

DIÁLOGOS JURÍDICOS
2021

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO

Director

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Codirectora/Coordinadora

DIÁLOGOS JURÍDICOS

2021

Anuario de la facultad de Derecho
de la Universidad de Oviedo

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, marzo 2021



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBooks

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2021 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Javier Gustavo Fernández Teruelo (Dir.) y Paz Menéndez Sebastián (Codir./Coord.)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISSN 2445-2688
DL NA 633-2016

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

CONSEJO DE REDACCIÓN

- PROF. DR. D. JAVIER GUSTAVO
FERNÁNDEZ TERUELO
Universidad de Oviedo
Director
- PROF. DRA. DÑA. PAZ
MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Universidad de Oviedo
Codirectora y Coordinadora de número
- PROF. DR. ÁNGEL ESPINIELLA
MENÉNDEZ
Universidad de Oviedo
Secretario
- PROF. DRA. DÑA. CLARA GAGO
SIMARRO
Universidad de Oviedo
Secretaria adjunta
- PROF. DR. D. RAFAEL ARENAS
GARCÍA
Universidad Autónoma de Barcelona
Derecho Internacional Privado
- PROF. DR. D. TOMÁS CANO CAMPOS
Universidad Complutense de Madrid
Derecho Administrativo
- PROF. DR. D. RICARDO CHUECA
GONZÁLEZ
Universidad de La Rioja
Derecho Constitucional
- PROF. DRA. DÑA. SILVIA DÍAZ
ALABART
Universidad Complutense de Madrid
Derecho Civil
- PROF. DR. D. JAUME FERRER LLORET
Universidad de Alicante
Derecho Internacional Público
- PROF. DR. D. JUAN ANTONIO GARCÍA
AMADO
Universidad de León
Filosofía del Derecho
- PROF. DR. D. JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
Universidad Complutense de Madrid
Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social
- PROF. DR. D. JUAN IGNACIO MORENO
FERNÁNDEZ
Tribunal Constitucional
Derecho Financiero y Tributario
- PROF. DR. D. ALFONSO MURILLO VILLAR
Universidad de Burgos
Derecho Romano
- PROF. DR. D. MIGUEL RODRÍGUEZ
BLANCO
Universidad de Alcalá de Henares
Derecho Eclesiástico
- PROF. DR. D. NICOLÁS RODRÍGUEZ
GARCÍA
Universidad de Salamanca
Derecho Procesal
- PROF. DR. D. ÁNGEL ROJO
FERNÁNDEZ-RÍO
Universidad Autónoma de Madrid
Derecho Mercantil
- PROF. DRA. DÑA. LOURDES SANTOS
PÉREZ
Universidad de Salamanca
Filosofía del Derecho
- PROF. DR. D. ÁNGEL SANZ MORÁN
Universidad de Valladolid
Derecho Penal

PROF. DRA. DÑA. MARGARITA SERNA
VALLEJO
Universidad de Cantabria
Historia del Derecho

PROF. DR. D. EDUARDO SERRANO
GÓMEZ
Universidad Complutense de Madrid
Derecho Civil

Miembros honoríficos:

PROF. DR. D. BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA
PROF. DR. D. RAÚL BOCANEGRA SIERRA
PROF. DR. D. BENJAMÍN GONZÁLEZ ALONSO
PROF. DR. D. FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
PRESENTACIÓN.....	13

DISCURSOS Y ARTÍCULOS

PARLAMENTO Y UNIVERSIDAD: LOS SENADORES POR LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO.....	21
---	----

Leopoldo Tolivar Alas

EL USO DE FORMULARIOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	37
--	----

Máximo Javier Herreros Ventosa

LAS CLÁUSULAS DE ESCAPE DE LAS REGLAS DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LA UNIÓN EUROPEA Y ESPAÑA ANTE SITUACIONES DE CRISIS EXTRAORDINARIAS	65
---	----

Gabriel Moreno González

LA IDENTIDAD DESAFORADA. EL ABSURDO DE UNA TEORÍA JURÍDICA «QUEER».....	89
---	----

José Luis Muñoz de Baena Simón

CRÓNICA NORMATIVA

EL ESTADO DE ALARMA EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO GLOBAL: DESDE EL ORIGEN AL COVID-19.....	115
--	-----

Miguel Ángel Presno Linera

LEY 45/2015, DE 14 DE OCTUBRE, DE VOLUNTARIADO Y LEY DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS 10/2001, DE 12 DE NOVIEMBRE, DEL VOLUNTARIADO. LA INSEGURIDAD JURÍDICA DE SU APLICACIÓN SIMULTÁNEA.	131
--	-----

Javier Amieva García

TRABAJOS ACADÉMICOS

LA TUTELA PENAL DE LA INDEMNIDAD SEXUAL DE LOS MENORES DE DIECISÉIS AÑOS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y DE INGLATERRA Y GALES. UN ESTUDIO COMPARADO	143
--	-----

Santiago Bernal Cueto

EL ARTÍCULO 155 CE Y EL ESTADO AUTONÓMICO EN ESPAÑA	163
---	-----

Alejandra Díaz Rocha

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER BAJO EL FRANQUISMO.	181
--	-----

Miriam González Blanco

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS INMIGRANTES LLEGADOS EN LA INFANCIA. COMPARATIVA DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA Y ESTADOUNIDENSE	205
--	-----

Laura Montes Rozas

LAS ENTIDADES DE CAPITAL-RIESGO Y SU OPERATORIA MERCANTIL	223
--	-----

Jaime Noval Cueto

EL DERECHO DE ASILO Y REFUGIO POR MOTIVOS DE GÉNERO	249
---	-----

Paula Pérez Álvarez

BIOGRAFÍAS, DIÁLOGOS JURÍDICOS Y ENTREVISTAS

BIOGRAFÍA DE MILAGROS CALVO IBARLUCEA.	281
---	-----

Paz Menéndez Sebastián

DIÁLOGO ENTRE JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA, PROFESOR DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, Y LEONOR SUÁREZ LLANOS, PROFESORA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO	293
---	-----

José Luis Muñoz de Baena Simón

DIÁLOGO-ENTREVISTA CON FERNANDO GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ . . .	321
---	-----

José M^a Roca Martínez

ENTREVISTA A EUSEBIO FERNÁNDEZ	327
--	-----

Benjamín Rivaya

MISCELÁNEA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

RECENSIÓN DE «DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS», OBRA COLECTIVA DE LA FACULTAD DE DERECHO COORDINADA POR EL PROF. LUIS FERNÁNDEZ VILLAZÓN, THOMSON REUTERS/UNIVERSIDAD DE OVIEDO, 2020.	385
---	-----

Javier Gustavo Fernández Teruelo y Luis Antonio Fernández Villazón

UNA OBRA INDISPENSABLE PARA COMPRENDER LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA. RECENSIÓN DEL LIBRO PÓSTUMO «HISTORIA CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA» DEL PROF. JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, EDITADA POR EL PROF. IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA, MARCIAL PONS, 2020.	389
---	-----

Jorge Pérez Alonso

RECENSIÓN DE LA OBRA «LA REGULACIÓN DE LOS ALGORITMOS», DIRIGIDA POR EL PROFESOR A. HUERGO LORA Y COORDINADA POR EL PROF. G. M. DÍAZ GONZÁLEZ, EDITORIAL ARANZADI, 2020.	399
--	-----

Olaya Fernández Fernández

RECENSIÓN DE LA OBRA «REFORMA CONSTITUCIONAL Y DEFENSA DE LA DEMOCRACIA», COORDINADA POR EL PROF. B. ALÁEZ CORRAL, EDITORIAL, CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, 2020	403
---	-----

Marco Fernández Gutiérrez

RECENSIÓN DE LA OBRA «LIBRES, DIGNAS E IGUALES. LAS CLAVES JURÍDICO CRÍTICAS DE LA PROSTITUCIÓN Y EL TRABAJO SEXUAL», COORDINADA POR LAS PROFAS. LEONOR SUÁREZ LLANOS Y MARÍA VALVIDARES SUÁREZ, EDITORIAL TIRANT LO BLANCH, 2020.	407
---	-----

Aida Porcar Oltra

RECENSIÓN DEL LIBRO COLECTIVO «LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SOCIO-SANITARIOS. NUEVO MARCO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA», DIRIGIDO POR EL PROF. LEOPOLDO TOLIVAR ALAS Y LA PROFA. MÍRIAM CUETO PÉREZ, TIRANT LO BLANCH, 2020	411
---	-----

Paz Fernández-Rivera González

RECENSIÓN A LA OBRA «LA CLÁUSULA SUELO EN EL PRÉSTAMO» DE LA PROF. NATALIA MUÑIZ CASANOVA, THOMSON REUTERS ARANZADI, NAVARRA 2020.	415
---	-----

Julio Carbajo González

RECENSIÓN DE LA OBRA «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD» DE LA PROF. PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, EDITORIAL THOMSON REUTERS-ARANZADI, 2020.	419
---	-----

Carmen Agut García

ACTIVIDADES DE LAS ÁREAS DE CONOCIMIENTO DE LA FACULTAD

RESEÑA DE ACTIVIDADES ACADÉMICAS EN LA FACULTAD.	425
---	-----

NOTICIAS DE LA FACULTAD

JUBILACIÓN DE LA PROFESORA MARITA CAMARERO SUÁREZ	451
---	-----

EN RECUERDO DE FROILÁN GIGANTO, ESTUDIANTE DEL MÁSTER DE LA ABOGACÍA	453
--	-----

PAZ ANDRÉS TOMA POSESIÓN COMO CONSEJERA PERMANENTE DEL CONSEJO DE ESTADO.	455
--	-----

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

PRESENTACIÓN

Resulta inevitable comenzar la presentación del número que a continuación se ofrece al lector, dando cuenta de que el patógeno vírico COVID-19 o SARS-CoV-2, vulgarmente conocido como coronavirus, ha condicionado también el contenido de *Diálogos Jurídicos*. Lo ha hecho básicamente de dos formas, de una parte, imposibilitando la elaboración de algunos artículos que inicialmente estaban en la previsión de quien suscribe estas líneas, y que finalmente no han podido elaborarse por los infortunios personales y familiares que han acompañado a la pandemia. De otra parte, también ha repercutido en el contenido final del número, al convertir en imprescindible una referencia a la situación vivida estos meses, que se la puesto negro sobre blanco de la mano de una brillante crónica normativa, salida de la pluma de nuestro querido compañero Miguel Presno Linera, flamante catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo y reputado experto en la problemática que desde la perspectiva constitucional genera, ha generado y puede generar, el empleo de mecanismos extraordinarios de restricción de derechos individuales y colectivos para afrontar situaciones excepcionales, en este caso el inicial estado de alarma, decretado el 14 de marzo de 2020. A ello se suma el contenido del artículo del profesor Gabriel Moreno González, sobre las cláusulas de escape de las reglas de estabilidad presupuestaria en la Unión, en el que también se alude a la situación generada por el virus desde esta perspectiva.

En efecto, la COVID ha venido a transformar humana y económicamente nuestra forma de vida, devastando vidas y entornos que considerábamos seguros, y obligando a los Gobiernos a afrontar esta situación de emergencia sanitaria global, mediante la adopción de medidas excepcionales consagradas a preservar la salud pública incluso a costa de derechos y libertades que, al menos en la sociedad occidental, considerábamos hasta hace unos meses intocables y absolutamente incuestionables. Medidas tales como el confinamiento domiciliario, las restricciones temporales y territoriales a la libertad de movimientos, la prohibición de apertura de determinados establecimientos, la limitación o incluso la prohibición de reuniones privadas fuera del estricto entorno de convivencia, resultaban impensables hace menos de un año. Pero han sido necesarias para frenar las curvas de expansión del virus, por sus letales efectos sobre la salud y la vida de las personas. Sin embargo, más allá de la crónica legal antes indicada y del artículo reseñado, quienes tenemos la tarea de coordinar el contenido 6 de esta revista hemos optado por no darle más espacio al virus, procurando que el resto de aportaciones mantengan una dosis de “normalidad” –no esta nueva a la que nos hemos tenido que ir haciendo– que permita al lector evadirse, al menos por el tiempo destinado a su lectura, de la dolorosa realidad en la que llevamos inmersos ya prácticamente un año.

Desde este estricto convencimiento se ha conformado el conjunto de estudios que a continuación se presentan, y que pretende, como en ocasiones anteriores, ser punto de encuentro de debates jurídicos que alimenten nuestro espíritu crítico y contribuyan a la formación más interdisciplinar de investigadores y docentes. Así las cosas, el presente número se estructura, como su precedente, en cinco grandes bloques temáticos, aunque con alguna novedad respecto del anterior: estudios, crónicas de legislación (que sustituye a la de jurisprudencia del número 5), trabajos académicos, entrevistas, diálogos y biografías, varias recensiones bibliográficas y la reseña de actividades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo y de las distintas áreas que la componen.

La principal novedad que presenta este ejemplar es que incorpora por primera vez, y esperamos que en adelante así persista, el discurso (o su síntesis), de apertura del año académico de nuestra Universidad. En esta ocasión esta sección proporciona la oportunidad de repasar la magnífica conferencia ofrecida por el catedrático de Derecho Administrativo de Oviedo, Leopoldo Tolivar Alas, que reporta una interesante reflexión sobre la relación entre los órganos legislativos y las universidades españolas, no sólo con un exhaustivo repaso de las relaciones a nivel normativo (con la consiguiente valoración del contenido de los cuerpos normativos que aludían directa o indirectamente a esta vinculación), sino también, y más interesante aún, un balance personalista de dicha relación, de la mano de la referencia a los insignes personajes de nuestra Universidad que fueron elegidos Senadores, reproduciendo curiosos sucesos, anécdotas y entresijos de aquellos procesos electorales y de sus resultados. Esta conferencia fue impartida en el año 2019, y era nuestro propósito haber podido incluir en el presente número también el discurso de mi querido maestro el profesor Joaquín García Murcia, que era la persona encargada de ofrecer la lección magistral en el acto de San Raimundo de 2020. No obstante, como podrá imaginar el lector este propósito quedo frustrado a causa de la pandemia y la restricción más absoluta de los actos presenciales. En todo caso, esperamos que el próximo curso académico pueda celebrar su andadura con mejor fortuna, y podamos disfrutar en persona de la conferencia.

A esta disertación siguen tres artículos doctrinales de máximo intereses. El primero a cargo de Máximo Javier Herreros Ventosa, letrado de la Administración de Justicia, y soberbio letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (Sala Cuarta), que nos brinda un elaborado estudio sobre el uso de formularios en la Administración de Justicia. En él se evalúa la oportunidad de fomentar la implantación de la tecnología digital en el proceso, analizando la evolución de las formas procesales en el tiempo, y la constatación de la lentitud de los procedimientos judiciales en formato papel clásico. El segundo trabajo lo presenta Gabriel Moreno González, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Extremadura, y versa sobre la operatividad de las cláusulas de escape que permiten la suspensión temporal de las reglas de estabilidad presupuestaria en la Unión y España, enmarcando éstas en el contexto normativo del gobierno económico europeo. La conveniencia de este tipo de reglas ha quedado evidenciada por la expansión del Covid-19. Sin duda una cuestión de máxima actualidad y relevancia, estupendamente expuesta.

El tercer trabajo que se incorpora lo rubrica José Luis Muñoz de Baena Simón, profesor de Filosofía del Derecho en la UNED, que presenta un interesantísimo trabajo que lleva por título “La identidad desafortunada. El absurdo de una teoría jurídica *Queer*”, en el que al más alto nivel se ofrece un balance de las realidades y ficciones que rodean el tema de la identidad sexual.

A este primer bloque sigue, como adelantábamos al comienzo de esta presentación, el referido a las crónicas normativas, formado en esta ocasión globalmente con la ya referenciada sobre “El estado de alarma en la sociedad del riesgo global: desde el origen al Covid-19”, ofrecida por Miguel Ángel Presno Linera, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, y en la que se analiza el origen y el desarrollo legislativo del estado de alarma, la declaración de este estado en 2010 para resolver el caos creado por la huelga de controladores aéreos y la reciente declaración para hacer frente a la crisis sanitaria causada por el Covid-19. La segunda crónica incorporada lleva por título, “El voluntariado y Ley del Principado de Asturias 10/2001, de 12 de noviembre, del voluntariado. La inseguridad jurídica de su aplicación simultánea”, ha sido elaborada por Javier Amieva García, Jurista profesional del Tercer Sector, técnico del Departamento de Voluntariado de Cruz Roja en Asturias, y proporciona un interesante análisis de los contenidos de esta norma y de su difícil convivencia con la regulación nacional.

El tercer bloque temático de este ejemplar viene constituido, como en sus precedentes, por una adaptación de los trabajos fin de grado y de máster más sobresalientes de cuantos se han defendido en el presente curso. En particular, se trata de los siguientes trabajos: –La tutela penal de la indemnidad sexual de los menores de dieciséis años en el derecho español y de Inglaterra y Gales. Un estudio comparado, de Santiago Bernal Cueto; –El artículo 155 CE y el estado autonómico en España de Alejandra Díaz Rocha; –La situación jurídica de la mujer bajo el franquismo de Miriam González Blanco; –El régimen jurídico de los inmigrantes llegados en la infancia. comparativa de la regulación española y estadounidense de Laura Montes Rozas; –Las entidades de capital-riesgo y su operatoria mercantil, de Jaime Noval Cueto; y –El derecho de asilo y refugio por motivos de género, de Paula Pérez Álvarez.

