceptar el deísmo aun de forma implícita. El hombre es un ciudadano al que no se le pueden poner trabas. Lo considera en términos mayestáticos y esa condición implica que debe rechazar la idea de un ser superior al que deba rendir pleitesía.

La renuencia al fenómeno divino hace que igualmente pueda aceptar y proclamar el carácter innecesario de la monarquía. Si el rey tenía un origen divino en el siglo XVII, en la centuria siguiente no es más que un hombre que cuenta con unos vetustos e injustos derechos sobre sus súbditos. Si a ello se le une el que carece de un inmediato valedor por cuanto no se acepta la influencia de Dios, el monarca no es mejor que los demás hombres y por lo tanto, deviene superfluo.

Aquí convergen ambos. Un republicanismo militante en el que la importancia del hombre y de la comunidad se eleva sobre el yo, aunque ese yo sea reconocido como elemento clave en la nueva construcción social. Pero esa república —obviando el fenómeno religioso— es más compleja en Harrington que en Babeuf. La mentalidad del pensador no le permite concebir una sociedad plana en la que únicamente resida un colectivo. Crea una pirámide social aunque sea a meros efectos de control. Pero esa pirámide —plena de reminiscencias del esquema que tenía la Inglaterra medieval— no deja de exponer la necesidad que advierte en crear un espacio en el que se celebre y se discutan las cuestiones esenciales del colectivo, sometida a una rígida supervisión.

Esa supervisión es inexistente en Babeuf. El motivo de tal carencia es la confianza que tiene en el sujeto que a su vez es desconfianza en Harrington. El hombre es corruptible. Debe ser controlado. Babeuf aspira a confiar en él. Pero no es una fe ciega. No le queda más remedio ya que si no cree en él, mina su confianza en la colectividad y habilitaría los mecanismos necesarios para sujetarlo y enjuiciarlo. Se establecería nuevamente un sistema en el que el hombre se halla supeditado a un tercero que podría ser un rey, un monarca, un principio o un tirano. Y Babeuf no acepta sino un yo puro, estricto y auto-complaciente.

Por tanto, las repúblicas utópicas de Babeuf y Harrington se separan por su propia concepción del hombre y la resignación que debe mostrar ante la figura del poder. Harrington la acepta aunque sea de forma parcial, pero Babeuf no está dispuesto a ello. Y esas limitaciones que separan a uno y a otro, implican necesariamente que la sociedad que arrojen resulte diametralmente distinta, colocando al hombre en situaciones netamente diferentes: libre con limitaciones para Harrington puesto que es observado por el poder y la religión; libre de forma absoluta para Babeuf ya que no existen trabas a su comportamiento.

Tales argumentos son los que a su vez permiten distinguir a ambos pensadores a la hora de abordar la problemática de la propiedad. Lo hacen desde una perspectiva claramente negativa en todo caso. Para Harrington la propiedad es mal necesario pero que puede ser reconvertido en un elemento que facilite la coexistencia y la cohesión del hombre a través de los bienes comunes y su puesta a disposición en favor de la comunidad. Otorga un pequeño espacio a la propiedad privada entendida como el producto de un artesano o

un industrial eficiente o como medio para recibir –con límites– las herencias del hombre.

Esta idea permite desvincular poder y propiedad. La propiedad que era signo y símbolo del poder real y de la influencia de la alta nobleza inglesa: el rey como dueño supremo de la tierra entregaba la misma al noble y éste otorgaba vasallaje, desaparece íntegramente. Las *manor courts* –jurisdicciones privadas que la Corona entregaba a la nobleza– quedarían abolidas y su destrucción, y la creación de un nuevo sistema judicial apartado de la figura de la propiedad, separa el poder y su ejercicio del fenómeno de la distribución de la tierra.

Sin embargo, Harrington no logra avanzar hasta el siguiente estadio. Se queda estancado en el espejo en el que se refleja. La condición de trasunto de Oceana respecto del Protectorado cromwelliano hace que no mire más allá. Su devoción a la república no le permite plantearse si ese espejo puede quebrarse o no y acepta un cierto conformismo con sus postulados.

Babeuf por su parte, acepta las tesis de Harrington pero nuevamente da un paso más. Es militante. Es activo. Es luchador. Y es pragmático. Abandona claramente la teorización y apuesta por su ejecución. No obstante, la lucha interna de Babeuf se ciñe en hasta qué punto puede poner en práctica sus ideas. Inicialmente rechaza la violencia, pero en su etapa final no duda en apoyar la insurrección como medio de devolver al hombre lo que estima que son derechos que le corresponden ante la convicción de que todos los demás medios han fracasado. Y el motivo principal de su lucha es inicialmente los derechos de propiedad para desembocar en la lucha política.

La posición de la propiedad en Francia era más conflictiva que en Inglaterra. Los derechos feudales, bastante más agresivos que en las islas, ocasionaban además una distribución irregular de las cargas del país hacia la bancarrota que había acelerado el proceso revolucionario. Esa situación supuso que se plantease la necesidad de abolir la propiedad. Pero la constitución de 1791 fracasó en ese punto, ligando a su vez el derecho de voto con las rentas y la constitución de 1793 quedó en suspenso por la decisión del gobierno jacobino de centrarse en la lucha contra los enemigos de la revolución. El retorno al sufragio censitario que se plantea en el texto de 1795, hace decidirse finalmente a Babeuf a dar el paso sobre el que siempre fue dubitativo. Y lo acomete con todas las consecuencias.

Babeuf asume lo que Harrington no hizo. Pero dónde Harrington triunfa, a nuestro juicio Babeuf fracasa. No solo en ese momento, sino en la influencia posterior. Es el modelo de Harrington en el que en la actualidad cuenta con una mayor vigencia. Un modelo más equilibrado –exceptuando el hecho religioso– que el propuesto por el pensador francés, aunque éste último gozó de una extraordinaria popularidad tras reconocerle su condición de precursor del comunismo (Marx 1985a, 90-91).

La realidad es bien distinta. Más allá de la función social que la mayoría de los ordenamientos políticos actuales reconocen a la propiedad, tal reconocimiento no ha impedido que se acepte pacíficamente la propiedad privada, incluso en ordenamientos prototípicamente de ideología comunista, aunque con ciertos matices. Parece que a día de hoy, el pensamiento de Babeuf y Harrington ha encontrado un equilibrio en el mundo contemporáneo que no tuvo en el momento en que fue formulado, si bien, el pensamiento del teórico inglés ha sufrido posteriores reformulaciones puesto que su concepto de propiedad ha sido más que superado en la actualidad. El reconocimiento del sujeto como ser libre, ostentador de derechos, capaz políticamente hablando, exige imperiosamente reconocerle el derecho a formular y administrar su esfera patrimonial como considere conveniente y por tanto, las limitaciones a su patrimonio no tienen cabida, más allá de las limitaciones que puedan tener en torno a la contribución en el sostenimiento de las cargas del Estado. La libertad del hombre que auspiciaba Babeuf y reconocía Harrington, excede del concepto de colectividad y comunidad en el que ambos la insertaban, para aceptar la necesidad de gestionar todos los aspectos, frente a un poder que debe garantizar y responder de los mismos.

Resulta difícil aceptar en nuestros días que –sin perjuicio de las cargas públicas que pueda verse obligado a aceptar por el bien del conjunto de la sociedad– no sea posible gestionar el haber de bienes que el hombre ostenta y administrarlo a su antojo. Pese a ello, advertimos determinadas tendencias que buscan reducir esa capacidad para reconducirla a una estricta aplicación del *máximum jacobino* o que pretenden que prevalezca una función social de la propiedad respecto al derecho a su tenencia por el sujeto. Se trata de propuestas que buscan implantar medidas notablemente intervencionistas no solo en la esfera pública, sino también en la privada.

¿Se trata realmente de una redistribución de la riqueza o de un nuevo control a la libertad del sujeto? Desde un punto de vista objetivo parece aventurarse más lo segundo, ya que precisamente los estados modernos conceptúan al individuo como un contribuyente neto a las necesidades públicas por lo que el control de su patrimonio es un control a su libertad fundado en la detracción del producto de su trabajo para el sostenimiento de estructuras que pueden exceder lo razonable.

En cualquier caso, parece que esa exigencia rompería el equilibrio existente puesto que en la práctica ata al hombre a una estructura de gobierno determinada y le impide progresar allende de unos límites concretos, quedando sujeto en todo caso, a la decisión del propio estado. Es una limitación a los derechos básicos del hombre que rompe el equilibrio entre poder e individuo, que implica en la práctica que se cercene la libertad del hombre para supeditarla nuevamente al poder. No deja de ser irónico por tanto que ese quebranto que se produciría en la libertad del sujeto si pierde sus atribuciones

sobre la propiedad, suponga la caída de los postulados de Babeuf y Harrington aunque pueda conllevar la derrota de la propiedad.

Un triunfo agrídulce de ambos, en todo caso.

BIBLIOGRAFÍA

- ALSOP, J. D. 1994. A High Road to Radicalism? Gerrard Winstanley's Youth. *The Seventeenth Century*. Tomo 9. N.º 1. Durham: 11-24.
- ANTONELLE, Pierre Antoine. 1788. *Catechisme du Tiers Etat*. Acceso el 12 de agosto de 2020. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k47458w>.
- ARIENZO, Alessandro. 2018. Le libertà in conflitto. Il dibattito inglese da Giacomo I a James Harrington. *Scienza & Politica*. Vol. XXX. N.º. 58: 95-114.
- ASTON, Nigel. 2000. *Religion and Revolution in France. 1780-1804*. London: MacMillan Press Ltd. First Published.
- ATTENBOROUGH, Frederick Levi. 1992. *The Laws of the Earliest English Kings*. London: Cambridge University Press.
- BABEUF, Gracchus. 1969a. *Le tribun du peuple (1794-1796). Textes choisis et présentés par Armand Saïtta*. Paris: Union Generale D'Éditions.
- BABEUF, François Noelle. 1789b. *Cadastre perpétuel, ou Démonstration des procédés convenables à la formation de cet important ouvrage*. Paris: Garnery & Volland. Acceso el 12 de agosto de 2020. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56644q>.
- BARNARD, T. 1997. *The English Republic (1649-1660)*. New York: Longman Limited.
- BEINER, Ronald. 2014. James Harrington on the Hebrew Commonwealth. *The Review of Politics*. University of Notre Dame. N.º.76: 169-193.
- BOWMAN, G. 2005. Justice in a World Turned Upside Down: Utopian Visions in the English Civil War and Revolution. *Contemporary Justice Review*. Vol. 8. No. 4: 397-408.
- BUONARROTI, Filippo. 1869. *Gracchus Babeuf et la conjuration des Égaux*. Paris: Armand Le Chevalier Editeur. Acceso el 12 de agosto de 2020. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6274580m.texteImage>.
- CAPOZZI, E. 1998. Republicanism and representative democracy: The heritage of James Harrington. *European Review of History*. Autumn: 197-204.
- CHALMIN, Ronan, Y. 2015. Éthique et rhétorique de la Révolution chez Gracchus Babeuf et Toussaint Louverture. *MLN 130*: 836-862.
- ENGELS, Friedrich. 1980. *Tesis sobre Feuerbach*. Moscú: Editorial Progreso.
- FITZGIBBONS, Jonathan. 2013. Hereditary succession and the Cromwellian Protectorate: the offer of the Crown reconsidered. *The English Historical Review*. Vol. 128. N.º. 534: 1095-1128.
- GARDINER, Samuel Rawson. 1906. *The Constitutional documents of the Puritan Revolution. 1625-1660*. Oxford: Oxford at Clarendon Press.
- GUIZOT, F. 1985. *Historia de la Revolución de Inglaterra*. Madrid: Sarpe.

- HAMMERSLEY, Rachel. 2005. The Commonwealth of Oceana de James Harrington: un modèle pour la France révolutionnaire?. *Annales historiques de la Révolution française. Les Iles britanniques et la Révolution française*. N° 342: 3-20.
- HARKINS, James. 1990-1991. The socialism of Gracchus Babeuf on the Eve of French Revolution. *Science and Society*: 427-441.
- HARRINGTON, James. 1977a. «The Commonwealth of Oceana.» En *Political works of James Harrington*. Edited with an introduction by J.G.A. Pocock. *Cambridge University Press*. Cambridge. First Published: 155-360.
- 1977b. «The Prerogative of Popular Government.» En *Political works of James Harrington*. Edited with an introduction by J.G.A. Pocock. *Cambridge University Press*. Cambridge. First Published: 389-566.
- 1977c. «Pian Piano or Intercourse between H. Ferne, Dr. in Divinity and J. Harrington, Esq, Upon occasion of the Doctor's Censure of the Commonwealth of Oceana.» En *Political works of James Harrington*. Edited with an introduction by J.G.A. Pocock. *Cambridge University Press*. Cambridge. First Published: 369-388.
- 1977d. «The Stumbling- Block of Disobedience and Rebellion.» En *Political works of James Harrington*. Edited with an introduction by J.G.A. Pocock. *Cambridge University Press*. Cambridge. First Published: 567-578.
- 1977e. «The Manner and Use of the Ballot.» En *Political works of James Harrington*. Edited with an introduction by J.G.A. Pocock. *Cambridge University Press*. Cambridge. First Published: 361-368.
- LESUER, Theodore. 1792. *Idées sur l'espece du gouvernement populaire qui pourrait convenir a un pays de l'entendue & de la population presumée de la France*. Paris: *Imprimerie Mayer & St. Martin*. Acceso el 12 de agosto de 2020. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5725628x/f2>.
- LOVETT, Frank. 2012. Harrington's empire of law. *Political Studies*. Vol. 60: 59-75.
- MAILLARD, Alain. 1994. La génération communiste de 1840 et la mémoire de Gracchus Babeuf. *L'Homme et la société*. Número 111-112: 89-100.
- MANGOURIT, Michel Ange (André). 1788. *Le Tribun du Peuple, au Peuple*. Paris: 1- 42. Acceso el 12 de agosto de 2020. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k47205r.image>.
- MARX, Karl. 1985a. La critique moralisante et la moral critique. En *Sur la revolution française. Écrits de Marx et Engels. Messidor. Editions Sociales*. Paris.
- 2008b. *El Capital*. Tomo I. Volumen I. Madrid: Siglo XXI Editores.
- MAZAURIC, Claude. 1992. Babeuf et la République. *Cahier des Annales de Normandie. Recueil d'études offert à Gabriel Désert*. N° 24: 513-524.
- MCGURK, John. 1999. *The Tudor Monarchies. 1485-1603*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MONNIER, R. et COLIN, A. 2016. Itinéraire d' un traducteur de la révolution à la restauration. Pierre-François Henry. Traducteur de James Harrington. *Annales historiques de la Révolution française*. N° 384: 3-24.
- MORELLY, Étienne-Gabriel. 1841. *Code de la nature ou le veritable esprit de ses lois*. Reimpression complete. Paris: Paul Masgana. Libraire-Editeur.
- MORO, T. 1977. *Utopía*. Barcelona: Clásicos Editoriales Planeta.
- PELLETIER, Antoine. 1965. Babeuf feudiste. *Annales Historiques de la Révolution Française*. Jan 1: 29-65.

- PETTIT, Philip. 2012. The republic, old and new. *Renewal: a Journal of Labour Politics*: 47-60.
- POCOCK, John Greville Agard. 1978. Contexts for the Study of James Harrington. *Il Pensiero Politico*. Jan 1. Nº. 11: 20-35.
- POLIN, Raymond. 1952. Économie et politique au XVIIe siècle: l' « Oceana » de James Harrington. *Revue française de science politique*. 2^e année. Nº. 1: 24-41.
- ROGERS, M. 1996. Gerrard Winstanley on Crime and Punishment. *The Sixteenth Century Journal*. Vol. 27. No. 3: 735-747.
- ROWLAND, Christopher. 2014. Gerrard Winstanley: a man for all seasons. *Prose Studies*. Vol. 36. Nº. 1: 77-89.
- ROZA, Stephanie. 2011a. Situation de la connaissance du babouvisme. *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*. Nº. 115: 1-13.
- 2014b. Comment l'utopie est devenue un programme politique: Morelly, Mably, Babeuf, un débat avec Rousseau. *Annales historiques de la Révolution française*. Octobre-décembre. Nº. 378: 111-118.
- 2016/1c. Deux conceptions de l'histoire en révolution: Barnave et Babeuf. *Presses Universitaires de France. Actuel Marx*. Nº. 59: 184-199.
- SAINT-JUST, Louis-Antoine. 1946. Oeuvres de Saint-Just. Discours- Rapports Institutions Républicaines. Organt- Esprit de la Révolution. Proclamations- Lettres. Introduction de Jean Gratien. *Éditions de la Cité Universelle*. 1946.
- SMITH, David, L. 1999. *Oliver Cromwell. Política y religión en la Revolución Inglesa. 1640-1658*. Madrid: Akal. Temas de Historia.
- TOTH, K. 1975. Interpretation in Political Theory: The Case of Harrington. *Review of Politics*. Jul 1. Nº. 37: 317-339.
- WEBB, D. 2003. Contract covenant and class- consciousness: Gerrard Winstanley and the Broken Promises of the English Revolution. *History of Political Thought*. Vol. 24. No. 4: 577-598.
- WINSTANLEY, Gerrard. 1941a. «Truth lifting up its Head above Scandals». En *The works of Gerrard Winstanley: with an appendix of documents relating to the Digger movement*. Edited with and introduction by George H. Sabine. *Cornell University Press*. New York: 99-149.
- 1941b. «The law of freedom in a platform». En *The works of Gerrard Winstanley: with an appendix of documents relating to the Digger movement*. Edited with and introduction by George H. Sabine. *Cornell University Press*. New York: 501-605.
- 1941c. «The new law of righteousness». En *The works of Gerrard Winstanley: with an appendix of documents relating to the Digger movement*. Edited with and introduction by George H. Sabine. *Cornell University Press*. New York: 149-247.
- 1941d. «The true levellers standard advanced.» Incluido en *The works of Gerrard Winstanley: with an appendix of documents relating to the Digger movement*. Edited with and introduction by George H. Sabine. *Cornell University Press*. New York: 247-269.
- 1941e. «A new yeers gift for the Parliament and armie.» En *The works of Gerrard Winstanley: with an appendix of documents relating to the Digger move-*

ment. Edited with and introduction by George H. Sabine. *Cornell University Press.* New York: 353-399.

**Premio
Juan Churruca**

DESAFÍOS Y RETOS QUE PLANTEAN LAS DECISIONES AUTOMATIZADAS Y LOS PERFILADOS PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

*Challenges posed by automated decisions and profiling for
fundamental rights*

Josu Andoni Eguíluz Castañeira
Universidad de Deusto
Josuaneguiluz@opendeusto.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp325-367](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp325-367)

Recibido: 23.11.2020

Aceptado: 14.12.2020

Resumen

En una sociedad eminentemente tecnológica, las decisiones automatizadas y los perfilados se presentan como auténticos desafíos para el Derecho. Potenciales sesgos, predicciones de comportamientos y efectos discriminatorios pueden suponer claros riesgos para los derechos fundamentales. En este contexto, se analiza la nueva realidad de la discriminación algorítmica en el marco de la Inteligencia Artificial, los algoritmos y el *Machine Learning*; y cómo el legislador y los tribunales están optando por aportar una visión garantista a este reto en la era del Big Data. En este trabajo se someten a estudio los déficits y puntos fuertes de la legislación vigente, atendiendo al examen de casos paradigmáticos que formarán los inicios de una construcción jurisprudencial pionera y adaptada a las amenazas latentes de los nuevos y algorítmicos tiempos.

Palabras clave

decisiones automatizadas, perfilado, derechos fundamentales, IA, algoritmos, *machine learning*, discriminación algorítmica, Big Data.

Abstract

In an eminently technological society, automated decisions and profiling are presented as real challenges to Law. Potential biases, behavior predictions and discriminatory effects that pose clear risks for fundamental rights. In this context, this work analyzes the new reality of algorithmic discrimination in the framework of Artificial Intelligence, algorithms and Machine Learning, and how the lawmaker and the courts are choosing to provide a protective vision to this challenge in the era of Big Data. In this work, we study weaknesses and strengths of current legislation, taking into account and examining some of the most paradigmatic cases that would form the foundations of a pioneering jurisprudential construction adapted to the latent threats of the new and algorithmic times.

Keywords

automated decisions, profiling, fundamental rights, AI, algorithms, machine learning, algorithmic, discrimination, Big Data

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. UNA DEFINICIÓN CONCEPTUAL PREVIA: LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DEBATE (BIG DATA, IA, ML). 1. *Big Data*. 2. *Algoritmos e IA («Machine Learning»)*. III. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA COMBATIR LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA. 1. *El principio de no discriminación*. 2. *El RGPD y derecho a la protección de los datos*. 2.1. Decisiones algorítmicas automatizadas y el artículo 2.2. RGPD. IV. CÓMO FUNCIONA LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA. V. ESTUDIO DEL IMPACTO DE LAS DECISIONES AUTOMATIZADAS Y LOS PERFILADOS. 1. *Impacto del uso de algoritmos y perfilados por poderes públicos*. 2. *Otros desafíos inminentes*. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

A mi director, Joserra.
A mi padre, Andoni.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo nace en el contexto de una pandemia mundial y una sociedad confinada, donde la posibilidad de acceder a ingentes cantidades de datos de la manera más veloz y organizada posible es poder. El recurso más valioso del mundo en el siglo XXI ya no es el petróleo, sino los datos. En este sentido, nos recuerda HARARI que en la actualidad tener el poder no solo significa la capacidad de acceder a los datos, sino también saber cuáles obviar¹.

Gobiernos, instituciones, multinacionales y empresarios se posicionan en la gran batalla por controlar, administrar y extraer el valor de los datos, puesto que los datos son el umbral a la nueva forma de concebir el mundo y los cambios que vendrán. Y es por esta razón, que la tensión y conflicto entre el uso de las nuevas tecnologías y los derechos fundamentales, requiere de un equilibrado y sosegado debate en nuestros días. Que nuestra sociedad esté experimentando una profunda transformación a marchas forzadas, no quiere decir que debamos doblegarnos sin cultivar espíritu crítico: siempre será necesario ejercer la templanza y el raciocinio para construir una sociedad que destierre discriminación, abusos e injusticia.

Es por todo esto que en este trabajo abordaremos los desafíos jurídicos de las decisiones automatizadas y los perfilados, estudiando qué son y en qué consisten las tecnologías que propician estos conceptos, cuáles son los instrumentos jurídicos disponibles para combatir sus efectos perjudiciales y el fenómeno que comienza a atisbarse como discriminación algorítmica, cómo funciona el proceso discriminatorio de las toma de decisiones automatizadas

¹ HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus. A brief history of tomorrow*. Barcelona: Penguin Random House, 2017, p. 430.

y cuál es su *modus operandi*, así como el estudio de asuntos pioneros relacionados con algoritmos y confección de perfiles y cómo los tribunales se están enfrentando a ellos y aportando soluciones.

En el primer capítulo, realizaremos una breve presentación conceptual de las tecnologías relevantes (Big Data, algoritmos, IA y ML) para comprender esta nueva realidad tecnológica y digital. En el segundo capítulo, se expondrán las herramientas legales para lidiar con las consecuencias derivadas del uso de estas tecnologías, profundizando en dos campos del derecho de gran recorrido histórico y de radiante actualidad (Derecho antidiscriminatorio y Derecho a la protección de los datos). En el tercer capítulo, estudiaremos las diferentes formas en las que la toma de decisiones automatizadas puede conducir a la discriminación de los ciudadanos. Igualmente ilustraremos con un amplio número de ejemplos reales cada tipo de discriminación algorítmica.

En el cuarto capítulo, tras habernos familiarizado con estas realidades, nos centraremos en el análisis de dos asuntos que tienen como elementos problemáticos y centrales, las decisiones automatizadas y el perfilado. Nos referiremos al caso SyRI holandés y el caso de la reforma de la LOREG² que pretendía facultar a los partidos políticos para elaborar perfiles. El quinto capítulo, estará destinado a exponer una serie de conclusiones y opiniones personales sobre la consecución del trabajo.

En otro orden de ideas, la metodología utilizada en la consecución de este trabajo está compuesta: en primer lugar, por la identificación y análisis jurisprudencial de los casos más relevantes en la materia objeto de estudio tanto a nivel nacional como a nivel internacional, en segundo lugar, por un análisis doctrinal contraponiendo las ideas de los autores más autorizados en los diferentes campos tratados y, por último, por un análisis normativo de los textos normativos más relevantes, observando los puentes fuertes y débiles de la legislación.

II. UNA DEFINICIÓN CONCEPTUAL PREVIA: LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DEBATE (BIG DATA, IA, ML)

1. *Big Data*

El concepto de Big Data hace referencia a la posibilidad de acceder, recoger y conservar ingentes cantidades de datos digitales, todo ello a una gran velocidad de tratamiento. Como es obvio, la Unión Europea y sus instituciones se han hecho eco de la relevancia de abordar los retos y desafíos que el Big Data y las demás tecnologías suponen para el Derecho y la convivencia en sociedad.

² Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (*BOE* núm. 147 de 20 de junio de 1985).

Fruto de todo ello varios grupos de expertos unen esfuerzos en aras de desenmarañar y analizar la realidad en la que la tecnología tiene un papel preponderante. Uno de ellos es el Comité Europeo de Protección de Datos³ (CEPD) que tiene como objetivo garantizar la aplicación coherente de la normativa sobre protección de datos. En lo relativo al Big Data, fue precisamente su precedente el Grupo de trabajo del artículo 29⁴ (GT29) el que propuso una definición, estableciendo que consistía en la creciente capacidad de la tecnología para respaldar la recopilación y el almacenamiento de grandes cantidades de datos, así como para analizar, comprender y extraer el valor total de los datos⁵.

Cuando hablemos del concepto Big Data en este trabajo, coincidiremos con la definición que GARRIGA DOMÍNGUEZ aporta del mismo, el cual hace referencia al conjunto de tecnologías cuyo objetivo consiste en tratar grandes cantidades de información, volúmenes masivos de datos, empleando complejos algoritmos y estadísticas con una pluralidad de finalidades⁶, destinadas a facilitar la toma de decisiones.

2. Algoritmos e IA («Machine Learning»)

Para fundamentar de forma precisa este trabajo consideramos oportuno describir de manera sencilla y breve, tres conceptos centrales en este trabajo que complementan al Big Data a la hora de comprender la totalidad del proceso de tratamiento de datos y la posible ulterior afectación a derechos fundamentales.

En primer lugar, nos referiremos al concepto de algoritmos: la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁷ (FRA) lo ha definido como aquella «*secuencia de comandos que permite a una computadora tomar entradas y producir salidas*» y añade que «*usarlos puede acelerar los*

³ El Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) es un organismo europeo independiente que contribuye a la aplicación coherente de las normas de protección de datos en toda la Unión Europea y promueve la cooperación entre las autoridades de protección de datos de la UE.

⁴ Grupo de trabajo europeo independiente que funcionaba como órgano consultivo ocupándose de cuestiones relacionadas con la protección de la privacidad y los datos personales hasta el 25 de mayo de 2018 (entrada en aplicación del RGPD).

⁵ Comisión Europea. GT29. *Opinion 03/2013 on Purpose Limitation*. 2013, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf (Última consulta: 15 de mayo de 2020).

⁶ GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana. *Nuevos retos para la protección de datos personales en la Era del Big Data y de la computación ubicua*. Madrid: Dykinson, S.L., 2015, p. 28.

⁷ La Agencia de los Derechos Fundamentales (FRA) proporciona a los responsables de la toma de decisiones nacionales y de la UE asesoramiento independiente, contribuyendo así a que la creación de debates, políticas y legislación sobre derechos fundamentales sea mejor informada y más específica.

procesos y producir resultados más consistentes»⁸. La RAE facilita la comprensión de este concepto y lo define de la siguiente manera: «*conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema*».

Ahora bien, nuestra tendencia a pensar que la tecnología es infalible, lógica y puramente racional supone el peligro de equivocarnos en la valoración, ya que los algoritmos aún son percibidos como instrumentos objetivos, inescrutables e incuestionables de las matemáticas que producen resultados racionales e imparciales⁹. No debemos olvidar, que, al fin y al cabo, son creaciones humanas que, como veremos, pueden heredar nuestros sesgos y prejuicios, en definitiva, «*una opinión incrustada en matemáticas que a pesar de su reputación de imparcialidad, refleja objetivos e ideologías*»¹⁰. En este trabajo entenderemos entonces algoritmo como una secuencia de instrucciones, desarrollada por humanos, que se encarga de realizar tareas y encontrar soluciones de forma automatizada.

En segundo lugar, entenderemos la Inteligencia Artificial (IA) de acuerdo con la definición del Grupo de expertos de IA de la Comisión Europea¹¹: El término IA se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, siendo capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos¹². Estos sistemas pueden consistir meramente en programas informáticos, tales como sistemas de reconocimiento facial y de voz, y de igual modo, la IA también puede estar incorporada en dispositivos de hardware, v.gr. coches autónomos, drones, etc¹³.

La IA tiene un abanico muy amplio de actuación que incluye posibilidades de enorme valor social como salvar vidas con la detección más precisa de

⁸ European Union Agency for Fundamental Rights. #BigData: Discrimination in data-supported decision making. 2018, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-focus-big-data_en.pdf (Última consulta: 15 de mayo de 2020).

⁹ TECHNOLAWGIST. «Derechos humanos en un mundo de algoritmos: la sentencia histórica que ata en corto la implantación de modelos opacos», a 12 de febrero de 2020, <https://www.thetechlawgist.com> (Última consulta: 17 de marzo de 2020).

¹⁰ O'NEIL, Cathy. *Armas de Destrucción Matemática*. Madrid: Capitán Swing, 2017, p. 20.

¹¹ La comisión Europea creó en 2018 un grupo de expertos de alto nivel en IA que tiene como objetivo general apoyar la aplicación de la estrategia europea sobre la IA.