El contenido de la cuarta sección del presente número se abre con una biografía, para mí, imprescindible, de ahí que no haya podido evitar la tentación de incorporarla a este número. Me refiero a la de María Milagros Calvo Ibarlucea, la que fuera en su día la primera mujer magistrada del Tribunal Supremo, que generosamente ha elaborado una síntesis de su trayectoria profesional, conectada con su vida personal, y con pinceladas de los acontecimientos sociales de cada momento. Tras su jubilación, en el año 2019, se ha producido otro acontecimiento histórico en femenino en el máximo órgano judicial, el nombramiento de María Luisa Segoviano como la primera presidenta de Sala, también de la Sala Cuarta, ¿qué tendrá la Sala Social para conseguir romper tantos altos techos de cristal? Puedo atestiguar que es una Sala especial, en el mejor sentido de la palabra, en éste y en otros aspectos.

A esta biografía siguen un inspirador, extenso e intenso diálogo jurídico entre el ya presentado profesor José Luis Muñoz de Baena, y nuestra compañera Leonor Suárez Llanos, profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo, en lo que parece un reencuentro académico entre dos antiguos colegas, Leonor Suárez Llanos le propone a José Luis Muñoz de Baena discutir algunos conceptos que han irrumpido con fuerza en el ámbito jurídico en general y, en particular, en el iusfilosófico, quizá revitalizando una teoría crítica del Derecho que se pone a prueba de los distintos post –postidentidad, pospositivismo, posmodernismo, posverdad, etc.– que sobrevuelan tanto el Derecho como nuestro conocimiento del mismo. Desde el concepto de validez jurídica y discrecionalidad o el marxismo hasta la identidad de género, pasando por el modelo consumista de la sociedad y la fe propietaria del Derecho o las nuevas necesidades del Derecho del trabajo, etc., los autores dialogan entre la razón o las razones y la verdad o una forma más humilde de argumentación con afán de corrección. Quisiera agradecer especialmente esta esmerada aportación, pues, nuevamente, aquí los avatares de estos meses han puesto sucesivos obstáculos a su elaboración, finalmente lograda por el inapagable esfuerzo de Leonor Suárez, también en su día coordinadora de la revista, y la generosidad del profesor Muñoz de Baena.

A este diálogo siguen dos entrevistas de innegable valor. La primera la de Fernando Gómez De Liaño González, profesor de muchos de nosotros, en tanto que ocupó la Catedra de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo durante un largo tiempo, tras ejercer la abogacía y la judicatura. Este cariñoso repaso por su vida y obra lo ofrece el anterior Decano de nuestra Facultad, José María Roca Martínez (a quien aprovecho para reiterar mi agradecimiento, por todo), que ha querido contribuir así a recordar a este inolvidable compañero, jubilado ya hace años, pero que mantiene intacto, como comprobará el lector, ese inquieto espíritu que le caracteriza.

La segunda extensa entrevista reproducida es la de Eusebio Fernández, uno de los más relevantes profesores de Filosofía del Derecho, de cuyo innegable magisterio dan fe las respuestas que se incorporan a esta penetrante entrevista, espléndidamente formulada por Benjamín Rivaya.

La sección miscelánea de este ejemplar contiene varias reseñas de obras recientemente publicadas por quienes formamos el cuerpo de profesores de esta Universidad. En concreto, de las siguientes: – Reseña de “Derecho y nuevas tecnologías”, Coordinada por el Prof. Luis Fernández Villazón, por Javier Gustavo Fernández Teruelo y Luis Antonio Fernández Villazón; –Reseña del libro póstumo «Historia constitucional de ESPAÑA» del Prof. Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, por Jorge Pérez Alonso; –Reseña a la obra: Huergo Lora, Alejandro (Dir.); Díaz González, Gustavo Manuel (Coord.), *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, por Olaya Fernández Fernández; –Reseña a la obra «Reforma constitucional y defensa de la democracia», Coordinada por el profesor Benito Aláez Corral, Centro De Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, por Marco Fernández Gutiérrez; –Reseña de la obra “Libres, dignas e iguales. Las claves jurídico críticas de la prostitución y el trabajo sexual”, Coordinada por

las profas. Leonor Suárez Llanos y María Valvidares Suárez, por Aída Porcar Oltra; –Recesión del libro colectivo “La prestación de servicios socio-sanitarios. Nuevo marco de la contratación pública”, dirigido por el Prof. Leopoldo Tolivar Alas y la profa. Miriam Cueto Pérez, por Paz Fernández-Rivera González; Recensión de la obra La cláusula suelo en el préstamo, de Natalia Muñiz Casanova. Por Julio Carbajo González; y Recensión del libro de quien firma estas letras titulado “Beneficiarios de la pensión de viudedad”, a cargo de Carmen Agut García.

En segundo lugar, como en ocasiones anteriores, el presente ejemplar, ofrece una recopilación de algunas de las actividades académicas, en forma de jornadas y seminarios, organizadas por nuestra Facultad y por las distintas áreas que la forman.

Por último, la sección se cierra con tres referencias personales, bien diversas, algunas de júbilo, otra de enorme tristeza. En concreto, la jubilación de la Profesora Marita Camarero Suárez, la toma de posesión de Paz Andrés como consejera permanente del Consejo de Estado, y por último, el emotivo recuerdo a Froilán Giganto, estudiante del Máster de la Abogacía, a quien el destino segó prematuramente la vida.

Quisiera finalizar esta presentación dando las gracias y deseando toda suerte de parabienes al nuevo equipo decanal, en especial, por lo que a este Anuario afecta, al Decano Javier G. Fernández Teruelo, y a Ángel Espiniella Menéndez, activo e ilusionado Secretario de esta Revista (además de Vicedecano de Calidad y Proyección Social e Internacional), que se ha ocupado especialmente de todo lo relativo a las actividades y publicaciones de nuestra Facultad. Aprovechando también este espacio para dar la bienvenida a Clara Gago, que se incorpora como secretaria adjunta de este Anuario.

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Codirectora y Coordinadora de número

Universidad de Oviedo

Diálogos jurídicos

DISCURSOS Y ARTÍCULOS

PARLAMENTO Y UNIVERSIDAD: LOS SENADORES POR LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

PARLIAMENT AND UNIVERSITY: SENATORS FROM UNIVERSITY OF OVIEDO

RESUMEN DE LA LECCIÓN INAUGURAL DEL CURSO 2019-2020 EN LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

LEOPOLDO TOLIVAR ALAS
Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO

- I. LA RELACIÓN CONSTITUCIONAL ENTRE EL PARLAMENTO Y LAS UNIVERSIDADES
 - 1. **El primer antecedente**
 - 2. **De la Constitución de Cádiz a la Restauración borbónica**
 - 3. **Los senadores de las Universidades en la Constitución de 1876**
 - 4. **De la Constitución de 1931 a nuestros días**
- II. NOTICIA DE LAS ELECCIONES A SENADOR POR ESTA INSTITUCIÓN DE 1877 A 1903
 - 1. **De Oliván a Menéndez Pelayo en el siglo XIX**
 - 2. **Elecciones claustrales en el siglo XX y los Rectores-Senadores**
- III. UNA ÉPOCA LEGISLATIVA MUY ACTIVA

I. LA RELACIÓN CONSTITUCIONAL ENTRE EL PARLAMENTO Y LAS UNIVERSIDADES

1. **El primer antecedente**

La relación entre los órganos legislativos y el supuesto prestigio de las universidades españolas ya aparece en el primero y atípico texto constitucional; el llamado Estatuto de Bayona, de 6 de julio de 1808, en el que los juristas napoleónicos plasmaron en su artículo 61 que «habrá Cortes o Juntas de la Nación, compuestas de 172 individuos, divididos en

tres estamentos». Eran, evidentemente, el del clero, el de la nobleza y el del pueblo. Este último, conforme al artículo 64, se componía de 62 diputados de las provincias de España e Indias; de 30 diputados de las ciudades principales de España e islas adyacentes; de 15 negociantes o comerciantes y, en fin, de 15 diputados de las Universidades, personas sabias o distinguidas por su mérito personal en las ciencias o en las artes.

Siendo su lógica inspiración la Constitución de la República Francesa del 22 de Frimario del año VIII (13 de diciembre de 1799), sin embargo, su compleja articulación de los cuerpos colegisladores (Senado conservador y vitalicio, tribunalado y cuerpo legislativo) no se refiere, en absoluto, a los representantes universitarios.

2. De la Constitución de Cádiz a la Restauración borbónica

Nuestra siempre exaltada Constitución gaditana de 19 de marzo de 1812, prescinde de esta representación, aunque se preocupa de la enseñanza superior en su artículo 367: «se arreglará y creará el número competente de universidades y de otros establecimientos de instrucción, que se juzguen convenientes para la enseñanza de todas las ciencias, literatura y bellas artes» y añadiendo en el siguiente precepto que «el plan general de enseñanza será uniforme en todo el reino, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las universidades...»

De forma implícita, el Estatuto Real de 10 de abril de 1834 (artículo 3.º, 6.º), prevé que formen parte del Estamento de Próceres del Reino «los que en la enseñanza pública o cultivando las ciencias y las letras, hayan adquirido gran renombre y celebridad, con tal que disfruten una renta anual de sesenta mil reales, ya provenga de bienes propios, ya de sueldo cobrado del Erario». Salvo los Grandes de España de veinticinco años cumplidos, españoles, no procesados ni embargados y con renta anual de doscientos mil reales, que eran miembros natos (art. 5.º), «el Rey elige y nombra los demás Próceres del Reino, cuya dignidad es vitalicia» (art. 7.º). En suma, el monarca podía elegir próceres a profesores y científicos de «gran renombre y celebridad» siempre que contaran con una renta anual de sesenta mil reales.

Ni la Constitución de la Monarquía Española de 18 de junio de 1837 dice nada al respecto, ni la posterior Constitución de 23 de mayo de 1845 incluye a los Rectores u otras procedencias universitarias en las clases del artículo 15, entre las que debían ser nombrados los senadores. Aunque no llegó a ser promulgado, el texto de 1856 también guarda silencio en este punto.

Tras la Revolución de septiembre de 1868, la Constitución de la Monarquía Española, de 1 de junio del siguiente año, retoma la cuestión en su artículo 62, en el que se exige, para ser elegido Senador, además de ser español, haber cumplido los cuarenta años de edad y gozar de todos los derechos civiles, el reunir alguna condición específica, vinculada a cargos presentes o pretéritos. Entre éstos aparece el ser Rector de Universidad de la Clase de Catedráticos y el ostentar la categoría de Catedrático de término, con dos años de ejercicio.

El Proyecto de texto federal de la I República, otorgaba competencias a los Poderes de la Federación, en su título V. 20, para el «establecimiento de la universidad federal y

de cuatro escuelas normales superiores de agricultura, artes y oficios en los cuatro puntos de la Federación que se determinen por una ley»; pero nada decía de representación de origen universitario en el Parlamento, que se preveía bicameral y en el que los senadores serían «elegidos por las Cortes de sus respectivos Estados, que enviarán cuatro por cada Estado, sea cualquiera su importancia y el número de sus habitantes» (artículo 52).

3. Los senadores de las Universidades en la Constitución de 1876

Pero la previsión más rotunda y basal para esta contribución, se contendrá en la Constitución de la Restauración, de 30 de junio de 1876, que configuraba, en su artículo 20, una Cámara de senadores por derecho propio, de senadores vitalicios nombrados por la Corona y de senadores elegidos por las Corporaciones del Estado y mayores contribuyentes, «en la forma que determine la ley». El número máximo de senadores por derecho propio y vitalicio era el de 180, idéntico al tope de los electivos.

En su desarrollo y de forma casi inmediata, se promulgó la Ley de Senadores, de 8 de febrero de 1877. Partiendo de que a cada provincia correspondían tres escaños, se reservaban treinta puestos para las citadas corporaciones del Estado, entre ellos 9, para los Arzobispados de Toledo, Sevilla, Granada, Santiago, Zaragoza, Tarragona, Valencia, Burgos y Valladolid, elegidos por Arzobispos, Obispos y Cabildos; 6, para las Reales Academias (Española, de la Historia, de Bellas Artes, de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, de Ciencias Morales y Políticas y de Medicina de Madrid); 5 para las Sociedades Económicas de Amigos del País, agrupadas en las cinco sedes de Madrid, Barcelona, León, Sevilla y Valencia y 10, en representación de las Universidades entonces existentes (Salamanca, Madrid, Valladolid, Barcelona, Zaragoza, Santiago, Sevilla, Valencia, Granada y Oviedo).

La meritada Ley de 8 de febrero de 1877, añadía alguna cuestión más de censo y procedimiento. En el primero de los casos, se concretaba que la elección senatorial en las Universidades se realizaría «con asistencia del Rector y Catedráticos de las mismas, Doctores matriculados en ellas, Directores de Institutos de segunda enseñanza y jefes de las Escuelas especiales que haya en su respectivo territorio». En cuanto a las formalidades, más adelante, en el artículo 18, se decía que «el día señalado por Real decreto [de convocatoria], a las diez de la mañana, se reunirán en el local que tengan de costumbre, en sesión pública, las Corporaciones que por esta Ley tienen derecho a nombrar un Senador. Será presidida por el Presidente, Director o Jefe del establecimiento [en lo que nos afecta, el Rector].

Harán de escrutadores el más anciano y el más joven de los individuos que se hallen presentes, y de Secretario el de la misma Corporación, si tiene voto; si no lo tiene, el Presidente y escrutadores nombrarán a uno de los presentes que lo tenga».

En fin, el artículo 22 añadía que, «concluido el escrutinio, si algún individuo reuniera mayoría absoluta de votos, será proclamado Senador. Si ninguno hubiese reunido la mayoría absoluta, se procederá a nueva elección entre los dos que hubieren tenido mayor número de votos, observándose las mismas formalidades y proclamando Senador al que tenga mayoría de votos, sea ésta la que quiera; en caso de empate

decidirá la suerte; lo mismo se hará si aparecieren también empatados algunos de los que deban entrar en segundo escrutinio».

Igualmente, dicho artículo 22 precisaba que «sólo podrán ser Senadores por nombramiento del Rey o por elección de las Corporaciones del Estado y mayores contribuyentes, los españoles que pertenezcan o hayan pertenecido a una de las siguientes clases...», entre los que se hallaban los «catedráticos de término de las Universidades, siempre que lleven cuatro años de antigüedad en su categoría y de ejercicio dentro de ella». Como en las demás categorías, deberían «además, disfrutar 7.500 pesetas de renta, procedente de bienes propios, o de sueldos de los empleos que no pueden perderse sino por causa legalmente probada o de jubilación, retiro o cesantía».

Es justamente entre 1877 y la Dictadura de Primo de Rivera, que pone fin, con el Golpe de Estado del 13 de septiembre de 1923, al período constitucional de la Restauración, cuando esta Universidad de Oviedo elige senadores, como, más adelante detallaré.

4. De la Constitución de 1931 a nuestros días

Nada dirá, lógicamente, sobre representación universitaria en el Congreso, la Constitución de la II República, de 9 de diciembre de 1931 y habrá que esperar a que, en otra etapa de una llamada democracia orgánica, la Dictadura se apoye en el corporativismo ilustrado. La Ley fundamental constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942, en su artículo 2.1, dirá que «las Cortes se componen de los Procuradores comprendidos en los apartados siguientes...», apareciendo, en la letra g) «los Rectores de las Universidades». Situación y condición que se mantuvo hasta la Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977, justamente en el centenario de la Ley de Senadores de la Restauración.

En fin, la vigente Constitución española, de 27 de diciembre de 1978, aunque sea elogiada por erradicar cualquier vestigio corporativista en el Parlamento, es ciertamente cicatera a la hora de referirse a las Universidades, limitándose, en su conocido artículo 27.10, a reconocer «la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca». Pero esa es otra historia.

II. NOTICIA DE LAS ELECCIONES A SENADOR POR ESTA INSTITUCIÓN DE 1877 A 1903

1. De Oliván a Menéndez Pelayo en el siglo XIX

En 1903, don Fermín Canella Secades, en su *Historia de la Universidad de Oviedo y noticias de los establecimientos de enseñanza de su Distrito*⁽¹⁾ da cuenta de las

(1) Oviedo, Imprenta de Flórez, Gusano y Compañía. En 1903, don Fermín era Vicerrector de la Universidad y Cronista Oficial de Oviedo. Sería Rector de 1906 a 1914. Oviedo, Imprenta de Flórez, Gusano

doce elecciones que, hasta esa fecha, se han realizado de senadores en la Universidad, conforme a la Constitución de 1876 y dice –en ese momento, ya que años más tarde renunciaría al Rectorado para, ante una incompatibilidad legal sobrevenida, mantenerse como senador por la casa– que,

«... en tributo a la verdad, debe decirse que, no obstante de tratarse aquí como en otras partes, de cuerpo electoral reducido y culto, ni el sufragio se mostró activo ni la presión oficial dejó de presentarse en el Claustro, repitiéndose así la atonía y debilidad electorales, que tan tristemente aquejan a nuestra nación. El mal fue general, salvo excepciones de fechas y lugares; el instituto electoral selecto, que debiera ser espejo y modelo en la materia, ofreció en los distritos académicos abstenciones y complacencias; no tuvo o se le impidió en una u otra forma que tuviera impulso propio para designar candidatos *suyos* con programa o siquiera orientación en cuestiones de Instrucción pública o con tal significación científica, que esta bastara por sí sola para la elección merecida».

Y tras renunciar a más consideraciones por estar el tema personal «demasiado vivo» y reconocer que «respetables e ilustres» fueron los senadores elegidos por nuestra Universidad, aunque algunos fueran ajenos a la casa, acaba felicitándose de que, desde el 2 de junio de 1901 y ratificado el 10 de mayo de 1903, fuera senador por el distrito universitario el Rector «querido y celoso», Félix Pío de Aramburu y Zuloaga.

Canella da cuenta de los elegidos en las aludidas doce votaciones y de los sufragios obtenidos por el o los candidatos⁽²⁾. En este trabajo, amén de glosar brevemente sus biografías y alguna anécdota electoral, añadiré las elecciones habidas en los veinte años posteriores a lo escrito por don Fermín Canella, aportando, además, con la inestimable ayuda de la documentación escaneada y de libre acceso desde la página Web de la Cámara Alta, las actas electorales, con vicisitudes que, lógicamente, no refleja Canella en su obra –así como algún censo– de todos los comicios desarrollados en esta universidad. Algo que creo de interés, dado que, como la Biblioteca, la Iconoteca y todo el continente y contenido de este edificio, el Archivo quedó arrasado en la Revolución de octubre de 1934. Es, por tanto, una pequeña contribución más a la recuperación de la verdadera Memoria histórica de nuestra institución.

La primera votación tuvo lugar el 5 de abril de 1877, siendo elegido don Alejandro Oliván, con 25 sufragios. Oliván y Borruel⁽³⁾, además de haber sido un efímero Ministro de Marina en 1847, fue, sobre todo, uno de los padres del Derecho Administrativo español y de la moderna Administración de nuestro país. Su libro *De la*

y Compañía. En 1903, don Fermín era Vicerrector de la Universidad y Cronista Oficial de Oviedo. Sería Rector de 1906 a 1914.

(2) Página 234. Página 234.

(3) Nacido en Aso de Sobremonte (Huesca) el 28 de febrero de 1796 y fallecido en Madrid, el 14 de octubre de 1878. Nacido en Aso de Sobremonte (Huesca) el 28 de febrero de 1796 y fallecido en Madrid, el 14 de octubre de 1878.

Administración pública con relación a España⁽⁴⁾ es obra ineludible en la disciplina que cultivo. Él y nuestro paisano José Posada Herrera son referencia inexcusable en los primeros pasos de nuestra Administración contemporánea.

Alejandro Nieto, en una clasificación que ha calado profundamente en la doctrina, distinguió a los ensayistas (Francisco Agustín Silvela, Javier de Burgos y Alejandro Oliván), de los sistematizadores (Pedro Gómez de la Serna, Ortiz de Zúñiga, García Goyena, Aguirre o Morilla) y, en fin, de los dos grandes creadores: Manuel Colmeiro y José Posada Herrera⁽⁵⁾.

Pero la elección de Oliván por nuestro Claustro tuvo su anécdota: a sus 25 sufragios se unieron los 2 de don Alejandro Mon, el voto a don Juan Uña, tres papeletas en blanco y una a un excelentísimo e ilustrísimo señor Obispo⁽⁶⁾ que, en absoluto, era ajeno a la política *del siglo*.

La siguiente votación tuvo lugar el 3 de mayo de 1879, siendo elegido por 29 sufragios, don Lorenzo Nicolás Quintana y Llera, llanisco –como Posada Herrera–, concretamente, nacido en Cué el 18 de mayo de 1810. Jurista estudiado en Sevilla, fue diputado a Cortes por el Partido Moderado de 1857 a 1868, primero por el distrito de Llanes y luego por la provincia de Oviedo. Con la Revolución de 1868 abandonó la política –había sido protegido de Alejandro Mon– por sus convicciones y, tras la Restauración borbónica volvió a ser diputado de 1876 a 1878 por esta provincia. Su permanencia parlamentaria la deberá, como se ha dicho, a la Universidad de Oviedo, donde volvió a ser elegido senador el 2 de septiembre de 1881, por 39 votos y el 8 de mayo de 1884, por 29⁽⁷⁾. Falleció, ostentando el cargo, en Madrid el 18 de febrero de 1886, como consta en la documentación adjunta

(4) Imprenta Boix, Madrid, 1843, 240 págs. Imprenta Boix, Madrid, 1843, 240 págs.

(5) Alejandro Nieto García, "Un artículo de Historia del pensamiento jurídico-administrativo español", en su libro *Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, págs. 437-480 y, en general, su obra *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1986. Nieto, en el primer trabajo citado, considera a Posada Herrera un genio, aunque "un genio a la española: ciertamente frustrado". Alejandro Nieto García, "Un artículo de Historia del pensamiento jurídico-administrativo español", en su libro *Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, págs. 437-480 y, en general, su obra *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1986. Nieto, en el primer trabajo citado, considera a Posada Herrera un genio, aunque "un genio a la española: ciertamente frustrado".

(6) El mal estado del acta original hace que la copia digitalizada sea prácticamente ilegible en lo concerniente a la Diócesis. No obstante, hemos colegido que se trata del Obispo de Ávila, lo que, posteriormente, podemos confirmar desde bases históricas. Se trata de Don Pedro-José Sánchez-Carrascosa y Carrión. Nacido en Manzanares (Ciudad Real) en 1823. El mal estado del acta original hace que la copia digitalizada sea prácticamente ilegible en lo concerniente a la Diócesis. No obstante, hemos colegido que se trata del Obispo de Ávila, lo que, posteriormente, podemos confirmar desde bases históricas. Se trata de Don Pedro-José Sánchez-Carrascosa y Carrión. Nacido en Manzanares (Ciudad Real) en 1823.

(7) También hubo elecciones para el período 1883-84, siendo elegido el mismo senador, aunque ni en el Senado consta el acta del escrutinio ni Canella da cuenta de esta elección. También hubo elecciones para el período 1883-84, siendo elegido el mismo senador, aunque ni en el Senado consta el acta del escrutinio ni Canella da cuenta de esta elección.

El 25 de abril siguiente es elegido –por vez primera– don Francisco Valdés y Mon, barón de Covadonga, tras una reñida y hasta la fecha infrecuente confrontación: obtuvo 27 papeletas frente a las 21 de don José González-Alegre y Álvarez. Este resultado, ajustado, y la animadversión de algunos claustrales ovetenses al elegido, hicieron, como puede leerse en el acta electoral, que el señor Posada entendiera que, como ocurría, conforme a la Ley de 1877 para otras circunscripciones senatoriales, se requiriera la mayoría absoluta de los votos y al no reunirla el electo con respecto a los censados en la Universidad, debiera repetirse la votación. A la impugnación se adhirieron los señores Canella, Adolfo Álvarez-Buylla y Leopoldo Alas. Pero «la mesa después de bien enterada de la protesta», la rechazó al entender, sin duda con razón, que la mayoría absoluta se refería a votos emitidos y no a claustrales censados, con lo que proclamó al barón de Covadonga en detrimento de don José González-Alegre y Álvarez.

Bajo los auspicios de este último, concretamente en 1878, se había creado la Escuela ovetense de Artes y Oficios, «auxiliando a su planteamiento la Revista de Asturias, dirigida por el señor Aramburu». Allí aprenderían y perfeccionarían sus saberes y destrezas albañiles, carpinteros, canteros, obreros industriales, maestros de obras y capataces mecánicos. El primer reglamento interno de la Escuela fue redactado por Plácido y Adolfo Álvarez-Buylla, Diego Terrero, Genaro Alas, José María Flórez y Fermín Canella.

José González-Alegre y Álvarez, ovetense, había estudiado Derecho en su ciudad natal y fundado el efímero periódico *La Joven Asturias*, en 1862. Alineado con el liberalismo, forma parte del Comité Revolucionario de apoyo al movimiento de 1868, siendo, al poco tiempo (1871), Diputado por Oviedo y Gobernador Civil de la provincia. Coherente con su ideario –lo que hoy es tan infrecuente– con la Restauración borbónica renunció a sus cargos en 1874. Falleció en 1918⁽⁸⁾. Pese a su enorme prestigio –fue, como escribí en otra ocasión, uno de los ideólogos de la embrionaria Extensión Universitaria– no alcanzó el favor suficiente de los claustrales asturianos.

Para el escaño corporativo a dilucidar en la elección senatorial de 15 de febrero de 1891, como ha revelado Lissorgues⁽⁹⁾ muy posiblemente a instancias de Clarín, don Ramón de Campoamor había sido invitado a presentarse por ilustres representantes de lo que se viene conociendo como «Grupo de Oviedo». Según Lissorgues, ninguno de estos catedráticos proponentes era «conservador ni reformista; muchos, republicanos». El poeta naviego había aceptado con satisfacción esta consideración de la Universidad de su tierra, que llegó a anunciarse una vez que el interesado contó,

(8) Recientemente, Plácido Prada Álvarez-Buylla, ha dedicado dos volúmenes (RIDEA, Oviedo, 2019) a esta personalidad y su familia en Oviedo: *Historia de una familia: los González Alegre*; especialmente Tomo I, págs. 151-475. Recientemente, Plácido Prada Álvarez-Buylla, ha dedicado dos volúmenes (RIDEA, Oviedo, 2019) a esta personalidad y su familia en Oviedo: *Historia de una familia: los González Alegre*; especialmente Tomo I, págs. 151-475.

(9) Yvan Lissorgues, *Leopoldo Alas, Clarín, en sus palabras (1852-1901). Biografía*, Ediciones Nobel, Oviedo, 2007, pág. 595. Yvan Lissorgues, *Leopoldo Alas, Clarín, en sus palabras (1852-1901). Biografía*, Ediciones Nobel, Oviedo, 2007, pág. 595.

previa consulta, con la aprobación de la idea por don Antonio Cánovas, a la postre ganador de aquellas elecciones, y persona muy próxima al candidato «in pectore».

«Y en eso estábamos –escribirá Clarín– cuando... Cánovas [que] tiene dada en feudo la suiza española a Pidal junior (y longior) y, amigo, entre su propio candidato, Campoamor, y el candidato de Pidal... es claro, don Antonio tuvo que decidirse por Commelerán II⁽¹⁰⁾. Sí, señores, Campoamor, por no irritar las iras de Alejandrino, fue retirado para dejar el puesto a... el barón de Covadonga (!), una excelente persona que escribe tuve con b, es decir, que no escribe tuve, sino tube, y que no es bachiller ni gana». Y añade Alas Ureña: «Campoamor es asturiano [el contrincante, nacido en Barcelona], Campoamor es académico (compañero de Pidal y de Cánovas), Campoamor es literato insigne (digo yo), es filósofo; bueno, pues como si cantara. Campoamor no era el candidato de Pidal, y el serlo de la mayor parte del profesorado de la Universidad que había de elegirlo, en vez de favorecerle, le perjudicaba; porque Pidal a lo que tira siempre es a molestar, a humillar a los profesores de la Universidad de la patria de su padre...»⁽¹¹⁾. Como recuerda el propio Lissorgues, Clarín en este artículo sólo le reprocha al barón de Covadonga⁽¹²⁾ «al cual nada le falta para ser una bellísima persona» la «manía de representar a los doctores de Oviedo».

Clarín ofrece unos datos muy interesantes de aquella elección de 1891: se negaron o no asistieron a votar al barón de Covadonga el Rector, don Félix Aramburu Zuloaga; el Decano de Derecho don Adolfo-Álvarez-Buylla González-Alegre; don Guillermo Estrada Villaverde, «orador insigne de las Constituyentes del 69 y jefe del Partido Carlista» en la región; don Matías Barrio y Mier, secretario de las constituyentes y jefe del Partido Carlista en Castilla; Don Víctor Díaz-Ordóñez, reputado canonista; don Fermín Canella Secades, futuro Rector, don Faustino Vallina y Subirana, catedrático de Historia crítica y correligionario de Pidal; don Adolfo González-Posada y Biesca, gran iuspublicista español; don Rogelio Jove y Bravo, administrativista, cuñado de Canella y fundador del periódico *El Carbayón*; don Gerardo Berjano

(10) Como es sabido. Francisco Andrés Commelerán Gómez (1848-1919), fue latinista, gramático y escritor que, con gran indignación de Clarín y de Menéndez Pelayo, Valera y el propio Castelar, entre otros, ganó, en 1890, un sillón en la Real Academia Española en detrimento de don Benito Pérez Galdós. Como es sabido. Francisco Andrés Commelerán Gómez (1848-1919), fue latinista, gramático y escritor que, con gran indignación de Clarín y de Menéndez Pelayo, Valera y el propio Castelar, entre otros, ganó, en 1890, un sillón en la Real Academia Española en detrimento de don Benito Pérez Galdós.

(11) Publicado en *Madrid Cómico* el 21 de febrero de 1891. Publicado en *Madrid Cómico* el 21 de febrero de 1891.

(12) La Baronía de Covadonga fue un título concedido por la Reina Isabel II, en 1861, a Ramón Valdés y Busto Bernaldo de Quirós y de Solís (1821-1860), coronel de Infantería, Caballero y maestrante de Sevilla. De sus segundas nupcias con Ángela Mon y del Hierro, nació en Barcelona, en agosto de 1827, Francisco Valdés y Mon, que le sucedió en el título siendo el II Barón de Covadonga. La Baronía de Covadonga fue un título concedido por la Reina Isabel II, en 1861, a Ramón Valdés y Busto Bernaldo de Quirós y de Solís (1821-1860), coronel de Infantería, Caballero y maestrante de Sevilla. De sus segundas nupcias con Ángela Mon y del Hierro, nació en Barcelona, en agosto de 1827, Francisco Valdés y Mon, que le sucedió en el título siendo el II Barón de Covadonga.

y Escobar, ya catedrático de Derecho Mercantil y futuro Decano del Colegio de Abogados de la provincia (1892-1893), alcalde de Oviedo (1897-1899) y Decano de la Facultad de Derecho (desde 1906 hasta su jubilación en 1920); don José Giles y Rubio, catedrático de Literatura y el propio Clarín.

Alas desvela que votaron a don Francisco Valdés y Mon, barón de Covadonga, en aquellas elecciones del 15 de febrero de 1891, don Juan Rodríguez Arango «catedrático sin oposición», aunque fue procesalista y jefe administrativo de la Biblioteca, lo que coincide con lo que, sin citar su apellido, señala Posada de que «desempeñaba funciones de bibliotecario». Era buen orador y «furibundo antidemócrata», amén de covadonguista de pro⁽¹³⁾; don Justo Álvarez Amandi, también catedrático sin oposición de Metafísica y Lógica y don Eduardo Serrano y Branat, civilista, que llegaría a Decano del Colegio de Abogados y a presidir la Diputación, además de dirigir por un tiempo El Correo de Asturias.

Aunque, como nos desvela Canella, el barón de Covadonga llegó a obtener 24 sufragios, además de contabilizarse uno en blanco de un cuerpo electoral compuesto por «claustros de catedráticos, doctores inscritos y Jefes de los Establecimientos», Clarín hace una comparación cruel: «Si el señor barón cree oportuno añadir a su acta de senador por la Universidad de Oviedo la estadística anterior, hágalo».

Las siguientes elecciones al Senado tienen lugar el 19 de marzo de 1893, resultando elegido por 38 votos, don Marcelino Menéndez Pelayo. El autor de la *Historia de los heterodoxos españoles*⁽¹⁴⁾ había sido diputado desde 1884 hasta ese año.

Don Marcelino vuelve a obtener el favor del claustro ovetense el 26 de abril de 1896, aunque, esta vez, en reñida votación con don Juan Uña, al que ahora me referiré. Un solo voto de diferencia –11 contra 10– dirimió el escaño.

El 10 de abril de 1898 vuelven a competir los mismos contendientes. Y la historia tiene su interés, como ya he relatado en este mismo edificio a propósito de los

(13) Adolfo Posada, *Fragmentos de mis memorias*, Universidad de Oviedo, 1983, pág. 70. Adolfo Posada, *Fragmentos de mis memorias*, Universidad de Oviedo, 1983, pág. 70.

(14) Librería Católica de San José, Madrid, tres volúmenes (1880-1882), compuestos en la Imprenta de F. Maroto e hijos. Don Marcelino había nacido en Santander, el 3 de noviembre de 1856 y fallecido en la misma ciudad el 19 de mayo de 1912. Catedrático de Literatura de la Universidad Central (1878), miembro de la Real Academia Española (1880) y de las de la Historia (1883), Ciencias Morales y Políticas (1891) y Bellas Artes de San Fernando (1901), fue diputado a Cortes en las legislaturas 1884-1886 y 1891-1893. Al cesar en la Cámara Baja, se engancha al Senado a través de la Universidad de Oviedo. También fue director de la Biblioteca Nacional. Desde 1898 hasta su muerte. Siempre se destaca en su biografía -además de los rencores al krausismo y a Salmerón en particular, que fue propuesto en 1905 para el Premio Nobel. Librería Católica de San José, Madrid, tres volúmenes (1880-1882), compuestos en la Imprenta de F. Maroto e hijos. Don Marcelino había nacido en Santander, el 3 de noviembre de 1856 y fallecido en la misma ciudad el 19 de mayo de 1912. Catedrático de Literatura de la Universidad Central (1878), miembro de la Real Academia Española (1880) y de las de la Historia (1883), Ciencias Morales y Políticas (1891) y Bellas Artes de San Fernando (1901), fue diputado a Cortes en las legislaturas 1884-1886 y 1891-1893. Al cesar en la Cámara Baja, se engancha al Senado a través de la Universidad de Oviedo. También fue director de la Biblioteca Nacional. Desde 1898 hasta su muerte. Siempre se destaca en su biografía -además de los rencores al krausismo y a Salmerón en particular, que fue propuesto en 1905 para el Premio Nobel.

120 años de nuestra Extensión Universitaria. La Mesa Electoral situada, desde las diez de la mañana, en la Sala Claustal bajo la Presidencia del Rector Aramburu, proclamó vencedor por 27 sufragios a don Marcelino Menéndez Pelayo, frente a don Juan Uña y Gómez, que obtuvo 22 votos, como puede corroborarse en el acta digitalizada que obra aneja a esta Lección. La novedad no es que don Marcelino fuera Senador por nuestra institución académica en el momento de iniciarse la Extensión Universitaria, porque, como se ha dicho, ya lo había sido en 1893 y 1896, con decidido apoyo –pese a las distancias ideológicas– de su condiscípulo Leopoldo Alas. Luego, Menéndez Pelayo sería senador hasta 1911, por la Real Academia Española. Lo interesante es cómo logró los votos para un escaño que nadie aventuraba para él en aquella ocasión, sino para quien había sido Director General de Instrucción Pública y se le recordará como rector de la Institución Libre de Enseñanza, como discípulo dilecto de Sanz del Río y como compañero de estudios de Giner, Salmerón, Rafael María de Labra o Segismundo Moret, por entonces Ministro de Ultramar⁽¹⁵⁾.