¹² High-Level Expert Group on AI. *A definition of AI: Main capabilities and disciplines*. European Commission, 8 de abril de 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines> (Última consulta: 7 de abril de 2020).

¹³ Comunicación de la Comisión Europea sobre la Inteligencia artificial para Europa, 25 de abril de 2018, Bruselas –COM (2018) 237 final, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-237-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF> (Última consulta: 7 de abril de 2020).

tumores o incluso acercar culturas con los traductores automáticos, pero también comportamientos indeseables como influir en elecciones o referéndums o discriminar a personas por razones de raza, género... cuestiones que trataremos en este trabajo. A pesar de que utilicemos un lenguaje que dote de personalidad a la IA asumimos que la IA no es un ente autónomo que actúa de manera espontánea, sino que requiere de ser implementada o aplicada por una organización o un ser humano.

Conviene puntualizar que cuando nos refiramos a las distintas tecnologías no pondremos el foco en la precisión técnica, sino que nos centraremos en el debate jurídico, por ello utilizaremos las palabras algoritmos y sistemas de IA para referirnos al mismo concepto.

Por último, consideramos preciso examinar una de las ramas de la IA, conocida como aprendizaje automático (*Machine learning*, ML). El ML diseña modelos predictivos que construyen por sí mismos la relación entre las variables a estudiar mediante el análisis de un conjunto inicial de datos, la identificación de patrones y el establecimiento de criterios de clasificación. Una vez fijados los criterios, al introducir un nuevo conjunto de datos el componente IA es capaz de realizar una inferencia¹⁴. Una definición menos técnica, con la que coincidimos para describir este concepto, es la de la *Royal Society* que identifica esta tecnología como aquella que permite a sistemas informáticos aprender directamente de ejemplos, datos y experiencia, mediante la realización de tareas específicas de forma inteligente, y de esta forma, estos sistemas pueden llevar a cabo complejos procesos aprendiendo de los datos, en lugar de seguir reglas programadas con anterioridad¹⁵.

En conclusión, cuando el sistema informático encuentra una correlación significa que acaba de hallar un fenómeno que desconocía hasta el momento, y esto implica hallar nueva información. Esta nueva información se reintroduce en los algoritmos para que realicen búsquedas más exactas, de modo que los resultados anteriores perfeccionan el funcionamiento del algoritmo y el sistema aprende.

Esta tecnología es la base de importantes avances en una gran cantidad de sectores, como los vehículos autónomos y la creación de sistemas de transportes inteligentes, ya que el ML permite que el vehículo se adapte a una multitud de características en relación con el entorno y que responda y actúe

¹⁴ Agencia Española de Protección de Datos. *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*. 2020, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf> (Última consulta: 7 de abril de 2020).

¹⁵ THE ROYAL SOCIETY. *Machine learning: the power and promise of computers that learn by example*. abril de 2017, <https://royalsociety.org/~media/policy/projects/machine-learning/publications/machine-learning-report.pdf> (Última consulta: 7 de mayo de 2020).

en consecuencia p.ej. Amazon está desarrollando drones con el fin de realizar entregas, obteniendo la primera entrega con éxito en diciembre de 2016¹⁶. La idea clave detrás de esta tecnología es su capacidad para crear conocimiento que no necesita ser explicitado por sus creadores humanos, debido al aumento de la imprevisibilidad del comportamiento del algoritmo¹⁷. Todo depende de los datos con los que se entrena el sistema y la respuesta es, hasta cierto punto, desconocida o muy difícil de predecir hasta para los propios expertos que lo programan.

Reseñamos también el concepto de minería de datos, que es un tipo de ML que consiste en el proceso de descubrir patrones interesantes a partir de grandes cantidades de datos¹⁸.

Una vez que hemos abordado estos conceptos resulta necesario introducir el problema que vamos a tratar durante este trabajo. Desde un punto de vista garantista, nos referimos a los efectos discriminatorios derivados de la toma de decisiones automatizadas y del perfilado, también denominado elaboración de perfiles (*profiling*¹⁹). De este modo, nos adentraremos en el estudio de los instrumentos jurídicos de los que dispone el ciudadano para afrontar y combatir los potenciales peligros y amenazas latentes provenientes de la discriminación algorítmica, tales como, la falta de transparencia o la inclusión de sesgos en los algoritmos. Para ayudarnos a poner a prueba no sólo la vigencia teórica de estas normas sino también su utilidad práctica.

III. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA COMBATIR LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA

Tras una amplia explicación de conceptos más técnicos, consideramos trascendente exponer una recopilación de los diferentes instrumentos jurídicos de los que disponen las personas para protegerse ante este tipo de discriminaciones impulsadas por la toma de decisiones automatizadas y el

¹⁶ CONDLIFEE, Jamie. «An Amazon Drone Has Delivered Its First Products to a Paying Customer», *MIT Technology Review*, <https://www.technologyreview.com/s/603141/an-amazon-drone-has-delivered-its-first-products-to-a-paying-customer/> (Última consulta: 7 de marzo de 2020).

¹⁷ MICHALSKI, Ryszard. «Understanding the Nature of Learning: Issues and Research Directions», CARBONELL, Jaime y MITCHELL, Tom (Coord.). *Machine Learning: An Artificial Intelligence Approach, Volume II*. California: Morgan Kaufmann Publishers, 1983, p. 8.

¹⁸ HAN, Jiawei. PEI, Jian y KAMBER, Micheline. *Data mining: concepts and techniques*. Massachusetts: Elsevier, 2011, p. 39.

¹⁹ La técnica *profiling* tiene como objeto constituir descripciones individuales o grupales a partir del tratamiento de datos personales y, sobre todo, de modelos de referencia o patrones estructurales.

perfilado. En este capítulo intentaremos desarrollar las distintas vías legales, refiriéndonos a los principios y cuestiones básicas de las mismas, con la intención de ordenar las posibles herramientas o mecanismos legales que cualquier ciudadano puede accionar como escudo frente a los peligros y amenazas que desentrañan los algoritmos y sus sistemas de IA. Dividiremos este apartado del trabajo en las principales normas jurídicas, que a nuestro juicio, mejor se adaptan a las realidades tecnológicas y los problemas que éstas plantean. Nos referimos al Derecho antidiscriminatorio, al Reglamento General de Protección de Datos²⁰ (RGPD), al Convenio Europeo de Derechos Humanos²¹ (CEDH), así como a la afectación directa a ciertos derechos fundamentales más allá del principio de no discriminación que quedan recogidos en la Constitución Española (CE).

Con carácter previo a la exposición de las salvaguardas legales, es preciso señalar que a lo largo del estudio de este trabajo hemos constatado un amplio abanico de derechos fundamentales que pueden verse vulnerados²². Por lo tanto, a pesar de que nos referiremos especialmente al principio de no discriminación, son muchos otros los que de manera colateral o incluso directa sufren afectaciones, entre los que destacaremos el derecho a la protección de los datos y ciertos derechos amparados en el RGPD como el derecho a la impugnación de decisiones automatizadas.

1. *El principio de no discriminación*

El concepto de discriminación ha sido desarrollado y regulado por muchos tratados y constituciones, prohibiéndose este de manera expresa. Expondremos a continuación diversas normas donde queda amparado este principio.

En primer lugar, el Derecho de la Unión a través de las instituciones europeas ha sido el propulsor de grandes avances en materia del Derecho

²⁰ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobado el 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE núm. L 119/3 de 5 de mayo de 2016).

²¹ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de la Unión Europea, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Instrumento de ratificación de España de 24 de noviembre de 1977 (BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979).

²² Comisión Europea. *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, 19 de febrero de 2020*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf (Última consulta: 12 de mayo de 2020).

antidiscriminatorio, con el impulso de las Directivas sobre igualdad racial (2000/43/CE)²³; igualdad de trato en el empleo (2000/78/CE)²⁴; igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición) (2006/54/CE)²⁵ e igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios (2004/113/CE)²⁶. Todas ellas representan los esfuerzos del legislador por dotar de una regulación consistente y coordinada a los Estados miembros. Podemos encontrar en el artículo 2 a) de cada una de estas directivas la definición análoga de discriminación directa: «*la situación en que una persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que es, ha sido o sería tratada otra en una situación comparable, por razón de sexo, origen racial o étnico, religión...*»

Asimismo, puede establecerse la discriminación directa incluso si no existe ningún reclamante identificable que alegue haber sido víctima de dicha discriminación. En el asunto *Feryn*²⁷, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) concluyó que el hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa en la contratación, en el sentido de la Directiva (2000/43/CE), ya que declaraciones de esa clase pueden disuadir firmemente a determinados candidatos de la solicitud del empleo y por tanto dificultar su acceso al mercado de trabajo²⁸. La temática aquí expuesta es representativa de un tipo de discriminación atinente al ámbito de la contratación, que no siempre es fácil detectar en la práctica. Por ello es una

²³ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (*DOCE* núm. L 180/22 de 19 de julio de 2000).

²⁴ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (*DOCE* núm. L 303/16 de 2 de diciembre de 2000).

²⁵ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (*DOUE* núm. L 204/23 de 26 de julio de 2006).

²⁶ Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. (*DOUE* núm. L 373/37 de 21 de diciembre de 2004).

²⁷ TJUE, C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/Firma Feryn NV*, 10 de julio de 2008. Véase también TJUE, C-81/12, *Asociația Accept/Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 25 de abril de 2013.

²⁸ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa. *Manual de legislación europea contra la discriminación*. 2018, https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrim_law_SPA.pdf (Última consulta: 15 de mayo de 2020).

de las realidades que más problemas y peligros está planteando en relación con la toma de decisiones automatizadas y los perfilados.

A su vez, consideramos verdaderamente importante prestar atención a otro tipo de discriminación más compleja de delimitar o acotar, incluso de apreciar su aparición. Nos referimos a la discriminación indirecta, la cual en ocasiones puede pasar completamente desapercibida. La discriminación indirecta tiene lugar cuando una disposición aparentemente neutra introduce una desventaja para una persona o un grupo de personas que comparten las mismas características²⁹. Igualmente en la legislación de la UE la discriminación indirecta se define de manera similar en su artículo 2, apartado 2, letra b), de todas las Directivas anteriormente mencionadas estableciendo lo siguiente: «*existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra sitúe a personas de un origen racial o étnico, sexo, religión... concreto en desventaja particular con respecto a otras personas salvo que ... pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios... sean adecuados y necesarios*».

Respecto a la idea de justificación objetiva el TJUE proporcionó una explicación detallada en el asunto *Bilka-Kaufhaus*³⁰. En este caso, unas empleadas a tiempo parcial de los grandes almacenes *Bilka* fueron excluidas del régimen complementario de pensiones. Teniendo en cuenta que las mujeres representaban la mayor parte de los trabajadores a tiempo parcial, se entendía que existía discriminación indirecta contra la mujer. El TJUE declaró que este trato era constitutivo de discriminación indirecta, a no ser que la diferencia en el disfrute del derecho pudiera justificarse como proporcionada. Según el criterio del tribunal, no se respondió a la cuestión sobre si la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del plan de pensiones era proporcionada. La exigencia de que las medidas adoptadas fueran necesarias implicaba que debía acreditarse la inexistencia de otros medios razonables que pudieran afectar en menor grado al principio de igualdad de trato³¹.

En segundo lugar, el CEDH, en su artículo 14 establece la prohibición de la discriminación. Y es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) quien a través de su interpretación y profusa jurisprudencia³² reconoce las

²⁹ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa. *Manual... op cit*, p. 58.

³⁰ TJUE, asunto 170/84, *Bilka - Kaufhaus GmbH/ Karin Weber Von Hartz*, 13 de mayo de 1986.

³¹ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa. *Manual... op cit*, p. 107.

³² TEDH, *Biao* contra Dinamarca [GS], núm. 38590/10, 24 de mayo de 2016, apartados 89 y 103., <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-163115%22%7D> (Última consulta: 28 de marzo de 2020). Véase también de manera análoga: TEDH, *Carson* y otros contra Reino Unido [GS], núm. 42184/05, 16 de marzo de 2010, apartado 61;

figuras ampliamente utilizadas para abordar las diferentes realidades, tanto la discriminación directa como indirecta.

A nivel nacional, la Constitución Española (CE) también proscribió expresamente la discriminación en su artículo 14, cláusula general que establece la igualdad de todos los españoles ante la ley y la prohibición de realizar discriminaciones por razones o condiciones personales o sociales. Cabe apuntar que además de ser una obligación para los poderes públicos la discriminación por cualquiera de las causas que recoge este precepto es contraria al orden público y, por ende, esta prohibición de discriminar también se extiende a los particulares. Por razones de casuística, en España existe un recorrido jurisprudencial³³ más amplio sobre discriminación por sexo o género, mientras que en otros países como EE. UU. las tensiones raciales existentes han propiciado un mayor desarrollo jurisprudencial en esa materia.

Con la misión de transponer las Directivas antes mencionadas el legislador nacional promulga la Ley 62/2003³⁴ y la LOI 3/2007³⁵, y de esta forma, nuestra legislación incorpora los elementos y salvaguardas del Derecho antidiscriminatorio desarrollados y avanzados por la UE. Es preciso añadir que nuestro Tribunal Constitucional (TC) se pronunció recientemente respecto a la discriminación indirecta en la Sentencia 91/2019, de 3 de julio de 2019, declarando inconstitucional y nulo el precepto que regulaba el cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial por considerar que constituye una discriminación indirecta por razón del sexo, al evidenciarse estadísticamente³⁶ que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son

TEDH, D. H. y otros contra República Checa [GS], núm. 57325/00, 13 de noviembre de 2007, apartado 175; TEDH, *Burden* contra Reino Unido [GS], núm. 13378/05, 29 de abril de 2008, apartado 60.

³³ En este sentido traemos a colación dos sentencias, STC 128/1987, de 16 de julio. Discriminación entre hombre y mujer. Prestaciones de la Seguridad Social por guardería. Recurrente hombre. (Acción positiva, Discriminación «social», ni directa ni indirecta). STC 324/2006, de 20 de noviembre. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo (embarazo): pérdida de las vacaciones anuales después del permiso de maternidad por haber terminado el año natural. Recurrente una mujer. (Discriminación directa). Para ampliar información véase: https://www.habe.euskadi.eus/s23edukiak/eu/contenidos/informacion/juris_tribunal_constitucional/es_juris/juris_tribunal_constitucional.html (Última consulta: 28 de marzo de 2020).

³⁴ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 2003).

³⁵ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2007).

³⁶ La estadística demuestra que la medida afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres (disparate effect). La STC 91/2019 FJ 4, C expone: «*En la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscribido por el art. 14 CE... deberá atenderse necesariamente a los datos revelados por la estadística* (STC 128/1987,

mujeres, lo que ocasiona un impacto adverso sobre los trabajadores de un determinado sexo. Lo interesante para nuestro estudio en este caso es la consideración de que el precepto impugnado produce una desigualdad de trato al faltar los requisitos de «justificación objetiva y razonable» de las diferencias que establece³⁷, idea comentada anteriormente en el asunto *Bilka-Kaufhaus*.

Tras exponer el marco normativo de la discriminación indirecta conviene referirnos a la amenaza que supone que la toma de decisiones automatizadas y los perfilados provoquen involuntariamente esta discriminación. Precisamente en el próximo capítulo expondremos la manera en la que operan, con la intención de evidenciar la dificultad que conlleva detectar sus potenciales efectos discriminatorios.

Es cierto que este instrumento jurídico (Derecho antidiscriminatorio) posibilita combatir decisiones discriminatorias y sesgadas, como ya hemos podido comprobar con los asuntos tratados sobre discriminación indirecta por razón de sexo. Sin embargo, da la sensación de que esta nueva realidad representada por el fenómeno de la discriminación algorítmica no puede ser alcanzada o atajada por este instrumento jurídico, ya que es necesario demostrar que una regla, práctica o decisión aparentemente neutral afecta desproporcionadamente a un grupo protegido y, por lo tanto, es discriminatoria a primera vista³⁸. En multitud de casos, ha sido la evidencia estadística la que se ha utilizado para demostrar un efecto tan desproporcionado, tal y como se expuso en la STC 91/2019 comentada con anterioridad. El principal problema de estas tecnologías radica en su facilidad para hacer pasar desapercibida la discriminación, en otras palabras, si alguien no sabe que está siendo discriminado de manera indirecta, cómo va a poder recurrir o plantear siquiera una acción contra dicha actuación. A continuación, expondremos un breve caso a fin de ilustrar a qué nos referimos.

Supongamos que una persona desea contratar un préstamo en la web de un banco, el banco utiliza un sistema de IA para decidir sobre las solicitudes de préstamo, y ese mismo algoritmo deniega automáticamente la solicitud del cliente sin que este tenga opción a saber el porqué, ni si el sistema que deniega las solicitudes de contratar préstamos lo hace de una manera

de 16 de julio, FJ 6), *ya sean datos estadísticos aportados por el órgano judicial promotor de la respectiva cuestión de inconstitucionalidad o datos estadísticos actualizados de oficio por el Tribunal* (STC 253/2004, FJ 8)».

³⁷ TC. Gabinete del Presidente, Oficina de Prensa. Nota Informativa núm. 88/2019, https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2019_088/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2088-2019.pdf (Última consulta: 3 de mayo de 2020).

³⁸ ZUIDERVEEN BORGESIJUS, Frederik. *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*. Strasbourg, Council of Europe. 2018, p.19.

estadísticamente desproporcionada hacia, por ejemplo, las mujeres³⁹. En este supuesto el cliente está siendo víctima de una decisión automatizada con efectos discriminatorios.

2. *El RGPD y derecho a la protección de los datos.*

Si inicialmente comentábamos la absoluta trascendencia de los datos en el siglo XXI, en el marco de una revolución tecnológica y una gran expansión globalizadora, el legislador europeo ha entendido el papel que representa para la sociedad y para su cultura la defensa del ámbito privado en relación con las nuevas tecnologías, invirtiendo grandes esfuerzos en salvaguardar el derecho a la protección de los datos, para así lograr unificar y armonizar la regulación respecto a este derecho fundamental, y es en este contexto, donde ve la luz el RGPD por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

En el ámbito europeo, como anteriormente se comentaba, la protección de datos está configurada como un derecho fundamental, plasmado en el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴⁰ (TFUE) y a su vez, en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴¹ (CDFUE), además de en el primer considerando del propio RGPD.

En el ámbito nacional, este derecho se encuentra recogido en el artículo 18.4 de nuestra carta magna, que dispone lo siguiente: «*la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*». Como podemos observar el constituyente no era ajeno al extraordinario desarrollo que estaban experimentando las aplicaciones informáticas allá por el año 1978. Por ello a pesar de que la protección de datos personales no fuese configurada expresamente como un derecho fundamental, su reconocimiento quedó posibilitado indirectamente mediante la redacción amplia del artículo en lo que respecta a la limitación del uso de la informática⁴². De esta forma, el TC ha sido el encargado de ir desarrollando la incardinación de este derecho en el citado artículo, a través de una extensa jurisprudencia, que actualmente lo

³⁹ ZUIDERVEEN BORGESIJUS, Frederik. Discrimination... *op. cit.*, p. 20.

⁴⁰ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 (DOUE núm. C 83/47 de 26 de octubre de 2012).

⁴¹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE núm. C 83 de 30 de marzo de 2010).

⁴² PARDO FALCÓN, Javier. «Artículo 18.4 La Protección de Datos», en RODRÍGUEZ-PINERO, Miguel. BRAVO FERRER, María y CASAS BAAMONDE, Emilia (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo 1. Madrid: Wolters Kluwer, BOE, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia. octubre, 2018, p. 562.

determina como «*un derecho fundamental autónomo dirigido a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona, y como derecho fundamental instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, esto es, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos*»⁴³. Sin obviar, la entrada en vigor de la LO 3/2018⁴⁴, para adaptar el ordenamiento jurídico español al RGPD y garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato en el 18.4CE.

Por todo lo ya mencionado, entendemos que la regulación de la protección de los datos es una auténtica herramienta legal que atiende al fin de amparar y proteger los derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad y el principio de no discriminación⁴⁵. Esta normativa pretende que las personas cuyos datos personales⁴⁶ sean procesados estén dotadas de derechos sobre sus propios datos, y como contrapartida, impone obligaciones a las partes que procesan o tratan datos personales (responsable o encargado de tratamiento⁴⁷). De esta forma, una vez que hemos expuesto estas ideas generales y básicas sobre este derecho fundamental, requieren atención los principios que servirán como guía y en los que deberá basarse todo tipo de tratamiento o procesamiento de datos. Son ocho los principios⁴⁸ que forman el núcleo de la ley de protección de datos, en virtud de lo expuesto en el artículo 5 del RGPD, que exponemos a continuación; a) Los datos de carácter personal solo pueden ser tratados de manera lícita, leal y transparente («legalidad, equidad y transparencia»); b) Dichos datos solo serán recogidos para unos fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados de manera incompatible con otros fines («limitación de la finalidad»); c) Dichos datos deben limitarse a lo necesario en relación con los fines para los que son tra-

⁴³ STC núm. 76/2019, de 22 de mayo de 2019, FJ 5. Véase también: (SSTC núm. 11/1998, de 13 de enero, FJ 5; núm. 151/2014, de 25 de septiembre, FJ 7; y núm. 292/2000, de 30 de septiembre, FJ 5).

⁴⁴ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294 de 6 de diciembre de 2018).

⁴⁵ Véase: Artículo 1.2 y considerandos 71,75,85 RGPD.

⁴⁶ El artículo 4.1 del RGPD define los datos personales como «*toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado») ...cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente...*»

⁴⁷ Los artículos 4.7 y 4.8 del RGPD definen al «responsable del tratamiento» y al «encargado» como «*la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento o, trate los datos personales por cuenta del responsable del tratamiento*», respectivamente.

⁴⁸ Agencia Española de Protección de Datos. *Protección de Datos: Guía para el Ciudadano*, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/guia-ciudadano.pdf> (Última consulta: 28 de marzo de 2020).

tados («minimización de datos»); d) Dichos datos deben ser lo suficientemente precisos y si fuera necesario actualizados («exactitud»); e) Dichos datos no deben conservarse durante un plazo de tiempo superior al necesario para cumplir con los fines del tratamiento («limitación del plazo de conservación»); f) Dichos datos deben estar protegidos contra violaciones de datos, uso ilícito, etc. («integridad y confidencialidad»); g) Los responsables y encargados de tratamiento son responsables del cumplimiento de estos principios, así como de ser capaces de poder demostrar dicho cumplimiento («responsabilidad proactiva»). Principios similares a los mencionados son recogidos en las legislaciones nacionales de más de cien países en todo el mundo⁴⁹.

En el siguiente capítulo expondremos cómo estos principios en muchas ocasiones brillan por su ausencia. Ya que a pesar de que la ley de protección de datos ayude a mitigar los potenciales riesgos de la discriminación algorítmica no son pocas las veces en las que su aplicación puede resultar ineficaz a tenor de ciertas prácticas que esquivan o pasan inadvertidas para esta regulación. Razón por la cual, en ocasiones, se considera necesaria una *evaluación de impacto de protección de datos* (EIPD)⁵⁰.

El RGPD en su art. 35 expone lo siguiente: «*Cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías... entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento realizará, antes del tratamiento, una EIPD*». Añadiendo en el apartado 3 a) la necesidad de realizar un EIPD cuando exista una «*evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles*⁵¹, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar». En relación con el mandato de realizar una EIPD, el art. 25 del RGPD establece la protección de datos desde el diseño y por defecto, atendiendo a su apartado primero: «*...el responsable del tratamiento aplicará, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento (diseño) como en el momento del propio*

⁴⁹ GREENLEAF, Graham. «Global tables of data privacy laws and bills», *Privacy Laws & Business International Report*, vol.145, 2017: 14-26, <https://ssrn.com/abstract=2992986> (Última consulta: 28 de marzo de 2020).

⁵⁰ Según el GT29 consiste en un proceso concebido para describir el tratamiento, evaluar su necesidad y proporcionalidad y ayudar a gestionar los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas derivados del tratamiento de datos personales evaluándolos y determinando las medidas para abordarlos, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp248rev01-es.pdf> (Última consulta: 07 de abril de 2020).

⁵¹ El artículo 4.4 del RGPD define la elaboración de perfiles como «*toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física...*»

tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas...» así como reza el segundo apartado: «...con miras a garantizar que, por defecto, solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento...»

De este modo, observamos cómo el legislador es plenamente consciente de los peligros que entrañan las nuevas tecnologías, haciendo especial hincapié en la necesidad de establecer garantías y salvaguardas por parte del responsable a la hora de realizar tratamientos automatizados y elaborar perfiles, cuestiones que sometemos a estudio a lo largo del trabajo como posibles vulneradores de derechos fundamentales o potenciales creadores de efectos discriminatorios.

Decisiones algorítmicas automatizadas y el artículo 22 RGPD

Una de las cuestiones más controvertidas en los últimos años es la referente a la toma de decisiones automatizadas que llevan a cabo los algoritmos y sistemas de IA, en los que no existe intervención humana. Sin lugar a duda, la creciente utilización de estas tecnologías para agilizar procesos es un caldo de cultivo para posibles vulneraciones de derechos fundamentales. El propio director del SEPD⁵² advierte que nos encontramos en los albores de una sociedad en la que la humanidad puede convertirse en esclava de facto de la dictadura de opacos algoritmos que tomen decisiones más allá de lo que marque nuestras constituciones o el sentir general de la sociedad. Y propugna que la entrada en vigor del RGPD puede considerarse como una apuesta seria de la Unión Europea para garantizar el respeto de la dignidad y los derechos fundamentales del individuo en el mundo digital⁵³.

El artículo 22 del RGPD expone en su literalidad: *«todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar»*. De esta forma, interpretamos el artículo, en concordancia con las directrices del GT29⁵⁴, como una prohibición en lugar de hacerlo como un derecho, lo cual

⁵² El Supervisor Europeo de Protección de Datos es una autoridad supervisora independiente que tiene como objetivo principal garantizar que las instituciones y órganos de la Unión Europea respeten el derecho a la intimidad y la protección de datos cuando tratan datos de carácter personal y desarrollan nuevas políticas, cuyo director es Leonardo Cervera.

⁵³ Diariolaley. «Los derechos fundamentales no se compran o se venden, se respetan», *Wolters Kluwer* a 6 de julio de 2018, <https://diariolaley.laleynext.es> (Última consulta: 17 de abril de 2020).

⁵⁴ Comisión Europea. GT29. *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679. (WP251)*. Adoptadas

significa que las personas están protegidas automáticamente frente a los posibles efectos lesivos que puedan derivar de este tipo de tratamiento.

Por lo que se establece una prohibición general de las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado que produzcan efectos jurídicos o significativamente similares, y se aplica tanto si el interesado adopta una acción relativa al tratamiento de sus datos personales como si no lo hace⁵⁵. Por un lado, un ejemplo de una decisión con «efectos jurídicos» sería una decisión judicial, o una decisión con respecto a un beneficio social otorgado por la ley, como el pago de la pensión. Por otro lado, un ejemplo de una decisión con efectos «significativamente similares» sería un banco que niega un crédito automáticamente. Y en base a lo que sostiene las Autoridades de Protección de Datos, la diferenciación de precios en línea podría «afectar significativamente de manera similar» a alguien, si conduce a «precios prohibitivamente altos que efectivamente excluyen a alguien de ciertos bienes o servicios»⁵⁶.

En este sentido, es conveniente advertir que existen excepciones a esta prohibición, el propio artículo 22 en su apartado 2 las recoge: «a) cuando la toma de decisiones automática es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato...; b) cuando esté autorizada por el Derecho de la Unión o por ley de un Estado miembro...; c) cuando los interesados han dado su consentimiento explícito». A pesar de que el consentimiento expreso no está definido en el RGPD, se sugiere que debe estar basado en una acción afirmativa⁵⁷. Igualmente, el considerando 71 del RGPD también reconoce y propugna estas mismas excepciones. En definitiva, según lo expuesto entendemos que el tratamiento previsto en el artículo 22, apartado 1, no se permite como norma general, aunque existen varias excepciones a esta prohibición, *ut supra* citadas.

Más allá de los requisitos generales de transparencia, el RGPD también contiene requisitos de transparencia específicos para decisiones automatizadas, el artículo 13 apartado 2 letra f) establece que «el responsable del tratamiento facilitará al interesado información significativa sobre la lógica aplicada, en caso de que existan decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles..., así como la importancia y las consecuencias

el 3 de octubre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 6 de febrero de 2018, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp251rev01-es.pdf> (Última consulta: 10 de mayo de 2020).

⁵⁵ Ídem, p. 21.

⁵⁶ ZUIDERVEEN BORGESIU, Frederik. Discrimination... *op. cit.*, p. 23.

⁵⁷ ORTIZ LÓPEZ, Paula. «Dictamen del GT29 sobre la toma de decisiones individuales automatizadas y la elaboración de perfiles (WP 251)», *Diario La Ley*, núm. 11, sección Ciberderecho. Wolters Kluwer, noviembre, 2017, <https://diariolaley.laleynext.es> (Última consulta: 15 de mayo de 2020).

previstas de dicho tratamiento para el interesado». Ahora bien, en este punto debemos preguntarnos, cuál es el alcance de la información significativa, ya que se entiende del precepto que una organización, que utiliza sistemas de IA, tendría que explicar y proporcionar información significativa sobre la lógica de ese proceso. Esta cuestión ha sido objeto de controversia doctrinal, algunos autores defienden que existe un «derecho a la explicación» (*right to explanation*), mientras que otros ponen en duda su existencia en el RGPD⁵⁸. A tenor de una breve referencia del considerando 71: «... *el derecho a... recibir una explicación de la decisión tomada...*», se sugiere la existencia de un derecho individual a la «explicación» de las decisiones de IA, un derecho que podría ser esencial como instrumento para poder ejercitar los derechos del apartado 3 del artículo 22: «*derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión*»⁵⁹. Facultades por otro lado, de gran utilidad para salvaguardar potenciales vulneraciones, donde es necesaria una información previa suficiente respecto a la decisión tomada por el sistema de IA. Si no, estos derechos quedarían de facto inaplicables, ya que el interesado no podrá impugnar la decisión automatizada u obtener la intervención humana, si desconoce que esa decisión ha sido basada únicamente en un tratamiento automatizado.