Con su acostumbrada brillantez, Lissorgues nos da cuenta de cómo, en varias cartas, Clarín advierte a don Marcelino de que, si desea presentar nuevamente su candidatura por la Universidad asturiana no le augura buenos resultados, por lo que le recomienda que se ponga «de acuerdo con Pidal, que tiene en el Claustro bastantes votos». Y ello porque el sector liberal, que en votaciones previas había seguido la indicación de Alas, tenía otro candidato: el citado Juan Uña y Gómez y, además, difícilmente podía perdonar a Menéndez Pelayo su desinterés por los asuntos de esta Casa, incluso no contestando cuando se le solicitó ayuda para gestiones ante la Administración del Estado. Don Marcelino, en tres cartas y un telegrama rehúsa retirar su candidatura «porque no creo digno ni decoroso retirarme delante de Uña [al que había llegado a llamar alimaña’], cuyos méritos científicos y universitarios son para mí desconocidos», añadiendo algún calificativo nada grato hacia Giner y los krausistas de Oviedo.

Clarín llega a la máxima crudeza para convencer a su amigo del dudoso éxito de su candidatura: «Uña cuenta ya con 24 votos seguros; usted, seguros, tendrá unos 17 o 18». El censo era de unos sesenta claustrales, pero, como no era cosa sólo de entonces, «nunca votan tantos»⁽¹⁶⁾. Pero, además, se han incorporado nuevos profesores «de Ciencias, todos liberales de los que no entienden el esteticismo y no le votarían a usted, por conservador, aunque fuera Pico de la Mirándola».

La tozudez del santanderino tenía su porqué. Como nos relata Lissorgues, el día de San José de 1898, el candidato escribe al Obispo de la Diócesis, fray Ramón Martínez Vigil, pidiéndole su apoyo a través, especialmente, de dos egregios votantes y

(15) Juan Uña y Gómez, había nacido en Maguilla, Badajoz, en 1838 y falleció en Madrid en 1909. Licenciado en Derecho y en Filosofía y letras, fue académico de número de la Real de Jurisprudencia. Juan Uña y Gómez, había nacido en Maguilla, Badajoz, en 1838 y falleció en Madrid en 1909. Licenciado en Derecho y en Filosofía y letras, fue académico de número de la Real de Jurisprudencia.

(16) Yvan Lissorgues, *Leopoldo Alas, Clarín... cit.* págs. 925-929. Yvan Lissorgues, *Leopoldo Alas, Clarín... cit.* págs. 925-929.

miembros del Tribunal Eclesiástico (Domingo Díaz-Caneja Bulnes⁽¹⁷⁾, efímero alcalde de Oviedo en 1865 y Antonio Sarri Oller, primer Marqués de San Feliz desde el año 1897, por reconocimiento de León XIII), para evitar que su contrincante «pudiera llevar a la Cámara propósitos perjudiciales a nuestras creencias».

El ordinario le responde en el mejor estilo vaticanista: «En esta casa se hará lo que es posible para ayudarle en su intento, y ya se dieron los primeros pasos»⁽¹⁸⁾.

Pasos de gigante, sin duda, visto que Uña obtuvo dos sufragios menos de los vaticinados por Clarín y Menéndez Pelayo, diez más de los que Alas le pronosticaba. Visto que, a fines del XIX, la mitra conocía mejor los entresijos de la Universidad que sus propios catedráticos, no es de extrañar que, en el ámbito del episcopado español, haya algún nostálgico de los poderes seculares de otras épocas.

En cualquier caso, invita a la reflexión, en estos tiempos de sistemática descalificación de quien piensa diferente, que el Claustro ovetense, casi dividido por mitades en cuanto a sus preferencias políticas, sólo medio año más tarde de esta elección, se aúna para crear la Extensión Universitaria. Me temo que esto es impensable en la actualidad. Pero entonces nuestra Universidad, como escribió Santiago Melón Fernández, no era, en absoluto, monolítica en el pensamiento, «no fue una mera sucursal de la Institución Libre de Enseñanza», pudiéndose, según dicho autor, distinguirse claramente tres bloques: el de los conservadores, normalmente monárquicos tradicionalistas; el regionalista y el filokrausista⁽¹⁹⁾.

Para terminar el siglo, el 30 de abril de 1899, concurre en solitario al escaño universitario don Nicolás Suárez-Inclán Llanos, quien obtiene 34 votos. Había sido Senador por la provincia desde 1893 y volvió a serlo por dicha circunscripción en 1901, 1903, 1905 y 1907.

Nicolás Suárez-Inclán y Llanos es, de entre todos estos senadores, la personalidad menos reseñada en las enciclopedias y obras de consulta biográfica. Sin duda, el peso de su hermano Estanislao (Avilés, 1822-1890) y de tres de los seis hijos de éste (Félix, Pío y Julián), lo relegó injustamente a un segundo plano.

En efecto, ni Constantino Suárez *Españolito*⁽²⁰⁾ ni la *Gran Enciclopedia Asturiana* dan cuenta de su existencia y trayectoria profesional y política. Una vez más es el

(17) Una errata en la obra de Lissorgues convierte el "Caneja" en "Cenja". Una errata en la obra de Lissorgues convierte el "Caneja" en "Cenja".

(18) *Op. ult. cit.*, pág. 299. *Op. ult. cit.*, pág. 299.

(19) Santiago Melón Fernández, "La extensión universitaria -antecedentes y características-" en *Clarín y La Regenta en su tiempo: actas del Simposio Internacional*, [Oviedo, 1984], 1987, págs. 99-104. Santiago Melón Fernández, "La extensión universitaria -antecedentes y características-" en *Clarín y La Regenta en su tiempo: actas del Simposio Internacional*, [Oviedo, 1984], 1987, págs. 99-104.

(20) *Escritores y Artistas asturianos*, IDEA, Tomo VII, Oviedo, 1959, págs. 203 a 220, donde se biografía a sus parientes. La *Gran Enciclopedia Asturiana*, editada por Silverio Cañada en Gijón, en 1970, tampoco se refiere a don Nicolás en su Tomo XIII. *Escritores y Artistas asturianos*, IDEA, Tomo VII, Oviedo, 1959, págs. 203 a 220, donde se biografía a sus parientes. La *Gran Enciclopedia Asturiana*, editada por Silverio Cañada en Gijón, en 1970, tampoco se refiere a don Nicolás en su Tomo XIII.

archivo personal de Fermín Canella el que nos arroja algo de luz. Concretamente, con un recorte del diario El Carbayón, donde el propio don Fermín, bajo el título «Nicolás Suárez Inclán» y dentro de una carpetilla en la que se refiere a él como «Senador»⁽²¹⁾, escribe el 23 de marzo de 1893:

«Antiguo funcionario de la carrera judicial hasta magistrado de Audiencia; doctor de la Universidad de Oviedo; tres veces diputado provincial, celoso del bien de Asturias y defensor decidido de las prerrogativas del Principado en 1880, Don Nicolás es Senador por el derecho que le dan sus condiciones de hombre docto, de trato afabilísimo y –lo que más importa para el caso– de arraigo e influencia.

En Avilés es un *industrial* acérrimo y decía ayer un compromisario: –Colás es conservador liberal; no confundir las señas».

Canella celebraba, con esta breve glosa, su primera acta de Senador, obtenida el 19 de marzo de 1893, por la provincia de Oviedo, al haber logrado 99 votos, También resultaron elegidos don José Canga Argüelles, con 102 sufragios y don Juan Uría y Luanco, con 87.

2. Elecciones claustrales en el siglo XX y los Rectores-Senadores

El 2 de junio de 1901, con un censo de 65 claustrales⁽²²⁾ y once días antes de fallecer Clarín, se presenta –como era el deseo de Canella– el propio Rector de la Universidad don Félix Pío de Aramburu y Zuloaga⁽²³⁾, quien obtiene un amplio respaldo (45 votos), lo que sin duda le anima a presentarse a la reelección el 10 de mayo de 1903, consiguiendo 42 sufragios. No obstante, como ahora se dirá, renovó el escaño hasta su muerte, diez años más tarde.

Las noticias de Canella sobre estas elecciones, por razón de fecha de edición de su *Historia...* se acaban aquí. Pero, como se ha señalado, todo ha podido recuperarse –las actas anteriores y las posteriores– gracias al archivo del propio Senado.

Aramburu vuelve a ser elegido el 10 de mayo de 1903, el 24 de septiembre de 1905(45 votos), el 5 de mayo de 1907 (50 votos) y el 22 de mayo de 1910 (55 votos). En el cuarto de sus mandatos parlamentarios tiene lugar el tercer centenario de la

(21) Archivo Tolivar Alas, Biblioteca "Ramón Pérez de Ayala" de Oviedo. Archivo Tolivar Alas, Biblioteca "Ramón Pérez de Ayala" de Oviedo.

(22) Puede consultarse en el Anexo. Está aprobado el 31 de enero de 1901 y en el mismo figuran 21 catedráticos, 28 profesores auxiliares, los 4 Directores de institutos (Oviedo, León, Gijón y Tapia y los 5 directores de Escuelas Especiales de Oviedo, León y Gijón. Puede consultarse en el Anexo. Está aprobado el 31 de enero de 1901 y en el mismo figuran 21 catedráticos, 28 profesores auxiliares, los 4 Directores de institutos (Oviedo, León, Gijón y Tapia y los 5 directores de Escuelas Especiales de Oviedo, León y Gijón.

(23) Nacido en Oviedo el 5 de mayo de 1848, fallecería en Madrid, siendo senador, el 13 de abril de 1913. Penalista, había sido Rector de la Universidad de Oviedo entre 1888 y 1905. Nacido en Oviedo el 5 de mayo de 1848, fallecería en Madrid, siendo senador, el 13 de abril de 1913. Penalista, había sido Rector de la Universidad de Oviedo entre 1888 y 1905.

Universidad de Oviedo, sin que conste que la presencia del ya exrector en el Parlamento tuviera notables consecuencias en la celebración, por lo demás de inusitada altura.

Fallecido don Félix el 30 de abril de 1913 –que también era, en aquel momento, Magistrado de la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo–, toma el relevo don Fermín Canella, quien, siendo Rector desde 1906, no pudo presidir la Mesa electoral, haciéndolo el Decano de Derecho, don Gonzalo Berjano, y venciendo, el 15 de junio de 1913 a su compañero don Aniceto Sela Sampil por 34 votos frente a trece. No deja de ser reseñable, en el año en el que celebramos los 125 de la Junta de Colonias Escolares de Salinas, tan vinculadas a la iniciativa pionera de don Aniceto, pero también a Canella, esta rivalidad electoral que, como ahora diré, se repetirá.

En efecto, el 22 de marzo de 1914, Canella vuelve a ser elegido, nuevamente frente al internacionalista Sela, por 42 votos frente a 24. El 16 de febrero anterior había presentado la dimisión como Rector, por incompatibilidad ya que la Real Orden de 8 de enero de dicho año de 1914, había prohibido simultanear el Rectorado y la senaduría y Canella opta por la segunda. No será el único. Entre sus homólogos, también hará lo propio el Rector de Zaragoza, don Ricardo Royo Villanova, reputado médico e investigador de la tuberculosis. Pero don Ricardo retornó, casi de inmediato al Rectorado hasta 1929. Volviendo a Oviedo, el 23 de abril de 1916, Canella, ya bajo la presidencia de mesa de su antiguo contrincante y ahora Rector, Aniceto Sela⁽²⁴⁾, se presenta sin rival y obtiene 42 sufragios.

El 10 de marzo de 1918 se repite la misma situación, obteniendo don Fermín 52 votos. Poco dura la legislatura y el 15 de junio de 1919, siendo desde el año anterior Rector don Jesús Arias de Velasco y Lugugo, hay nuevas elecciones claustrales, con el mismo proclamado, en este caso, por 58 papeletas.

El 2 de enero de 1921, Canella vuelve a obtener acta, en este caso por 45 votos. Pueden parecer cifras muy altas las alcanzadas por Canella. Pero, como los curiosos podrán comprobar en el anexo a esta Lección, el censo que se había aprobado el 30 de enero del año anterior, era mucho más amplio y, por tanto, la abstención ciertamente preocupante. Tenían derecho de sufragio activo 20 catedráticos; 57 profesores auxiliares, los 3 Directores de los Institutos de Oviedo, Gijón y León y los 9 de las Escuelas Especiales de las tres ciudades (incluida la que sería luego Facultad de Veterinaria). En total, 89 posibles votantes.

Las últimas elecciones a las que concurre Fermín Canella Secades son las de 13 de mayo de 1923, en las que es apoyado por 53 censados. Pocos meses le aguardaban a esa legislatura, aún más convulsa que las anteriores por el Golpe de Estado de Primo de Rivera. Y poca vida la restaba al carismático exrector, que moriría el 22 de marzo de 1924. Se extinguía una personalidad inimitable a la vez que se ponía fin al aún más prolongado período constitucional de nuestra historia, en aquella Restauración

(24) Cuyo mandato prácticamente coincidió con la I Guerra Mundial. Cuyo mandato prácticamente coincidió con la I Guerra Mundial.

de la alternancia que, desde Oviedo, había sido retratada de forma inmisericorde por un compañero de Claustro de don Fermín.

III. UNA ÉPOCA LEGISLATIVA MUY ACTIVA

Desde el 5 de abril de 1877, fecha en la que se celebran las primeras elecciones al Senado de la Restauración, hasta el Directorio de Primo de Rivera, son muchas las normas de innegable trascendencia y vigencia muy prolongada que pasan por las Cortes.

Baste recordar que es la época en la que culmina la codificación ya anunciada por la Constitución de Cádiz en su artículo 258 («el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes»). El Código Penal pudo aprobarse el 9 de julio de 1822, en la segunda vigencia de la Constitución gaditana, pero el Civil es presentado, como Bases, precisamente en el Senado por Alonso Martínez el 22 de octubre de 1881 y, el 24 de abril siguiente, ante la exigencia parlamentaria de un articulado de texto, se presentaron completos los libros I y II del Cuerpo legal, íntegramente promulgado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. El Código de Comercio llevará fecha 22 de agosto de 1885, entrando en vigor el 1 de enero siguiente. También se promulgó –ahora que el tema está de actualidad tras publicarse la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario– la segunda Ley Hipotecaria de nuestro país, el 16 de diciembre de 1909.

En el ámbito procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil, vigente hasta 2000, se aprobará por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, en virtud de la autorización concedida al Gobierno por la Ley de 21 de junio de 1880. La de Enjuiciamiento Criminal, en buena medida aún vigente, se aprobará por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, con arreglo a la autorización concedida al Gobierno por la Ley de 11 de febrero de 1881 y publicada en virtud del Real Decreto de 22 de junio de 1882.

En materia laboral también se aprueban leyes importantes: el 13 de marzo de 1900, la de trabajo de mujeres y niños y el 30 de mayo del mismo año, la de accidentes de trabajo. En fin, el 19 de mayo de 1908 se aprueba la Ley de Conciliación y Arbitraje y el 27 de abril del siguiente año, la de huelgas y coaliciones.

Y nada digamos de la legislación que conformó nuestro Derecho Administrativo moderno, en el que no hubo codificación, por lo inabarcable, pero en el que, en la Restauración, se gestaron en el Parlamento normas de trascendental importancia, como la conocida como Ley Azcárate de 19 de octubre de 1889, de la que García de Enterría llegó a destacar que había sido la primera del mundo en su ámbito y que, pese a confiar su desarrollo a cada Ministerio, incluyó reglas, denominaciones y garantías que aún perduran en su homónima de 1 de octubre de 2015. Y un año antes, había visto la luz la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, atribuida a Santamaría de Paredes, de 13 de septiembre de 1888, que, con la ulterior corrección procesal de la Ley Maura de 5 de abril de 1904 –la que asienta

la Sala Tercera del Tribunal Supremo— creará un modelo propio, judicializado, del proceso administrativo, desterrando, de forma insólita en el continente, el aforismo francés de «juger l'Administration c'est encore [aussi] administrer». Un modelo que hoy puede verse constitucionalizado en los artículos 106.1 y 153 c) de nuestra Carta Fundamental de 1978.

¿Y qué decir de la recepción, también venida de Francia, de la doctrina del dominio público, presente en el *Code Napoléon* de 1804, en sus artículos 537 a 541? Es cierto que antes, en materia de aguas, con el liberalismo moderado traído por la Constitución de 1845, se produjo en España un cambio orientado a una cierta intervención pública e imprescindible sobre las aguas, lo que ya existía en el Derecho del Reino de Valencia. Y así, en una modesta Real Orden de 24 de mayo de 1853, puede leerse a propósito de «una toma de posesión arbitraria que [se] dice viene en costumbre y por la cual los particulares, para apropiarse el río a los usos que les convienen, no necesitan más que echar en el mismo ciertas piedras que marcan la parte de él que intentan utilizar y en la cual se crean con sólo este acto, derechos de propiedad y de posesión a favor del ocupante», que la Reina ha tenido a bien disponer que no se «consienta semejante costumbre abusiva y contraria a las leyes del Reino, con arreglo a las cuales las aguas de los ríos y sus cauces son de dominio público y por tanto no susceptibles de apropiación privada; sin que fuera de los usos comunes que pertenecen a todos pueda establecerse en ellos ninguno privado, sino en virtud de Real autorización y con arreglo a los reglamentos de la Administración pública». Aunque esta Real Orden de 1853 sea una simple disposición administrativa, resulta claramente ilustrativa de los inicios, en nuestro país, de la doctrina de los bienes demaniales, importada del país vecino.

Pero, en este tema, y en los primeros momentos de la Restauración a la que sirvieron nuestros senadores de la Casa, se aprobaron la Ley sobre policía de ferrocarriles, de 23 de noviembre de 1877; la Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril, también de 1877, tras las bases aprobadas por las Cortes y promulgadas como ley en 29 de diciembre de 1876. También una Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, finalmente derogada, tras largas polémicas, en 1988 y una excelente Ley de aguas, de 13 de junio de 1879, sustancialmente vigente hasta 1985.

En fin, sin citar la normativa urbanística moderna, iniciada en 1864 con las técnicas de Ensanche, a las mismas dio importante cobertura la Ley de Expropiación Forzosa, de 10 de enero de 1879, que también importó de Francia los interdictos de retener y recobrar en vía civil frente a la vía de hecho por *manque de droit ou manque de procedure* de la Administración expropiante.

Sugerencia de nuevos estudios

Esta aportación que acabo de desarrollar, abre también las puertas a otras investigaciones relativas al patrimonio e ingresos de los senadores a los que me he referido. Como se ha dicho, para alcanzar escaño, la Ley de 1877 no sólo exigía votos, sino cuartos... o hectáreas. Recordemos que, también los representantes de las Corporaciones, debían, además de sus méritos profesionales. «disfrutar 7.500

pesetas de renta, procedente de bienes propios, o de sueldos de los empleos que no pueden perderse sino por causa legalmente probada o de jubilación, retiro o cesantía».

Y en la documentación del Senado, de todos los representantes de esta Universidad, obra una carpeta digital donde se pueden conocer pormenorizadamente las Rentas declaradas. No como en la actualidad, en las declaraciones de bienes de los cargos públicos, para cotejar la diferencia entre el antes y el después del mandato, sino, justamente, para poder ser elegible.

Pero eso, como acabo de señalar, quedará para mejor ocasión y más especializado investigador que el autor de estas líneas⁽²⁵⁾.

(25) El texto completo y la documentación digitalizada que los sustenta se hallan impresos por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo en diversos soportes.

EL USO DE FORMULARIOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

THE USE OF FORMS IN THE ADMINISTRATION OF JUSTICE

MÁXIMO JAVIER HERREROS VENTOSA

Letrado de la Administración de Justicia. Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (Sala Cuarta)

SUMARIO

- I. EL ORIGEN DE LA REFLEXIÓN
- II. EL CARÁCTER DE LA NORMA PROCESAL
- III. LA TECNOLOGÍA AL SERVICIO DEL PROCESO
- IV. UNA LLAMADA DE ATENCIÓN POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES
- V. EL EJEMPLO DE LA UNIÓN EUROPEA
 - 1. El proceso monitorio europeo
 - 2. El Proceso Europeo de Escasa Cuantía
- VI. CONCLUSIÓN
- VII. ANEXO

Resumen: Se expone la oportunidad de fomentar implantación de la tecnología digital en el proceso. Tras analizar la evolución de las formas procesales en el tiempo, se constata la lentitud de unos procedimientos judiciales todavía basados en el intercambio de textos de extensión indeterminada, incompatibles con el uso de la tecnología. Sin cuestionar la vigencia de los principios procesales, se intenta valorar la posibilidad de que el uso de los sistemas actuales de tratamiento de la información, acelere el curso de los procedimientos judiciales sin merma de aquellos principios; y se ponen finalmente como ejemplo, dos procesos creados en el seno de la Unión Europea para la solución de conflictos interterritoriales, en los que se prevé el uso normalizado de formularios.

Abstract: Here it is presented the opportunity to introduce digital technologies in the judicial procedure. After analyzing the evolution of different ways of procedure through time, it has been observed the slowness of traditional judicial processes.

These processes are still based upon the exchange of texts of indeterminate length, which are incompatible with the use of technology. Without questioning the effect of the principles of procedure, this is an attempt at evaluating the possibility of speeding up the course of judicial procedures using modern electronic systems, while respecting those same principles. Finally, as an example, are presented two procedures created by the EU for the settlement of interterritorial conflicts, procedures in which it's provided the use of forms.

Palabras clave: Proceso. Formularios. Tecnología.

Key words: Procedure. Forms. Technology.

I. EL ORIGEN DE LA REFLEXIÓN

Denominamos comúnmente Justicia a aquellos mecanismos que nuestra sociedad utiliza para solucionar los conflictos que surgen de la convivencia ordenada en el ámbito de un Estado de Derecho. El término filosófico justicia parece atender más a una aspiración natural del ser humano que a la confianza social en el acierto del juzgador cuya actividad, sin embargo, reconocemos imprescindible y garante de la paz social. El proceso se inserta precisamente en la existencia propia del oficio de juzgar para facilitar y objetivar su actividad. En nuestro ámbito es imposible concebir los conceptos de juez o tribunal sin vincularlos o condicionarlos necesariamente a la idea de proceso; sin que sea posible imaginar la actividad de quien juzga y decide sin un sistema reglado de normas por las que llevar a cabo aquella función. Diríamos por ello que el proceso se nos representa como necesario o directamente vinculado a la actividad jurisdiccional, hasta el punto de desconfiar de una solución judicial que no viniera «necesariamente» precedida del correspondiente proceso. Esta necesidad adquiere en nuestro país alcance constitucional al imponer el artículo 117.3 de la Constitución que el ejercicio de la potestad jurisdiccional se lleve a cabo según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan. Sin embargo esta confianza en la existencia de un proceso previo al fallo judicial añade a este una característica que contribuye a limitar su eficacia: la demora en el tiempo. Es esta «demora», este tiempo necesario, el origen de la presente reflexión: el proceso como tiempo de la respuesta judicial.

Cuesta imaginar cómo sería el diseño del minuto cero de la justicia en una sociedad nueva sin el peso absoluto del pasado. Sin duda sería preciso definir muchos de los conceptos y principios que conocemos y que se han ido articulando a lo largo del tiempo, pero sin duda también concebirlamos un sistema sin los lastres y las rémoras de instituciones preexistentes, cuando éstas han perdido ya la justificación que en su día las hizo necesarias. Esta hipótesis imaginaria sirve para comprender que el arrastre de un sistema consolidado que se ha ido articulando a lo largo del tiempo y sucesivamente ha necesitado adaptarse a distintas circunstancias históricas, conlleva como aluvión aspectos positivos y negativos que es preciso identificar y someter a una continua evaluación, porque del acierto de

dicho análisis depende en buena medida su eficacia y su supervivencia. No parece aventurado anticipar que el aspecto más negativo de nuestro sistema procesal es el que afecta al tiempo de desarrollo del proceso. La lentitud se ha convertido en la característica más repetida en la opinión pública a la hora de calificar nuestro sistema, y esta opinión general es acertada porque parece evidente que el tiempo de la actividad procesal, que en principio se reconoce necesario, es a la par excesivo.

II. EL CARÁCTER DE LA NORMA PROCESAL

Las leyes procesales constituyen la normativa básica a la que han de atenerse cuantos intervienen en el proceso. Así, tanto el órgano judicial como las partes se encuentran vinculadas por unos protocolos de actuación que fija la ley y consolidan la práctica de los tribunales. Esta protocolización de la actividad procesal tiene su expresión en una pluralidad de actos que desarrollan las partes y el órgano jurisdiccional y que son perfectamente reconocibles a partir de la codificación de nuestras leyes en el siglo XIX. En España, la necesidad del proceso tiene su enclave constitucional en el artículo 117 de la Constitución, en la sumisión única al imperio de la ley —en este caso ley procesal— que afecta a jueces y magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan. Para completar el marco constitucional en este ámbito, cabría añadir la apuesta por el procedimiento predominantemente oral, sobre todo en materia criminal (art. 120.2) y la necesidad de que las sentencias sean motivadas y se pronuncien en audiencia pública (art. 120.3).

A partir de dicho mandato, son las leyes procesales en los distintos órdenes jurisdiccionales las que van a describir las pautas de actuación de los órganos jurisdiccionales en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, imponiendo aquellos protocolos de actuación que señalan el camino no sólo al juzgador sino en general a todos cuantos intervienen en el proceso.

Las reglas del derecho procesal no son, para el jurista italiano Piero Calamandrei, «otra cosa que máximas de lógica, de buen sentido y de habilidad técnica, traducidas en reglas obligatorias... bajo el aspecto lógico, entre los códigos de procedimientos civiles o penales, que enseñan cómo se debe proceder...»⁽¹⁾. El mismo autor concluye más adelante: «el Estado ha sentido la necesidad de fijar a través de un sistema de reglas obligatorias (el corpus de las cuales constituye precisamente el derecho procesal), las fases y los mecanismos de la técnica judicial. No puede permitir que las formas de hacer justicia, que comprometen la autoridad del Estado, sean abandonadas a la improvisación y a la multiforme fantasía individual y, por tanto, traduciendo

(1) CALAMANDREI, P. *Proceso y Democracia*. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires 1960. Trad. Hector Fix Zamudio. Pág. 30.

su reglamentación en disposiciones jurídicas uniformes, ha querido asegurar que el método por el cual se cumple con la justicia, la más augusta entre las misiones del Estado, corresponda en todo caso a la razón: una razón de Estado reducida a operaciones obligatorias e iguales para todos»⁽²⁾.

La materia que conocemos como derecho procesal constituye un conjunto de normas jurídicas que tradicionalmente fueron abordadas desde un punto de vista meramente descriptivo. Es cierto que la ciencia procesal toma cuerpo como tal en el siglo XIX en aquel «recipiente liberal», al que se refería James Goldschmidt⁽³⁾, que viene a condensarse en nuestro país tras los vientos de la codificación, y que dieron origen a ese precipitado normativo que fueron los primeros códigos procesales: Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Sin embargo podría seguirse el rastro del contenido de muchas de las disposiciones de nuestros primeros códigos procesales decimonónicos retrocediendo hasta nuestras leyes históricas, desde el Fuero Juzgo (año 654), Las Partidas (Siglo XIII) o la Novísima Recopilación (1805), entre otras. La tradición legislativa ha ido estableciendo y consolidando fórmulas legales y patrones de actuación que pasaron a las leyes de enjuiciamiento sin alteración de su espíritu y en ocasiones sin alteración esencial de su literalidad.

Nos recuerda Manresa que en la Partida 3.^a, ley 40, tít. 2.^o se fijan los requisitos que debían contener las demandas, análogos a los que ahora se establecen: «En cualquier demanda, para ser fecha derechamente, deben ser catadas cinco cosas. La primera, el nome del juez ante quien debe ser fecha. La segunda, el nome del que la fase. La tercera, el de aquel contra quien la quiere facer. La cuarta, la cosa o la cuantía, o el fecho que demanda. La quinta, por qué razón la pide. Ca seyendo todas estas cosas puestas en la demanda, cierto puede el demandado saber por ellas en qué manera debe responder»⁽⁴⁾.

Alonso de Villadiego, en su Instrucción Política y Práctica Judicial (año 1617), describe el pleito civil ordinario en seis momentos: demanda; contestación, excepciones, sentencia de prueba, publicación de testigos y sentencia definitiva. El mismo autor define la demanda de la siguiente manera: «La demanda, así mismo para ser bien hecha, contiene en sí cinco cosas principalmente: a) el nombre del actor y del reo, lo que se pide, refiriendo el caso dello en breves palabras, b) y por qué causa y razón se pide, concluyendo, con pedir, que el reo sea condenado en cosa líquida y cierta, c) y que jure y declare al tenor della conforme a la ley d) y so la pena della, y que nombre procurador conocido con señalamiento de estrados en forma, y jurando, que de la demanda no la pone de malicia»⁽⁵⁾.

(2) Op. Cit. Pág. 32.

(3) GOLDSCHMIDT, J. Derecho Procesal Civil. Editorial labor 1936. Pag X.

(4) MANRESA Y NAVARRO, J. M. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid. Imprenta de la Revista de Legislación. 1910. Tomo III. Pág. 9.

(5) ALONSO DE VILLADIEGO. Instrucción política y práctica judicial, conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte y otros ordinarios del Reyno. Madrid. Juan de la Cuesta. 1617. Pág. 2.

Tras la obra de Alonso de Villadiego, siguiendo este repaso histórico en la redacción de los textos procesales referidos a la redacción de la demanda como acto esencial de iniciación del proceso, y con una diferencia de más de dos siglos llegamos a los artículos correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881. El artículo 224 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 tenía la siguiente redacción: «El juicio ordinario principiará por demanda, en la cual, *expuestos* sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho, se fijará con precisión lo que se pida, determinando la clase de acción que se ejercite y la persona contra quien se proponga»⁽⁶⁾. El texto del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 introdujo alguna variación al precepto: «El juicio ordinario principiará por demanda, en la cual, *expuestos* sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho, se fijará con claridad y precisión lo que se pida, y la persona contra quien se proponga la demanda. También se expresará la clase de acción que se ejercite, cuando por ella haya de determinarse la competencia»⁽⁷⁾.

Ya Manresa en sus comentarios a la primera Ley de Enjuiciamiento Civil (1855)⁽⁸⁾ concretaba como requisitos de la demanda, el nombre del actor, la expresión del juez ante quien se pide, la razón o causa de pedir, la cosa que se pide, la clase de acción que se ejercite y el nombre del demandado. A dichos requisitos, denominados «cardinales» por Manresa, añade este autor otros que exigía también la jurisprudencia, por considerar que se hallaban apoyados en la letra y el espíritu de aquella primera ley de enjuiciamiento Civil: la firma de letrado conocido, que sea extendida en papel «del sello» y la certificación del acto de conciliación o de haberse intentado sin efecto cuando por derecho correspondía; añadiendo finalmente que debía estar extendida en la forma admitida en la práctica, remitiéndose Manresa en ese momento a los propios formularios que incorpora su obra y advirtiendo que dicha forma comprende varias cláusulas «que según la opinión de un autor notable, unas son útiles, otras indiferentes, y ninguna necesaria... pues ni dan derechos que no correspondan, ni privarán de los que sean legítimos...»⁽⁹⁾.

Alcanzamos por fin a la redacción vigente del que debe ser el precepto análogo y heredero de los reseñados con anterioridad: el artículo 399 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por la Ley 1/2000, de 7 de enero. Dicho precepto establece:

1. «El juicio principiará por demanda, en la que, consignados de conformidad con lo que se establece en el artículo 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida.

(6) LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. Edición oficial 2.^a. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia. 1855.

(7) MANRESA Y NAVARRO, J. M. Op. Cit. Tomo III, pág. 8.

(8) MANRESA Y NAVARRO, J. M. Ley de enjuiciamiento Civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación. Madrid 1856. Tomo II. Pág. 33.

(9) Op. Cit. Pág. 45.

2. Junto a la designación del actor se hará mención del nombre y apellidos del procurador y del abogado, cuando intervengan.
3. Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, se formularán, valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecen convenientes para el derecho del litigante.
4. En los fundamentos de derecho, además de los que se refieran al asunto de fondo planteado, se incluirán, con la adecuada separación, las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda, así como sobre cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo.
5. En la petición, cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación. Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente».

La redacción del artículo 299 LEC transcrita supone sin duda un avance en la definición de una actividad procesal de postulación, que da origen al pleito, que delimita su contenido y lo que es más importante, empieza a exponer los límites no sólo del debate sino del poder del órgano jurisdiccional, que por vía del principio de congruencia ha de responder, conceder, reconocer o negar, estrictamente aquello que se está planteando solicitando u oponiendo. Razón de más, diríamos ahora, para insistir, como hace nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, en la perfecta exposición del debate por parte del demandante, sin perjuicio de entender que la cuestión no quedará configurada hasta que se reciba la respuesta del demandado, que por vía de contestación y de posible reconvencción, fijará definitivamente los términos a que habrá de sujetarse toda la actividad procesal y finalmente la propia sentencia. Así debe deducirse de lo que dispone el artículo 412.1 LEC: «Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente».

Expresiones como «numerados y separados»; «claridad y precisión»; «de forma ordenada y clara»; «adecuada separación»; «debida separación» y «por su orden y separadamente», ponen de manifiesto el interés con que el legislador expresa la necesidad de que, desde el principio de todo proceso, se expongan los términos del debate con nitidez y de forma comprensible para el resto de las partes y para el propio juzgador que ha de resolverlo. Sin embargo la redacción que el legislador da al mencionado artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de incidir en la necesidad de claridad, orden, separación y precisión de los términos, nunca ha avanzado en el sentido de diseñar cauces estrictos de formulación procesal. La ley procesal deja libertad al justiciable a la hora de diseñar la exposición de los

contenidos y de la argumentación en defensa de su interés. De manera paralela, y situados en el final del proceso dialógico, la sentencia tiene también una previsión legal en los artículos 208 y sobre todo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fijando para dicha resolución una estructura que describe los contenidos necesarios de su encabezamiento, los antecedentes de hecho, los fundamentos de derecho y el fallo, pero dejando libertad al juzgador para redactar el relato, no solo y por supuesto en cuanto a su contenido, sino en lo referido a la forma y ordenación de los materiales que lo conforman. No se debe olvidar que ese carácter estricto y limitado de las formas procesales respecto de las partes y del juzgador a la hora de redactar sus correspondientes relatos, tiene una justificación constitucional en el derecho a la tutela judicial efectiva (principio *pro actione*) en el caso de las partes, y en la garantía de independencia judicial, para quien ha de resolver.