En caso de que esta cuestión no disponga de su debida atención muchos tipos de decisiones automatizadas se mantendrían fuera del alcance o del foco de las reglas del RGPD. Un potencial peligro a efectos de que el ciudadano pueda ejercitar sus derechos, por lo que en este punto apreciamos un déficit o ángulo muerto en la normativa. Coincidimos en este punto con SELBST y POWLES en el hecho de que este problema se refiere a la aplicabilidad de estos derechos, en vez de a su forma, asunto que deberá ser aclarado por legisladores, tribunales y autoridades de protección de datos en futuras interpretaciones⁶⁰. En aras de ilustrar esta explicación con un ejemplo

⁵⁸ European Parliamentary Research Service (EPRS). *Understanding algorithmic decision-making: Opportunities and challenges*. PE 624.261, marzo, 2019, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624261/EPRS_STU\(2019\)624261_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624261/EPRS_STU(2019)624261_EN.pdf) (Última consulta: 17 de abril de 2020). Véase también referencias a ambas posturas: WACHTER, Sandra. MITTELSTADT, Brent y FLORIDI, Luciano. «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation», en *International Data Privacy Law* (7,2). 2017, pp. 7-13 (en contra). SELBST, Andrew y POWLES, Julia. «Meaningful Information and the Right to Explanation», en *International Data Privacy Law* (7,4). 2017, pp. 233-242 (a favor).

⁵⁹ Según el art. 22.3 *ab initio*, «estas facultades solo tienen cabida cuando el responsable haya basado el tratamiento en el consentimiento del particular o, cuando el tratamiento sea necesario para la ejecución o celebración de un contrato».

⁶⁰ European Parliamentary Research Service (EPRS). *Understanding algorithmic... op. cit.*, p. 60.

concreto, recordemos que el precepto del art. 22.1 solo se aplica a decisiones basadas «únicamente» en el tratamiento automatizado, es decir, sin intervención humana. Ahora bien, imaginemos que un empleado de un banco niega un préstamo sobre la base de una recomendación de un sistema de IA. A no ser que el empleado lleve a cabo una comprobación superficial como un estampado (*rubber stamping*), la disposición del artículo 22 sería inaplicable⁶¹, ya que al haber existido participación humana la decisión no estaría basada «únicamente» en el tratamiento automatizado. Por lo que la compañía podría eludir fácilmente la aplicación de este artículo 22, destinando un empleado a supervisar decisiones automatizadas, que en la práctica se limite a reproducir lo que decida el sistema de IA.

Como podemos comprobar la complejidad de ciertos conceptos técnicos o tecnológicos pueden hacer que resulte difícil para el interesado entender cómo funciona o si está siendo parte un proceso de decisiones automatizadas o de elaboración de perfiles. Por ende, el responsable del tratamiento debe informarle de manera sencilla acerca del procedimiento para llegar a la decisión. El RGPD exige que el responsable del tratamiento ofrezca información significativa sobre la lógica aplicada, sin ser necesaria una compleja explicación del sistema IA o la revelación de todo el algoritmo⁶². De todas formas, la información que se facilite al interesado debe ser suficientemente exhaustiva para que pueda entender los motivos de la decisión⁶³. Y por supuesto, debe garantizarse la participación humana, por persona competente y autorizada, a través de cualquier supervisión de la decisión que supongan acciones significativas, no únicamente un gesto simbólico⁶⁴ como en el ejemplo anterior, posibilitando siempre que un operador humano pueda ignorar el algoritmo en un momento dado⁶⁵. En cualquier caso, el debate sobre la explicación y la participación humana en las decisiones automatizadas de IA se encuentra encima de la mesa. Precisamente, la Declaración de Deusto sobre Derechos Humanos en entornos digitales⁶⁶ ya se refiere al derecho a la transparencia y responsabilidad en el uso de algoritmos y al derecho a disponer de una última

⁶¹ VEALE Michael y EDWARD Lilian. «Clarity, surprises, and further questions in the Article 29. Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling», *Computer law & security review*, núm. 34, 2018, pp. 400 y 401.

⁶² El hecho de que exista cierta complejidad no supone una excusa para no informar al interesado, conforme al considerando 58 del RGPD que expone el principio de transparencia.

⁶³ Comisión Europea. GT29. *Directrices sobre... op. cit.*, p. 28.

⁶⁴ Comisión Europea. GT29. *Directrices sobre... op. cit.*, p. 23.

⁶⁵ AEPD. *Adecuación al RGPD... op. cit.*, p. 28.

⁶⁶ Universidad de Deusto. *Declaración Deusto Derechos Humanos en Entornos Digitales*, <https://www.deusto.es/cs/Satellite/deusto/es/universidad-deusto/sobre-deusto-0/derechos-humanos-en-entornos-digitales> (Última consulta: 22 de mayo de 2020).

instancia humana en las decisiones automatizadas. Asimismo, el gobierno español aborda recientemente la necesidad de elaborar una Carta de Derechos Digitales constituyendo un grupo de expertos para desarrollar la protección de los derechos de los ciudadanos en entornos digitales⁶⁷.

IV. CÓMO FUNCIONA LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA

A continuación, intentaremos exponer cómo el funcionamiento de la toma de decisiones automatizadas y los perfilados discriminan a ciertos colectivos o individuos en base a diversas condiciones: género, origen racial, religión, situación socioeconómica, etc. Para llevar a cabo esta explicación nos referiremos al estudio de BAROCAS y SELBST⁶⁸, así como al trabajo de ZUIDERVEEN⁶⁹, donde se distinguen hasta cinco formas en las que la toma de decisiones automatizadas puede conducir, involuntariamente, a la discriminación. Los problemas se relacionan con: a) la «variable objetivo» y la definición de las «etiquetas de clase»; b) datos de entrenamiento: ejemplos de etiquetado; c) recopilación de datos de entrenamiento; d) selección de características; y e) variables de aproximación (*Proxy*). Asimismo, también existe la posibilidad de que la discriminación se produzca voluntariamente f), la toma de decisiones automatizadas puede ser utilizada, a propósito, para fines discriminatorios⁷⁰. Así, procedemos a resumir y estudiar cada una de las vías en las que las decisiones automatizadas y los perfilados pueden discriminar algorítmicamente y vulnerar otros derechos fundamentales.

a) En el primero de los casos, resulta importante diferenciar dos conceptos: «la variable objetivo» y «etiquetas de clase». El primero consiste en definir qué está buscando el minero de datos⁷¹. Es decir, establecer un modelo con el fin de automatizar procesos, estimar el valor de las variables o predecir futuros resultados. En definitiva, definir el problema de una forma que el ordenador pueda analizar⁷². En lo que respecta al segundo, se basa en dividir y etiquetar en diferentes categorías los datos disponibles con la intención de organizarlos. El problema y las preocupaciones en relación con la discriminación se manifiestan en esta etapa ya que las diferentes opciones y categori-

⁶⁷ Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. «El Gobierno pone en marcha el proceso de elaboración de una Carta de Derechos Digitales con la constitución de un grupo de expertos», a 16 de junio de 2020, <https://www.mineco.gob.es> (Última consulta: 20 de mayo de 2020).

⁶⁸ BAROCAS, Solon y SELBST, Andrew. «Big Data's Disparate Impact», *California Law Review*, vol. 104, 2016, p. 671.

⁶⁹ ZUIDERVEEN BORGESIU, Frederik. *Discrimination... op. cit.*

⁷⁰ Ídem, p. 10.

⁷¹ BAROCAS, Solon y SELBST, Andrew. «Big Data's... op. cit.», p. 678.

⁷² Ídem.

zaciones a realizar pueden suponer un impacto adverso en clases sociales especialmente vulnerables.

Veremos la consecución de lo anterior en un ejemplo que explica el profesor ZUIDERVEEN. Imaginemos que nos encontramos en el contexto de una empresa que decide crear una «etiqueta de clase» para la contratación de sus empleados, y en la categorización de lo que debe ser un «buen profesional» se introduce una etiqueta relacionada con la puntualidad, v.gr. «rara vez llega tarde». Generalmente las personas pobres viven más alejadas del centro de la ciudad por lo que es más probable que lleguen tarde a su puesto de trabajo debido a problemas con el transporte o atascos. Ahora bien, si los inmigrantes son en valor promedio más pobres y viven más lejos de su trabajo, nos encontraríamos ante una clara desventaja y posible discriminación. Resumiendo, cómo una organización define las «etiquetas de clase» y la «variable objetivo» puede materializarse en la introducción de un sesgo dentro del sistema algorítmico⁷³.

b) En cuanto al segundo supuesto, de «datos de entrenamiento» y «ejemplos de etiquetado» es fundamental señalar que la toma de decisiones automatizadas puede, sin duda alguna, concluir en resultados discriminatorios si el sistema de IA aprende y es entrenado por un conjunto de datos ya sesgados⁷⁴. El algoritmo no estaría introduciendo un sesgo nuevo, sino que reflejaría los sesgos ya existentes en los datos con los que se entrena⁷⁵.

Un claro ejemplo de esta discriminación fue el proyecto que Amazon quiso implantar para agilizar su contratación utilizando un sistema de IA⁷⁶. La compañía se percató de que su nuevo sistema para contratar distaba de ser neutral en materia de género, ya que en los trabajos técnicos referidos al desarrollo de software se discriminaba a las mujeres. Esto se debe a que el sistema de IA del algoritmo había sido entrenado observando los patrones de los currículums enviados a la empresa en los últimos 10 años, donde había una gran mayoría de hombres. De esta forma, el algoritmo que utilizó Amazon aprendió que los candidatos masculinos eran preferibles, penalizando así, los currículums en los que constaba la palabra «femenino». Finalmente, una vez descubierto el sesgo, la compañía tuvo que abandonar el proyecto.

c) En cuanto al tercer supuesto, la «recopilación de datos de entrenamiento», es decir, cuando el sistema de IA aprende de una muestra anterior

⁷³ ZUIDERVEEN BORGESIJUS, Frederik. *Discrimination... op. cit.*, p. 11.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ LOWRY, Stella y MACPHERSON, Gordon. «A Blot on the Profession», *British Medical Journal*, vol. 296, 1988, p. 657.

⁷⁶ DASTIN, Jeffrey. Reuters. «Amazon abandona un proyecto de IA para la contratación por su sesgo sexista», *Reuters*, a 14 de octubre de 2018, <https://es.reuters.com/article/technology/idESKCN1M00M4> (Última consulta: 28 de febrero de 2020).

que ha sido tomada eligiendo a los sujetos de forma sesgada. De esta manera, puede haber infra o sobrerrepresentaciones de ciertos colectivos con respecto a otros en la propia muestra. Al igual que en el segundo supuesto tampoco se introduce un sesgo nuevo, sino que se reflejan los sesgos ya existentes en la muestra de la que se extraen los datos.

Podríamos mencionar aquellos casos en los que la atención de la policía se centra en ciertos barrios y grupos étnicos, que provoca un aumento de las probabilidades de que los registros policiales representen en exceso a aquellos grupos y barrios de manera sistemática⁷⁷, ya que las conclusiones extraídas del algoritmo se basan en un conjunto de datos mal muestreado. De este modo, la vigilancia basada en estadísticas de delincuencia puede provocar un ciclo de retroalimentación (*feedback loop*)⁷⁸, con todos los peligros que esto conlleva para la posibilidad de que el algoritmo discrimine. Los efectos de una muestra sesgada pueden amplificarse por las predicciones algorítmicas, se predice la vigilancia futura, pero no el delito futuro. Por lo que la vigilancia se acaba convirtiendo en una «profecía autocumplida». Un barrio aumenta su índice de criminalidad, no porque haya más delitos, sino simplemente porque se aumenta la vigilancia policial en esa área concreta⁷⁹. Sin descartar, por supuesto, la situación contraria en la que en el proceso de recopilación del conjunto de datos masivos se crean zonas oscuras o sombras donde algunos ciudadanos y comunidades son ignoradas o están infrarrepresentadas⁸⁰.

d) El cuarto de los supuestos, es el relativo a la selección de características. Cualquier compañía o entidad que desee utilizar un sistema de IA a través del cual pueda predecir algo automáticamente, debe decidir en qué elementos incidir o a cuáles atribuir mayor importancia de cara a introducirlos en la programación del algoritmo y que éste priorice ciertas características. En otras palabras, el objetivo es simplificar la complejidad del mundo y de los individuos para que el funcionamiento de la IA sea capaz de capturar en datos las preferencias de los humanos⁸¹, asumiendo, claro está, la imposibilidad de recopilar todos los atributos de un sujeto o tener en cuenta todos

⁷⁷ ZUIDERVEEN BORGESIU, Frederik. *Discrimination... op. cit.*, p. 11.

⁷⁸ Ídem, p. 12.

⁷⁹ BABUTA, Alexander. y OSWALD, Marion. «Data Analytics and Algorithmic Bias in Policing», *Royal United Services Institute for Defence and Security Studies*, https://rusi.org/sites/default/files/20190916_data_analytics_and_algorithmic_bias_in_policing_web.pdf (Última consulta: 15 de mayo de 2020).

⁸⁰ CRAWFORD, Kate. «Think Again: Big Data. Foreign Policy», a 10 de mayo de 2013, <https://foreignpolicy.com/2013/05/10/think-again-big-data/> (Última consulta: 1 de marzo de 2020).

⁸¹ ZUIDERVEEN BORGESIU, Frederik. *Discrimination... op. cit.*, p.12.

los factores ambientales con el modelo de IA creado⁸². El caso paradigmático que facilita la comprensión de la discriminación algorítmica sería el establecimiento de las características a tener en cuenta por el algoritmo. Imaginemos un supuesto de hecho, donde utilizamos un algoritmo de selección de candidatos para un puesto de trabajo, y decidimos que dos de las características más importantes para la toma de decisiones del algoritmo van a ser el haber estudiado en una universidad prestigiosa y que su matrícula haya supuesto un cuantioso coste. La conclusión es que esta elección podría conducir a efectos discriminatorios respecto a ciertos colectivos que raramente disponen de la oportunidad de estudiar en este tipo de universidades⁸³. En resumidas cuentas, la elección por las compañías de este tipo de categorías o características introducidas en los algoritmos puede causar efectos discriminatorios.

e) El quinto de los supuestos se refiere a las variables de aproximación «*Proxy*». Es importante señalar que en algunos conjuntos de datos cierta pertenencia a un grupo o colectivo puede ser correlacionado con otro grupo o colectivo. Ilustraremos este supuesto con el siguiente ejemplo, imaginemos que un banco utiliza un sistema de IA, entrenado con datos estadísticos de los últimos 20 años, para predecir qué solicitantes de préstamos no podrán afrontar su devolución. El sistema de IA aprende que las personas que tienen asignado el código postal 48000 tienen más probabilidades de incumplir el pago de sus préstamos. A primera vista se concluye que el código postal es un criterio neutral a la hora de predecir incumplimientos de pago, sin embargo, se ha convertido en una variable «*Proxy*» de la variable de impago. Supongamos que el código postal está relacionado con el origen racial, entonces, nos encontraríamos ante una situación en la cual esta correlación utilizada por el sistema de IA discrimina a un cierto grupo por su origen racial⁸⁴.

A su vez, traemos a colación otro caso en el que puede observarse de nuevo este tipo de práctica y su deriva discriminatoria. Los visitantes de sitio web de *Home Depot* (una empresa estadounidense de mejoramiento del hogar) pueden pensar que obtienen el mismo trato que todos los demás clientes, pero en realidad, el minorista cobra precios más altos o bajos según el código postal de cada visitante individual, por lo tanto, se determina el precio en función de atributos personales, en este caso la ubicación⁸⁵. Al igual que

⁸² BAROCAS, Solon y SELBST, Andrew. «Big Data's... *op. cit.*, p. 688.

⁸³ ZUIDERVEEN BORGESIJUS, Frederik. *Discrimination... op. cit.*, p. 12.

⁸⁴ Ídem, p. 13.

⁸⁵ BATTAGLINI MANRIQUE DE LARA, Manuela. «Cómo el Código Postal sirve para la discriminación de precios», a 18 de enero de 2020, <https://www.linkedin.com/pulse/c%C3%B3mo-el-c%C3%B3digo-postal-sirve-para-la-discriminaci%C3%B3n-de-manuela/> (Última consulta: 1 de marzo de 2020).

en el caso anterior, si suponemos que la ubicación y el código postal tiene una correlación con un grupo vulnerable, de nuevo nos encontraríamos ante un caso de variables «Proxy», que afecta en este supuesto, al ámbito de la discriminación de precios. BAROCAS Y SELBST indican que el verdadero problema reside en las «codificaciones redundantes» (*redundant encodings*), casos en los que la pertenencia a una clase protegida se codifica en otro grupo de datos. En definitiva, la existencia de esta correlación puede ser especialmente problemática cuando afecta a la pertenencia a un grupo vulnerable.

f) En el último de los supuestos, expondremos la posibilidad de que la discriminación algorítmica se produzca, pero esta vez de manera voluntaria. Las personas que toman decisiones sobre el sistema de IA y el propio algoritmo pueden tratar de enmascarar ciertos sesgos de forma totalmente meditada y orquestada en el momento de recopilar los datos u otras vías de generar el modelo a tener en cuenta⁸⁶. La intencionalidad de este tipo de conductas resulta compleja de probar. Sobre todo, cuando esta voluntariedad discriminatoria se encuentra enmarcada en el ámbito de las empresas, donde razones puramente económicas legitiman estas prácticas, motivando a estas compañías a restringir encubiertamente, a través de los algoritmos, el tratamiento y acceso en igualdad de condiciones a personas pertenecientes a grupos vulnerables⁸⁷.

Un caso hipotético de esta forma de discriminación sería el de aquel negocio que discrimina a las mujeres embarazadas. Y no solo esto, sino también a aquellas mujeres que tengan una puntuación elevada en la «predicción de embarazo». Este sistema se puede crear a través de un sistema de seguimiento de consumo, es decir, en base a qué productos consume la mujer, con qué frecuencia, y en qué circunstancias el sistema puede predecir con una precisión razonable si esa mujer objeto de estudio, puede estar o no embarazada⁸⁸. Lo cual nos haría encontrarnos ante la situación de que la empresa discrimina en base a una predicción llevada a cabo por un sistema de IA⁸⁹. La posibilidad de predecir los embarazos pudiera parecer inverosímil, no obstante, simplemente el hábito de comprar grandes cantidades de loción no perfumada es un indicador de que una mujer podría estar embarazada⁹⁰. En 2010 en Estados Unidos, un padre acudió a una tienda, quejándose de haber reci-

⁸⁶ BAROCAS, Solon y SELBST, Andrew. «Big Data's... *op. cit.*, p. 692.

⁸⁷ Ídem.

⁸⁸ ZUIDERVEEN BORGESIJUS, Frederik. *Discrimination... op. cit.*, p. 13.

⁸⁹ KIM, Pauline. «Data-driven discrimination at work», *William & Mary Law Review*, 58, 2016, p. 884.

⁹⁰ DUHIGG, Charles. «How Companies Learn Your Secrets», *The New York Times Magazine*, a 16 de febrero de 2012, <https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html> (Última consulta: 7 de marzo de 2020).

bido un correo destinado a su hija en el que se recogía todo tipo de publicidad relacionada con el embarazo. Alegaba el hombre que se estaba incitando a su hija a quedarse embarazada, aunque para su sorpresa, esta adolescente llevaba varios meses encinta, y el algoritmo simplemente lo había predicho ateniéndose a sus patrones de conducta⁹¹. Según el GT29 el problema reside en la forma en que los datos se combinan, procesan y utilizan con la intención de predecir un perfil general (embarazo y número de meses) usando un algoritmo secreto y cuestionable⁹².

Todo esto configura una nueva realidad que afecta tanto a individuos como a colectivos, difícilmente detectable que se escapa del marco de los instrumentos jurídicos destinados a dar respuesta a estas discriminaciones. Por lo que tras exponer el *modus operandi* de la discriminación algorítmica, ilustrando efectos discriminatorios y potenciales vulneraciones de derechos fundamentales y, estudiar los instrumentos jurídicos existentes para combatirla, analizaremos cómo los tribunales están comenzando a resolver el problema principal. Que consiste en la predicción de comportamientos y toma de decisiones discriminatorias y sesgadas, con base en decisiones automatizadas y perfilados, a través de sistemas de IA o cualquier otro algoritmo en el marco del Big Data.

V. ESTUDIO DEL IMPACTO DE LAS DECISIONES AUTOMATIZADAS Y LOS PERFILADOS

Conviene destacar la gran proliferación que han experimentado los algoritmos en la sociedad, tanto dentro de las compañías y corporaciones como dentro de los órganos públicos. Apuntamos también a la expansión de los sistemas de IA por todos los tejidos y sectores imaginables, lo que supone una muy amplia variedad de campos en los que estas tecnologías tienen influencia en nuestra vida. En este orden de ideas, expondremos una clasificación de diferentes ámbitos en los que pueden desarrollarse las potenciales amenazas de la discriminación algorítmica y también donde sus consecuencias pueden volverse más notorias.

En primer lugar, nos centraremos en el estudio del impacto de las decisiones automatizadas y los perfilados en las actuaciones de los poderes públicos, a través del análisis de dos sentencias que se pronuncian sobre prácticas que podríamos calificar como discriminación algorítmica, elaboración de perfiles y protección de datos. En segundo lugar, nos referiremos a las implicaciones

⁹¹ CARABAÑA, Carlos. «Cuatro casos en los que el ‘Big data’ pasó de útil a escalofriante», *EL PAÍS*, a 13 de agosto de 2015, https://elpais.com/elpais/2015/08/11/icon/1439304143_858615.html (Última consulta: 7 de marzo de 2020).

⁹² Comisión Europea. GT29. *Opinion 03/2013... op. cit.*, p. 61.

que estos sistemas de IA tienen en las relaciones entre los particulares, a nivel económico, laboral... precisamente por ser una realidad novedosa nos referiremos a los desafíos inminentes que ya comienzan a ser una realidad.

1. *Impacto del uso de algoritmos y perfilados por poderes públicos*

Conviene recordar lo extremadamente cautelosos que los poderes públicos deben ser a la hora de utilizar sistemas de IA o algoritmos en sus actuaciones y políticas públicas. No es baladí recalcar que el Estado se articula como principal escudo frente a resultados discriminatorios. Sin embargo, nuestros tribunales comienzan a conocer situaciones en las que la toma de decisiones automatizadas y los perfilados de naturaleza pública provocan lesiones o amenazan los derechos de sus propios ciudadanos, con el peligro latente de que la discriminación algorítmica provenga, precisamente, de aquellos que debieran atajarla.

En este sentido, consideramos oportuno traer a colación una sentencia totalmente pionera dictada por el Tribunal de Distrito de La Haya (*Rechtbank Den Haag*), el 5 de febrero de 2020⁹³. En ella se declara ilegal un sistema algorítmico utilizado por el Gobierno de los Países Bajos, llamado SyRI (*Systeem Risico Indicatie*⁹⁴), que trataba de prevenir y combatir el fraude a la seguridad social y la hacienda pública (FJ 3.1). Fueron varias las partes que incoaron este procedimiento contra el Estado, entre ellas organizaciones de la sociedad civil (incluido el Comité de Juristas de Derechos Humanos de los Países Bajos), dos ciudadanos y también se adhirió a los demandantes el FNV (confederación de sindicatos).

El algoritmo objeto de discordia consistía en la elaboración de perfiles para la asignación individual a cada ciudadano de un nivel de riesgo en relación con su probabilidad de cometer fraude en las cuentas públicas, gracias a la recopilación y tratamiento de una serie de parámetros y una ingente cantidad de datos personales, entre ellos: nombre, dirección, lugar de residencia, dirección postal, fecha de nacimiento, género, datos laborales, datos fiscales, datos comerciales, datos sobre becas recibidas, sobre pensiones, sobre la obligación de reintegro de prestaciones públicas, datos del seguro de salud, etc. La base legal para el tratamiento de semejante cantidad de datos por este sistema de IA, proviene de la denominada Ley de Organización de Implementación y Estructura de Ingresos (*Wet structuur uitvoeringsorganisatie en inkomen, SUWI*), cuyo artículo 65.2 (FJ 4.8) permite la elaboración de

⁹³ Sentencia de Tribunal de Distrito de La Haya de 5 de febrero de 2020, *Case of SyRI*, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2020:1878> (Última consulta: 15 de mayo de 2020).

⁹⁴ Sistema de Indicación de Riesgos.

informes de riesgos para evaluar la posibilidad de que una persona física o jurídica haga un uso ilegal de fondos gubernamentales en el campo de la seguridad social y los esquemas relacionados con los ingresos públicos⁹⁵.

Una vez explicados los antecedentes del caso, debemos referirnos a la decisión final del tribunal, donde se llega a la conclusión de que el algoritmo no cumple las exigencias de proporcionalidad y transparencia necesarias y vulnera el artículo 8 del CEDH (FJ 6.7), que reconoce el precepto sobre el respeto a la vida privada. Uno de los problemas que apunta el tribunal reside en que este algoritmo discriminaba a los ciudadanos con menor renta y a colectivos de origen inmigrante, especialmente vulnerables.

Esta sentencia desprende varias vertientes de interesante mención. Por un lado, se estima que la legislación holandesa que legitima este algoritmo no cumple con el «equilibrio justo» (*fair balance*) que, de acuerdo con el CEDH, debe existir entre el interés social al que sirve la ley planteada y la vulneración de la vida privada que la misma legislación produce. A este respecto, el tribunal aprecia, que los derechos garantizados por el CEDH también componen el derecho de la UE como principios generales de la misma, de acuerdo con el art. 6.3 del Tratado de la Unión Europea⁹⁶ (TUE). Por otro lado, para dictar la sentencia el tribunal tiene en cuenta varios de los principios del RGPD, concretamente, el principio de transparencia, el de limitación de la finalidad y el de minimización de datos. De igual forma, la resolución del tribunal holandés señala que en el contexto de tratamiento de datos personales, el derecho al respeto a la vida privada también afecta al derecho a la igualdad de trato en casos iguales y al derecho a la protección contra la discriminación, los estereotipos y la estigmatización (FJ 6.24). Finalmente, concluye el tribunal su argumentación sosteniendo que la normativa que regula el uso de SyRI es insuficientemente clara y verificable, considerándose, en definitiva, contraria a la ley.

A juicio del tribunal, a pesar de que el informe de riesgos generado por SyRI no tiene en sí mismo un efecto jurídico, sí que tiene un efecto significativo que afecta de modo similar en la vida privada del individuo cuyos datos son tratados. Por lo que se adhiere en este sentido a las directrices del GT29,

⁹⁵ FERNÁNDEZ, Carlos. «Primera sentencia europea que declara ilegal un algoritmo de evaluación de características personales de los ciudadanos», *Wolters Kluwer* a 13 de febrero de 2020, <https://diariolaley.laleynext.es> (Última consulta: 8 de abril de 2020).

⁹⁶ Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (*DOUE* núm. C 83/13 de 29 de julio de 1992). Art. 6.3: «*Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*».

respecto a los efectos significativamente similares en el individuo a consecuencia del procesamiento automatizado de sus datos.

Considerando lo ya expuesto, debemos centrarnos en la relevancia del principio de transparencia en el supuesto analizado, como principio fundamental de la protección de datos consagrado en la CEDH y en los artículos 5.1. a) y 12 del RGPD. El tribunal determina que ni se ha hecho público el tipo de algoritmo, ni se ha aportado información suficiente sobre el método de análisis de riesgos, excusándose en el hecho de que los ciudadanos pudieran aprovechar esta información para esquivar al sistema. Aunque la legislación SyRI no prevé obligación alguna de informar, el tribunal considera que, sin ser necesaria una publicación total del algoritmo, de ninguna manera se proporciona la información suficiente exigida, en base al principio de transparencia. En este sentido, adquiere especial importancia aludir a las potenciales amenazas a las que nos venimos refiriendo durante la consecución del trabajo, que aquí ven su materialización. Ya que el ciudadano no dispone de la información necesaria para conocer el tipo de tratamiento que se está efectuando sobre él y, por ende, éste no puede ejercer sus derechos de forma pacífica. Aunque desde luego, uno de los aspectos cardinales de esta sentencia es el fundamento jurídico utilizado para establecer la ilegalidad del SyRI, puesto que la base jurídica que permite declarar ilegal el algoritmo es el CEDH y no en la Ley de Protección de Datos nacional. Se entiende que hubiera sido lógico fundamentar su argumentación en el artículo 22 del RGPD, ampliamente tratado en este trabajo, no obstante, su interpretación sigue siendo una incógnita, quizá sea una forma de evidenciar los déficits y carencias del RGPD.

A su vez, es importante reseñar que PHILIP ALSTON, *special rapporteur* de Naciones Unidas (SRNU) sobre cuestiones de extrema pobreza y derechos humanos, el cual actuó como *amicus curiae* del tribunal, señalaba en el informe⁹⁷ que aportó como documentación que se trata de la primera ocasión en la que para limitar el uso de determinadas tecnologías se utiliza como fundamento jurídico el incumplimiento de un Derecho Humano. Configurándose como una nueva línea argumental jurídica de visión garantista para futuros casos de una índole semejante. Concluye este experto su informe advirtiendo que «*estos sistemas deben ser analizados, no solo por los tribunales, sino por los legisladores y toda la sociedad, ya que el uso de SyRI tiene efectos discriminatorios y estigmatizadores*»⁹⁸. En definitiva, el Tribu-

⁹⁷ Naciones Unidas. *Special rapporteur y Amicus curiae*. Caso de NJCM c.s./De Staat der Neederlanden SyRI enviado al Tribunal del Distrito de la Haya, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/Amicusfinalversionsigned.pdf> (Última consulta: 15 de mayo de 2020).