En aplicación de todas aquellas reglas y principios descritos, y salvando por supuesto las diferencias que imprime la preponderancia en cada caso de los principios de oralidad o escritura, el proceso se representa a base de una ordenación sucesiva de narraciones, de textos cuya lectura e interpretación requiere la intervención de los protagonistas, que escribiendo sus argumentos y leyendo los de la contraparte, conducen al relato final que es la sentencia que pone fin al conflicto. El problema se plantea cuando sobre esta manera de trabajar de la actividad procesal se trata de incorporar la tecnología digital en el mismo sentido que ya se aplica al resto de las actividades, comerciales, profesionales, públicas y privadas etc., que permite formular peticiones, comprar y vender productos... y cualquier otra pretensión imaginable a través de los estrictos cauces de un formulario que exige insertar en el sitio preciso el dato requerido. Sería impensable hoy pretender matricularse en una universidad dirigiendo al rector de la misma un escrito con libertad de forma, o solicitar de igual manera la expedición de un billete de avión a una compañía aérea. Cualquier página web puede servir de ejemplo de esto. La tecnología impone sus formas y sus requisitos, y no parece que entre tales exigencias o formatos esté ya la narración extensa y casi literaria de las pretensiones. Esto no quiere decir que la actividad de los intervinientes en el proceso pueda equipararse a esas otras actividades que hemos puesto como ejemplo; porque la actividad procesal es en esencia argumentación y exposición de las propias razones. Sin embargo no debe olvidarse que aparte de la actividad puramente argumentativa, en el proceso confluyen otro tipo de contenidos más convencionales –de aportación de datos, probatoria en general y ordenadora de todo el material necesario para resolver– que sí puede resultar compatible con la utilización de la tecnología. Así los actos de comunicación, han sido quizá los primeros beneficiarios del uso de la tecnología en el proceso, abreviando de manera sustancial los tiempos de espera. La experiencia en materia de actos de comunicación nos demuestra que queda margen todavía para avanzar en el desarrollo tecnológico, si pensamos en la frecuente conflictividad que aún genera en el proceso el mero cómputo de los plazos, cuando la tecnología permitiría ya comunicar a la parte, al tiempo que se constata la recepción de una notificación, cuál sea la fecha y hora finales del plazo de presentación en su caso de un determinado escrito o recurso a que hubiere lugar.

Este uso de la tecnología en el proceso y en la Administración de Justicia en general es lo que ha venido a definirse como «e-justicia»⁽¹⁰⁾. Sin embargo, no resulta fácil imaginar hoy cuál vaya a ser el resultado de la incidencia de la tecnología sobre nuestro proceso, sin perjuicio de reconocer ya que el uso de la tecnología conllevará un factor de transformación radical sobre unos protocolos de actuación basados hasta ahora en un paradigma bien distinto⁽¹¹⁾.

III. LA TECNOLOGÍA AL SERVICIO DEL PROCESO

Hemos tomado como ejemplo la descripción de la demanda y su evolución en nuestra legislación procesal para exponer que las sucesivas redacciones se han extendido en la necesidad de detallar los requisitos imprescindibles para poder considerar suficiente este acto de iniciativa procesal de parte. Sin embargo la vigente redacción del artículo 399 de la Ley de enjuiciamiento Civil se enfrenta a la irrupción de una tecnología que está presente ya en todos los ámbitos de la actividad social y que viene imponiendo de hecho unas reglas propias, a las que tarde o temprano también va a tenerse que adaptar la Administración de Justicia y la actividad procesal. Los requisitos, sin duda necesarios y detallados que la ley procesal contiene, han dejado hasta hoy a disposición de los intervinientes en el proceso la libertad de forma que permitía, y sigue permitiendo, un método de trabajo escrito, que progresivamente estamos viendo desaparecer en todo nuestro entorno social. La realidad de un mundo plenamente identificado con la digitalización hace que no nos parezca extraño contemplar a nuestro alrededor cada día menos montones de periódicos en los quioscos, que utilicemos menos papel moneda, que cumplimentemos menos impresos ante las Administraciones y servicios públicos y por supuesto, que a título individual hayamos dejado de remitir cartas por medio de los servicios postales. A cambio, nuestra comunicación se incrementa por vía tecnológica a través de unos pequeños objetos que nos acompañan ya de manera permanente, y en los que encontramos al instante cualquier información, cualquier dato, y con los que compramos, vendemos, acordamos y nos comunicamos en general con absoluta normalidad. Al tiempo, hemos de reconocer igualmente que tras del uso de estos «nuevos» instrumentos de comunicación, los contenidos de nuestros mensajes han variado también de manera radical, reduciendo su extensión en favor de una inmediatez, que además en muchos casos reconocemos innecesaria. La tecnología no sólo ha alcanzado ya el ámbito de nuestras relaciones sociales y familiares y de nuestro ocio, sino que se encuentra plenamente extendida en la

(10) BUENO DE MATA, F. Big Data judicial e inteligencia artificial: próximos desafíos del derecho procesal en la sociedad de la información. (en obra colectiva) La globalización del Derecho Procesal. Tirant lo Blanch, Valencia 2020. Págs 215-235.

(11) RUIZ SOTO, P. Con la venia del algoritmo, (en obra colectiva). El Enjuiciamiento Civil y Penal hoy. IV memorial Manuel Serra Domínguez. Atelier, Libros Jurídicos, 2012. Coord. Cachón Cadenas y Pérez Daudí. Págs. 751-753.

práctica totalidad de la actividad comercial, científica, académica... y aquí es donde cabe preguntarse: ¿y por qué no procesal?

José de Vicente y Caravantes, considerado por Montero Aroca «el mejor procedimentalista del siglo XIX sin duda alguna»⁽¹²⁾, en su «Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento», tras reflexionar sobre la calificación como «adjetivas» hecha por Bentham con referencia a las leyes del procedimiento para distinguirlas de las leyes principales o civiles, que Bentham calificaba como sustantivas, identifica «otras reglas en los juicios o procedimientos que se fundan en el derecho arbitrario o positivo, puramente reglamentarias, tales como las que prescriben las formas de la citación, los términos para comparecer en juicio, el género de pruebas, las fórmulas de las sentencias, las reglas para su ejecución, y en una palabra, todas aquellas que constituyen la marcha de la tramitación, sus expedientes, condiciones y líneas de defensa establecidas para contrarrestar los ataques que dirige contra el procedimiento mismo el artificio o mala fe de los litigantes». Sigue diciendo el mismo autor, «estos son los procedimientos sobre que se pueden introducir más libremente las reformas que prescriban la variación de las costumbres y de la naturaleza de los gobiernos y los progresos de la ciencia y de la civilización». Y concluye el párrafo. «Muy distintos eran los tiempos en que el demandante arrojaba su capa alrededor del cuello de su adversario, para obligarle a comparecer ante el magistrado *obtorro collo*, de los que se emplaza y cita al reo por medio de escribanos y de agentes judiciales»⁽¹³⁾.

Siguiendo el discurso abierto por los procesalistas clásicos, ya en el Siglo XX, la tensión entre los dos sistemas, de libertad de formas o de estricta legalidad en referencia a los actos y las formas procesales, se resuelve claramente en favor del principio de legalidad siendo finalmente la ley la que ha impuesto su disciplina en formas y tiempos, creando toda la metodología que es el objeto de estudio del derecho procesal. En torno a la forma de los actos procesales ha construido también la doctrina procesal unos principios identificadores en garantía del buen fin del proceso como alternativas de la consecución óptima de su objetivo: la solución de un conflicto entre partes. Así aparecen los principios de oralidad y escritura, de intermediación, de concentración, celeridad, igualdad de partes, publicidad, y de preclusión.

El desarrollo doctrinal de los principios procesales y su conexión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ofrece un nuevo relieve a dichos principios, sin que dicha relevancia haya aprovechado sin embargo a la eficacia del proceso al nivel que demanda una sociedad transformada tecnológicamente en unas pocas décadas. La siempre lenta incorporación de la tecnología al proceso no parece haber puesto hasta ahora en cuestión la vigencia de aquellos principios clásicos, y sin

(12) MONTERO AROCA, J. Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario. Cuadernos Civitas. Madrid 1982. Pág. 45.

(13) DE VICENTE Y CARAVANTES, J. Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios. Madrid. Imprenta de Gaspar y Roig, Editores. 1856.

embargo la sociedad sí cuestiona abiertamente su resultado, al comprobar que los ritmos de la actividad procesal tienen ya muy poco que ver con el ritmo normal o la medida del tiempo en las relaciones sociales que surgen de la intercomunicación y de la difusión de la información. El «tempo lento» de la Justicia en la solución de conflictos, resulta ya abiertamente insatisfactorio para el ciudadano justiciable, que comprueba cómo es posible establecer compromisos a través de unos mecanismos normalizados para el mercado y la actividad de las sociedades modernas y cómo a la Justicia le cuesta incorporar dichos mecanismos para solucionar los conflictos creados al amparo de aquellos. La propia alternativa oralidad-escritura fracasa ante un entorno digital imposible de prever para quienes formularon aquellos patrones clásicos, debiendo cuestionarse si la tecnología se ha incorporado a aquellas categorías o sencillamente las ha eclipsado para sustituirlas definitivamente⁽¹⁴⁾.

La Administración de Justicia ha vivido ajena a la evolución de la tecnología y el uso que de ella ha hecho y aún hace –por supuesto mucho más lentamente que el que se hace en otros ámbitos como la medicina, los medios de comunicación o los transportes– se incorpora a la actividad jurisdiccional de una manera absolutamente tangencial, procurando que no afecte a la esencia de su actividad, y sin llegar a analizar si esa incidencia pudiera en definitiva resultar beneficiosa a los ciudadanos como justiciables en el sentido de lo que fundamentalmente importa, que es la resolución de sus conflictos de una manera ágil, accesible y comprensible. Hoy día la actividad que desarrollan juzgados y tribunales sigue siendo puramente mecánica⁽¹⁵⁾. Los operadores que intervienen en el proceso: las partes y los profesionales, los jueces y letrados de la Administración de Justicia, y los funcionarios han incorporado lentamente el uso de la tecnología al desarrollo del proceso sin que la normativa procesal se haya visto en absoluto impregnada de su influencia social. El resultado de tal influjo, lejos de beneficiar al proceso, lo convierte en un instrumento más lento y pesado si cabe, porque sobre el esquema de un desarrollo puramente mecánico de agregación de textos compactos, ilegibles para la actual tecnología, se han añadido al trabajo procesal una serie de recursos que permiten incidir en el carácter narrativo y extenderlo con mínimo esfuerzo, sin añadir apenas nada a la claridad, concisión y precisión que las leyes procesales pretenden.

Es evidente que la imprescindible actividad argumentativa que requiere el proceso dialógico tiene un difícil encaje exclusivo en los apartados que un formulario, por extenso y detallado que fuese, pudiera ofrecer al profesional, al juzgador o al justiciable; pero no puede desconocerse tampoco que la Administración de Justicia no puede quedar al margen de los ritmos vitales que impone una tecnología ya presente en todos los ámbitos. El proceso judicial hoy debe adaptarse ya e inspirarse en esa realidad tecnológica del mismo modo en que otras realidades en siglos pasados

(14) AMONI REVERÓN, A. De los procedimientos orales a los electrónicos. La e-justicia. (en obra colectiva) FODERTICS Estudios sobre Derecho y nuevas tecnologías. Federico Bueno de Mata (coord..) andavira editora 2012. Págs. 27-41.

(15) NIEVA FENOLL, J. Inteligencia artificial y proceso judicial. Marcial Pons. 2018. Pag 24.

inspiraron el proceso judicial que se consolidó en nuestra codificación del siglo XIX, y de cuyas instituciones y hábitos aún hoy somos tributarios.

IV. UNA LLAMADA DE ATENCIÓN POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES

Atendiendo a las necesidades de concisión y claridad, nuestros tribunales empiezan a sugerir la necesidad de adoptar formatos más racionales, procurando generar hábitos de trabajo que incidan ya plenamente en el uso de la tecnología y desechando al mismo tiempo las actuaciones sobre el papel como soporte exclusivo de los autos. En el sentido indicado puede entenderse el pronunciamiento hecho por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en el Acuerdo de 20 de abril de 2016, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. En la justificación de dicho Acuerdo el Tribunal Supremo recuerda el mandato de la Ley 18/2011 de 5 de julio Reguladora del uso de las tecnologías de la información y comunicación en la Administración de Justicia, que tiene entre sus objetivos generalizar el uso de las nuevas tecnologías, utilizando medios electrónicos y previendo la presentación telemática de los escritos por parte de los profesionales o su posterior digitalización, añadiendo la necesidad de acompañar a todo escrito iniciador de un procedimiento de un formulario normalizado debidamente cumplimentado. La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, en la justificación del Acuerdo manifiesta que el establecimiento de normas o instrucciones destinadas a regular la extensión máxima y otros requisitos extrínsecos de los escritos que se presentan ante el Tribunal Supremo constituye una novedad en nuestro ordenamiento, pero no es desconocida en otros tribunales de nuestro entorno. Menciona por ejemplo, el Tribunal General o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que disponen de normas que regulan de forma muy detallada la extensión máxima, el formato y estructura de los escritos que se presentan y las consecuencias anudadas a su incumplimiento. En el mismo sentido, sigue el Acuerdo, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Supremo de los EEUU disponen de normas similares, habiendo introducido algunos países de la Unión Europea previsiones para regular la extensión máxima de los escritos. Estas normas, concluye el Acuerdo, tienen la doble finalidad de facilitar la lectura, análisis y decisión de los escritos y establecer una estructura y formato uniformes con vistas a su presentación telemática o a su posterior tramitación digital, permitiendo una rápida localización del propósito del escrito y de los datos de identificación necesarios. El Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo finalmente establece unas normas que limitan la extensión máxima de los escritos de interposición con la determinación del texto como fuente y tamaño de letra, estructura, carátula con datos concretos, contenido de los escritos en apartados separados y extensión máxima.

Acogiéndose al mismo objetivo expresado por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, su Sala Primera alcanza el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional, de 27 de

enero de 2017, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. En dicho Acuerdo, y con referencia a los requisitos de la estructura de los recursos, la Sala recuerda que se trata de recursos extraordinarios sujetos a determinadas exigencias técnicas que justifican un mayor rigor formal que en los recursos ordinarios, añadiendo que el Tribunal venía observando cómo muchos de los escritos de interposición presentaban una extensión desmesurada, que lejos de facilitar su resolución dificultaba el trabajo de la fase de admisión y entorpecía el correcto entendimiento de las pretensiones del recurrente, introduciendo confusión en el debate y provocando en muchas ocasiones que los argumentos relevantes quedaran oscurecidos en un cúmulo de alegaciones reiterativas e incluso contradictorias. La Sala Primera dispone que en trámite de admisión del recurso de casación se dé cumplimiento estricto a lo previsto en el artículo 481.1 LEC y que la necesaria extensión del escrito de interposición sea la adecuada para que el recurso cumpla su función, que no ocurre cuando la argumentación es esquemática o demasiado escueta ni tampoco cuando es tan extensa que impide conocer el verdadero fundamento del motivo, proponiendo que el cuerpo del escrito se estructure en dos partes perfectamente diferenciadas; la primera en la que se precisa la norma que habilita para interponer el recurso y la segunda en la que se exponen los motivos del recurso con los requisitos concretos del encabezamiento de cada motivo y los de su desarrollo.

V. EL EJEMPLO DE LA UNIÓN EUROPEA

En octubre de 1999, en la reunión del Consejo Europeo de Tampere se invitó al Consejo y a la Comisión a elaborar una nueva legislación en aspectos que son decisivos para allanar el camino a la cooperación judicial, mejorar el acceso a la justicia y establecer unas normas de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos, relativos a demandas de escasa cuantía en materia de consumo o de índole mercantil⁽¹⁶⁾. Al amparo de dicha invitación del Consejo Europeo aparecen en el panorama normativo de la Unión Europea el proceso monitorio europeo y el proceso europeo de escasa cuantía⁽¹⁷⁾.

(16) BUENO DE MATA, F. La desmaterialización de los procedimientos en la UE: especial referencia a la mediación online y al proceso monitorio europeo. (en obra colectiva) FODERTICS. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia. Comares. Granada 2015. Págs. 9-18.

(17) REGLAMENTO (UE) n.º 936/2012 de la Comisión, de 4 de octubre de 2012, por el que se modifican los anexos del Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo.

REGLAMENTO (UE) 2015/2421 del parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 1896/2006 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) n.º 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo.

REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2017/1260 de la Comisión, de 19 de junio de 2017 por el que se sustituye el anexo I del Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo.

1. El proceso monitorio europeo

Se crea por el Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 y fue modificado por el Reglamento 2015/2421, habiéndose modificado o sustituido los anexos en varias ocasiones desde su entrada en vigor. Este procedimiento tiene como objetivo el cobro rápido de créditos pendientes (créditos pecuniarios, de importe determinado, vencidos y exigibles en la fecha en que se presenta la petición de requerimiento europeo de pago) que no son objeto de controversia jurídica, en asuntos transfronterizos. El propio Reglamento, en su Considerando 11, declara que el proceso «debe basarse, en la mayor medida de lo posible, en el uso de formularios para cualquier comunicación entre órganos jurisdiccionales y las partes, con el fin de facilitar su administración y permitir el procesamiento automático de datos». Unido al uso de formularios, el Reglamento pone especial énfasis en los métodos de notificación de los documentos y de manera especial la notificación de requerimiento europeo de pago, descartando métodos que puedan basarse en una ficción legal, al ser dicho requerimiento el momento esencial del proceso monitorio, de cuya eficacia dependerá su resultado en función de la actitud del demandado tras dicho requerimiento.

El procedimiento se desarrolla y se articula con referencia a los formularios que el Reglamento incorpora como anexos, iniciándose con la petición de requerimiento europeo de pago, que ha de presentarse en el formulario A del anexo I y en el que de manera ordenada el justiciable encuentra numerados los apartados referidos al Órgano Jurisdiccional; partes y representantes de las mismas; criterios de competencia del órgano jurisdiccional: carácter transfronterizo del asunto; datos bancarios; principal, con referencias detalladas al origen de la deuda, las circunstancias alegadas y otras precisiones adicionales; intereses; penalizaciones contractuales; costas; medios de prueba que acrediten la deuda y finalmente otras alegaciones e información complementaria y apéndices finales donde se puede hacer constar los datos bancarios a efectos del pago de tasas judiciales por el demandante y oposición a un traslado al proceso civil ordinario.