⁹⁸ TECHNOLAWGIST. «Derechos humanos en un mundo de algoritmos...» *op. cit.*

nal de Distrito de La Haya dirime que el derecho a la vida privada prevalece frente a la lucha contra el supuesto fraude en las prestaciones. Declarando ilegal el sistema algorítmico de SyRI, sentando así un precedente para cualquier caso similar.

A nivel nacional, nuestros tribunales no han conocido procedimientos similares al del tribunal holandés. Ahora bien, nuestro TC se pronunció recientemente, en su Sentencia de 22 de mayo de 2019⁹⁹, en relación con la posibilidad de que los partidos políticos recopilasen y sometieran a tratamiento los datos personales relativos a las opiniones políticas de la ciudadanía. En otras palabras, la habilitación legal de elaborar perfiles políticos para personalizar los mensajes de propaganda. Fue el Defensor del pueblo quien interpuso el recurso de inconstitucionalidad en aras de expulsar de nuestro ordenamiento jurídico el artículo 58 bis de la LOREG. Finalmente, nuestro TC sentenció la inconstitucionalidad del artículo que posibilitaba el *profiling* político.

Las razones que adujo el TC para la declaración de su inconstitucionalidad eran las siguientes: en primer lugar, no se precisa qué finalidad o bien constitucional justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales (FJ 7, b)). En segundo lugar, el legislador no ha determinado en qué supuestos y condiciones puede limitarse, mediante reglas precisas que hagan previsible para el interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias (FJ 7, b)). En tercer lugar, no fija por sí misma las garantías adecuadas por lo que respecta específicamente a la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas por los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales (FJ 10). Finalmente, se remarca que todo ello constituye una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales, de gravedad similar a la que causaría una intromisión directa en su contenido nuclear (FJ 10).

Una vez constatada la clara vulneración del derecho a la protección de los datos de este artículo y declarado su inconstitucionalidad, nos interesa referirnos a varias cuestiones concernientes a los peligros que conllevan este tipo de técnicas. Por un lado, es el propio Defensor del Pueblo el que señala que precisamente en esta línea limitativa frente al tratamiento de datos sensibles y especialmente protegidos, el artículo 9.1 de la LO 3/2018, dispone que «*a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología...*»¹⁰⁰, por lo que entendemos que prevenir la discriminación es una prioridad. Por otro lado, como ya hemos adelantado, lo que habilitaba este precepto declarado nulo era la

⁹⁹ STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019. BOE, 25 de junio de 2019, núm. 151.

¹⁰⁰ STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019. BOE, 25 de junio de 2019, núm. 151.

elaboración de perfiles ideológicos, con el fin de personalizar la propaganda electoral (*microtargeting*¹⁰¹) con sistemas de IA y a través de la utilización del Big Data, que pueden acabar manipulando a las personas mediante la realización de perfilados exhaustivos y el fenómeno de las «fake-news» o «desinformación online»¹⁰². Además, pueden ser también, contrarios a los principios de transparencia y libre participación, que caracterizan a un sistema democrático¹⁰³. Con esta exhaustividad de perfilado, no sólo se utilizarían estos perfiles para enviar correos electrónicos de *spam* electoral, sino también para enviar mensajes totalmente personalizados a través de redes sociales¹⁰⁴.

El Comité Europeo de Protección de Datos¹⁰⁵ consideró que, en algunas circunstancias, la publicidad dirigida en línea gracias al «*micro-targeting*» podría tener la capacidad de afectar de manera suficientemente significativa a las personas cuando, por ejemplo, es intrusiva o utiliza el conocimiento de las vulnerabilidades de las personas afectando al comportamiento o las elecciones de los individuos. Asimismo, conviene señalar la amenaza que el uso de perfiles puede suponer para el acceso a la información veraz, ya que los algoritmos podrían llegar a determinar a qué información puedes o no acceder en función de tu perfil ideológico¹⁰⁶. No hablamos de ciencia ficción, el caso de *Cambridge Analytica* es una prueba de ello, gracias al tratamiento

¹⁰¹ El *microtargeting* es una técnica cuyo objetivo es identificar las preferencias, intereses, gustos... de un gran número de personas a partir de fuentes de datos para, posteriormente, procesarlas de forma individual; de tal manera que dichas personas queden perfiladas por esas características que las unen y, así, poder enviarles mensajes para influir en su comportamiento, a través de sugerencias, proposiciones, información...

¹⁰² Circular 1/2019, de 7 de marzo, sobre el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas y envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería por parte de partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores al amparo del artículo 58 bis de la LOREG (BOE núm. 60 de 11 de marzo de 2019).

¹⁰³ Ídem, exposición de motivos.

¹⁰⁴ Tanto la AEPD como el legislador entienden que la propaganda electoral no tiene naturaleza comercial. Para ampliar información: PEÑA, Elena. *Utilización de datos personales en la campaña electoral: ¿hasta dónde pueden llegar los partidos políticos?*, a 27 de febrero de 2019, <https://ecija.com/utilizacion-de-datos-personales-en-la-campana-electoral/> (Última consulta: 14 de mayo de 2020).

¹⁰⁵ Órgano independiente que garantiza que la legislación de la UE en este ámbito, en concreto el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y la Directiva sobre protección de datos en el ámbito penal, se aplique de forma coherente en todos los países que están regulados por ella.

¹⁰⁶ GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana. «La elaboración de perfiles y su impacto en los derechos fundamentales. Una primera aproximación a su regulación en el RGPD», *Revista Derechos y Libertades*, núm. 38, Madrid: Dykinson, 2018, p. 136.

automatizado de inmensas cantidades de datos y la elaboración de perfiles junto a técnicas de «*microtargeting*»¹⁰⁷, se predice el comportamiento futuro y en función a esa predicción se adoptan decisiones potencialmente discriminatorias y manipuladoras, pudiendo incluso, llegar al extremo de influir en elecciones generales o referéndums.

Como podemos observar es una materia prolija y son muchas cuestiones las que aquí pueden ser objeto de debate, mas quisiéramos hacer hincapié, con estos ejemplos, en la cantidad de diferentes ámbitos en los que las decisiones automatizadas y los perfilados pueden suponer desafíos y retos para los derechos fundamentales, más aún si cabe cuando estas amenazas pasan desapercibidas o esquivan nuestras regulaciones. A lo largo de este trabajo nos hemos centrado en estudiar los efectos del Big Data, los algoritmos y la IA en relación con el principio de no discriminación y a la protección de datos, no obstante, como hemos visto el número de derechos fundamentales que pueden ser afectados es ciertamente amplio. Es por ello que deseamos incidir en la necesidad de que este tipo de tecnologías y técnicas de tratamiento de datos sean extremadamente escrupulosas con el respeto de los derechos fundamentales.

2. Otros desafíos inminentes

Las relaciones entre particulares también se ven especialmente afectadas por las decisiones automatizadas y los perfilados, la influencia de los algoritmos y la IA. En ciertas actividades (económicas, laborales...) suponen todo un campo de estudio en el que no profundizaremos pero que abordaremos de manera breve.

Como ya adelantamos en el capítulo anterior, ciertos factores puntuales que *a priori* corresponden a una esfera estrictamente reservada al ámbito personal, como la ubicación, sirven como base para que determinados sistemas informáticos decidan sobre si se es, o no se es, un buen cliente para acceder a la contratación de un préstamo, con un claro menoscabo del principio de no discriminación en el acceso a bienes y servicios. También haremos alusión a cómo estas tecnologías de IA conllevan potenciales amenazas en lo relativo a la discriminación en el acceso al trabajo.

Retomando el ejemplo de la explicación de las variables *Proxy*, en el supuesto de que alguien solicite un préstamo en un banco, sofisticados

¹⁰⁷ KAISER, Brittany. *La dictadura de los datos*. Madrid: Harper Collins, 2019, p. 118. «Utilizando un sistema automatizado podíamos entender qué era lo que hacía que los usuarios individuales se implicaran con el contenido político de un modo significativo...nuestros creativos sabían cómo llegar a las personas... podían monitorizar hasta diez mil «campañas políticas dentro de una misma campaña»».

modelos de calificación crediticia sopesan la decisión sobre tales solicitudes. Si el banco niega automáticamente un préstamo a un cliente, éste no puede contrastar por qué el sistema de IA del banco niega el préstamo, debido a la opacidad del algoritmo. Según el profesor de Derecho en la Universidad de Maryland, FRANK PASQUALE autor del libro: *The black box society. The secret algorithms that control money and information*, «esta herramienta es demasiado determinante en el éxito o fracaso de las personas como para funcionar envuelta en el secretismo»¹⁰⁸. Por lo que es evidente que hay algoritmos que clasifican a los ciudadanos en diferentes categorías de solvencia, en función de las probabilidades de que devuelva un préstamo, lo cual en un primer momento no es algo ilegal. No obstante, el cálculo de esos modelos parte de su historial crediticio, nivel de ingresos y otros datos que tienen un carácter especialmente protegido por el artículo 9 del RGPD, como son su raza o género. La puntuación conseguida por cada individuo determinará el tipo de interés que le ofrezcan los bancos, lo que en el caso de una hipoteca puede significar miles de euros anuales, algo que afecta sin duda al ámbito económico individual de cada ciudadano. Asimismo, es probable que ciertas decisiones automatizadas se encuentren fuera del alcance de la regulación del RGPD, por ejemplo, si el banco a través de un modelo predictivo infiere que el porcentaje de morosos de un barrio concreto es del 90%, y conoce el barrio del solicitante a partir de su código postal, puede denegar el préstamo a todo aquél que sea de ese barrio sin que el RGPD sea aplicable, ya que al no considerarse como dato personal, el articulado del RGPD no tendría cabida. La clave reside en entender que la aplicación de la regulación de la protección de los datos no tiene lugar si no pueda determinarse, directa o indirectamente la identidad de una persona.

Otra de las tecnologías que plantea serios problemas es la del reconocimiento facial. Según un estudio de la Universidad de Maryland¹⁰⁹ estos sistemas automáticos tratan de descubrir el género de una persona a través del Big Data. Una realidad que ha suscitado cierta inquietud entre colectivos con diversas identidades de género, haciendo especial hincapié en aquellos que se encuentran realizando la transición de género. Por ejemplo, una conductora de Uber ubicada en Iowa tuvo que esperar hasta 3 días para volver a ejercer su oficio al volante, a consecuencia de un fallo en el sistema de

¹⁰⁸ PASQUAL, Manuel G. «¿Quién vigila que los algoritmos no sean racistas o sexistas?», *Revista Retina*, a 17 de marzo de 2019, https://retina.elpais.com/retina/2019/03/14/tendencias/1552564034_268678.html (Última consulta: 14 de marzo de 2020).

¹⁰⁹ HAMIDI, Foad. SCHEUERMAN, Morgan Klaus y BRANHAM, Stacy. *Gender Recognition or Gender Reductionism? The Social Implications of Automatic Gender Recognition Systems*. Universidad de Maryland, a 21 de abril de 2018, <https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/3173574.3173582> (Última consulta: 16 de mayo de 2020).

reconocimiento facial contratado por Uber, que no fue capaz de reconocerla debido a no tener en cuenta la existencia de este tipo de circunstancias¹¹⁰. Se demuestra así que este tipo de sistemas pueden clasificar erróneamente a las personas que expresan su género de manera diferente a las normas estereotípicas masculinas y femeninas. Tal y como observamos, el desafío es mayúsculo, la propia Unión Europea ha mostrado discrepancias en cómo lidiar con esta tecnología, estableciendo finalmente que con fines de identificación biométrica remota solo puede utilizarse cuando dicho uso esté debidamente justificado, sea proporcionado y esté sujeto a garantías adecuadas¹¹¹. La AEPD, por su parte, se ha pronunciado respecto al uso de esta tecnología en su informe n.º 0036/2020¹¹² donde sostiene que para el tratamiento de datos personales especialmente protegidos se requiere identificar fines de interés público esencial y, a su vez, apreciar la proporcionalidad del tratamiento al fin perseguido, respetando en lo esencial el derecho a la protección de datos, estableciendo «medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado» en concordancia con el art. 9.2 g) RGPD.

Ahora imaginemos que lo que se decide automáticamente no es la aceptación de un préstamo ni el reconocimiento facial de un trabajador, sino la automatización de ascensos, bonus, o incluso despidos. El empleador inserta en el algoritmo una orden de causa y efecto (si pasa X reacciona con Y), de esta forma, si un trabajador que es controlado vía *wearables* o GPS disminuye o detiene su actividad profesional durante un tiempo determinado recibe automáticamente un email con una carta de despido o una advertencia de que debe ponerse en movimiento¹¹³. Nos referimos a dos casos que ocurrieron respectivamente en la fábrica londinense de Amazon¹¹⁴ con sus

¹¹⁰ URBI, Jaden. *Some transgender drivers are being kicked off Uber's app*, CNBC, a 8 de agosto de 2018, <https://www.cnn.com/2018/08/08/transgender-uber-driver-suspended-tech-oversight-facial-recognition.html> (Última consulta: 14 de abril de 2020).

¹¹¹ Comisión Europea. *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial... op. cit.*, p. 27.

¹¹² Agencia Española de Protección de Datos. *Informe sobre el reconocimiento facial en servicios seguridad privada*. 2020, <https://www.aepd.es/documento/2019-0031.pdf> (Última consulta: 2 de junio de 2020).

¹¹³ TODOLÍ SIGNES, Adrián. «La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: Big Data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos», *Revista de Derecho Social*, núm. 84, octubre, 2018, p.72.

¹¹⁴ JORGE, Miguel. «Los empleados de almacén en Amazon Reino Unido tienen tanto miedo de ir al baño que orinan en botellas», *Gizmodo*, 16 de abril de 2018. «En caso de tardar más del tiempo estipulado por la compañía para transportar objetos, los mozos de almacén recibían notificaciones de advertencia», <https://es.gizmodo.com/los-empleados-de-almacen-en-amazon-reino-unido-tienen-t-1825291024> (Última consulta: 4 de abril de 2020).

mozos de almacén y en España con Deliveroo¹¹⁵ y sus *riders*, tal y como exponía el acta de Inspección de Trabajo de Valencia¹¹⁶. Podría discutirse aquí los límites de las potestades del empleador para controlar y vigilar a sus empleados, con base legal en el artículo 20.3 del ET¹¹⁷, no obstante, el problema reside en la automatización de estas decisiones sin intervención humana y también en cómo puede el algoritmo discriminar a ciertos colectivos como pudiera ser, por ejemplo, el de discapacitados a la hora de trazar los movimientos en la empresa. Por no hablar, del peligro que supone para el derecho a la protección de los datos, puesto que, si bien pudiera pensarse inicialmente que la mayoría de esos datos no son de carácter personal, con las actuales tecnologías casi cualquier tipo de dato puede ser utilizado para crear una «huella digital»¹¹⁸. Ya que cuantos más datos haya, menos se puede decir que sean privados, de forma que la riqueza de dichos datos hace que la localización de personas sea algorítmicamente posible¹¹⁹. Una buena opción para cohesionar ambos intereses y garantizar el respeto de los derechos fundamentales podría ser el de, como empresario, desarrollar una EIPD tal y como expusimos en el capítulo 2 al hablar de la protección de datos.

VI. CONCLUSIONES

Tras el estudio de este trabajo y en aras de finalizar el mismo recogeremos a continuación una serie de reflexiones y conclusiones.

Primera: Hemos observado en la consecución de este trabajo la relevancia de abordar en profundidad los avances tecnológicos en los diferentes marcos jurídicos. Cada día es más necesario formar perfiles híbridos y estrechar lazos entre ambos campos, articular respuestas adecuadas desde el Derecho no será posible sin entender el desarrollo de la tecnología.

Segunda: Consideramos de suma importancia tratar la opacidad de los algoritmos que discriminan: su ya demostrada no neutralidad es un auténtico peligro para nuestra sociedad. Por ello, a nuestro juicio, existe un déficit de

¹¹⁵ ODOLÍ SIGNES, Adrián. «Comentario a la Resolución de la Inspección de Trabajo sobre Deliveroo: Son laborales y no autónomos», *Argumentos en Derecho Laboral*, a 18 de diciembre de 2017, <https://adriantodoli.com> (Última consulta: 4 de abril de 2020).

¹¹⁶ Acta de Inspección núm. 460016685/sms de fecha 5 de diciembre de 2017.

¹¹⁷ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (*BOE* núm. 255 de 24 de octubre de 2015).

¹¹⁸ GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana. «La elaboración de perfiles y... *op. cit.*», p.116.

¹¹⁹ TUCKER, Patrick. «¿Han hecho los grandes volúmenes de datos que el anonimato sea imposible?», *MIT Technology Review*, 16 de mayo de 2013, traducción de REYES, Francisco, <https://www.technologyreview.es/negocios/43072/han-hecho-los-grandes-volumenes-de-datos-queel/> (Última consulta: 4 de abril de 2020).

transparencia en este tipo de sistemas de IA. Pensamos que la figura de la EIPD del art. 35 RGPD debe ser la base para crear auditorías periódicas de algoritmos, que analicen desde un punto de vista ético-jurídico el recorrido de todas sus fases: diseño, tratamiento, resultado; a través de agencias de certificación o expertos independientes, con la intención de eliminar sesgos y prevenir posibles efectos discriminatorios. Además, conviene esclarecer la atribución de responsabilidades, ya que los algoritmos y sistemas de IA no son entes abstractos guiados por su propia conciencia, sino que responden a las opiniones, sesgos e instrucciones que los informáticos, juristas, filósofos y demás profesionales introducen en su configuración y diseño.

Tercera: En la realización de este trabajo, hemos comprendido que nos hallamos ante un problema sin pasaporte, ya que la discriminación algorítmica, no conoce de fronteras. Por esa razón, entendemos que esta nueva realidad, esquivada y de compleja detección, sobrepasa los instrumentos jurídicos actuales. Y en el debate sobre si debemos priorizar los beneficios generados o respetar los derechos y libertades, en el uso de decisiones automatizadas y perfilados, no debemos titubear. Así consideramos que la implantación de la IA y los algoritmos debe partir de un marco que aúne lo legal y lo ético para evitar amplificar sesgos o prejuicios sobre colectivos vulnerables. El código informático de los sistemas IA debe adaptarse a los códigos normativos, los derechos fundamentales no negocian con algoritmos.

Cuarta: Hemos podido comprobar que el legislador es consciente de la magnitud del reto que supone salvaguardar los derechos y libertades de los ciudadanos en el entorno digital, aunque también es cierto que son varios los déficits o ángulos muertos que la regulación europea debe solventar. Algo que se evidencia en el estudio de la única sentencia a nivel europeo que declara ilegal un algoritmo, al utilizar como base jurídica una norma de los años 50, sin dar respuestas sobre el cumplimiento del RGPD. Cuya amplitud y abstracción puede ser un problema para abordar o detectar ciertas situaciones concretas; no obstante, también da más margen de actuación y no necesita modificarse cada vez que una nueva tecnología aparece en acción. Asimismo, consideramos que los tribunales están asumiendo una posición garantista ante las primeras constataciones de esta nueva realidad, poniendo en marcha una pluralidad de instrumentos jurídicos para aplacar los efectos discriminatorios de decisiones automatizadas y perfilados.

Quinta: Es preciso prestar atención al controvertido derecho a la explicación. Asumimos que las instituciones y compañías que utilizan decisiones automatizadas y perfilados deben proveer información suficiente, concisa y de fácil acceso a los interesados cuyos datos personales son tratados, haciendo efectivo el derecho al acceso a la información y a su vez los derechos del artículo 22 RGPD. Esto cobra especial relevancia en un ámbito de políticas públicas, donde incluso no siendo posible explicar con detalle a

nivel usuario, será necesario articular mecanismos de salvaguarda sólidos para proporcionar la información significativa a la que se refiere el RGPD. Se torna complejo combatir sesgos y discriminaciones algorítmicas sin la posibilidad de saber siquiera que estamos siendo víctima de ellos.

Isaac Asimov en 1942 enunció las tres leyes de la Robótica, anticipándose décadas a la realidad. Quizás haya llegado el momento de que nuestra legislación enuncie las leyes de la Algoritmia.

BIBLIOGRAFIA

Libros

- GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana. *Nuevos retos para la protección de datos personales en la Era del Big Data y de la computación ubicua*. Madrid: Dykinson, S.L., 2015.
- HAN, Jiawei. PEI, Jian y KAMBER, Micheline. *Data mining: concepts and techniques*. Massachusetts: Elsevier, 2011.
- HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus. A brief history of tomorrow*. Barcelona: Penguin Random House, 2017.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Big data. Desafíos también para el Derecho*. Navarra: Cuadernos Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2018. (Traducción de KNÖRR ARGOTE, E.).
- KAISER, Brittany. *La dictadura de los datos*. Madrid, Ed. Harper Collins, 2019.
- LÓPEZ GUERRA, Luis. ESPÍN, Eduardo. GARCÍA MORILLO, Joaquín. PÉREZ TREMPES, Pablo y Satrústegui, Miguel. *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional, derechos y deberes de los ciudadanos*. Vol.1, Valencia: Tirant lo blanch. 2016.
- O'NEIL, Cathy. *Armas de Destrucción Matemática*. Madrid: Capitán Swing, 2017.
- PARDO FALCÓN, Javier «Artículo 18.4 La Protección de Datos», en RODRÍGUEZ-PINERO, Miguel; BRAVO FERRER, María y CASAS BAAMONDE, Emilia (dir.). *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo I. Madrid: Wolters Kluwer, BOE, TC y Ministerio de Justicia. Octubre, 2018.
- THE ROYAL SOCIETY. *Machine learning: the power and promise of computers that learn by example*. abril de 2017, <https://royalsociety.org/~media/policy/projects/machine-learning/publications/machine-learning-report.pdf> (Última consulta: 7 de mayo de 2020).
- ZUIDERVEEN BORGESUIS, Frederik. *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*. Strasbourg, Council of Europe. 2018.

Artículos publicados en revistas

- BABUTA, Alexander. y OSWALD, Marion. «Data Analytics and Algorithmic Bias in Policing», *Royal United Services Institute for Defence and Security Studies*, https://rusi.org/sites/default/files/20190916_data_analytics_and_algorithmic_bias_in_policing_web.pdf (Última consulta: 15 de mayo de 2020).

- BAROCAS, Solon. y SELBST, Andrew. «Big Data's Disparate Impact», *California Law Review*, vol. 104, 2016, pp. 671-688.
- CONDLIFEE, Jamie. «An Amazon Drone Has Delivered Its First Products to a Paying Customer», *MIT Technology Review*, <https://www.technologyreview.com/s/603141/an-amazon-drone-has-delivered-its-first-products-to-a-paying-customer/> (Última consulta: 7 de marzo de 2020).
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana. «La elaboración de perfiles y su impacto en los derechos fundamentales. Una primera aproximación a su regulación en el RGPD», *Revista Derechos y Libertades*, núm. 38. Madrid: Dykinson, 2018, pp. 116 y 136.
- GREENLEAF, Graham. «Global tables of data privacy laws and bills», *Privacy Laws & Business International Report*, vol.145, 2017: 14-26, <https://ssrn.com/abstract=2992986> (Última consulta: 28 de marzo de 2020).
- KIM, Pauline. «Data-driven discrimination at work», *William & Mary Law Review*, 58, 2016, p. 884.
- LOWRY, Stella y MACPHERSON, Gordon. «A Blot on the Profession», *British Medical Journal*, vol. 296, 1988, p. 657.
- MICHALSKI, Ryszard. «Understanding the Nature of Learning: Issues and Research Directions», CARBONELL, Jaime y MITCHELL, Tom (Coord.). *Machine Learning: An Artificial Intelligence Approach, Volume II*. California: Morgan Kaufmann Publishers, 1983, p. 8.
- ORTIZ LÓPEZ, Paula. «Dictamen del GT29 sobre la toma de decisiones individuales automatizadas y la elaboración de perfiles (WP 251)», *Diario La Ley*, núm. 11, sección Ciberderecho. Wolters Kluwer, noviembre, 2017, <https://diariolaley.la-leynext.es> (Última consulta: 15 de mayo de 2020).
- SELBST, Andrew y POWLES, Julia. «Meaningful Information and the Right to Explanation», *International Data Privacy Law* (7,4). 2017.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián. «La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: Big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos», *Revista de Derecho Social*, núm. 84, octubre, 2018, p.72.
- VEALE Michael y EDWARD Lilian. «Clarity, surprises, and further questions in the Article 29. Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling», *Computer law & security review*, núm. 34, 2018, pp. 400 y 401.
- WACHTER, Sandra. MITTELSTADT, Brent y FLORIDI, Luciano. «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law* (7,2). 2017.

Informes de instituciones

- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa. *Manual de legislación europea contra la discriminación*. 2018, https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrim_law_SPA.pdf (Última consulta: 15 de mayo de 2020).
- Agencia Española de Protección de Datos. *Protección de Datos: Guía para el Ciudadano*, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/guia-ciudadano.pdf> (Última consulta: 28 de marzo de 2020).

- Agencia Española de Protección de Datos. *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*. 2020, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adequacion-rgpd-ia.pdf> (Última consulta: 7 de abril de 2020).
- Agencia Española de Protección de Datos. *Informe sobre el reconocimiento facial en servicios seguridad privada*. 2020, <https://www.aepd.es/es/documento/2019-0031.pdf> (Última consulta: 2 de junio de 2020).
- Comisión Europea. GT29. *Opinion 03/2013 on Purpose Limitation*. 2013, https://ec.europa.eu/justice/article-29/docu-mentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf (Última consulta: 15 de mayo de 2020).
- Comisión Europea. GT29. *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679. (WP251)*. Adoptadas el 3 de octubre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 6 de febrero de 2018, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp251rev01-es.pdf> (Última consulta: 10 de mayo de 2020).
- Comisión Europea. *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, 19 de febrero de 2020*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf (Última consulta: 12 de mayo de 2020).
- Comunicación de la Comisión Europea sobre la Inteligencia artificial para Europa, 25 de abril de 2018, Bruselas –COM (2018) 237 final, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-237-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF> (Última consulta: 7 de abril de 2020).
- European Parliamentary Research Service (EPRS). *Understanding algorithmic decision-making: Opportunities and challenges*. PE 624.261, marzo, 2019, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624261/EPRS_STU\(2019\)624261_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624261/EPRS_STU(2019)624261_EN.pdf) (Última consulta: 17 de abril de 2020).
- European Union Agency for Fundamental Rights. *#BigData: Discrimination in data-supported decision making*. 2018, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-focus-big-data_en.pdf (Última consulta: 15 de mayo de 2020).
- High-Level Expert Group on AI. *A definition of AI: Main capabilities and disciplines*. European Commission, 8 de abril de 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines> (Última consulta: 7 de abril de 2020).
- Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. «El Gobierno pone en marcha el proceso de elaboración de una Carta de Derechos Digitales con la constitución de un grupo de expertos», a 16 de junio de 2020, <https://www.mineco.gob.es> (Última consulta: 20 de mayo de 2020).
- Naciones Unidas. *Special rapporteur y Amicus curiae*. Caso de NJCM c.s./De Staat der Neederlanden SyRI enviado al Tribunal del Distrito de la Haya, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/Amicusfinalversionsigned.pdf> (Última consulta: 15 de mayo de 2020).
- TC. Gabinete del Presidente, Oficina de Prensa. Nota Informativa núm. 88/2019, https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2019_088/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2088-2019.pdf (Última consulta: 3 de mayo de 2020).

Universidad de Deusto. *Declaración Deusto Derechos Humanos en Entornos Digitales*, <https://www.deusto.es/cs/Satellite/deusto/es/universidad-deusto/sobre-deusto-0/derechos-humanos-en-entornos-digitales> (Última consulta: 22 de mayo de 2020).

Documentos difundidos en internet

- BATTAGLINI MANRIQUE DE LARA, Manuela. «Cómo el Código Postal sirve para la discriminación de precios», a 18 de enero de 2020, <https://www.linkedin.com/pulse/c%C3%B3mo-el-c%C3%B3digo-postal-sirve-para-la-discriminaci%C3%B3n-de-manuela/> (Última consulta: 1 de marzo de 2020).
- CARABAÑA, Carlos. «Cuatro casos en los que el 'Big data' pasó de útil a escalofriante», *EL PAÍS*, a 13 de agosto de 2015, https://elpais.com/elpais/2015/08/11/icon/1439304143_858615.html (Última consulta: 7 de marzo de 2020).
- CRAWFORD, Kate. «Think Again: Big Data. Foreign Policy», a 10 de mayo de 2013, <https://foreignpolicy.com/2013/05/10/think-again-big-data/> (Última consulta: 1 de marzo de 2020).
- DASTIN, Jeffrey. Reuters. «Amazon abandona un proyecto de IA para la contratación por su sesgo sexista», *Reuters*, a 14 de octubre de 2018, <https://es.reuters.com/article/technology/idESKCN1M00M4> (Última consulta: 28 de febrero de 2020).
- DIARIOLALEY. «Los derechos fundamentales no se compran o se venden, se respetan», *Wolters Kluwer* a 6 de julio de 2018, <https://diariolaley.laleynext.es> (Última consulta: 17 de abril de 2020).
- DUHIGG, Charles. «How Companies Learn Your Secrets», *The New York Times Magazine*, a 16 de febrero de 2012, <https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html> (Última consulta: 7 de marzo de 2020).
- FERNÁNDEZ, Carlos. «Primera sentencia europea que declara ilegal un algoritmo de evaluación de características personales de los ciudadanos», *Wolters Kluwer* a 13 de febrero de 2020, <https://diariolaley.laleynext.es> (Última consulta: 8 de abril de 2020).
- HAMIDI, Foad. SCHEURMAN, Morgan Klaus y BRANHAM, Stacy. *Gender Recognition or Gender Reductionism? The Social Implications of Automatic Gender Recognition Systems*. Universidad de Maryland, a 21 de abril de 2018, <https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/3173574.3173582> (Última consulta: 16 de mayo de 2020).
- PASCUAL, Manuel G. «¿Quién vigila que los algoritmos no sean racistas o sexistas?», *Revista Retina*, a 17 de marzo de 2019, https://retina.elpais.com/retina/2019/03/14/tendencias/1552564034_268678.html (Última consulta: 14 de marzo de 2020).
- PEÑA, Elena. «Utilización de datos personales en la campaña electoral: ¿hasta dónde pueden llegar los partidos políticos?», a 27 de febrero de 2019, <https://ecija.com/utilizacion-de-datos-personales-en-la-campana-electoral-hasta-donde-pueden-llegar-los-partidos-politicos/> (Última consulta: 14 de abril de 2020).
- JORGE, Miguel. «Los empleados de almacén en Amazon Reino Unido tienen tanto miedo de ir al baño que orinan en botellas», *Gizmodo*, 16 de abril de 2018. «En caso de tardar más del tiempo estipulado por la compañía para transportar objetos, los mozos de almacén recibían notificaciones de advertencia», <https://es.giz->

modo.com/los-empleados-de-almacen-en-amazon-reino-unido-tienen-t-1825291024 (Última consulta: 4 de abril de 2020).

TECHNOLAWGIST. «Derechos humanos en un mundo de algoritmos: la sentencia histórica que ata en corto la implantación de modelos opacos», a 12 de febrero de 2020, <https://www.thetechnolawgist.com> (Última consulta: 17 de marzo de 2020).

TODOLÍ SIGNES, Adrián. «Comentario a la Resolución de la Inspección de Trabajo sobre Deliveroo: Son laborales y no autónomos», *Argumentos en Derecho Laboral*, a 18 de diciembre de 2017, <https://adriantodoli.com/2017/12/18/comentario-a-la-resolucion-de-la-inspeccion-de-trabajo-sobre-deliveroo-son-laborales-y-no-autonomos/> (Última consulta: 4 de abril de 2020).

TUCKER, Patrick. «¿Han hecho los grandes volúmenes de datos que el anonimato sea imposible?», *MIT Technology Review*, 16 de mayo de 2013, traducción de REYES, Francisco, <https://www.technologyreview.es/negocios/43072/han-hecho-los-grandes-volumenes-de-datos-queel/> (Última consulta: 4 de abril de 2020).

URBI, Jaden. *Some transgender drivers are being kicked off Uber's app*, *CNBC*, a 8 de agosto de 2018, <https://www.cnbc.com/2018/08/08/transgender-uber-driver-suspended-tech-oversight-facial-recognition.html> (Última consulta: 14 de abril de 2020).

LEGISLACIÓN

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (*BOE* núm. 71 de 23 de marzo de 2007).

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (*BOE* núm. 147 de 20 de junio de 1985).

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (*BOE* núm. 313 de 31 de diciembre de 2003).

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (*BOE* núm. 294 de 6 de diciembre de 2018).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (*BOE* núm. 255 de 24 de octubre de 2015).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 (*DOUE* núm. C 83/47 de 26 de octubre de 2012).

Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (*DOUE* núm. C 83/13 de 29 de julio de 1992).

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*DOUE* núm. C 83 de 30 de marzo de 2010).

Circular 1/2019, de 7 de marzo, sobre el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas y envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería por parte de partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores al amparo del artículo 58 bis de la LOREG (*BOE* núm. 60 de 11 de marzo de 2019).

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de la Unión Europea, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Instrumento de ratificación de España de 24 de noviembre de 1977 (BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979).

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobado el 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE núm. L 119/3 de 5 de mayo de 2016).

Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE núm. L 180/22 de 19 de julio de 2000).

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE núm. L 303/16 de 2 de diciembre de 2000).

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DOUE núm. L 204/23 de 26 de julio de 2006).

Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. (DOUE núm. L 373/37 de 21 de diciembre de 2004).

JURISPRUDENCIA NACIONAL

STC 91/2019, de 3 de julio de 2019. BOE, 12 de agosto de 2019, núm. 192.

STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019. BOE, 25 de junio de 2019, núm. 151.

STC 324/2006, de 20 de noviembre de 2006. BOE, 20 de diciembre de 2006, núm. 303.

STC 253/2004, de 22 de diciembre de 2004. BOE, 21 de enero de 2005, núm. 18.

STC 128/1987, de 16 de julio. BOE, de 11 de agosto de 1987, núm. 191.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Sentencia de Tribunal de Distrito de La Haya de 5 de febrero de 2020, *Case of SyRI*, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2020:1878> (Última consulta: 15 de mayo de 2020).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 24 de mayo de 2016. Biao contra Dinamarca, núm. 38590/10, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-163115%22%5D%7D> (Última consulta: 15 de mayo de 2020).

Sentencia del tribunal de justicia (Sala Segunda) de 10 de julio de 2008, as. C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/Firma Feryn NV*. ECLI:EU:C:2008:397 (Última consulta: 15 de mayo de 2020).

Sentencia del tribunal de justicia de 13 de mayo de 1986, as. 170/84, *Bilka - Kaufhaus GmbH/ Karin Weber Von Hartz*, ECLI:EU:C:1986:204 (Última consulta: 15 de mayo de 2020).

LISTA DE ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS UTILIZADOS EN ESTE TRABAJO

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEPD	Comité Europeo de Protección de Datos
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EE. UU.	Estados Unidos
EIPD	Evaluación de Impacto de Protección de Datos
ET	Estatuto de los trabajadores
FRA	Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
GT29	Grupo de Trabajo del Artículo 29
IA	Inteligencia Artificial
LO	Ley Orgánica
LOREG	Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General
ML	<i>Machine learning</i>
RAE	Real Academia Española
RGPD	Reglamento Europeo General de Protección de Datos 2016/679 de 27 de abril de 2016
SEPD	Supervisor Europeo de protección de datos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

Recensiones

BELDA, Enrique, *Dignidad y discapacidad. Una perspectiva desde los derechos humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 270 pp., ISBN 978-84-1313-376-8.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp371-376](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp371-376)

Para un estudio de los derechos humanos se puede afirmar que encontrar una monografía dedicada a la dignidad humana es siempre motivo de interés y satisfacción, más si el estudio se dirige al análisis de concepto desde una perspectiva eminentemente práctica, cual es la garantía de los derechos fundamentales en relación con un grupo más vulnerable. Trabajos sobre la dignidad del trabajador, la dignidad de la mujer, también otros que versan sobre la dignidad del enfermo, del anciano o de la dignidad de las víctimas, son en buena parte tratados referidos a la dignidad humana en general, pero sobre todo interesan porque prueban además las dificultades, peligros y fallos del Estado constitucional cara a la materialización plena de los derechos fundamentales en determinados grupos y la forma en que se pueden solucionar dichos problemas de vigencia de los derechos iusfundamentales. Lo mismo puede decirse cuando se habla de la dignidad del embrión, sobre todo en su relación con la Bioética y los desarrollos médicos, la dignidad del niño y del adolescente. En este sentido, especialmente importante es la contribución de

Belda a la teoría y práctica de la dignidad humana en lo que se refiere a la protección jurídica, social y política de las personas con algún tipo de discapacidad. Se ha de tener en cuenta que este trabajo cobra un interés todavía mayor si tenemos también en cuenta el carácter de verdadero experto del autor en este tema, dado que dicha monografía es el resultado de una línea de investigación continuada desde que en 2012 publicara su libro titulado *La protección constitucional y legal de la lengua de signos*¹, primer estudio jurídico sobre esta materia en España. Además, ha publicado otros artículos igualmente imprescindibles para adentrarse en la discapacidad desde un punto de vista jurídico y desde su relación con el principio de no discriminación del art. 14 CE, como *Derecho y discapacidad*² y *Mujeres*

¹ Enrique Belda Pérez-Pedrero, *La protección constitucional y legal de la lengua de signos*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

² Enrique Belda Pérez-Pedrero, «Derecho y discapacidad», en *Parlamento y Constitución*, n. 19, Universidad de Castilla-La Mancha, 2018, pp. 309-319.

con *discapacidad*³; y luego, también, ha dirigido un libro colectivo sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad que incluye trabajos de distintos autores sobre enseñanza y discapacidad desde una perspectiva de integración y mejora pedagógica, cara a eliminar fallos en el ámbito educativo y mejorar las posibilidades sociales y de futuro de los niños y jóvenes con algún tipo de discapacidad sensorial o física⁴.

El libro se abre con un interesante prólogo de Roberto Romboli, que introduce el tema como objeto de estudio propio del Derecho Constitucional, en particular por su conexión al concepto general de dignidad humana, los derechos fundamentales y, muy especialmente, con el principio de igualdad y no discriminación. En efecto, como ya apuntara Krüger, en el Estado «no existe razón que pueda justificar la exclusión de ninguna persona del *status* de ciudadano, independientemente de su capacidad absoluta, física o moral»⁵. Y es así que la

persona discapacitada, en cuanto un miembro más del cuerpo social, merece la misma atención en sus necesidades específicas que cualquier otro sujeto parte del colectivo; más dentro de un Estado que se califica a sí mismo como Estado de bienestar o Estado social. Por supuesto, el hecho de que la persona discapacitada posee exactamente igual dignidad con respecto a cualquier otro justifica la atención del Estado en sus necesidades especiales, pero antes también de forma jurídico-positiva por su propio *status* de ciudadano. De alguna forma, ambas razones justifican el refuerzo público cara a la materialización de los derechos fundamentales y sociales de estas personas. De este modo, para Romboli, la actuación activa del Estado en relación con la persona discapacitada parte del concepto de igualdad por su identificación como ciudadano común, pero a través de una interpretación específica de los derechos fundamentales que le corresponden. Y ello también, naturalmente, con independencia de que el individuo quede limitado en alguna de sus facultades sensoriales o físicas por nacimiento o, a *posteriori*, por enfermedad o algún accidente; hecho que también refuerza —sea dicho ya de paso— el esfuerzo del Estado en este campo, pues ninguno de nosotros queda exento, por vicisitudes de la vida, de tener que necesitar en algún momento o en el futuro atención especial.

Bajo el título «Las personas con discapacidad como sujetos de Derecho», se sitúa la parte introductoria del trabajo. Se trata de un estudio de situación del reconocimiento y garantía de los derechos del discapacitado

³ Enrique Belda Pérez-Pedrero, «Mujeres con discapacidad: incidencia de la violencia de género y valoración desde el punto de vista de los derechos humanos y de la actuación del Estado Constitucional», en María Martín Sánchez (dir.), *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 115-135.

⁴ Enrique Belda Pérez-Pedrero (dir.), *Derecho a la educación de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch México, 2019.

⁵ Herbert Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1966, p. 156.

en el tiempo. Belda reconoce ésta como una realidad relativamente reciente, dentro del constitucionalismo de mediados del Siglo XX, paralelo a la aparición real del Estado social y de bienestar. Las primeras acciones de protección se asentaban más bien, dice, en el marco caritativo-asistencial. Esta primera forma de acción, no carente de hitos importantes, como, por ejemplo, la creación de la ONCE (Organización Nacional de Ciegos Españoles) de 1938, inicia de alguna forma el desarrollo de reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad cada vez a mayor nivel, hasta la actual comprensión derivada de la comprensión iusconstitucional de las personas con discapacidad como «minoría», y de las medidas en pro de su integración total como discriminación positiva en conexión con el concepto de igualdad formal y material de los arts. 9.2 y 14 de la CE y, además, como derivación de acuerdos internacionales suscritos por España como, por ejemplo, La Convención Internacional de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (Instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007). El autor explica el carácter vinculante en todo caso de la obligación estatal de promoción y materialización de los derechos de las personas con discapacidad, no sólo sobre la base del concepto de dignidad humana en general, sino también sobre la base ineludible de la misma forma en la que se configura el Estado social, es decir, de su compromiso de «asegurar a todos una digna calidad de vida» a través de la siempre obligatoria promoción a mayores niveles de

eficacia de los derechos fundamentales y los derechos sociales; y luego, muy particularmente, sobre la base de la positivación constitucional del principio de igualdad material del art. 9.2 CE. Y téngase en cuenta que esta obligación del Estado se traspone también en una tarea mediata, ya que los poderes públicos deben contribuir progresivamente, *ad calendas graecas*, a la satisfacción evolutiva de las necesidades especiales de este colectivo, de la misma manera que en el caso de las necesidades humanas de cualquier ciudadano⁶. Belda indica que este mandato no refiere además por tanto un cumplimiento de mínimos, sino de materialización de derechos fundamentales en pleno contenido y fin, de la misma manera que en relación a cualquier otro ciudadano.

El Capítulo siguiente, dedicado a la «Dignidad para el Derecho Constitucional», es de una extensión mayor y analiza los fundamentos del concepto de dignidad de la persona en general en el Derecho Público y Constitucional. Esto significa que aquí se analiza la noción de dignidad humana y su sentido de positivación constitucional, muy particularmente desde su reconocimiento en el art. 10.1 CE, así como su interpretación jurídico-práctica por la doctrina, sobre todo en España, Alemania y México. A ello le sigue una profundización en las normas de rango internacional, muy especialmente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de

⁶ Alberto Oehling de los Reyes, *La dignidad de la persona*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 465 y 466.

1948 y otros instrumentos regionales conexos como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; luego también del proceso de recepción en la Unión Europea. La parte del Capítulo dedicada a la Convención Internacional de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, como texto práctico de aplicación concreta del concepto de dignidad general en el caso de las personas discapacitadas, es también sobresaliente en su desarrollo metodológico y explicativo, también su análisis de los textos legales a través de los cuales se han traspuesto sus propuestas al Derecho interno, concretamente la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Luego el Capítulo concluye con un examen exhaustivo del estado de situación de la noción en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, estudiando la función judicial-constitucional como un instrumento práctico de especial relevancia a efectos de dotar de plasticidad el concepto de dignidad de la persona del art. 10.1 CE en casos concretos en las relaciones públicas y privadas.

El Capítulo tercero es el que más profundiza en el objeto de investigación propuesto de forma independiente («Dignidad y discapacidad»). La pregunta inicial es si las personas con

alguna discapacidad tienen un tipo distinto de dignidad. Por supuesto, la persona con discapacidad goza exactamente de la misma dignidad que cualquier otro ciudadano, pues, como ya dice de forma muy expresiva el Tribunal Constitucional alemán, «todos poseen dignidad sin consideración a sus características, sus capacidades, y su estatus social y sin que se pueda tener en cuenta su situación corporal o mental» (BVerfGE 87, 209, 228); a lo que se refiere Belda con dicha pregunta es a la determinación de resultados de la comprensión de la igual dignidad desde la perspectiva de la generalidad y no tanto desde la especialidad. Entiende el autor que la materialización de los derechos de la persona con discapacidad desde una perspectiva de integración e inclusión opera no desde su situación particular, sino desde su carácter como sujetos y ciudadanos de pleno derecho del Estado constitucional (*sui juris*), de lo cual deriva, en efecto, un derecho genérico a disfrutar de los beneficios del Estado social y de bienestar en una parte alícuota igual al resto de conciudadanos, con las particularidades que ello pueda suponer para evitar situaciones de segregación, en particular por vías de discriminación positiva, como ocurre con otros colectivos. De ahí, como también señala el autor, que la persona con discapacidad pueda disfrutar, según los casos, de una consideración preferente del Estado a efectos de refuerzo para materializar su derecho a la igualdad, a saber, de un comportamiento activo de éste que intente situar en la misma senda de desarrollo personal a estas personas como el del resto de la población, sin que, además,

se produzcan fallos por discriminación.

Dentro del epígrafe titulado «La aparición de la dignidad en las relaciones jurídicas e institucionales de las personas con discapacidad», el autor introduce una interesante relación de casos prácticos de materialización de la noción de dignidad general en el caso concreto de los discapacitados. El primer ejemplo versa sobre el derecho al voto de la persona con discapacidad. Naturalmente, en tanto miembros del colectivo social, iguales en dignidad, también las personas discapacitadas deben de tener derecho a participar en el proceso electivo, pues lógicamente el asunto también va con ellos e, independientemente de cualquier factor, tienen su propia ideología y los mismos deseos que cualquier otro a optar por un programa electoral acorde a sus intereses⁷. En cambio, tradicionalmente, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en su art. 3.1, posibilitaba en situaciones de discapacidad intelectual, deterioro cognitivo o enfermedad psíquica, la suspensión de su derecho de sufragio por vía de sentencia judicial firme que determinase expresamente la incapacidad para el ejercicio de dicho derecho fundamental. Hoy esta posibilidad ha sido eliminada por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, reconociéndose el ejercicio del derecho participación política a la persona discapacitada sin ningún tipo de cortapisa y en régimen de igualdad al resto de ciudadanos.

⁷ Alberto Oehling de los Reyes, *La dignidad de la persona*, cit., p. 413.

Belda analiza de forma convincente aquella incoherencia, sobre todo en conexión con la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y el derecho a participar en asuntos políticos (art. 23.1), su pervivencia en el tiempo y evolución; incluyendo, además, un comentario sobre el Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, de 28 de noviembre, que todavía validaba la facultad judicial de privación del derecho a las personas discapacitadas⁸. El segundo ejemplo se refiere a la materialización del derecho a la educación del art. 27 CE. Aquí Belda hace un análisis reflexivo de la necesidad de implementación a mayor grado de este derecho en el caso de personas con discapacidad como condición para favorecer la igualdad de oportunidades; de cómo se materializa el derecho a la formación de los discapacitados desde una perspectiva inclusiva, tanto en el plano de contenido de la educación, adaptación de currículos educativos, evaluación adecuada y dotación de instalaciones adaptadas para aquellos casos en que el derecho a la educación se pueda materializar mejor de ese modo. El tercer conjunto de ejemplos se refiere a la dignidad humana y el derecho a la igualdad desde el punto de vista del derecho a la vida, la integridad física, la libertad sexual y reproductiva, en cuya explicación se incluyen problemas derivados de las operaciones reproductivas

⁸ Véase, sobre ello, Alberto Anguita Susi, «Realidad y perspectiva del derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad intelectual», en *Teoría y realidad constitucional*, n.º 44, UNED, Madrid, 2019, p. 428.

relacionadas con la discapacidad, esterilizaciones involuntarias y abortos eugenésicos en razón a la discapacidad del *nascituri*, como también sobre la posibilidad de selección embrionaria para disminuir las posibilidades de nacimiento de personas con discapacidades congénitas. La relación de ejemplos termina con una breve explicación de otros problemas como, entre otros, eutanasia en relación con la discapacidad, la capacidad de obrar del discapacitado, la discriminación laboral, mujer y discapacidad, etc.

En definitiva, en esta monografía se realiza un estudio teórico-práctico sobre la protección social, política y jurídica de las personas con algún tipo de discapacidad, un análisis profundo que da respuesta a las exigencias de resolución de los posibles fallos del sistema en orden a la materialización plena de los derechos fundamentales y sociales de los discapacitados; la dignidad de la persona con discapacidad en el marco de la Constitución de 1978 y la Unión Europea, el concepto de «dignidad inherente» de las personas con discapacidad de la Convención Internacional de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, y el mandato de garantía de sus derechos en condiciones de igualdad y no

discriminación. En cada uno de los temas tratados, Belda analiza con detalle su evolución y estado de situación actual, avances y retrocesos, su regulación vigente, su lógica jurídico-teórica, así como casos y ejemplos de carácter práctico. El estudio además no se limita al Derecho español, sino que se realiza con un pie en la doctrina extranjera, en particular alemana; luego, lo refiere también en conexión con el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional, que analiza con rigor y solvencia. La solidez de la formación técnica y científica del autor en este campo le posibilita trabajar esta complicada faceta de los derechos fundamentales y los derechos humanos no tanto desde la Filosofía, sino desde el plano del Derecho Constitucional positivo y con una intención de desarrollar una investigación eminentemente práctica. Por eso, la intención Enrique Belda de realizar este estudio sobre la dignidad humana en su relación con las personas con algún tipo de discapacidad, puesto al día, muy amplio y detallado, me parece digno de elogio, cuyo resultado final no sólo deja clara la calidad humana del autor, sino que vuelve a probar el nivel académico, científico y docente de este jurista.

Alberto Oehling de los Reyes

Profesor contratado doctor

Universidad de las Islas Baleares (en excedencia)

Universidad Complutense de Madrid

SERRA CRISTOBAL, ROSARIO, *La seguridad como amenaza. Los desafíos de la lucha contra el terrorismo para el Estado democrático*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2020, 265 pp. ISBN 978-84-1336-666-1.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp377-383](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp377-383)

1.- El libro que acaba de publicar la profesora SERRA es de los que pueden inducir a confusión por su título sugerente, aunque he de decir que una obra de Galbraith que escogí por entender mal el título es una de las que más influencia han tenido en mis reflexiones posteriores. No es la autora la que yerra en el título, que responde perfectamente al desarrollo de sus capítulos, sino las circunstancias sobrevenidas no solo en nuestro país sino en el mundo entero las que nos hacen caer en el error de creer que vamos a reflexionar sobre la presente (y por ello apremiante) situación de pandemia aunque, sin embargo, la autora aclara perfectamente en el subtítulo que va a centrarse en la lucha antiterrorista y, en especial, en la yihadista.

Ello no obstante, es tal la gravedad de la realidad actual y su relación con el tema desarrollado (en realidad, no tanto con el tema sino con el fondo doctrinal que subyace al mismo) que a lo largo de la lectura persiste (acuciándonos en cierta forma) esa impresión de que nos falta algo. Pero, insisto, no porque falle el enfoque de la autora sino porque todas las medidas

que se estudian como extraordinarias y excepcionales en el caso de la lucha antiterrorista nos recuerdan, y mucho, a las que estamos viviendo en la actualidad, con el agravante de no tener un enemigo externo al que derribar y de que las medidas excepcionales no se adoptan sobre sospechosos sino sobre toda la ciudadanía. Porque, en definitiva, la cuestión no es tan solo la de garantizar dentro de lo posible la seguridad ciudadana, sino la de analizar cómo se cumple tal propósito sin que se vean afectados los más consolidados derechos de la persona que han venido caracterizando la evolución y consolidación de las democracias más avanzadas.

Pero sea lo que deducimos de la lectura del libro, sea la observación de la realidad que actualmente vivimos, resulta bastante imposible negar la afectación de tales derechos, por lo que la cuestión se traslada a la que de algún modo resume el título: el bien público seguridad puede convertirse en amenaza; así, aceptada la necesidad de su defensa y siendo los derechos fundamentales y los valores constitucionales constitutivos

esenciales de la forma democrática del Estado, la cuestión exigirá profundizar en las condiciones y parámetros que se habrán de tener en cuenta a la hora de verse obligados los poderes públicos a restringir el libre ejercicio de los derechos como precio ineludible a la hora de garantizar o procurar la mayor seguridad posible.

Aun cuando la autora no entra en su desarrollo (ni tendría por qué hacerlo) si late en el fondo de la principal cuestión la determinación de la funcionalidad que en el sistema general de derechos constitucionales asume la seguridad, si tal es un derecho más, una condición previa y esencial de todos los derechos o, incluso, un límite al ejercicio de los mismos. Y en esta decisión crucial influye sin duda la concepción sistemática de los derechos fundamentales en cada ordenamiento (por lo que se refiere al nuestro me limito a recordar un breve trabajo como punto de partida para este tipo de análisis: SÁNCHEZ FERRIZ, R. Ordenación sistemática de los derechos y libertades del Título I de la Constitución, Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional : (libro homenaje al profesor Gurmésindo Trujillo), coord. por Luis Aguiar de Luque, Tirant, 2005) y, por supuesto la tradicional pertenencia a los dos grandes sistemas jurídicos, de *common law* y de *civil law* (esta es una de las bases con que trabaja una de las más conocidas especialistas en el tema aquí estudiado: A. VEDASCHI, Has the balancing of rights given way to a hierarchy of values?, 1 *Comparative Law Review* 2010) cuyas diferentes perspectivas podrían explicar algunas de las soluciones

adoptadas frente a un mismo problema. La cuestión, como afirma esta autora es lograr funcionalizar la seguridad respecto de los derechos y no al revés pues «puede observarse que la búsqueda espasmódica de una jerarquía de valores muy a menudo acaba colocando la seguridad en el ápice».

Todo ello parece ser el fondo de lo que parte SERRA, que a lo largo de la obra manifiesta su preocupación por la frecuente afectación de tantos derechos como al estado democrático le ha costado consolidar como su propio fundamento. De ahí que, sea en la lucha antiterrorista, sea en la actual pandemia, se esté produciendo ciertos deslizamientos y desequilibrios entre los tres poderes y hasta se pongan en riesgo los fundamentos del constitucionalismo democrático ya puestos a prueba, por cierto, con la revolución tecnológica y sus efectos en tales fundamentos constitucionales (sobre tales efectos también llama la atención la autora reclamando garantías en la protección de nuestros datos personales incluso en los casos en que la finalidad perseguida sea garantizar la seguridad (p. 53).

2.- Comienza el estudio por situarnos en la terminología más usada en torno a la seguridad mostrándonos cómo cada acepción responde a un determinado enfoque o, incluso, al carácter solo nacional o transnacional, y hasta global, de esa seguridad que a todos preocupa; pero, sin perjuicio de las múltiples referencias al derecho extranjero acaba centrándose especialmente en la normativa europea a la que nos conduce a través de referencias tanto anglosajonas como continentales aun sin haber emprendido la

eventual comparación y/o divergencia entre los dos grandes sistemas jurídicos.

En efecto, ya en el Capítulo 3 se centra en el aspecto transnacional del fenómeno terrorista y sus reacciones aprovechando la referencia a la directiva 2017/541 del Parlamento europeo y del Consejo para aclarar la diversidad de denominaciones de grupos y acciones terroristas que conforman un complejo mosaico de coincidencias y contradicciones de difícil comprensión para quien no se detiene en un análisis detallado como el que la autora realiza.

Un común denominador en tal complejidad de grupos terroristas, e incluso en las reacciones que los Estados han de emprender para combatirlos es su convivencia en la era digital con todas las posibilidades que la recopilación y manipulación de datos personales ofrece a los Estados pero, también, a los grupos terroristas que utilizan las redes como medio de comunicación y también de propaganda y de formación y estímulo ideológico, que permite mantener viva la ideología aun después del fracaso del DAESH. Y otro denominador de no menor consideración es la presencia de terroristas extranjeros, procedentes incluso de países democráticos europeos, que también han dado lugar a medidas de control en especial de los viajes aéreos auspiciadas tanto por la ONU como por la UE.

Al mencionar los tres grandes tipos de medidas que con carácter general se han adoptado por los estados democráticos subraya como país europeo con medidas más decididas a Francia (coincidiendo con VEDASCHI, Á la

guerre comme á la guerre. La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato, Torino, Giappichelli, 2007); y en cambio España destaca como país en que formalmente apenas si ha habido medidas legislativas específicas aunque cabe creer que en la realidad se aplican medidas semejantes a los otros países; con todo, la situación normativa tiene cierta lógica porque España ya tenía la experiencia de la lucha contra el terrorismo interior hasta el punto de haber sido prevista la eventual suspensión de derechos en la propia Constitución.

La principal preocupación ante la adopción de medidas excepcionales por los países democráticos es la de que las mismas permanezcan convirtiéndose en cierto modo en derecho normalizado, cuestión que también ha adquirido extraordinaria actualidad en los meses en que estuvo vigente el estado de alarma entre nosotros. En página 96 lo expresa la autora: «... esa normalización de la legislación excepcional contraterrorista hace que sea preocupante la deriva que el estado de derecho puede estar tomando a raíz de la aplicación ordinaria de medidas que proceden de dicha legislación». Este fenómeno de normalización de la emergencia, que ha resultado escandalosamente aplicado en EEUU y en Inglaterra, halla también reflejo en el caso francés que lo formaliza en 2017 en el mismo momento en que, derogando la normativa de urgencia, traslada sus principales contenidos a la ley 1510/17 que, no en vano, entra en vigor el mismo día de la derogación de la emergencia.

3.- Según se ha dicho ya, el trabajo de la profesora SERRA aparece en un

momento francamente especial, en España y en el resto del mundo. En efecto, en plena vivencia de los efectos de la actual pandemia la lectura del libro adquiere si cabe mayor interés por cuanto su discurso gira en torno a los poderes excepcionales de los órganos estatales y en especial del ejecutivo. La actualidad de la presente vivencia de tantos límites a nuestros derechos derivados de la situación de pandemia nos permite tomar con mayor interés la lectura que nos pone frente al desequilibrio de los poderes (y por consiguiente de las modificaciones a que puede estar llevando la situación de emergencia en la forma de gobierno) y si se me apura que también cabe observar indeseables cambios en la forma de estado que va sufriendo cierta minusvaloración de sus grandes principios democráticos.

Y todo ello en un libro que se planificó, desarrolló y «cerró» en vísperas de esta nueva e inesperada emergencia global. Las reflexiones que en él se contienen han de resultar útiles también para la inesperada situación sobrevendida y sitúa a la autora en el punto de partida para seguir reflexionando sobre el problema central que se ha hecho hoy más vivo que nunca. Así, cuando formula el balance del problema invocando, también, la responsabilidad social en el logro de la seguridad: «seguir las tradicionales reglas de legalidad, finalidad y proporcionalidad, y estar acompañado de las garantías adecuadas» (pag. 173).