A partir del referido formulario A, el procedimiento articula sus fases posteriores remitiéndose en cada una de ellas al correspondiente formulario: Examen de la petición por el órgano jurisdiccional basándose en el formulario de la petición, pudiendo revestir dicho examen la forma de un procedimiento automatizado. Tras el examen de la petición se concede a la parte la opción de completar o rectificar la petición, utilizando el órgano jurisdiccional para ello el formulario B y sucesivamente, la modificación de la petición por medio de formulario C, pudiendo ser desestimada dicha petición, por medio del formulario D. El reglamento prevé alternativamente la expedición de un requerimiento europeo de pago mediante el formulario E y la formulación de oposición al requerimiento de pago valiéndose del formulario F y declaración de ejecutividad por medio de formulario G.

La reforma introducida por el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015, otorga al demandante la posibilidad, en caso de presentarse por el demandado escrito de oposición al requerimiento de pago, de indicar al órgano jurisdiccional su solicitud de que el proceso continúe con

arreglo a las normas del proceso europeo de escasa cuantía o el que corresponda del proceso civil nacional, o incluso de manifestar ya al órgano jurisdiccional en ese momento inicial de la petición de requerimiento europeo de pago, que se opone al traslado a un proceso civil de los indicados anteriormente. Finalmente la reforma aludida otorga a la Comisión los poderes para adoptar actos delegados, con arreglo al art. 31 en lo referente a la modificación de los anexos I a VII⁽¹⁸⁾.

La Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía manifiesta en su Preámbulo que su objeto, entre otros, es permitir la plena aplicación del Reglamento comunitario por los tribunales españoles y aclarar la tramitación de estos nuevos procedimientos judiciales caracterizados por el uso de formularios y reservados exclusivamente para litigios transfronterizos y establecer la obligación de las Administraciones públicas competentes de poner a disposición tanto de los tribunales como del público los formularios que se puedan prever en cualquiera de las normas que integran ese Derecho procesal europeo. La Ley 4/2011 añade una nueva disposición final vigésima tercera a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en la que se determina el órgano competente para el conocimiento del proceso monitorio europeo, su inicio a partir de la presentación a través del formulario A, sin necesidad de aportar documentación alguna, la posibilidad de emitir un decreto del letrado de la Administración de Justicia para requerir que se complete o rectifique la petición y la necesidad de dictar auto, por parte del juzgador, para aceptar o rechazar la propuesta que se formula. También deberá adoptar la forma de Decreto la expedición del requerimiento de pago, y en la forma prevista en el formulario E del anexo V del Reglamento. Igualmente se prevé la competencia para la revisión de un requerimiento europeo de pago y el procedimiento de revisión que se tramitará y resolverá de conformidad a lo previsto en la LEC para la revisión de sentencias firmes a instancia del litigante rebelde y la revisión del requerimiento expedido de forma manifiestamente errónea, se realizará a través del incidente de nulidad de actos judiciales. Las notificaciones se llevarán a cabo con arreglo a lo dispuesto en la LEC, siempre que se trate de medios de comunicación previstos en el Reglamento (CE) n.º 1896/2006, prioritariamente por medios informáticos y telemáticos y en su defecto por cualquier otro medio que permita tener constancia de la entrega al demandado. Las cuestiones no previstas en el Reglamento se regirán por lo previsto en la LEC para el proceso monitorio. Los procedimientos de ejecución en España de los requerimientos europeos se regirán por lo dispuesto en la LEC⁽¹⁹⁾.

2. El Proceso Europeo de Escasa Cuantía

Se crea por el Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.

(18) ESPINIELLA MENÉNDEZ, A. La reforma de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía. La Ley Unión Europea, núm. 33, 2016.

(19) GONZÁLEZ CANO, M. I. *Proceso monitorio europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Entre sus objetivos se encuentra la necesidad de remover los obstáculos para la obtención de una sentencia rápida y poco costosa; obstáculos que aumentan en los asuntos transfronterizos, por lo que el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea consideraron necesario establecer normas uniformes basadas en los principios de simplicidad, rapidez y proporcionalidad. Se trata de un instrumento opcional, y así se declara, que se añade a las posibilidades ya existentes en la legislación de los Estados miembros⁽²⁰⁾.

En el Reglamento se manifiesta que para facilitar el inicio de este proceso, el demandante debe realizar una solicitud cumplimentando un formulario de demanda que debe enviarse al órgano jurisdiccional competente. El proceso es fundamentalmente escrito, salvo que el órgano jurisdiccional considere necesaria la celebración de una vista oral o una de las partes así lo solicite. La compensación opuesta por el demandado no constituye en este caso una demanda reconvenzional, por lo que no está obligada la parte a utilizar el formulario estándar correspondiente. Expresamente se manifiesta que la asistencia práctica que debe poner a disposición de las partes debe incluir información técnica sobre la disponibilidad y cumplimentación de los formularios y la información sobre cuestiones de procedimiento también puede ser proporcionada por el personal del órgano jurisdiccional. El Reglamento confiere competencias a la Comisión para que adopte las medidas necesarias, entre otras, para las actualizaciones o enmiendas técnicas de los formularios que figuran en los anexos del Reglamento.

El proceso europeo de escasa cuantía se inicia cumplimentando el demandante el formulario estándar de demanda (anexo I) y presentándolo directamente ante el órgano jurisdiccional. Dicho formulario de demanda incluirá una descripción de los elementos probatorios en que se fundamenta la demanda y todo documento justificativo pertinente. El órgano jurisdiccional, si así lo estima, ofrecerá al demandante la posibilidad de completar o rectificar el formulario o de proporcionar la documentación pertinente, utilizando a tal efecto el formulario estándar B (anexo II). El Reglamento dispone que los Estados miembros velarán porque todos los órganos jurisdiccionales ante los cuales pueda incoarse el procedimiento europeo de escasa cuantía dispongan del formulario de demanda. En aquellos casos en los que se requiera al demandante para subsanar su solicitud o finalmente deba desestimarse ésta, las resoluciones que deba dictar el órgano jurisdiccional adoptarán la forma procesal correspondiente (en nuestro caso Decreto del Letrado de la Administración de Justicia o Auto del Juez). Recibido el formulario de demanda y en el caso de estar debidamente cumplimentado, el órgano jurisdiccional cumplimentará la parte I del formulario estándar de contestación C (anexo III), que se enviará al demandado junto con la copia del formulario de demanda y de los documentos justificativos que se hubieran presentado. El demandado deberá responder cumplimentando la parte II del formulario estándar de contestación C y devolviéndola al juzgado o por cualquier otro medio, sin hacer uso del formulario de contestación. La reconvencción podrá presentarse mediante el formulario estándar A y los documentos justificativos. Una vez recibida la respuesta del demandado o la contestación del demandante, el

(20) GONZÁLEZ CANO, M. I. *Proceso europeo de escasa cuantía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

Reglamento establece la posibilidad al juzgador de solicitar a las partes información complementaria; práctica de prueba o citación a las partes a una vista oral.

En el procedimiento europeo de escasa cuantía no se exige a las partes la representación por abogado u otro profesional del derecho y se prevé el deber de los Estados miembros de garantizar que las partes reciban asistencia práctica para cumplimentar los formularios, debiendo informar el órgano jurisdiccional a las partes sobre las cuestiones procesales e incluso tratar de conseguir entre éstas una conciliación. El procedimiento finaliza por sentencia que será ejecutiva sin perjuicio de un posible recurso, reconociéndose al demandado el derecho a solicitar una revisión de la sentencia en caso de apreciarse defectos en la notificación del formulario de demanda o en el caso de que el demandado no haya tenido posibilidad de oponerse a la demanda por causas de fuerza mayor o circunstancias extraordinarias. Finalmente, el Reglamento remite de manera subsidiaria a la legislación procesal del Estado miembro en el que se desarrolle el proceso.

En el caso del Proceso Europeo de Escasa Cuantía, el Reglamento de creación del mismo incluía el formulario de demanda (formulario A); formulario por el que el órgano jurisdiccional solicita que se complete o rectifique el de demanda (formulario B); formulario de contestación (formulario C) y certificado relativo a una sentencia dictada en el proceso europeo de escasa cuantía (formulario D).

El Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015 vino a modificar los Reglamentos por los que se crearon los dos procedimientos, monitorio y de escasa cuantía, afectando dicha modificación en mayor medida al procedimiento europeo de escasa cuantía. Así, el límite de 2.000 € se sitúa ahora en 5.000 €. En caso de desestimación de la demanda de añade el deber de informar al demandante de dicha desestimación y del recurso, si cabe. Los Estados se asegurarán de que el formulario de demanda esté disponible en todos los órganos jurisdiccionales ante los que pueda iniciarse el procedimiento y se añade la posibilidad de que el juzgador celebre una vista oral si considera que no es posible dictar sentencia sobre la base de las pruebas escritas y la facultad de hacer uso en la vista de cualquier tecnología de comunicación a distancia adecuada de que se disponga. La reforma insiste en el deber de los Estados de garantizar a las partes la asistencia necesaria para cumplimentar los formularios, así como la información general de los órganos competentes, dentro del Estado, para dictar sentencia en el procedimiento europeo de escasa cuantía. Se prevé la solicitud de revisión de la sentencia por parte del demandado que no se haya personado⁽²¹⁾, en aquellos casos en los que no se le hubiese notificado el formulario de demanda o no se le hubiera citado a la vista oral de forma que pudiera preparar su defensa; si bien respecto del proceso español la revisión exigirá que el demandado haya permanecido de manera constante en rebeldía por desconocimiento del pleito o por fuerza mayor. En caso de transacción entre las partes, homologada por un órgano jurisdiccional o celebrado ante el mismo en el curso

(21) VIDAL FERNÁNDEZ, B. Novedades en el proceso europeo de escasa cuantía. (en obra colectiva) Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar. J. M. Boch (2016). Pag 71.

del proceso y que sea ejecutable en el Estado del órgano que sustanció el proceso, será reconocida y ejecutada en otro Estado miembro en las mismas condiciones que una sentencia dictada en el proceso europeo de escasa cuantía.

La doctrina procesal⁽²²⁾ ha insistido en la necesidad de facilitar la cumplimentación electrónica de los formularios y evitar el exceso de caracteres que incrementen el peso del archivo. Al igual que ocurriera con el proceso monitorio europeo, respecto del procedimiento europeo de escasa cuantía, se introducen las previsiones necesarias en el ordenamiento español a través de la ya mencionada Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, añadiendo a la LEC una disposición final vigésima cuarta de medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (CE) n.º 861/2007, de 11 de julio de 2007. En dicha disposición final se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso al juzgado de primera instancia o de lo mercantil teniendo en cuenta el objeto de la reclamación, atendiendo a la competencia territorial conforme a la legislación española y remitiéndose respecto de las cuestiones procesales no previstas en el Reglamento a las normas que rigen el juicio verbal. En el apartado 10 de dicha disposición final se dispone que los originales de los formularios contenidos en los anexos del Reglamento integrarán los autos tanto en los casos en los que sea un tribunal español el que resuelva el proceso como en los casos en los que España sea estado de ejecución, expidiéndose al efecto las copias testimoniadas que correspondan.

La Unión Europea en el Reglamento (CE) n.º 861/2007 que establece el Proceso Europeo de Escasa Cuantía, en sus considerandos iniciales, impone a los Estados miembros el deber de fomentar la utilización de las tecnologías de comunicación actuales, siempre que se respete el Derecho interno del foro, añadiendo que la asistencia práctica que debe ponerse a disposición de las partes debe incluir información técnica sobre la disponibilidad y cumplimentación de los formularios. La técnica del formulario como cauce procesal no sólo implica introducir un criterio simplificador y un orden estricto de aportación de datos y materiales al proceso, sino una técnica de tramitación de guiada del procedimiento susceptible de desarrollarse con mayor control y celeridad. El profesor Nieva Fenoll insiste en ello: «Para conseguir ese ahorro de tiempo y recursos, bastaría con que las partes plantearan sus demandas y defensas a través de una aplicación, es decir, lejos del estilo literario que hoy se emplea todavía para solicitudes tan simples como la reclamación de una cantidad de dinero no discutida o un desahucio por falta de pago»⁽²³⁾.

VI. CONCLUSIÓN

A pesar de la dificultad que hasta ahora ha encontrado la Administración de Justicia, y aún sigue encontrando, para transformar el modelo tradicional de tramitación de

(22) VIDAL FERNÁNDEZ, B. Op. Cit. Pág. 76.

(23) NIEVA FENOLL, J. Op. Cit. Pág. 25.

asuntos, basado sobre todo en la utilización de expedientes impresos, la tecnología se ha instalado en otros ámbitos de la jurisdicción, si bien de manera fragmentaria, incompleta y, desde luego, insuficiente. Así, en buena medida, el sistema de reparto de asuntos entre órganos judiciales se realiza de forma totalmente automatizada, en una función que constituye la garantía última del derecho de todo ciudadano, como justiciable, al juez legal predeterminado por la ley. Del mismo modo, y al servicio de los profesionales de la justicia y de los propios órganos jurisdiccionales los sistemas de tratamiento y búsqueda de jurisprudencia y legislación, constituyen una de las apuestas más avanzadas en el uso de la tecnología al servicio de la justicia y sus servidores. Los sistemas de notificación de resoluciones han venido a sustituir de manera rápida y garantista a las antiguas fórmulas de notificación por correo o a domicilio, y el hecho de que su funcionamiento pueda ser perfectible no impide reconocer el enorme avance de tales sistemas de comunicación, por la rapidez y la garantía que aportan a las relaciones entre los intervinientes en el proceso, haciendo de su interacción una actividad más dinámica y eficaz. En este sentido avanza de nuevo la Unión Europea al prever en el Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, en su Considerando 14, que todos los métodos de notificación enumerados en los artículos 13 y 14 del mismo se caracterizan por ofrecer bien una certidumbre total o un alto grado de probabilidad de que el documento notificado ha sido recibido por su destinatario. En el elenco de sistemas de notificación se introducen ya, junto con los tradicionales de notificación personal y por correo con acuse de recibo, la notificación por medios electrónicos como telecopia o correo electrónico o medios electrónicos, y en el caso de las notificaciones sin acuse de recibo, la notificación por medios electrónicos con acuse de recibo acreditado mediante una confirmación automática de entrega, siempre que el deudor haya aceptado expresamente con anterioridad este medio de notificación.

En otras proyecciones hacia el imperio de lo tecnológico se menciona, y se descarta, la posibilidad del uso de sistemas expertos que puedan llegar a sustituir al juzgador en el proceso de toma de decisiones, sin perjuicio de reconocer la posibilidad de que la inteligencia artificial contribuya a aliviar la tarea del jurista y del juez y a mejorar la calidad y operatividad de los sistemas jurídicos⁽²⁴⁾. Pero son sin embargo los sistemas de tramitación el auténtico talón de Aquiles de la Administración de Justicia, porque recae sobre ellos todo el peso de su imagen exterior de cara a la sociedad en general y a cada ciudadano que acude a los tribunales. El trámite procesal transcurre aún a base de agregación de escritos y resoluciones impresas que constituyen todavía hoy para una buena parte de los profesionales su hábitat natural, que arrastra la inercia de una manera de hacer las cosas, de trabajar, de postular y de resolver, que no es fácil cambiar; menos aún si se tiene en cuenta que la tecnología

(24) AYLLÓN GARCÍA, J. D. La inteligencia artificial como un medio para administrar justicia. (en obra colectiva) FODERTICS 8.0 Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia. Bueno de Mata y González Pulido (coord.). Comares. Granada 2020.

en ocasiones no resulta asequible en de comprensión sencilla para aquellos que la han incorporado a su vida laboral tras años o décadas de tramitación «mecánica». La implantación plena de la tecnología llegará sin duda con el empuje de una nueva generación nacida ya bajo el imperio de lo digital y para la cual un sello de caucho no constituya más que una curiosidad del pasado.

VII. ANEXO

Formulario vacío de demanda para el proceso europeo de Escasa Cuantía que ofrece el Portal Europeo de e-justicia.

(https://e-justice.europa.eu/content_small_claims_forms-177-es.do?clang=es#action).

PROCESO EUROPEO DE ESCASA CUANTÍA
FORMULARIO A
FORMULARIO DE DEMANDA

[Artículo 4, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 86/2007 del Parlamento Europeo del Consejo, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía]

Número del asunto (*):

Recibido por el órgano jurisdiccional el: __/__/____ (*)

(*) A cumplimentar por el órgano jurisdiccional.

INFORMACIÓN IMPORTANTE

LE ROGAMOS QUE LEA LAS INSTRUCCIONES QUE FIGURAN AL COMIENZO DE CADA SECCIÓN: LE AYUDARÁN A CUMPLIMENTAR EL PRESENTE FORMULARIO

Asistencia para cumplimentar el formulario

Puede usted beneficiarse de asistencia al rellenar el presente formulario. Para obtener tal ayuda puede consultar la información proporcionada por los Estados miembros, publicada en el sitio web del Atlas Judicial Europeo en materia civil y mercantil, disponible en el Portal Europeo de e-Justicia https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-354-es.do. Tenga en cuenta que esta ayuda no incluye la asistencia jurídica gratuita, que ha solicitarse según lo establecido por el derecho nacional; tampoco incluye una evaluación jurídica de su caso.

Lengua

Cumplimente el presente formulario en la lengua empleada por el órgano jurisdiccional al que remite la demanda. Recuerde que el formulario está disponible en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión Europea en el sitio Internet del Atlas Judicial Europeo https://e-justice.europa.eu/content_small_claims_forms-177-es.do. Esto le ayudará a cumplimentar el formulario en la lengua adecuada.

Documentos justificativos

El formulario de demanda deberá ir acompañado, cuando proceda, de los documentos justificativos pertinentes. Ello no impide que usted pueda presentar, en su caso, otros medios de prueba durante el proceso.