Personalmente, me resulta inevitable el recuerdo de mi planteamiento en torno al diferente régimen jurídico de las libertades públicas respecto de los que podemos llamar derechos

personales o más bien personalísimos a los que indirectamente he aludido supra citando la «ordenación sistemática». Es cierto que la autora, como en general quienes estudian la legislación antiterrorista destacan sus efectos invasivos en la *privacy* y en cuanto supone que del tratamiento de datos pueden obtener elementos de nuestra personalidad quienes lo llevan a cabo. Pero no lo es menos que, puestos a analizar los concretos derechos más afectados en su libre ejercicio también los autores suelen centrarse en las llamadas libertades públicas. Así lo hace la autora después de ocuparse de los problemas que estas situaciones excepcionales generan en la privacidad. En efecto, en p. 101 y ss se ocupa del *chilling effect* como efecto inhibitor del libre comportamiento que tiene en la gente el saber que el Estado la somete a vigilancia con el masivo tratamiento de datos de que dispone al haberlos controlado y reunido a partir del pretexto (o razón) de la lucha antiterrorista. Ello tiene efectos principalmente en la privacidad, pero también en la libertad de expresión.

4.- En materia de privacidad y datos personales analiza la autora las medidas legislativas adoptadas por los países de nuestro entorno con ocasión de disponer de medidas preventivas o proactivas en la lucha terrorista observando en general que, si bien se exige la cobertura legal y el respeto a las garantías que también han de determinarse por ley, no cabe ignorar las excepciones que se han ido introduciendo en los casos de persecución del terrorismo en los que, aun persistiendo las garantías se flexibilizan de algún modo al dejar en manos del

ejecutivo la decisión de intervención (claramente en el caso inglés o francés) en situaciones de urgencia o, como en España, pudiendo actuar sin la previa autorización judicial, pero debiendo comunicar al juez todas las actuaciones en 24 horas máximo. Cabe, pues, concluir que la excepcionalidad de la actuación de que se trata no ignora *a limine* la existencia de garantías y principios de aplicación en todo Estado de Derecho, aun cuando no sean exactamente los de la actividad policial ordinaria. Se detiene en el caso del tratamiento de datos y en particular en el traspaso de los mismos de las compañías suministradoras a los Estados a partir de acuerdos de la UE y de esta con otros estados subrayando, junto a su interés en la lucha contra el terrorismo yihadista, el pronunciamiento del TEDH y del TJUE en defensa de las garantías que se deben tener en cuenta, en particular su rechazo a los acuerdos demasiado abiertos o flexibles en los que se imponen deberes genéricos que no siempre responden a una necesidad concreta.

Pero como ya he advertido no es menor el interés por las libertades públicas y, por ello, se dedica el Capítulo 7 al derecho a informar y recibir información, para a continuación analizar, en los capítulos siguientes, los efectos de estas especiales medidas en la libertad de expresión, religiosa, de reunión y de asociación.

Tras recordar la importancia de la información en democracia, SERRA apunta a la necesidad de respetar los secretos cuando de la seguridad del Estado se trata, con citas de Tribunales que han aceptado su papel incluso

frente al derecho a la información de los parlamentarios. Pero, siendo los *arcana imperii* tradicional excepción del derecho a la información, se subraya en el libro que lo novedoso hoy no es tanto la defensa de los secretos de Estado que los Altos Tribunales llevan a cabo, aun sin ignorar las garantías básicas, sino el cambio experimentado por la ciudadanía en el sentido de que su interés por conocer todo aquello le afecta se ve anestesiado por la búsqueda de la seguridad; más aún, los ciudadanos aceptan de buen grado las limitaciones a su libertad con tal de garantizar un mínimo de seguridad.

No menos decisiva para la vida democrática es la libertad de expresión a la que dedica la autora el Capítulo 8, con independencia del que previamente dedicó a la libertad de información. Creo que es un acierto que distinga en capítulos diferentes los dos derechos-libertades del art. 20. 1, a y d CE. Justamente esta distinción le permite analizar los límites que recientemente ha sentado la jurisprudencia y la legislación penal a la libertad de expresión con ocasión de la lucha antiterrorista: esta libertad no puede dar cobertura a la apología del terrorismo y en tal sentido se han adoptado medidas por los distintos países que no siempre respetan los criterios más laxos o permisivos de los tribunales internacionales. Junto a la experiencia en España, destaca la autora el caso de Francia o Austria por su dureza y porque estos dos países han eliminado la garantía judicial en concreto para el cierre y control de los mensajes apoloéticos a través de la red. Es justamente esta especial forma

de difusión que se lleva a cabo a través de la red la que plantea cuestiones jurídicas más difíciles de resolver y, en especial, el papel de los titulares de servicios en red (pp. 166 y ss).

Sin duda, una de las cuestiones jurídicas de mayor complejidad de las que se apuntan en el libro es justamente la derivada de la relación entre los Estados (y los organismos de la UE que van dictando disposiciones a las que se deben ajustar los Estados miembros) y las compañías prestadoras de servicios que, amparadas en su condición privada y en su función de hacer realidad la libertad de expresión, se resisten a llevar a cabo el control de contenidos que los Estados requieren en la lucha contra el terrorismo y su apología. Junto a esta difícil relación jurídica, se plantea la dificultad de la observancia de los contenidos y su calificación por parte de las empresas.

En esta línea de pensamiento me satisface comprobar que la autora, defendiendo la aplicación de los tradicionales principios de las libertades y en particular de la de expresión e información, discrepa de algunas de las medidas más recientes adoptadas y alentadas por la UE en las que se ignora la tradicional garantía de la intervención judicial al promover una especie de «censura privada» que autorizaría a las empresas privadas a calificar de buena o mala información, y por consiguiente a poder eliminar partes de ella, en función de sus criterios y no de los principios generales aludidos que, aunque sean los tradicionales son siempre válidos, a juicio de la autora y de mi misma.

No sé si personalmente hubiera incluido el capítulo de la libertad religiosa que por sus especiales características respecto de la cuestión estudiada le obliga a alejarse del enfoque elegido, que sí se mantiene coherentemente en los restantes. En cambio, en el dedicado a la libertad de reunión y sus posibles limitaciones en atención a medidas o criterios derivados de la lucha antiterrorista, sobre permitirle recuperar el enfoque general, induce de nuevo a encontramos con pensamientos paralelos que nos lleva hasta la actual situación de pandemia. Porque es inevitable la recurrente comparación de situaciones (la estudiada por la autora y la sobrevenida que dio lugar en marzo a la adopción del estado de alarma y a límites y restricciones que van mucho más allá de las previstas constitucionalmente por cuanto muy directamente, aunque en forma implícita, ha afectado a esta libertad de reunión. La autora discurre sobre la dificultad de limitar las reuniones siempre que sean pacíficas pero contemplando la complejidad de calificación cuando en ellas se realiza apología del terrorismo, lo que obviamente, es difícil o imposible determinar *a priori* en el momento de la comunicación de los convocantes a la autoridad gubernativa.

Siendo clara sin embargo la mención del orden público como límite impuesto por el propio texto constitucional, y en la medida en que la seguridad pública contiene no pocos elementos de aquel, también los actos terroristas han llevado a plantear la defensa de dicha seguridad de las personas como prevención frente a la comisión de actos terroristas en

supuestos de aglomeraciones ciudadanas; el hecho de que se haya producido en la realidad este tipo de ataques no impide sin embargo que resulte extraordinariamente difícil prohibir *a priori* las reuniones en términos constitucionales salvo que los indicios del peligro fueran tan claros que no impedir las o disolverlas constituiría un acto de absoluta irresponsabilidad. Francia ofrece un ejemplo de lo dicho que quedó regulado por la ya citada Ley de 30 de octubre de 2017, aunque el carácter general de la prohibición provocó un pronunciamiento negativo por parte del *Conseil Constitutionnel*. El pronunciamiento semejante del Comité de derechos humanos del parlamento británico le permite concluir sobre la generalizada limitación de derechos y su aceptación por la

ciudadanía ante el riesgo de pérdida de su seguridad.

Las conclusiones a las que llegan giran en torno a la preocupación de que prime la seguridad dejando de lado los valores constitucionales. Por tanto, invoca que el legislador de la seguridad pública sea lo más claro posible y se esfuerce en determinar tanto la tipología de las actuaciones como las garantías de que se han de acompañar para evitar los términos vagos, y poder reducir al mínimo las contradicciones en el ejercicio de los controles por los jueces. En síntesis, la mayor regulación posible en la previsión de la seguridad sin que ello permita ignorar los principios de responsabilidad y proporcionalidad que deben presidir toda actuación pública.

Remedio Sánchez Ferriz

Catedrática de Derecho Constitucional
Universitat de València

RUIZ MIGUEL, Carlos, *Derecho «constitucional» de la Unión Europea*, Editorial Dykinson, Madrid, 2020, 292 pp., ISBN 978-84-1324-980-3.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp385-391](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp385-391)

De entre las aproximaciones posibles a un objeto de estudio tan heterogéneo, multiforme y complejo como el proceso de integración europea y su constitución, puede que el derecho constituya la «vía de acceso privilegiada». El libro que aquí reseñamos ofrece una visión panorámica de la génesis y estructura de la Unión Europea a la vez que supone un compendio fundamental sobre el así llamado «Derecho constitucional de la Unión Europea», disciplina académica que se abre paso con fuerza en los planes de estudios españoles y que responde a la necesidad de abordar las novedades producidas por el proceso integrador en el ámbito jurídico, pero sin olvidar sus efectos políticos, económicos, sociales, etc. La obra se basa parcialmente en el programa docente que el autor, el Catedrático de Derecho Constitucional Carlos Ruiz Miguel, desarrolla en sus clases de la Universidad de Santiago de Compostela (USC). Combinando rigor académico y claridad expositiva, el estudio que aquí se reseña –y que merece convertirse en una referencia en su ámbito– resultará de interés tanto para especialistas, investigadores y alumnos

como para estudiantes y lectores que se aproximen desde otros campos del saber.

Antes de resumir y comentar el libro, presentamos la estructura del mismo. La obra se divide en tres partes que cuentan, a su vez, con diferentes *lecciones*. La primera parte, «Concepto de Derecho «Constitucional» de la Unión Europea» (pp. 23-33) es una introducción que busca, con algunas precauciones metodológicas y conceptuales, resolver algunas dudas preliminares, prejuicios y malentendidos que rodean a la noción de un «Derecho Constitucional» europeo, las diferencias entre *constitución* y *Constitución* y su aplicación a la problemática europea. La segunda parte, «El proceso de integración europea» (pp. 37-179), trata sobre el proceso de integración en su conjunto combinando el enfoque histórico-político con el estudio de las organizaciones y tratados claves de cada una de las etapas del proceso integrador. La tercera parte, «Las instituciones y órganos de la Unión Europea» (pp. 181-291), consiste en un análisis de la composición, estructura, competencias y procedimiento de toma de decisiones de las

instituciones y órganos que componen la UE.

La primera parte —de carácter introductorio— se compone exclusivamente de una lección, no obstante rica en valiosas distinciones y precisiones conceptuales. Merece la pena destacar la precaución relativa a las diferencias entre la idea de «constitución» y de «Constitución», según nos refiramos a la noción jurídico-política o a la jurídico-formal, respectivamente. En sentido político, constitución alude a la *materia* de una entidad política y su organización *de facto*; mientras que en sentido jurídico amplio hace referencia al conjunto de «normas existentes sobre las instituciones públicas en una entidad política determinada» (p. 25). Por otra parte, el concepto *formal* y específicamente jurídico de Constitución es sinónimo de norma, mas no de cualquier norma, sino una de carácter *escrito* (no una orden oral, sino regla objetiva), *originario* (ya que no deriva de ninguna otra, sino que ella misma es fundante) y *supremo* (pues tiene primacía en la jerarquía normativa), como nos explica el autor (pp. 26-27).

Una vez las precauciones metodológicas y conceptuales han sido expuestas, Carlos Ruiz Miguel puede adentrarse en el espinoso y siempre polémico asunto de una «Constitución» europea: si bien las normas de la UE están escritas, estas no son originarias, sino que derivan del acuerdo unánime —por ejemplo, mediante Tratados— entre los Estados miembros basándose en sus respectivos ordenamientos constitucionales; y tampoco son normas supremas, ya que los tratados ocupan un lugar inferior en la

jerarquía respecto a la Constitución de cada Estado miembro (pp. 27-29). Cabe mencionar el también problemático asunto de una «constitución» europea en sentido político, sobre la cual el autor nos advierte de las deficiencias a nivel de comunidad política y los graves problemas de legitimación que tal diseño político implicaría: «las normas fundamentales de la CE/UE (los tratados) no provienen de la representación de un *demos* (un pueblo) europeo, único, sino de los Estados y los pueblos europeos que son quienes, separadamente, aprobaron o rechazaron los tratados» y, por tanto, concluye: «Siendo el pueblo la instancia política suprema si no hay «pueblo europeo» no existe una instancia política originaria y suprema que pueda aprobar una norma que fuera «originaria» y «suprema» que pueda calificarse de «fundamental» (p. 30). No obstante, y a pesar de estas dificultades, Carlos Ruiz Miguel señala que el Derecho europeo ha conseguido ser más «intenso» que el Derecho Internacional clásico, debido a su formidable expansión, el carácter supranacional de la CE/UE y una gran lealtad institucional que, como nos recuerda el autor, «es una de las peculiaridades del Derecho de la UE, es un derecho creado en Bruselas, pero aplicado voluntariamente por los Estados miembros, lo que es una diferencia importante con Naciones Unidas donde hay un mayor nivel de incumplimiento» (p. 33).

La segunda parte abre con dos lecciones sobre los antecedentes del proceso de integración europea. Lejos de limitarse a una simple enumeración, Carlos Ruiz ejerce una tarea propia

del «filósofo de la historia» al ofrecer una tipología mediante la cual clasificar los diferentes proyectos de integración europea a lo largo de la historia: del mundo clásico y de la Cristiandad, por un lado, según sean autocráticos o liberales, por otro (pp. 37-67). Sorprende y es de agradecer cómo a lo largo de estas páginas se entremezcla una mirada histórica de largo alcance con un gran cuidado por la explicación doctrinal –resumida pero no sin detalles certeros– de las principales líneas teóricas que forman dichos proyectos. Tras una larga serie de fallidos intentos de unidad europea e inmediatamente después del horror y la devastación de las dos guerras mundiales, el recorrido histórico trazado por el autor pone el foco en la fundación en 1949 del Consejo de Europa, «primer resultado concreto de las diversas iniciativas europeístas de carácter liberal aparecidas desde un siglo y medio antes» (p. 59), con el que se buscaba «crear un espacio de encuentro para que se reúnan periódicamente los Estados europeos para aprobar tratados, convenios en el ámbito económico, cultural, administrativo, jurídico, etc.» (p. 63). Alrededor de este foro surgen ya las dos posturas enfrentadas que protagonizarán la larga marcha de la integración europea: los partidarios de una mayor integración en todos los niveles o «federalistas» y quienes defienden una unión económica y acuerdos puntuales o «anti-federalistas».

Según leemos en la lección 4 (pp. 69-78), es a través de la constatación de un fracaso, el de la unión política propugnada –aunque fuera solo retóricamente– por el Consejo de Europa,

como la integración europea recibe un impulso por la vía de la integración económica. Con la «Declaración Schuman» (1950) y el establecimiento de la «Comunidad Europea del Carbón y del Acero» (1951) se sientan las bases no solo de una unidad económica sino que se prefigura en su génesis el «sistema orgánico y [...] normativo de las Comunidades», con una importancia radical para «poder entender la evolución de la UE en cuanto a su organización, en cuanto a su sistema de fuentes» (p. 71) y cuya novedad más radical, nos recordará el autor unas páginas después, es la posibilidad de «que una organización internacional apruebe normas vinculantes para un Estado sin el voto favorable de ese Estado» (p. 76). Animados por la vinculación económica, los partidarios de la línea federalista estimularon varios proyectos de integración política que acabaron fracasando: la Comunidad Europea de Defensa, como pilar «militar» de la CECA, y la Comunidad Europea como su pilar «político». Tanto la CED como la CE aspiraban a una Europa unida con referencias –explícitas o no– a la federación, pero la retórica se vio de nuevo desmentida por la fuerza de los hechos: la Asamblea Nacional francesa rechazó el Tratado CED debido fundamentalmente a dos razones de orden geopolítico que el autor resume en el «control de la bomba atómica» y el «veto en el Consejo de Seguridad» de la ONU (p. 92) y, con él, el proyecto de estatuto de la Comunidad Europea también se vio abandonado.

Después de ambos fracasos a nivel de «integración política», la línea más federalista volvió a confiar en la

solución de la integración económica para cumplir sus objetivos. Con su implantación en 1957, la Comunidad Económica Europea (CEE) introduciría un mayor grado de generalidad de competencias a nivel supranacional pues, como nos recuerda el autor: «la CEE ambiciona la integración económica en un conjunto diverso de políticas: agraria, pesquera, comercial, industrial, de defensa de la competencia, etc. Es decir, en el tratado CEE se van a incluir ya un número (y no una sola) de políticas que hasta entonces estaban en manos de los Estados y que se van a unificar o someter a un proceso común de decisión en Europa» (p. 97). Siempre bajo el *Leitmotiv* de una unión cada vez más estrecha, la nueva organización supranacional adquiere un esquema institucional que en algunos aspectos (como es el caso de la Comisión y del Tribunal) influye hasta nuestros días.

Seguidamente, la lección 7, «Los primeros intentos de integración política» (pp. 107-117), ofrece un recorrido muy valioso sobre tres sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas «que supusieron una mutación del sistema establecido en los tratados llevándolo a un grado de integración superior al expuesto en los textos de los mismos» (p. 107) y que son: 1) la sentencia «Van Gend en Loos» de 1963, que introduce la doctrina del «efecto directo» de los tratados comunitarios; 2) la sentencia «Costa» de 1964, que afirma el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional; y 3) la sentencia «Stauder» de 1969, a través de la cual el Derecho comunitario incluye la

garantía de los «derechos fundamentales de la persona» en el Ordenamiento comunitario. A pesar de los conflictos y fricciones entre los diferentes Estados debidos a la siempre difícil conciliación de intereses nacionales y europeos, por la vía del Derecho la integración se estaba ampliando e intensificando, de modo que su resultado natural era una integración política mayor. Prueba de ello es la introducción del Acta Única Europea (aprobada en 1986), primer tratado comunitario destinado a una mayor integración política —el cual a su vez modificaba los tres anteriores (TCE-CA, TCEE y TCEEA)— que supuso nuevas modificaciones en la estructura orgánica de las comunidades y sus competencias, donde destacamos la formalización del Consejo Europeo y la entrega de «competencias de co-decisión al Parlamento Europeo allí donde los tratados originarios sólo le reconocían una función consultiva» (p. 117).

Dos años después de que el Acta Única Europea entrase en vigor se produce la caída del muro de Berlín y poco después la disolución de la URSS. Esta mutación geopolítica sin precedentes tiene dos consecuencias fundamentales a nivel europeo: la reunificación alemana y la consolidación de la Unión Europea. Con gran olfato histórico-político, el autor vincula las explicaciones de carácter jurídico con consideraciones históricas que forman su «contexto» y sin las cuales aquellas serían impensables. Afirma Carlos Ruiz Miguel cómo el desequilibrio político resultante del convulso fin de siglo XX así como los recelos frente a la nueva magnitud y potencia

germana marcaron la pauta de la integración: «El deseo de neutralizar el emergente poder de Alemania favoreció un proyecto que implicaba una cierta disolución del poder alemán en una organización europea» (p. 121). Respecto a dicha organización, es obligado mencionar lo que el autor denomina «la nueva estructura de los tres «pilares» de la Unión Europea» (pp. 123-124): 1) el económico-monetario, 2) la política de justicia e interior y 3) la política exterior y de seguridad común. El primer «pilar» ha resultado de gran importancia en la integración con la introducción del Tratado de Maastricht (1992) y, especialmente, con la implantación de una moneda común europea (el euro) y la creación del Banco Central Europeo. El autor explica y comenta también los Tratados de Ámsterdam (1997), de gran impacto a nivel de política justicia e interior, y el Tratado de Niza (2001), con la decisión de ampliar la UE hacia los países excomunistas del Este y un nuevo reparto de poder en el Consejo de Ministros. Por último, analiza el fracaso de una Constitución Europea (2004), rechazada en referéndum por Francia y Holanda, y termina con una valoración de la creciente complejidad y problematicidad de lo que denomina la «nueva arquitectura formal de los Tratados europeos».

La lección 9 está dedicada a la cuestión de la «membresía de la Unión Europea» (pp. 149-179) y se ocupa de dos grandes temas relacionados entre sí: los requisitos e historia del ingreso en la Unión Europea y las posibilidades de salida de la Unión. Respecto a lo primero, conviene destacar el análisis del autor a propósito de las

diferentes oleadas de ampliación, que divide en ocho y van de 1973 a 2012, así como de las candidaturas canceladas, rechazadas y pendientes, con unas páginas realmente sugerentes dedicadas a la supuesta candidatura de Marruecos a la UE (pp. 165-167), otro tema que Carlos Ruiz Miguel conoce a fondo. Respecto a la segunda cuestión, la salida de la UE, resulta crucial por razones de actualidad y peso político, y también, todo sea dicho, por derribar ciertos dogmas frente a quienes creían sin fundamento que el ingreso en la UE es irrevocable (véanse p. 169 y p. 175). Cierra la lección una reflexión sobre la crisis y perspectivas de la Unión Europea, una construcción que —a pesar de la retórica— parece hallarse en un punto muerto, en primer lugar con la crisis de deuda soberana de 2010, posteriormente con el Brexit y actualmente con el desafío del Tribunal Constitucional alemán a los Tratados europeos en mitad de una pandemia vírica que, junto a problemas como la falta de un liderazgo geopolítico frente a las dos grandes potencias mundiales, las divergencias Norte-Sur y Oeste-Este o la crisis de los «refugiados», amenazan con dejar tocado y hundido al proyecto europeo.

La tercera parte (pp. 181-291) es un completo estudio sobre las instituciones y órganos de la Unión Europea que resulta de gran utilidad al lector que desee conocer con rigor y profundidad la génesis y composición, competencias y funcionamiento de esta compleja trama supranacional. Las tres primeras lecciones de esta última parte se identifican con la división de poderes clásica y desde esta

perspectiva se nos aproxima a dichas instituciones. Así, la lección 10 trata sobre «El poder ejecutivo de la Unión» (pp. 185-220), donde adquieren especial protagonismo el Consejo Europeo (cuya «singularidad más llamativa» reside en que «el Presidente del órgano políticamente más importante de la UE... sea el presidente con menos peso político de todas las instituciones de la UE» (p. 187), el Consejo (donde hay que destacar el COREPER, «el lugar o el ente en el que todos los representantes de los Estados discuten los temas que luego votan los ministros, que llegan a las reuniones, por lo general, ya con el trabajo hecho por el COREPER» (p. 195), la Comisión Europea y el Banco Central Europeo (que ocupa un lugar «especial», debido a su «independencia» y «que en buena parte de sus actividades sea un órgano sin control [lo que] no cuadra con las exigencias de una «Comunidad de Derecho»») (p. 212). Por su parte, la lección 11 se ocupa del «poder legislativo de la unión» (pp. 221-248), con el Consejo, el Parlamento Europeo (su composición, elección y estatuto de los diputados, así como estructura y competencias), el Banco Central Europeo (con sus normas legislativas dictadas a iniciativa propia, con deliberación y voto secretos) y la Comisión (que «no sólo tiene asignada la función de proponer la aprobación de normas al Consejo, sino que en ciertos casos también puede aprobar ella misma ciertas normas legislativas» (p. 247).

La lección 12, dedicada al poder judicial de la Unión (pp. 249-262) se ocupa del Tribunal de Justicia, el Tribunal General y la singular figura del

«abogado general» que, como nos recuerda el autor, «presenta algunas concomitancias con la del Ministerio Fiscal del Derecho español» (p. 260). Finalmente, la lección 13 trata de otras instituciones y órganos de la Unión (pp. 265-291) con carácter «auxiliar» o «constitucional» cuyo alcance teórico y práctico son motivo de interés para conocer apropiadamente el sistema de la UE, sea por sus competencias o por su valor consultivo, como por ejemplo el Tribunal de Cuentas, el Banco Europeo de Inversiones o el Comité de las Regiones.

En su ya clásico libro sobre la Unión Europea, el historiador británico Perry Anderson advertía sobre cómo «son muchos los que piensan que, a falta de unos medios y unos fines claros y definidos, la Unión parece vagar a la deriva», pero seguidamente y con gran ingenio concluía, no obstante, lo siguiente: «puede considerarse que, en cierto sentido, la tan lamentada ausencia aparente de una finalidad coherente es lo único que puede salvar a la UE». La obra que en este escrito reseñamos puede considerarse historia y diagnóstico de esa «deriva», de un largo y complejo proceso de integración que lejos de ser unilineal y *per-fecto* (es decir, acabado, plenamente realizado) es más bien vacilante, dialéctico y no exento de tensiones, lo que se ha reflejado también en su devenir institucional, esquema organizativo y modo de funcionamiento. Carlos Ruiz Miguel, en su *Derecho «constitucional» de la Unión Europea*, consigue hacerse cargo de ambos problemas dando lugar a un estudio completo, solvente y altamente recomendable para todo aquel

que quiera estar informado sobre el proceso de integración europea en

general y el Derecho Comunitario en particular.

Alejandro Sánchez Berrocal
Contratado FPU
Instituto de Filosofía del CSIC

CRUZ PALMERA, Roberto. *Delitos instrumentales: Aspectos de política legislativa*. BdeF, Buenos Aires/Montevideo, 2020, 327 pp., ISBN 978-9915-650-03-6.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp393-395](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp393-395)

Recientemente la editorial BdeF ha publicado el trabajo del profesor, Roberto Cruz Palmera, titulado «*Delitos instrumentales: Aspectos de política legislativa*», un trabajo oportuno y necesario para los estudiosos del derecho penal.

La publicación se corresponde con la tesis doctoral elaborada por el autor y dirigida por el profesor Pablo Sánchez-Ostiz, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Navarra, quien, conjuntamente, prologa el libro, donde señala que: «(...) *La investigación se inició al constatar que había una serie de delitos caracterizados por anticipar la intervención penal a fases preparatorias; más en concreto, que entre estos había algunos centrados en una serie de objetos orientados a la comisión de delitos: programas, maquinaria, objetos... Lo curioso era que la idea de aquel viejo –y constitucionalmente derogado– delito de tenencia de útiles para el robo (el antiguo art. 509 CP 1973) volvía a hacer aparición, ahora bajo nuevas pero semejantes figuras delictivas. El legislador ha dado muestras en los últimos años en su interés por tipificar cada vez más conductas*

preparatorias. Como muestra y epígono de tal afán, el delito de auto-adiestramiento para actividades terroristas (...)» Sánchez-Ostiz adelanta uno de los méritos de este libro, precisando que «*Roberto Cruz no se ha conformado con la crítica negativa, sino que se ha embarcado en la difícil pero apasionante tarea dogmática de proponer interpretaciones y soluciones respetuosas con los principios de la Política Criminal. Procede así a efectuar interpretaciones y restricciones teleológicas que conducen a una aplicación sopesada y prudente de los preceptos y sus penas*».

La monografía se estructura en introducción, tres partes (que se componen de siete capítulos) y sus respectivas conclusiones.

Desde la introducción, el autor da cuenta de la existencia de una categoría de delitos de dudosa legitimidad, la existencia de dichas normas obedece, entre otros factores, a «*decisiones políticas erradas*», si se me permite la expresión; y son erradas porque entran en conflicto con los principios básicos del Derecho Penal.

El trabajo empieza con una parte descriptiva, elaborando

minuciosamente la recopilación de los preceptos que denomina preparatorios (o delitos de *preparación*), para después dar paso a la explicación del fenómeno de los *delitos instrumentales*; seguidamente, en la parte crítica, Cruz Palmera argumenta cuáles son los principales problemas de dichos preceptos, y, acto seguido —en la parte constructiva— expone la tesis o la propuesta de solución al problema.

En la primera parte del trabajo, *«El problema: Breve panorama del fenómeno de la preparación como delito»*, expone el fenómeno de la preparación delictiva desde otras perspectivas legislativas. Abordando asimismo, una clasificación de los delitos para luego agrupar un conjunto de cinco tipos penales que utiliza como modelo, presentando un balance crítico sobre la instrumentalidad como delito en el Código Penal español.

En la segunda parte, *«La técnica de anticipar la intervención: Valoración crítica»* profundiza en los principales problemas de esas normas penales, elaborando una confrontación de los delitos instrumentales con los principios básicos de Derecho Penal (legalidad, subsidiariedad, proporcionalidad, lesividad, presunción de inocencia, culpabilidad).

Así pues, al constatar la dudosa constitucionalidad de los delitos instrumentales, el autor asume la arriesgada tarea de revisar otras figuras de anticipación con el ánimo de encontrar razones que ayuden a comprender el fenómeno de la preparación delictiva. Y, para eso, expone una clasificación de instrumentos de anticipación en tres grados, anticipación dependiente, figuras de anticipación independiente o

autónomas, y anticipación simultánea. En la anticipación dependiente revisa con cierta profundidad tanto la tentativa como los actos preparatorios punibles. En la anticipación autónoma se centra en el estudio de figuras como los delitos de tentativa, los delitos de peligro abstracto, y los delitos de participación. Finalmente, analiza el concurso medial o el delito medial como figura de anticipación simultánea.

En la tercera parte del trabajo, denominado *«Construcción: Valoración de la legitimidad de la intervención y propuesta de solución»*, nos muestra una aportación desde la doctrina de la imputación objetiva. Resumidamente, intenta valorar cuándo y por qué la conducta instrumental puede desplegar un riesgo jurídicamente relevante lo que ocurre, —a juicio del autor— cuando existe una *«inserción estructural»* y se demuestre objetivamente una *«funcionalidad por reconfiguración»*.

De gran utilidad para la práctica, es el estudio que elabora a partir de un elevado conjunto de casos y supuestos prácticos que aparecen en el trabajo, especialmente en la segunda y tercera parte de la monografía.

Debe desatacarse, tanto la revisión como el análisis de no pocas instituciones de la Parte General en su trabajo; conjuntamente, resulta de interés que antiguos preceptos que habían sido derogados del Código Penal por vicios de inconstitucionalidad aparezcan nuevamente en el Código Penal español vigente. Esto es en resumen el aporte realizado por el trabajo del profesor Cruz Palmera.

Pese a la robustez y claridad en los conceptos, a nuestro juicio, el autor

omite pronunciarse de fondo sobre una propuesta concreta para la disminución de las penas que tanto critica en el recorrido de las páginas. Consideramos que el lector echará de menos un estudio o una revisión minuciosa de la tentativa en figuras conflictivas como los delitos de preparación o delitos instrumentales, los cuales, a nuestro pesar, no fueron abordados por el autor.

En definitiva, y sin menoscabo de lo anterior, consideramos que el esmerado trabajo del profesor Cruz Palmera, expuesto tan ágilmente, nos proporciona un instrumento de reflexión y análisis sobre «*la instrumentalidad delictiva*» y nos proporciona interesantes reflexiones para la interpretación y aplicación de dichas normas penales.

*José Nieves López*¹
Abogado
Universidad del Norte

¹ http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001379722.

MONTERO CARO, María Dolores, *Gobierno abierto como oportunidad de cambio*, Dykinson, Madrid, 2020, 166 pp, ISBN 978-84-1324-858-5.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp397-399](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp397-399)

Hace escasos meses era noticia la aprobación por parte del pleno del Foro de gobierno abierto del IV plan de España sobre esta materia (2020-2024). En este aparecen marcados como principales objetivos la profundización en la transparencia y en la rendición de cuentas de las administraciones públicas, el impulso y consolidación de la participación en la gestión pública, el fortalecimiento de los valores éticos y de los mecanismos que afiancen la integridad de las instituciones públicas, y la sensibilización de la sociedad y empleados públicos sobre los valores del gobierno abierto. En un contexto de múltiples y diversas dificultades ocasionadas a raíz de la pandemia mundial que estamos atravesando, la colaboración entre las administraciones públicas, la ciudadanía, las organizaciones sociales y las entidades empresariales ha mostrado, en varias ocasiones, ser clave para abordar los desafíos culturales, políticos, económicos y jurídicos actuales.

Precisamente sobre el potencial y las limitaciones de la filosofía y herramientas del gobierno abierto versa el trabajo de la profesora María Dolores MONTERO CARO. En su

monografía, la profesora de Derecho constitucional de la Universidad de Córdoba se sumerge en las posibilidades del gobierno abierto y, de manera especial, en las implicaciones de la transparencia para las democracias de nuestros días. Este trabajo se desarrolla a lo largo de siete capítulos en los que se presenta un recorrido que parte del sistema político derivado de la Constitución española de 1978 y llega hasta las oportunidades y los desafíos que el uso de la informática y del internet han introducido en nuestras democracias, sin olvidar las referencias a las crisis de desafección política que se han vivido en numerosos países en la última década ni las referencias internacionales a los países de nuestro entorno.

En el primer capítulo la autora analiza, entre otras, cómo la crisis económica de 2008 afectó a los fundamentos del estado del bienestar surgido a partir de la II guerra mundial y, especialmente, a las democracias occidentales. Esta realidad no iba a ser ajena a la situación española y la profesora identifica varias razones: un clima generalizado de falta de representatividad de la ciudadanía, inexistencia

de una garantía plena y efectiva de los derechos sociales, un avance de los nacionalismos en determinadas autonomías y las diferencias notorias entre la sociedad actual y la que aprobó nuestra carta magna. No obstante, entiende que esta crisis de representatividad supone también un potencial transformador si va acompañado de políticas de regeneración democráticas que conviertan en realidades jurídicas lo que hasta ahora han sido, en buena medida, principios de buena fe de los poderes públicos.

En el siguiente capítulo aborda cómo la sociedad del conocimiento y de la información han dado lugar a un nuevo modelo de sociedad. Siguiendo a autores como BECK, GIDDENS, CASTELLS, DRUCKER O BELL, analiza el papel que tanto la información como el conocimiento han asumido en la actualidad y su articulación como elementos de transformación social, económica, política e institucional. No obstante, la autora identifica una serie de retos que se abren ante la configuración de un nuevo modelo social: el primero, la heterogeneidad de sociedades y la necesidad de abordar estos cambios sin desatender las particularidades de las mismas; el segundo, el surgimiento de una actividad delictiva en el plano informático que plantea desafíos para los estados muy significativos en términos de ciberseguridad y delitos informáticos; y finalmente, el aumento de la participación de la ciudadanía, el debilitamiento de las estructuras sociales e institucionales que podríamos denominar clásicas y la pérdida de capacidad del estado de imponer su voluntad. Esto último se desprende del análisis de

movilizaciones de los últimos años a lo largo del mundo como la «primavera árabe» el 15-M español, las numerosas protestas localizadas en América Latina, Cataluña o China.

El tercer capítulo profundiza sobre la noción del *open government* y los tres pilares definitorios del mismo, a saber: transparencia, participación y colaboración. La profesora Montero analiza cómo se están relacionado las TIC y las administraciones públicas, relaciones que están favoreciendo o que están alineadas con algunos de los fundamentos del gobierno abierto: mayor rapidez en la comunicación, mayor audiencia, posibilidad de intercambios directos con la ciudadanía, etc. (por ejemplo, con el uso de las redes sociales). Sin embargo, en España estas ventajas que ofrecen las TIC no se han trasladado aún al ámbito electoral con herramientas como el voto electrónico, lo que supondría, entre otras ventajas, una mayor facilidad en el recuento de los votos e incluso una reducción notable en los costes de los procesos electorales. Para ello, propone la autora una modificación de la LOREG que incluya las garantías suficientes de seguridad digital y reducción de la brecha digital, realidad esta que se observa en España y que supone uno de los principales inconvenientes para implementar medidas de gobierno abierto. Para finalizar este capítulo, destaca experiencias de *open government* en Estados Unidos y Reino Unido.

En el siguiente capítulo se describe «el papel de España como miembro de la alianza para el gobierno abierto», iniciativa surgida en 2011 y que ya aglutina a casi 80 países. Presta

especial atención a los planes de acción de gobierno abierto presentados hasta el momento por España: 2012-2014, 2014-2016 y 2017-2019. Del primero al tercero observamos una mayor implicación por parte de nuestras autoridades pues si bien lo formulado en 2012 eran meras declaraciones de intenciones, en los siguientes se aprobó la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y se constituyó el Foro de gobierno abierto, sucesivamente. Mención especial debe hacerse al IV plan de España en la materia cuya aprobación estaba prevista para el primer semestre de 2020 pero que, dada la situación de crisis sanitaria provocada por el COVID-19, en el momento en el que este trabajo vio la luz aún no había sido aprobado¹.

En el quinto capítulo la profesora MONTERO aborda con especial profundidad uno de los pilares del objeto de estudio, la transparencia. Desde el origen de esta noción, se dibuja el mapa normativo internacional y europeo que regula el acceso a la información y la transparencia y se compara la legislación sobre libertad de información en Reino Unido y en Estados Unidos. Entiende la autora que la transparencia es un principio inspirador en el estado democrático -que deriva de la visibilidad de la actuación del poder público- pero que no puede hablarse de gobierno abierto como tal

hasta el desarrollo de las nuevas tecnologías y de internet. Presenta a continuación el debate existente sobre la configuración de la transparencia bien como un derecho o bien como un principio. Insistiendo en que la transparencia es un principio fundamental de las democracias, la autora se identifica con quienes entienden que no puede ser configurado como un derecho de ejercicio individual ni de cuarta generación. Sobre la incorporación de este principio en el marco constitucional español, resultan relevantes los derechos de libertad de expresión, participación ciudadana, acceso a archivos y registros y los principios del ordenamiento jurídico. No obstante, la CE no recoge la transparencia como tal y esta se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico a través de la legislación estatal y autonómica aprobada al respecto, normativa que, a pesar de ser relevante, según la autora presenta carencias como las presentes en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Concretamente la profesora MONTERO denuncia la inexistencia de normativa acorde con la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo, de octubre de 2019, sobre protección de los denunciantes de corrupción.

En el siguiente capítulo se detiene sobre los otros dos pilares del gobierno abierto: la participación ciudadana y la colaboración. Sobre el primero, y tras presentar la teoría de ARSTEIN y la escalera de la participación, analiza los instrumentos de participación directa que se desprenden del texto constitucional español: participación directa por medio de representantes,

¹ Puede consultarse el IV Plan de gobierno abierto de España (2020-2024) en el siguiente enlace: https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:d306cd62-cc0f-40a1-9be8-fe24e00010d/IVPlanGobiernoAbierto-ES_2020-2024.pdf

referéndum, consultas populares autonómicas, referéndums locales y municipales, iniciativa legislativa popular e iniciativa ciudadana europea. Asimismo, se detiene sobre las formas de participación indirecta que se derivan también de la constitución: consejos de la juventud, organizaciones de consumidores y usuarios, participación en la empresa, etc. No obstante, entiende la autora que estos mecanismos resultan insuficientes en términos de participación y felicita las medidas de éxito adoptadas en el ámbito autonómico y local. Concretamente, se detiene en analizar tres: el portal Irekia del País Vasco por ser una iniciativa que tiene en cuenta los tres pilares del gobierno abierto, la iniciativa «Decide Madrid» que permite a los ciudadanos hacer propuestas de mejora de la ciudad y participar en la votación de asuntos públicos, y la Escuela de participación ciudadana de Córdoba por suponer un espacio relevante de formación e información de la ciudadanía. Sobre la colaboración, y siguiendo la teoría de CALDERÓN, se detiene en las plataformas *crowdsourcing* por permitir que la puesta en valor del conocimiento o las vivencias particulares a disposición de la vida pública.

Por último, la autora formula cinco planteamientos que considera que deben ser tomados en cuenta en el futuro inmediato. El primero, hace referencia al anhelo de participación de la ciudadanía en los asuntos que les afectan y una mayor exigencia de comunicación con los poderes públicos y que implica, también, la petición de responsabilidad de los cargos políticos cuando se extralimitan. Al respecto, insiste en la utilización de los

mecanismos de participación popular a nivel municipal o local por darse en el plano de mayor cercanía entre instituciones y ciudadanía. En segundo lugar, propone la reforma de la CE para adaptarla a la configuración de internet como derecho humano, tal y como hizo la ONU en 2011. Aunque los estatutos de autonomía reformados sí han incorporado esta nueva realidad en su texto, nuestra carta magna sigue sin reflejar la realidad de las TIC e internet. Para ello, propone una nueva redacción del art. 20.1.2 CE, del 20.3 CE que entiendan este derecho y su relación con el desarrollo personal y social del individuo. Otra de las prioridades que señala la autora es la de la implementación real del principio de transparencia. Para ello, opta por una opción que define de prudente y que implica la incorporación de la transparencia en la CE como un principio rector de la política social y económica, principio informador de la legislación positiva, de la práctica judicial y de la actuación pública. Esta configuración se traduce en cambios necesarios en la redacción del art. 9.3 CE, en el art. 105 CE y en la Ley orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos. En cuarto lugar, la profesora MONTERO insiste en la idea expuesta y defendida en su trabajo consistente en dejar de identificar gobierno abierto solo con transparencia. Los poderes públicos deben fomentar un cambio cultural en la ciudadanía para que sean comprendidas las ventajas y las posibilidades de esta forma de gobierno. Para caminar hacia ello, propone la autora la configuración, a nivel estatal, de una herramienta similar al IPC de *Transparency*

International. Finalmente, no podía faltar la referencia al futuro incierto del gobierno abierto como consecuencia de la pandemia mundial. Actualmente las medidas relativas al objeto de estudio se encuentran paralizadas, pero entiende la autora que en los próximos meses podrán retomarse los compromisos pendientes.

Estamos, por tanto, ante un riguroso y ambicioso trabajo que aborda un tema de especial trascendencia y actualidad. Lo hace, además, desde una dimensión jurídica, pero incorporando aportes desde disciplinas como las ciencias políticas o la sociología que permiten al lector una mejor comprensión de la materia dentro de su complejidad. En estos momentos de incertidumbre en prácticamente todos los ámbitos de nuestra vida

política y social, resulta inevitable traer los recuerdos de la experiencia de desafección política intensificada a raíz de la crisis de 2008 que no fue una crisis exclusivamente económica. Es palpable que, en esta ocasión, la crisis del COVID-19 tampoco se limita a la dimensión estrictamente sanitaria, sino que puede hacer tambalear -o lo está haciendo- los pilares que creíamos consolidados de nuestros modelos de convivencia. Este trabajo, a mi parecer, recoge claves de análisis y propuestas que, precisamente para el nuevo escenario político -local, nacional e internacional- que ya se ha comenzado a dibujar constituyen antídotos y remedios para los síntomas de enfermedad que vuelven a manifestar nuestros modelos democráticos.

Alicia Cárdenas Córdón

Profesora de Derecho constitucional
Universidad de Córdoba

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El juicio de amparo, la Constitución de Querétaro de 1917, y su influjo sobre la Constitución de la Segunda República española. Vol. II. El devenir del juicio de amparo en el último siglo (1917-2017)*, Dykinson, Madrid, 2020, 1824 pp., ISBN 978-84-1377-007-9.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp403-409](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp403-409)

Francisco Fernández Segado es sin duda alguna el mayor especialista en jurisdicción constitucional en nuestro país, tanto desde una perspectiva de Derecho nacional como de Derecho comparado. Entre sus últimos trabajos se encuentra *El juicio de amparo, la Constitución de Querétaro de 1917, y su influjo sobre la constitución de la segunda república española. Antecedentes y evolución del juicio de amparo hasta su recepción por la Constitución de Querétaro. El inicio con ella de la nueva era del constitucionalismo social*, publicado en Dykinson (2017), cuya realización constituyó el homenaje personal del autor por el centenario de la Constitución de México de 1917. Ahora, tras tres años de investigación en este mismo tema, Fernández Segado ha publicado el Volumen II de este trabajo –igualmente descomunal, 1819 páginas, contando la bibliografía manejada–, sobre el devenir y estado de situación del juicio de amparo en el último siglo (1917-2017). Si el primer volumen trata los aspectos generales y los

conceptos fundamentales del juicio de amparo mexicano y la consolidación progresiva de la institución en la Historia de México, desde su concepción en el Proyecto de Constitución de Yucatán de 1840 a su definición en la Constitución de 1917; ahora, el segundo volumen presupone un estudio del régimen jurídico concreto del juicio de amparo, igualmente con un pie en su desarrollo histórico, como instrumento básico de control de constitucionalidad, así como de su objeto y aspectos procedimentales de actualidad. De este modo, la obra del profesor Fernández Segado se sitúa al nivel de otros principales tratados específicos sobre la materia, como, por ejemplo, el clásico de Burgoa¹, el trabajo de Fix Zamudio y Martínez Baez² o, más recientemente, los trabajos de

¹ Ignacio BURGOA, *El juicio de amparo*, Edit. Porrúa, México D.F. 1983.

² Héctor FIX ZAMUDIO y Antonio MARTÍNEZ BÁEZ, *El juicio de amparo*, Edit. Porrúa, México D.F. 1964.

Arellano García³. Falta todavía, aun así, la última entrega prometida (Volumen III), sobre el influjo de la Constitución de 1917 y del juicio de amparo en la Segunda República española, que analice la dimensión expansiva e influencia de este texto constitucional histórico y de la institución en la cultura jurídica universal, concretamente en España, y que dé una respuesta complementa al título de la colección.

Estructuralmente, el trabajo está dividido en seis capítulos, desarrollando todos ellos cuestiones específicas teórico-prácticas del juicio de amparo; pocos son los puntos en que el autor se sale del objeto concreto de investigación y cuando lo hace, como en el caso del Capítulo II, es porque entra en el tema del control de constitucionalidad contra leyes y disposiciones del Ejecutivo que a la postre también tiene como eje fundamental el juicio de amparo, por cuanto, como apunta el propio Fernández Segado, durante mucho tiempo, el juicio de amparo ha sido el único instrumento que ha posibilitado en México el control de constitucionalidad de las leyes y de los actos de las instituciones de poder. El juicio de amparo, al igual que los arts. 103 y 107 de la Constitución mexicana y la Ley de Amparo de 2 de abril de 2013, conforman así el desarrollo analítico de toda la obra y las demás referencias a otros conceptos de control de constitucionalidad, el principio de independencia judicial

como a modificaciones legislativas o reformas constitucionales no se hacen sino para dar una imagen más completa y plástica de la institución.

El Capítulo I es el más extenso y se refiere a la «evolución normativa del juicio de amparo a partir de la Constitución de 1917», a través del cual Fernández Segado analiza el desarrollo legislativo del juicio de amparo desde la aprobación de la Constitución de Querétaro. Aquí se examinan tanto las reformas constitucionales en relación con la institución del juicio de amparo como las correspondientes leyes de desarrollo desde la Ley de Amparo de 18 de octubre de 1919. En términos de actualidad interesan aquí particularmente los comentarios que hace el autor sobre la doctrina de la Corte Interamericana en orden a la introducción del control de convencionalidad en México, en especial del Caso «Rosendo Radilla Pacheco», de 23 de noviembre de 2009, como de la recepción de la misma por la Suprema Corte de Justicia mexicana por vía del denominado expediente «Varios 912/2010» y su resolución final de 20 de septiembre de 2011, la cual presupondría el reconocimiento de la obligación de los jueces y tribunales mexicanos, en la realización de sus funciones jurisdiccionales y *ex officio*, de «preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior»; también, deja asimismo entrever Fernández Segado, en sus facultades de conocimiento de procedimientos de amparo cara a la declaración de invalidez de normas que contravengan la

³ Carlos ARELLANO, GARCÍA, *El juicio de amparo*, Edit. Porrúa, México D.F. 2003.

Constitución o tratados en materia de derechos humanos. Igualmente de notorio interés es el estudio del autor de las principales innovaciones del régimen jurídico-procesal del juicio de amparo operadas por la Ley de 1 de abril de 2013, donde hace una primera profundización en los conceptos más prácticos de la institución, incluyendo, entre otras cosas, los derechos susceptibles de protección por el juicio de amparo, legitimación para instar el amparo, plazos, régimen de notificaciones, causas de improcedencia y sobreseimiento y todo lo relativo a la ejecución de sentencias. Se cierra esta primera parte de la obra con un análisis con la referencia a los últimos Decretos de reforma de 2014, 2016 y 2018.

En el Capítulo II el autor estudia el modelo de control de constitucionalidad mexicano. En primer lugar, el autor hace un análisis previo de los métodos clásicos de protección ordinaria de la Constitución, el sistema difuso y el sistema concentrado y sus diferencias, pros y contras; asimismo, se ocupa del juicio de amparo como instrumento conexo y derivado de la técnica de *judicial review* norteamericano. En segundo lugar, se trata aquí el art. 133 de la Constitución de México que, como es sabido, viene a exigir expresamente la sujeción de los jueces de la federación a la propia Constitución. El autor explica críticamente cómo la recepción constitucional de este principio no supondría a la par el desarrollo de un control de constitucionalidad difuso, dentro de las facultades de los jueces estatales y federales, paralelo a la protección de la Suprema Corte; y, asimismo, cómo ni siquiera la

Suprema Corte había aceptado tradicionalmente esta lectura lógica derivada del propio tenor literal del art. 133, optando siempre por una interpretación artera e incoherente con el propio precepto, solo solventada a partir de la resolución de la Suprema Corte en el tema del expediente «Varios 912/2010», que introduciría de forma definitiva el control difuso de constitucionalidad. La crítica a la interpretación de la Suprema Corte de Justicia se continúa después en otro punto bajo el título «Nuestro posicionamiento en torno a esta problemática». Desde un posicionamiento en favor a una hermenéutica unitaria del texto constitucional, en línea con la doctrina alemana desde Smend, Hesse, Badura y Stern, el autor desarrolla, a mi entender de forma convincente, la necesidad de que la Corte Suprema hubiera optado desde el principio por una interpretación armónica del texto constitucional sin sacrificio del sentido del art. 133, dejando además entrever la conveniencia siempre de preferir en todo caso una lectura iuspositiva del precepto en los términos de Müller, optando por una concreción de la norma y no tanto una interpretación no directamente derivada del sentido apriorístico del precepto⁴. El Capítulo se completa con un estudio pormenorizado de los antecedentes históricos del art. 133, en concreto sobre el art. 126 de la Constitución de 1857, el *iter* constituyente del art. 133, los

⁴ Friedrich MÜLLER, *Métodos de trabajo del Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 269. Traducción de Salvador y Catalina Gómez de Arteché.

vaivenes interpretativos de la Suprema Corte en relación con el precepto y sobre la necesidad de un federalismo judicial en México.

El capítulo siguiente, dedicado a los principios fundamentales que rigen el proceso de amparo, es ya solamente referido al amparo, y es en realidad un estudio de fundamentación histórica, teleológica y práctica de los principios que rigen el proceso de amparo. Esto significa que aquí se estudia, entre otras cosas, el art. 107 de la Constitución de México, que determina las reglas básicas procedimentales del instituto, el principio de iniciativa o instancia de parte, el principio de definitividad del juicio de amparo, el principio de prosecución o tramitación judicial del amparo, el principio de estricto derecho o de congruencia, el principio de suplencia de la queja deficiente, el principio de relatividad de las sentencias de amparo, y en relación con principios enumerados por la doctrina: el principio de tramitación escrita, el principio de celeridad, el principio de limitación de los recursos y el principio de *litis* constitucional. Se cierra este Capítulo III con un estudio sobre la reserva al Poder Judicial del conocimiento de los juicios de amparo, su carácter histórico, desde el art. 101 de la Constitución de 1857, su desarrollo por la Constitución de 1917 y hasta las reformas de la Constitución y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 1994 y 1995; luego, también, sobre las competencias de los órganos jurisdiccionales federales en la nueva Ley de Amparo de 2013.

En el Capítulo IV el autor se centra en aspectos todavía más prácticos del

juicio de amparo, para explicar qué actos son recurribles y cuáles son los derechos protegidos, al mismo tiempo que analiza el marco de protección y los distintos sujetos o protagonistas del instituto de amparo. Así, aquí se analizan detalladamente los actos legislativos, ejecutivos y judiciales, provenientes bien de poderes estatales o federales, que pueden ser objeto de acción constitucional de amparo por violación de los derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los tratados internacionales de los que México es parte. En la explicación integra Fernández Segado un examen sobre las posibilidades de amparo frente a las omisiones legislativas, haciendo referencia a la jurisprudencia de la Suprema Corte de rechazo radical inicial, luego más mesurado, del control de dichas omisiones por vía juicio de amparo. Mas para él está claro que la mejor forma de integrar dicha facultad hubiera sido a través de una modificación constitucional de la fracción VII del art. 107 de la Constitución que incluyera la posibilidad de control de omisiones del legislativo por medio del procedimiento de amparo. Esta parte del trabajo también contiene un *excursus* de Derecho comparado sobre el control en sede constitucional de la inconstitucionalidad por omisión, con particular atención al recurso de queja constitucional en Alemania, pero también de otros sistemas de interés como, por ejemplo, *la ação direta de inconstitucionalidade por omissão* en Brasil. Las páginas finales del Capítulo IV se dedican a los sujetos del proceso de amparo, a saber, el quejoso, como titular legitimado de la acción constitucional de amparo, la noción de interés legítimo, la autoridad

responsable, la posición del tercero interesado y del Ministerio Público Federal.

Bajo el título «La estructura compleja del juicio de amparo» se presenta el Capítulo V del libro. Este tema se inicia con la explicación de la difícil funcionalidad del amparo, por la diversidad de procesos que alberga en él, lo que a la postre termina por llevar a una menor plasticidad de la institución en su función de garantía de los derechos. Luego el autor entra detenidamente en el análisis de cada una de las seis modalidades que se integran en el juicio de amparo. El primer punto, por tanto, se refiere al amparo como garantía de los derechos de libertad, a través del cual Fernández Segado pone ante el lector el amparo como instrumento de tutela de la libertad individual, en particular como vía de *habeas corpus*, y luego de protección del resto de derechos públicos subjetivos reconocidos en la Constitución, también de los derechos sociales. En el segundo, el autor explica el amparo contra leyes, lo cual hace desde su constitucionalización en 1857, pasando por la asunción de la institución en la Constitución de 1917 hasta el amparo contra leyes en su forma vigente tras la reforma constitucional de 3 de junio de 2011 y la nueva Ley de Amparo de 2013. En el tercer punto, se analiza el amparo-soberanía, también denominado «amparo por invasión de esferas de competencia» de la Federación y de los Estados⁵, y que el autor analiza igualmente desde sus

inicios históricos, esto es, desde el Congreso constituyente de 1856 hasta su recepción en la Constitución de 1917. Se cierra esta parte con una digresión sobre el intento de supresión de este tipo de amparo en la reforma constitucional de 2011. En el punto cuarto de este Capítulo se analiza el amparo-casación como vía de control de legalidad, en especial en el marco judicial. Esta parte incluye igualmente las circunstancias históricas de nacimiento y desarrollo de este juicio de garantía, su recepción por el constituyente de Querétaro, su regulación vigente, argumentos doctrinales en pro y en contra de esta modalidad de amparo y hasta algunas propuestas de *lege ferenda* del autor para mejorar la plasticidad del mismo. El quinto punto es un profundo estudio sobre el amparo administrativo como sistema de control jurisdiccional de la Administración pública y vía de fiscalización de los actos administrativos, como también un comentario sobre la instauración –en 2016– del nuevo Tribunal Federal de Justicia Administrativa como primer paso del establecimiento de una jurisdicción propiamente contencioso-administrativa. Y el sexto punto, en fin, supone el análisis del amparo en materia agraria, como medio extraordinario de protección de derechos sociales agrarios y régimen de la posesión y la propiedad agraria.

El Capítulo VI lleva por título «Los procedimientos de amparo: el amparo indirecto y el directo. La suspensión

⁵ Raúl Andrade Osorio «El amparo-soberanía», en *Revista Direito UFMS*,

Vol. 4-1, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, 2018, pp. 7-35.

del acto reclamado. La sentencia y su ejecución». Este estudio se abre con un análisis sobre la dualidad de los procedimientos de amparo, explicando el porqué de las dos instancias desde los principales posicionamientos doctrinales, en particular de autores como Burgoa, Arellano, Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor. Luego ya se trata el amparo indirecto, su procedencia e iniciación ante los Jueces de Distrito y las posibilidades de revisión ulterior por la Suprema Corte o los Tribunales Colegiados de Circuito, como las respectivas leyes de regulación del proceso, tanto la de 1935 como la de 2013; posteriormente, se analiza el amparo directo, su procedencia y carácter casacional, sus leyes reguladoras desde la Ley de Amparo de 1919 y los rasgos procedimentales del mismo tras la reforma constitucional de 2011. En fin, da relación sumaria de todas las tecnicidades y especiales procedimentales de ambos tipos de amparo. El punto siguiente, referido a la suspensión del acto reclamado, es de un tratamiento más personal, y representa en realidad toda una construcción teórica sobre este tipo especial de medida cautelar, su carácter suspensivo y su naturaleza. Aquí se estudia el hondo arraigo de esta posibilidad cautelar en México y su comprensión como medio adicional necesario de garantía constitucional, a fin de evitar la consumación en su caso de lesiones de derechos de los ciudadanos. Hay que reconocer aquí que el autor explica con sumo detalle y claridad todos los intrínquilos de la suspensión de ambos procedimientos –indirecto y directo–, incluyendo, entre otras cosas, las previsiones generales,

casos de suspensión provisional, el incidente de suspensión, clasificación de medidas cautelares y consecuencias de las mismas. A ello le sigue el tema relativo a las sentencias de amparo y sus efectos. Esto quiere decir que aquí se analizan también detalladamente la naturaleza constitucional de los fallos dictados en juicio de amparo, como los distintos posicionamientos doctrinales sobre su finalidad y efectos, especialmente de la segunda mitad del Siglo XIX, su regulación histórica, e igualmente su comprensión en la Constitución de 1917 y desarrollo en las sucesivas Leyes de Amparo. Finalmente, Fernández Segado hace un tratamiento sucesivo de los temas más técnicos a este respecto, a saber, tipología y naturaleza de las sentencias de amparo, reglas que las rigen, contenido, efectos de las sentencias estimatorias, y en relación con la última Ley de Amparo de 2013: nuevo régimen jurídico de las resoluciones de amparo, contenido de las mismas, efectos de la concesión de amparo y posibilidades de declaración paralela de inconstitucionalidad de la norma impugnada. El capítulo se cierra con el punto relativo a las previsiones de ejecución de sentencia.

En definitiva, el II Volumen de *El juicio de amparo, la Constitución de Querétaro de 1917*, ofrece algo más que un estudio general, mucho más que un manual; supone podríamos decir incluso una obra definitiva hasta el día de hoy sobre el tema objeto de estudio. Es una obra de constitucionalismo histórico mexicano, pues hace análisis de los más remotos antecedentes del amparo desde incluso el Proyecto de Constitución del Yucatán

de 1840 hasta los debates y aportaciones científicas sobre el tema durante la Asamblea Constituyente de 1917, como también su regulación desde la Constitución de 1917 y las Leyes de Amparo de 1919, 1935 y 2011; pero también es una obra eminentemente práctica para el jurista, pues incluye un tratamiento exhaustivo, hasta el agotamiento, de los distintos elementos técnicos de procedimiento del juicio de amparo, desde las reglas y principios que lo caracterizan, actos recurribles, marco de protección, sujetos legitimados para su interposición, el procedimiento directo e indirecto de amparo a las posibilidades de suspensión cautelar del acto reclamado. En este sentido se echa en falta una relación igual de profunda sobre el régimen y sistema de recursos que le den todavía un mayor carácter a la obra de totalidad sobre el tema objeto de estudio. Pero esto no significa que el libro no trate estos temas al menos indirectamente al tratar de forma tan minuciosa el resto de elementos definitorios del amparo. Y además, seguramente el autor se esté guardando estas cuestiones para la siguiente entrega, el volumen III. Luego, también hay que reconocer que esta obra no

está dirigida a todo tipo de lector, ni siquiera a todo tipo de jurista, pues se trata de un libro muy técnico y muy extenso, no siendo, por tanto, un trabajo óptimo para aquel que quiera definiciones precisas y sin circunloquios sobre el proceso de amparo. Se trata de un libro dirigido más a aquel lector que quiera tener un conocimiento totalizador de la institución del amparo, exigiéndose un esfuerzo intelectual y de un tiempo muy importante para su lectura. Pero en cualquier caso, el objetivo de Fernández Segado de seguir en este volumen el estudio iniciado con el primer tomo es un trabajo increíble, que vuelve a avalar la categoría académica e investigadora de este docente. Todos los estudiosos del juicio de amparo y la Constitución de México de 1917 tienen una deuda con Fernández Segado, cuya obra que aquí comentamos, unida al Volumen I, será a partir de ahora sin lugar a dudas referente obligado para cualquier investigación sobre el procedimiento de amparo en México. Su capacidad de conexión entre teoría, historia y práctica de la institución muestra cotas de estilo, brillantez y erudición difícilmente superables.

Alberto Oehling de los Reyes

Profesor contratado doctor

Universidad de las Islas Baleares (en excedencia)

Universidad Complutense de Madrid

TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria, *Aporofobia y plutofilia: La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2020, 192 pp., ISBN 978-84-1220-153-6.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp411-419](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp411-419)

«Una obra actual,
imprescindible y necesaria»

Mientras estaba leyendo la obra del catedrático emérito doctor Juan María Terradillos Basoco, la verdad es que notaba mi conciencia cada vez más removida a medida que iban pasando las páginas. Al terminar de leer la obra estuve varias semanas pensando que lo que había escrito el profesor Terradillos merecía de alguna forma un humilde reconocimiento de quién le estaba leyendo, y por otra parte también que sirviese de alguna forma de altoparlante de tanto contenido que había podido disfrutar y aprender. Pero claro está que realizar una reseña a un insigne jurista como el Dr. Terradillos Basoco es una tarea que requiere mucha reflexión y máximo respeto ante todo por la figura del autor y lo que representa para los que alguna cosa sabemos y leemos sobre el Derecho penal y la Criminología.

Entre sentimientos encontrados de empezar a escribir o callar para siempre (algo que en mi fuero interno me decía que era imposible), decidí pedir consejo a una muy buena amiga y compañera de profesión, y fue ella la

que me animó a que me lanzase a realizar esta reseña que el lector tiene ante sí.

Cuando uno lee por primera vez el título de *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea*, la verdad es que resulta chocante, y a la vez produce ansia de saber cuál va a ser la temática real de la que tratará la obra.

El lector, cuando tiene en sus manos esta obra editada por el decano editor J.M Bosch, ya puede intuir algo con una portada velada, cuidada con el máximo detalle, que expresa de forma sencilla y sugerente el contraste duro y contundente entre la opulencia y la pobreza más estricta. Acudimos a la contraportada como cualquier lector que quiere saber qué es lo que va a leer, y se empieza a descubrir que se nos habla del Dios Jano, el de las dos caras, simbolizando la plutofilia y la aporofobia en relación a la aplicación de la ley.

El autor comienza con una cita de Negri de la que solamente indicaré el inicio, y que es el siguiente: «No lo olvidemos: estamos hablando del derecho penal y no de bromas...».

Ya en la primera línea de la primera página de esta obra aparece una frase que se atribuye al escritor uruguayo Eduardo Galeano, que reza: «La justicia, como la serpiente, solo muerde a los descalzos». Y es aquí cuando ya empezamos a darnos cuenta de que la temática va a ser cuanto menos cruda y dura, pues también se nos cita la obra más conocida de Adela Cortina titulada *Aporofobia, el rechazo al pobre, un desafío para la democracia* (2017).

El profesor Terradillos comienza a situarnos ante un frenesí de situaciones contrapuestas entre los que van a pagar muy caro sus errores ante la justicia penal, como inmigrantes, prostitutas, vendedores del top manta, trabajadores en negro, raperos molestos, (supuestos) Yihadistas lobos solitarios, narcomenudeantes, los que hurtan de forma trivial y que además son rumanos, y trileros de mercadillo. Todo este grupo de personas frente a los que van a ser tratados de forma muy distinta por el Derecho penal, de forma mucho más benevolente como son: la *scort* de lujo, los falsificadores industriales al por mayor, los empresarios que contratan a trabajadores en negro o en el que hoy, de forma eufemística denominamos «dinero en B», defraudadores tributarios que se van a beneficiar de amnistías fiscales, *influencers* muy nocivos para la vida de otras personas, grandes narcotraficantes, organizaciones criminales rusas con inversiones inmobiliarias de más que dudosa procedencia que hemos tenido que sufrir durante años, autoridades corruptas que permiten malgastar el dinero de todos los contribuyentes. Y es que el profesor hace que nos

acordemos de esas construcciones inútiles y ahora inservibles como podrían ser las llamadas «urbanizaciones fantasma» que jamás llegaron a terminarse por falta de liquidez con inversiones especulativas que perseguían una voracidad de lucro sin fin, y multitud de estructuras que se consideraban estructurales y fundamentales para nuestro país, como los aeropuertos, que se han quedado prácticamente sin sus principales protagonistas, que son los aviones y pasajeros, pasando también a convertirse en «aeropuertos fantasma» con un dispendio económico público estratosférico.

Ya en el primer capítulo el autor nos habla de los derechos económicos sociales y culturales que tendrían que ser pilares fundamentales de los estados avanzados democráticamente y que se ven damnificados por un cambio sustancial en la política criminal contemporánea que castiga de forma inmisericorde al más pobre, al que no puede aportar nada o casi nada a nuestra sociedad, y beneficia al más poderoso económicamente. Se contraponen el llamado «Derecho penal del enemigo» con el «Derecho penal del amigo».

De forma meridianamente clara, Terradillos nos indica que las estrategias político-criminales no respetan los principios fundamentales del Derecho penal, como son los de igualdad, lesividad, intervención mínima, proporcionalidad, reinserción, Derecho penal de hecho y presunción de inocencia; afirmaciones realmente inquietantes y que invitan a la reflexión, al debate y a la actuación para cambiar una situación como la descrita.

El autor nos habla de economía desde 1913 hasta la globalización de nuestros días en la que la *Lex mercatoria* se impone ante la justicia, pues a los mercados solamente les importa la rentabilidad ante todo, en un contexto en el que las grandes corporaciones desregulan el Derecho penal y lo dejan en una intervención bajo mínimos que alcanza sólo a los más vulnerables.

Entrando ya en la corrupción, el autor nos habla de que va íntimamente unida a la criminalidad y a la política, indicando incluso con datos que la corrupción política en España lastra el crecimiento de la economía en un 1% del PIB anual. Todo ello conlleva una ineficiencia de asignación de recursos, una menor productividad, mayor desempleo, bajada de salarios, entre otros efectos que por mor de brevedad no relataremos. Y lo que es muy curioso es la afirmación que nos hace el profesor Terradillos cuando indica que la corrupción no es el principal problema que preocupa a los españoles, todo y con el daño socioeconómico que llega a producir, pues en situaciones graves de pandemia este factor pasó a ser una preocupación que ocupaba el cuarto lugar.

La desregulación por parte de los estados supuestamente avanzados en relación al Derecho penal es algo que también queda denunciado en esta obra, pues se pone de manifiesto la privatización o autorregulación de las conductas ilegales sobre todo en las grandes corporaciones. Y así pues, es preciso acercarnos al mundo del *compliance* penal, que se ha convertido en un auténtico negocio de certificaciones, algunas de ellas más que dudosas

desde un punto de vista de rigurosidad jurídico-penal y criminológica, con «copiarses y pegares» entre programas de cumplimiento, como ha denunciado la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

En una situación en la que el capitalismo y la *Lex mercatoria* dominan, surgen una serie de colectivos muy vulnerables, como son los inmigrantes irregulares captados por mafias organizadas, y «contratados» para ser explotados laboral y/o sexualmente, que son ingresados en centros de internamiento (CIE) (de dudosa naturaleza jurídica), o bien expulsados por ser irregulares administrativamente, pues como personas que son, deberían de gozar del derecho a la libre circulación por el orbe, y con valentía lo denuncia Terradillos Basoco.

En pos de contextualizar, la obra del profesor de Terradillos estuvo fraguada en los tiempos más duros del estricto confinamiento, y nos hablaba de las carencias de la sanidad pública en España en los momentos más álgidos de la pandemia que estaba afectando a los colectivos más vulnerables, carencias sociales que estaban conculcando los derechos más elementales y fundamentales de nuestros ciudadanos.

La obra que aquí reseño se publicó en junio de 2020, y mientras estoy escribiendo estas líneas siendo ya el mes de diciembre de este año para el olvido, se corrobora de forma evidente lo que nuestro querido profesor y maestro, desgraciadamente vaticinaba. El

día 10 de diciembre, en un barrio muy humilde de Badalona (El Gorg) fallecían al menos tres personas y quedaban 17 heridos que malvivían junto a entre 150 y 200 personas más, en situación de hacinamiento sin los más elementales servicios de luz y agua, la mayoría inmigrantes, los «sin papeles». ¿La causa?, según las autoridades, una vez más, el fuego de una vela, que ha acabado con la vida de estas personas de las que nos habla el profesor, de los que poco o nada tienen que aportar a nuestra sociedad, o ¿quizás sí? porque acaban de dejarse el TODO, su vida en tierra de España, un país que en teoría disfruta de un estado social y democrático de derecho y en el que tenemos que vivir situaciones como la que explico con estupor y vergüenza. Y no es la primera vez que esto sucede, pues en Reus, una anciana fallecía también en un incendio en pleno invierno de noviembre de 2016 porque se alumbraba con una humilde vela al no poder pagar las facturas de la luz. Y es que viene a mi recuerdo aquella frase que cantaba Rubén Blades y que dice: «si naces para martillo, del cielo te caen los clavos...» de aquel Pedro Navaja, donde se utilizaba para referirse al fatal y previsible destino de una persona

Más que nunca cobra pleno sentido el texto del profesor Terradillos que nos habla de forma pausada, razonada, directa y asertiva, de la pobreza y la desigualdad como marco económico de nuestro mundo neoliberal globalizado que excluye de forma deliberada, premeditada y alevosa a colectivos cada vez más vulnerables y desprotegidos como pueden ser los

inmigrantes, los indigentes, los que caen en las listas inacabables del paro (hoy en ERTES), que ya parece ser algo asumido y característico de España.

El profesor nos ilustra con numerosos ejemplos como el del efecto Mateo de Merton, que afirma que «a quien mucho tiene, se le dará en abundancia; pero a quien poco, incluso lo poco que tiene se le quitará».

Y es que, además, el impacto económico y social de la pandemia de la COVID-19 es resaltado específicamente en las letras de esta obra tan actual y necesaria. Obra necesaria para que no caigan en el olvido las necesidades de las personas sean de donde sean y tengan el color de la piel que tengan.

La desigualdad en la distribución de la riqueza y por lo tanto de las oportunidades de tener una vida digna son resaltadas en esta obra con nombres y apellidos de forma valiente y decidida. Se habla de ultra ricos, del fundador de Inditex que llegaba a acumular el 2,6% del producto interior bruto de España en 2018 y que era de 1,2 billones de euros. También quedan reflejados los niveles de los sueldos de los altos ejecutivos del Ibx 35 que nada más y nada menos en 2018 percibían 23 veces el salario medio de sus empleados. Son unas cifras realmente escandalosas e insoportables. Con detalle se nos habla de informes diferentes que avalan que las diferencias sociales se acrecientan con el paso del tiempo.

Y la política criminal seguirá el camino de una política de exclusión social preexistente sustentada sobre unas bases de aporofobia y plutofilia,

de castigo al más débil y trato preferente al cada vez más poderoso.

Citando a Jakobs se nos recuerda en esta obra que el expansionismo punitivista literalmente indica que «si la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los derechos de libertad, esta tendencia no será exclusivamente en el derecho penal» y que el Derecho penal está para proteger el *statu quo* de ciertas posiciones sociales, evidentemente las que gozan de una mejor situación socioeconómica. Y al hilo de lo dicho se indica que no se puede esperar que estas personas que gozan de una situación privilegiada traten a otras personas como tales siguiendo también a Jakobs.

Nuestro profesor nos habla del «gerencialismo» en el que se busca en primer lugar los rendimientos más que los resultados, y el ciudadano en esta situación dejará de ser titular de derechos para ser un simple consumidor de servicios, y las administraciones se dedicarán solamente a desarrollar programas políticos para aplicar valores neoliberales.

Es muy preocupante lo que nos cuenta el autor cuando explica que ya no estamos en una situación de garantizar derechos, sino de optimizar la oferta de servicios de control, y que las instituciones públicas ceden de forma paulatina ámbitos a la iniciativa privada, como puede ser el bien jurídico de la seguridad. Siendo la seguridad un bien jurídico de primerísimo orden que tiene que ser algo inherente de una sociedad avanzada, se nos recuerda que fundamentalmente en la situación actual, las fuerzas policiales se esfuerzan más en conseguir que la

sociedad tenga una percepción determinada de las mismas, en lugar de dedicarse a concretar intervenciones efectivas. Y de esta forma se nos ilustra de forma directa en el sentido de que las actuaciones de la policía están más dedicadas a operaciones menores con un más fácil descubrimiento, descuidando a la vez zonas realmente peligrosas. No se ocupan los cuerpos policiales de la gran criminalidad, sino de aquello que es más visible, sencillo y podríamos decir de alguna forma «rentable» política y mediáticamente.

Cuando se nos habla del punitivismo se deja bien claro que la represión preventiva se dirige a la pequeña delincuencia, con la cual hay una tolerancia cero, incluso con detenciones discrecionales obedeciendo a estereotipos raciales o económicos, hecho que nos parece realmente grave.

Entrando ya en el apartado de la «deriva Jánica», se afirma que convergen el llamado funcionalismo, gerencialismo, y punitivismo. Y es que el Derecho penal de la aporofobia está inmerso en esta situación que jamás defiende al pobre, sino que incide de forma contundente en la represión del más débil, pues defender a esta tipología de seres humanos resulta incompatible con la generación de beneficios, algo inherente a la *Lex mercatoria*.

De forma clara el autor nos indica que las políticas criminales tienden a defender a ese delincuente que perpetra graves delitos que atacan frontalmente a los derechos económicos y sociales, siempre tras la protección de estructuras transnacionales muy bien preparadas que están bien protegidas

por el *compliance* y autoridades corruptas, en una situación de confrontación clara entre el «Derecho penal del amigo» y el «Derecho penal de clase» o plutofilia.

Podemos leer en esta obra líneas que nos señalan que es preciso luchar contra aquellos criminales que defraudan a la Hacienda Pública y al sistema de la Seguridad Social, porque de lo contrario los derechos económicos y sociales serán algo ilusorio. Hay que acabar de una vez con la plutofilia. Se denuncia asimismo el gran desvío de beneficios empresariales hacia paraísos fiscales que merman a nuestra Hacienda pública, y por lo tanto a nuestro estado del bienestar, y choca realmente leer que estos paraísos fiscales no están en «repúblicas bananeras» sino en países de la Unión Europea que gestionan el 80% del dinero oculto. Es realmente preocupante cuando el profesor explica que estos paraísos tienen a sus «cooperadores necesarios» en empresas que cotizan en el Ibex 35, y además nos da nombres y apellidos de estos adláteres como son: el Banco de Santander, ACS, Repsol, entre otras corporaciones extremadamente poderosas.

Hay una crítica directa al Código Penal español en cuanto al abordaje de los delitos contra la Seguridad Social en beneficio de ese «Derecho penal del amigo» que favorece a quienes defraudan grandes cantidades al socaire de empresas económicamente potentes, en una situación que no supera en nuestro país a estándares ni de eficacia ni de democracia. Y de esta forma el principio de igualdad se ve atacado por el favor que reciben las clases poderosas inmersas en la

plutofilia, protegidas por programas de cumplimiento en sus empresas que les servirán de auténtico parapeto frente a investigaciones judiciales, y en detrimento de la auténtica administración de la justicia que debería de tratar a todos por igual, con un fiel.

Y como decíamos, por otra parte, tenemos la aporofobia, que es ese Derecho penal del indigente, el que está marginado socialmente, el que también está marginado desde el punto de vista de la administración de la justicia, pues la política criminal se ocupa de ello, para tratar al más pobre y desprotegido bajo el prisma muy cercano al del «Derecho penal del enemigo».

El profesor Terradillos critica las últimas reformas del Código Penal que son discriminatorias de aquellos que ya están discriminados por el sistema, y lo describe con minuciosidad, afirmando que las políticas criminales se dirigen a combatir la pobreza mediante la tipificación de comportamientos habituales de los que menos recursos disponen, en definitiva, se castigan los delitos de bagatela y no a la criminalidad a gran escala y con grandes organizaciones bien preparadas y organizadas para consumir el crimen con éxito.

Y nuevamente se nos recuerda a Galeano que afirma: «Los presos son pobres, como es natural, porque sólo los pobres van presos en países donde nadie va preso cuando se viene abajo un puente inaugurado, cuando se derrumba un banco vaciado o cuando se desploma un edificio construido sin cimientos».

Otra de las reflexiones del profesor que más me hizo reflexionar y que deben de hacer reflexionar a quienes

tienen el poder de decidir políticamente y cambiar las cosas, es que en los tiempos del más duro confinamiento, cuando la sanidad española estaba colapsada, se concedieron homologaciones de títulos sanitarios de forma acelerada porque había una necesidad acuciante, y por otra parte, se aprobaron permisos de trabajo a jóvenes inmigrantes para que no se perdieran las cosechas, y ¿todo esto para qué?, pues justamente para que después de los peores momentos las autoridades no facilitasen documentación a toda esta mano de obra que había llegado como «trabajadores invitados».

Se critica también el llamado «efecto llamada» de la inmigración, pero se hace también inciso en la «fuerza centrífuga de la pobreza» controlada por las administraciones, y por las mafias y explotadores de mano de obra, de lo que se benefician los más poderosos. Y de esta forma se genera así todo un escenario xenófobo repleto de injusticia, de miseria e ignominia que conculcan los más elementales derechos humanos.

Hay una referencia expresa a las políticas de inclusión que han de acentuarse en los momentos más duros de la pandemia de la COVID-19, por las que se tuvieron que activar reglas fiscales comunitarias que dejaban en suspenso el pacto de estabilidad y crecimiento en todo el territorio de la Unión Europea, permitiendo a los estados el incumplimiento de objetivos de estabilidad presupuestaria y para fortalecer el sistema sanitario tan necesitado por la población. Se recuerda la necesidad de una actuación del derecho positivo de garantía de las

instituciones que no pueden caer en manos de las relaciones privadas solamente reguladas, o mejor dicho, autorreguladas, siempre guiadas por el afán de lucro.

Podemos leer también una referencia expresa a la necesaria protección de los derechos económicos, sociales y culturales como bienes jurídico penales dignos de ser protegidos a través de distintos instrumentos jurídicos internacionales que, en la realidad, las más de las veces quedan entendidos en declaraciones de intención más que en una efectiva concreción.

Es de sumo interés la reflexión que indica que el estado no puede derivar sus funciones a instancias privadas, a las empresas, siendo solamente un supervisor, pues ha de ir a la raíz de los problemas para poder conseguir una verdadera igualdad en los derechos económicos sociales y culturales del hombre ciudadano.

Se dedica también en esta obra un epígrafe a los derechos económicos, sociales y culturales y a la corrupción política, que en definitiva será la que dañe a los primeros de forma contundente y con la connivencia entendemos de las administraciones y de los que realmente ostentan el poder socioeconómico. La política criminal de un país cuando lo que busca es la justicia social, ha de actuar sobre los pilares que sustentan el modelo económico que apoya a la corrupción que en este país parece ser ya endémica e inveterada.

Podemos apreciar también una crítica al sistema procesal penal, que de todos es sabido que es tedioso, y que está en la mayoría de ocasiones colapsado, precisándose una auténtica

reforma profunda, meditada y estudiada con sosiego. Se señala a la Fiscalía como elemento imprescindible para afrontar a la corrupción, pero entendemos que ha de ser una Fiscalía que no tenga dependencia del Ejecutivo, pues entonces la imparcialidad queda en entredicho, y por ende también la intervención policial de las correspondientes investigaciones de los delitos.

Sobre la globalización se nos explica que también viene ligada a la delincuencia internacional, que requerirá respuestas globales y de una justicia con carácter universal sin barreras a la persecución del delito cada vez perpetrado con más complejidad, pues la libre circulación de mercancías, personas y capitales favorece al delincuente con la deslocalización de actividades y dispersión de beneficios. Se requiere una legislación penal en armonía, con carácter internacional que pueda combatir contra esta tipología de crímenes transnacionales.

Sobre la protección del derecho al trabajo se recuerda de forma muy acertada que ha de haber una intervención penal cuando hay ataques graves a ese derecho tan importante para el hombre, que en definitiva creemos que es ganarse la vida dignamente, y que es intolerable que hoy día en pleno siglo XXI siga habiendo discriminación y xenofobia en este ámbito tan sensible e importante para una sociedad avanzada, o al menos que pretenda serlo.

Íntimamente ligado al derecho al trabajo está el derecho a la manifestación y al derecho de huelga que el profesor denuncia que es atacado directamente comportando ello en la mayor parte de las ocasiones

sanciones administrativas a los sujetos activos, mientras que los trabajadores es habitual que paguen con su libertad mediante el ingreso en prisión provisional, hecho que nos parece sumamente revelador y muy grave.

De forma abierta se denuncia el trabajo forzoso y la esclavitud que también existen en este siglo XXI, cuando ello ya debería de ser algo que hubiese pasado a la historia. Y se denuncia otro de los graves problemas existentes en el mercado laboral, que es la discriminación por ejemplo, por razón de sexo, que sigue existiendo, y que no tiene el castigo disuasorio suficiente.

De forma muy acertada se hace referencia a los riesgos medioambientales y al desarrollo sostenible que de una vez por todas requiere políticas decididas de abordaje para no llegar a un punto de retorno imposible. Y el profesor señala que hay un auténtico abuso creciente de los recursos naturales debido a esa finalidad del marco capitalista que es la obtención del máximo beneficio económico sin importar cueste lo que cueste y se dañe a quien se dañe. Y ello sin que exista una protección penal decidida y eficaz para los que atentan contra el bien jurídico: tan preciado del medio ambiente, que en definitiva es nuestro hábitat, y lo que vamos a dejar a nuestras generaciones futuras. Esta cuestión es de máxima actualidad, pues el Secretario General de la ONU, António Guterres, ha dicho hoy, 15 de diciembre de 2020: «Estamos en guerra con la naturaleza y hay que hacer las paces».

Entrando en el ámbito tributario, se denuncia que la protección penal existente favorece a los poderosos, presentándose excepciones a los

principios generales fundadores del Código Penal, sin que exista un motivo claro de política criminal, más que el del criterio «Del derecho penal del amigo» que se ejemplifica también en esta obra. Y así también sucede y denuncia el profesor con los fraudes a la Seguridad Social que solamente van a comportar castigo a los más débiles, quizás a aquellos que defraudan para conseguir algunos pocos euros para llegar a fin de mes, y no a las grandes mafias que disponen de mano de obra barata e incluso ilegal o cuanto menos inmoral en cuanto a sueldos y condiciones laborales.

Hemos querido de alguna forma titular esta obra como una obra actual, imprescindible y necesaria.

ACTUAL, porque está planteando una serie de problemáticas sociales, políticas, culturales, medioambientales, criminales, ideológicas, etc. que son patentes y que el profesor Terradillos Basoco ejemplifica con máximo detalle, con nombres y apellidos, con coraje, sin ambages.

Es una obra IMPRESCINDIBLE, porque entendemos que las generaciones actuales y las que vendrán deberían tener a este trabajo como lectura de cabecera para comprender lo que estamos viviendo y lo que hemos de vivir, y por supuesto; se trata de una

obra NECESARIA para que de una vez por todas lo que aquí se denuncia con todo lujo de detalles, sin alarmismo, con argumentos y de forma completa y compleja, provoque a los agentes sociales que pueden y deben realizar cambios, que los hagan, pero que los hagan ya, sin perder más el tiempo en diatribas y crispaciones en los estrados de la cámara baja por poner un ejemplo, o en los foros de los medios de comunicación cada vez más mediatizados. Se ha terminado el tiempo de la queja, de la paciencia, de la pasividad del «españolito» sufrido que lo aguanta todo consolándose con el inveterado comentario en la cola del pan (si es que le llega para poder comprarlo), pues lo que se requiere de una vez por todas es que se termine con esta doble cara del Dios Jano proyectada en nuestra sociedad y nuestro ordenamiento jurídico penal, que se termine con la antítesis indecente, inmoral e indignante de la aporofobia y la plutofilia que describe de forma magistral nuestro querido maestro y admirado catedrático Emérito de Derecho Penal, el Dr. Juan María Terradillos Basoco, a quien solamente me queda una palabra que decirle: gracias.

En Reus a, 15 de diciembre de 2020

Alfredo Abadías Selma

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología
Universidad Internacional de La Rioja UNIR

EN ESTE NÚMERO DE *ESTUDIOS DE DEUSTO*
COLABORAN / THIS ISSUE INCLUDES
CONTRIBUTIONS FROM:

Rubén PÉREZ CORDÓN es Profesor – Tutor de Derecho Civil en los Centros Asociados de Lugo y Ponferrada de la UNED y Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Zamora (España).

Silvia MARTÍNEZ CANTÓN es Magistrada – juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de León, *Seconded Judge* en el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (Estrasburgo, Francia), Profesora titular de Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal en la Universidad Internacional de la Rioja y Profesora – Tutora de Derecho Constitucional en el Centro Asociado de Ponferrada de la UNED (España).

Antonio ARROYO GIL es Profesor Ayudante Doctor (acr. Titular) de Derecho constitucional en la Universidad Autónoma de Madrid (España).

Roberto CRUZ PALMERA es Profesor Doctor de Derecho Penal en la Universidad Autónoma del Caribe (Colombia).

Gonzalo M. GAIBOR GALLARDO es Doctorando en Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Madrid (España).

Vicente GARRIDO MAYOL es Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia (España).

Diego GONZALEZ CADENAS es Profesor Ayudante Doctor del Departamento Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración en la Universitat de València (España).

Verónica Lidia MARTÍNEZ MARTÍNEZ es Doctora en Derecho y Profesora-Investigadora de la Universidad Anáhuac (México).

María PÉREZ-UGENA es Profesora Titular de Derecho Constitucional en la Universidad Rey Juan Carlos (España).

Joaquín SARRIÓN ESTEVE es Investigador Ramón y Cajal en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (España).

M^a Mercedes SERRANO PÉREZ es Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional en la UCLM (España).

Luis SÁNCHEZ QUIÑONES es Abogado (España).

Josu Andoni EGUÍLUZ CASTAÑEIRA es Graduado en Derecho por la Universidad de Deusto (España).

Alberto OEHLING DE LOS REYES es Profesor contratado doctor en la Universidad de las Islas Baleares (en excedencia y Profesor de Derecho constitucional en la Universidad Complutense de Madrid) (España).

Remedios SANCHEZ FERRIZ es Catedrática de Derecho Constitucional en la Universitat de València (España).

Alejandro SÁNCHEZ BERROCAL es Contratado FPU en el Instituto de Filosofía del CSIC (España).

José NIEVES LÓPEZ es Abogado y es Profesor en la Universidad del Norte (Colombia).

Alicia CÁRDENAS CORDÓN es Profesora de Derecho constitucional en la Universidad de Córdoba (España).

Alfredo ABADÍAS SELMA es Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología en la Universidad Internacional de La Rioja UNIR (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 68, Issue 2, July-December 2020
DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020)

Table of contents

Studies

Intimidation as Cause of Nullity in Bank Contracting

RUBÉN PÉREZ CORDÓN Y SILVIA MARTÍNEZ CANTÓN

Gestational Surrogacy: Human dignity at stake

ANTONIO ARROYO GIL

The Penalty of the Crime of fraudulent Computer Program in the Spanish Penal Code. Current Situation and Possibilities for Reform

ROBERTO CRUZ PALMERA

Critical Notes on Judicial Control of Constitutionality in Ecuador

GONZALO M. GAIBOR GALLARDO

The principle of Good Administration and Governance in Public Procurement

VICENTE GARRIDO MAYOL

A United States of Europe? Mapping and Designing Constitution-Making for Europe

DIEGO GONZÁLEZ CADENAS

Intervention of the Court of Justice of the European Union in the Area of Coordination of the European Social Security Systems

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Regulatory Aspects of the Gender Issue in Sports

MARÍA PÉREZ-UGENA

Public Administration applying the EU Law's Primacy and Effectiveness

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE

The legal framework for health-related data in the field of health and health research after the entry into force of general data protection regulation and the law

on the protection of personal data and guarantee of digital rights

M^º MERCEDES SERRANO PÉREZ

From men of the Kingdom to a Republic of men. Collectivization, Community and Power in Harrington and Babeuf

LUIS SÁNCHEZ QUIÑONES

Juan Churruga Award

Challenges posed by Automated Decisions and Profiling Fundamental Rights

JOSU ANDONI EGUILUZ CASTAÑEIRA

Book reviews