Se entregará al demandado copia del formulario de demanda, así como, cuando proceda, de los documentos justificativos. El demandado tendrá la posibilidad de responder a la misma.

1. Órgano jurisdiccional

En este campo, debe indicar el órgano jurisdiccional ante el cual usted presenta la demanda. A la hora de elegir el órgano jurisdiccional, debe tener en cuenta los criterios de competencia del mismo. En la sección 4 se presenta una lista no exhaustiva de posibles criterios en los que fundar la competencia jurisdiccional. Puede utilizar la función de búsqueda especializada, disponible en el Portal Europeo de e-Justicia para encontrar los datos de contacto (dirección, número de teléfono, etc.) del órgano jurisdiccional competente: https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-354-es.do

1. ¿Ante qué órgano jurisdiccional presenta usted su demanda?

1.1. Nombre:

1.2. Calle y número/Apartado de correos:

1.3. Ciudad y código postal:

1.4. País:

2. Demandante

En este campo debe identificarse como demandante usted o, en su caso, su representante. No es obligatorio estar representado por un abogado o por otro profesional del Derecho.

En algunos países puede no ser suficiente como dirección la de un apartado de correos, por lo que deberá incluir la calle, número y código postal. En caso de no hacerlo puede que no se entregue el documento.

Si tiene usted un número de identificación personal atribuido por las autoridades de un Estado miembro, sería útil que lo indicase. Si no cuenta usted con uno de estos números, sería útil que indicase el número de su pasaporte o documento de identidad, si lo tuviera. Si actúa usted en nombre de una persona jurídica o de cualquier otra entidad con capacidad jurídica, resultaría útil que indicase un número de registro pertinente.

En «Otros datos» puede constar la información que sea útil para identificarle, por ejemplo, su fecha de nacimiento, su empleo o su cargo en la empresa.

En caso de varios demandantes, utilice hojas suplementarias.

2. Datos del demandante

2.1. Apellidos y nombre/Razón o denominación social:

2.2. Número de identificación personal o número de pasaporte/número de registro(*):

2.3. Calle y número/Apartado de correos:

2.4. Ciudad y código postal:

2.5. País:

2.6. Teléfono (*):

2.7. Correo electrónico (*):

2.8. Representante del demandante, si lo tiene, e información de contacto(*):

2.9. Otros datos (*):

(*) Facultativo.

3. Demandante

En este campo debe identificar al demandado y, si sabe quién es, a su representante. Recuerde que no es obligatorio para el demandado estar representado por un abogado o por otro profesional del Derecho.

En algunos Estados miembros puede no ser suficiente como dirección la de un apartado de correos por lo que deberá incluir la calle, número y código postal. En caso de no hacerlo puede que no se entregue el documento.

Si conoce usted un número de identificación personal atribuido al demandado por las autoridades de un Estado miembro, sería útil que lo indicase. De forma alternativa o suplementaria, sería útil que indicase, si lo conoce, el número del pasaporte o del documento de identidad del demandado. Si el demandado fuere una persona jurídica o cualquier entidad con capacidad jurídica, resultaría útil que indicase, si lo conoce, un número de registro pertinente del demandante.

En «Otros datos» puede constar la información que sea útil para identificar a la persona, por ejemplo, su fecha de nacimiento, su empleo o su cargo en la empresa. En caso de varios demandados, utilice hojas suplementarias.

3. *Datos del demandado*

3.1. Apellidos y nombre/Razón o denominación social:

3.2. Número de identificación personal o número de pasaporte/número de registro:

3.3. Calle y número/Apartado de correos:

3.4. Ciudad y código postal:

3.5. País:

3.6. Teléfono (*):

3.7. Correo electrónico (*):

3.8. Representante del demandante, si lo tiene, e información de contacto(*):

3.9. Otros datos (*):

(*) Facultativo.

EL USO DE FORMULARIOS EN LA ADMINISTRACIÓN...

4. Órganos jurisdiccionales competentes

El formulario de demanda deberá presentarse ante el órgano jurisdiccional competente para conocer de la misma. El órgano jurisdiccional debe tener competencia de conformidad con las normas del Reglamento (CE) n° 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo.

En esta sección se presenta una lista no exhaustiva de posibles criterios en los que fundar la competencia judicial.

En el sitio Internet del Atlas Judicial Europeo puede hallar información sobre las normas de atribución de competencia.

Para una explicación de los términos jurídicos utilizados, puede consultar también la página:
http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_es.htm.

4. ¿En qué criterios se funda la competencia del órgano jurisdiccional?

4.1. Domicilio del demandado

4.2. Domicilio del consumidor

4.3. Domicilio del titular de la póliza, el asegurado o el beneficiario en cuestiones de seguros

4.4. Lugar de cumplimiento de la obligación reclamada

4.5. Lugar del daño

4.6. Lugar en que está situado el inmueble

4.7. Elección de órgano jurisdiccional acordada entre las partes

4.8. Otro (índiquese)

5. Carácter transfronterizo del asunto

Para poder acogerse al proceso europeo de escasa cuantía, el asunto ha de tener carácter transfronterizo. El asunto tiene carácter transfronterizo si al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el cual se presenta la demanda.

5. Carácter transfronterizo del asunto

5.1. País de domicilio o de residencia habitual del demandante:

5.2. País de domicilio o de residencia habitual del demandado:

5.3. Estado miembro del órgano jurisdiccional:

6. Datos bancarios (opcional)

En el campo 6.1. puede informar al órgano jurisdiccional del modo en que piensa abonar la tasa judicial. Recuerde que el órgano jurisdiccional al que remite su demanda puede no disponer necesariamente de todos los medios. Usted deberá comprobar cuáles son los modos de pago que el órgano jurisdiccional acepta. Para ello, podrá consultar la información facilitada por el Estado miembro de que se trate y publicada en el sitio web del Atlas Judicial Europeo en materia civil y mercantil, disponible en el Portal Europeo de e-Justicia https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-354-es.do o ponerse en contacto con el órgano jurisdiccional de que se trate. Por estos mismos medios podrá obtener información sobre la cuantía de las tasas judiciales que tendrá que pagar.

Si opta por pagar mediante tarjeta de crédito o permite al órgano jurisdiccional efectuar el cobro de su cuenta corriente, deberá consignar los correspondientes datos de su tarjeta de crédito o cuenta corriente en el apéndice del presente formulario. La información del apéndice está destinada exclusivamente al órgano jurisdiccional y no será transmitida al demandado.

En el campo 6.2. se le ofrece la posibilidad de indicar de qué manera desea que el demandado le haga efectivo el pago de la deuda, por ejemplo en caso de que el demandado desee hacer efectivo el pago inmediatamente, aun antes de que se dicte la sentencia. Si desea que el pago se haga efectivo mediante transferencia bancaria, sírvase consignar los datos bancarios necesarios.

6. Datos bancarios (*)

6.1. ¿De qué forma abonará la tasa judicial?

6.1.1. Por transferencia bancaria

6.1.2. Con tarjeta de crédito

(rellene los datos en el apéndice)

6.1.3. Cobro directo de su cuenta bancaria

(rellene los datos en el apéndice)

6.1.4. Otro (especifique):

6.2. ¿En qué cuenta desea que el demandado ingrese el importe reclamado u ordenado judicialmente?

6.2.1. Titular de la cuenta:

6.2.2. Nombre del banco, BIC u otro código bancario pertinente:

6.2.3. Número de cuenta/IBAN:

(*) Facultativo.

7. Demanda

Ámbito de aplicación: Tenga presente que el proceso europeo de escasa cuantía tiene un ámbito de aplicación limitado. No pueden tratarse mediante dicho proceso las demandas por valor superior a 5 000 EUR o que están enumeradas en el artículo 2 del Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía. Si su demanda no guarda relación con un asunto que entre dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento establecido por su artículo 2, el procedimiento proseguirá ante el órgano jurisdiccional competente de conformidad con las normas de procedimiento civil ordinario. Si en tal caso usted no desea proseguir el procedimiento, deberá retirar la demanda.

Demanda pecuniaria o de otro tipo: Deberá indicar si su demanda se refiere a dinero o a otra cosa (demanda no pecuniaria), por ejemplo, la entrega de bienes, y a continuación cumplimentar los campos 7.1 o 7.2 según corresponda. Si su demanda no es pecuniaria, sírvase cumplimentar el campo 7.2 e indicar en ella el valor estimado de su demanda. Si su demanda no es pecuniaria, deberá usted indicar si presenta una demanda secundaria de indemnización para el caso de que no pueda darse curso favorable a la demanda original.

Si desea solicitar la condena en costas del proceso (por ejemplo, gastos de traducción, minutas de abogado, gastos de notificación de documentos, etc.), deberá indicarlo en el campo 7.3. Recuerde que las normas relativas a las costas a cuyo pago pueden condenar los órganos jurisdiccionales pueden variar entre los distintos Estados miembros. En el sitio web del Portal Europeo de e-Justicia hallará información sobre las categorías de costas en los diferentes Estados miembros https://e-justice.europa.eu/content_costs_of_proceedings-37-es.do.

Si desea solicitar intereses contractuales, por ejemplo de un préstamo, indique el tipo de interés y la fecha a partir de la cual empieza a contar. En caso de sentencia favorable, el órgano jurisdiccional puede condenar al pago de los intereses legales sobre su demanda. Indique si desea solicitar dichos intereses y la fecha a partir de la cual se deberían devengar.

En su caso, utilice páginas adicionales para describir su demanda, por ejemplo si reclama usted varios pagos y los intereses se reclaman a partir de una fecha distinta para cada pago.

7. Precise su demanda

7.1. Por favor, indique el objeto de su demanda

7.1.1. Demanda pecuniaria (sin incluir intereses ni costas):

7.1.2. Moneda:

Euro (EUR)

Leva búlgara (BGN)

Kuna croata (HRK)

Corona checa (CZK)

Forinto húngaro (HUF)

Libra esterlina (GBP)

Eslopolaco (PLN)

Leu rumano (RON)

Corona sueca (SEK)

Otros (indíquese):

7.2. Demanda no pecuniaria:

7.2.1. Indique a qué se refiere su demanda::

7.2.2. Valor estimado de la demanda:

Moneda:

Euro (EUR)

Leva búlgara (BGN)

Kuna croata (HRK)

Corona checa (CZK)

Forinto húngaro (HUF)

Libra esterlina (GBP)

Eslopolaco (PLN)

Leu rumano (RON)

Corona sueca (SEK)

Otros (indíquese):

7.3. ¿Solicita la condena en costas del proceso?

7.3.1. Sí

7.3.2. No

7.3.3. En caso afirmativo, indique qué tipo de costas y la cantidad reclamada o gastada hasta la fecha:

7.4. ¿Reclama los intereses?

Sí

No

En caso afirmativo, el interés es

Contractual si es así, vaya al campo 7.4.1.

Legal si es así, vaya al campo 7.4.2.

7.4.1. En caso de intereses contractuales

1) El tipo de interés es:

%

% por encima del tipo básico del BCE

otros:

2) Los intereses deben devengarse desde:

/ / (fecha)

hasta: / / (fecha)

hasta la fecha de la sentencia

hasta la fecha de pago del principal

7.4.2. En caso de intereses legales, estos deben devengarse desde:

/ / (fecha)

hasta: / / (fecha)

hasta la fecha de la sentencia

hasta la fecha de pago del principal

7.5. ¿Reclama los intereses sobre las costas?

Sí

No

En caso afirmativo, estos deben devengarse desde:

/ / (fecha)

(acontecimiento)

hasta: / / (fecha)

hasta la fecha de pago de las costas

8. Información sobre la demanda

En el campo 8.1 describa sucintamente los motivos de su demanda.

En el campo 8.2 describa los elementos probatorios pertinentes que fundamentan su demanda. Estos pueden ser, por ejemplo, pruebas documentales (contratos, recibos, etc.), o testimonios orales o escritos de testigos. Indique en justificación de qué punto de su demanda se presenta cada uno de los elementos probatorios. Si no tiene suficiente espacio, puede añadir hojas suplementarias.

8. Información sobre la demanda

8.1. Indique los motivos de su demanda, por ejemplo lo que ocurrió y el lugar y la fecha en que ocurrió

8.2. Describa los elementos probatorios que desea presentar en apoyo de su demanda, indicando los puntos de la misma a que se refieren. Cuando sea conveniente, añada los documentos justificativos correspondientes.

8.2.1. Pruebas documentales Indíquese abajo

8.2.2. Testigos Indíquese abajo

8.2.3. Otros Indíquese abajo

9. Vista oral

Recuerde que el proceso europeo de escasa cuantía es un procedimiento escrito. No obstante, el órgano jurisdiccional puede acordar la celebración de una vista oral si considera que no es posible dictar sentencia sobre la base de las pruebas escritas. Puede usted solicitar, en este formulario o con posterioridad, que se celebre una vista oral. El órgano jurisdiccional podrá desestimar dicha solicitud si considera que, habida cuenta de las circunstancias del caso, la vista oral resulta innecesaria para el correcto desarrollo del procedimiento. La vista oral debe desarrollarse mediante medios de comunicación a distancia apropiados tales como la videoconferencia o la teleconferencia, siempre que el órgano jurisdiccional pueda valerse de ellos. Si la persona que debe ser oída está domiciliada en un Estado miembro distinto de aquel en que tenga su sede el órgano jurisdiccional, podrá acordarse una vista mediante medios de comunicación a distancia empleando los procedimientos previstos en el Reglamento (CE) n.º 1206/2001 del Consejo (https://e-justice.europa.eu/content_taking_of_evidence-76-es.do)

No obstante, el órgano jurisdiccional podrá acordar que las personas llamadas a comparecer en la vista deban hacerlo físicamente. Puede usted indicar sus preferencias al órgano jurisdiccional, pero tenga presente que, si se le exige estar presente físicamente en la vista, la recuperación de los costes ocasionados con relación a esta presencia está sujeta a lo establecido en el artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía. Dicho artículo establece que el órgano jurisdiccional no eximirá de las costas a la parte ganadora en la medida en que estas se hayan generado de forma innecesaria o sean desproporcionadas con respecto a la deuda

Eslovaco
 Sueco

Esloveno

Finés

12. Fecha y firma

No olvide escribir claramente su nombre y apellidos, firma y fecha en la última página del formulario.

12. Fecha y firma

Por la presente, solicito que el órgano jurisdiccional dicte sentencia contra el demandado de conformidad con mi demanda.

Declaro que la información suministrada es verdadera a mi leal saber y entender y de buena fe.

Hecho en:

Fecha:

/ /

Apellidos y nombre; firma:

Apéndice del formulario de demanda (Formulario A)

Datos bancarios* a efectos del pago de la tasa judicial (*)

Titular de la cuenta/Titular de la tarjeta de crédito:

Nombre del banco, BIC u otro código bancario pertinente / Compañía de la tarjeta de crédito:

Número de cuenta o IBAN/Número de la tarjeta de crédito, fecha de caducidad y número de seguridad de la tarjeta de crédito:

LAS CLÁUSULAS DE ESCAPE DE LAS REGLAS DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LA UNIÓN EUROPEA Y ESPAÑA ANTE SITUACIONES DE CRISIS EXTRAORDINARIAS ⁽¹⁾

THE ESCAPE CLAUSES OF BALANCED BUDGET RULES IN THE EUROPEAN UNION AND SPAIN WHEN FACING AN EXTRAORDINARY CRISIS

GABRIEL MORENO GONZÁLEZ

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Extremadura

SUMARIO

- I. LA CENTRALIDAD DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EUROPEA
 - 1. La afectación de las reglas de estabilidad al estado social y democrático**
- II. LAS CLÁUSULAS DE ESCAPE DE LAS REGLAS DE ESTABILIDAD EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA
 - 1. En el Pacto de Estabilidad y Crecimiento**
 - 2. En el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG)**
 - 3. En el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)**
- III. LA SUSPENSIÓN TEMPORAL EN EL MARCO ESPAÑOL: LA PREVISIÓN DEL ART. 135 DE LA CONSTITUCIÓN
- IV. CONSIDERACIONES FINALES
- V. BIBLIOGRAFÍA

(1) Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte DER2017-83596-R. Entidad solicitante: UCLM. Centro: Facultad de Derecho de Albacete. Título: "Democracia y solidaridad en las integraciones económicas". IP1: José Luis García Guerrero. IP2: María Luz Martínez Alarcón.

Resumen: Este artículo pretende analizar la operatividad de las cláusulas de escape que permiten la suspensión temporal de las reglas de estabilidad presupuestaria en la Unión y España, enmarcando éstas en el contexto normativo del gobierno económico europeo. Para ello se estudiarán los mecanismos que acogen tal posibilidad ante la existencia de situaciones de crisis extraordinarias, como la que ya se ha dado en Europa como consecuencia de la expansión del Covid-19.

Abstract: This paper seeks to outline the effectiveness of escape clauses which allow temporary suspension of balanced budget rules in the European Union and Spain. In order to clarify those rules, we will analyse the normative framework of European Economic Governance and the set of mechanisms that have this type comprise, along with its application before extraordinary crisis situations like the one Europe is living now as a consequence of the Covid-19 pandemic.

Palabras clave: Reglas de estabilidad presupuestaria, Unión Europea, gobernanza económica europea, Pacto de Estabilidad y Crecimiento, Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, Mecanismo Europeo de Estabilidad.

Keywords: Balanced budget rules, European Union, European Economic Governance, Stability and Growth Pact, European Stability Mechanism.

I. LA CENTRALIDAD DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EUROPEA

La institucionalización de la regla de estabilidad presupuestaria en las últimas décadas se ha insertado de manera destacada en el eje de tensiones que atraviesa la democracia constitucional. Esta fórmula no deja de ser el intento de equilibrar los deseos siempre mudables de lo político con la pretensión de permanencia de lo jurídico, en el que el primero intenta librarse de lo segundo mediante el recurso a la legitimidad democrática y este último, por su parte, pretende defenderse desde la inamovilidad de la legitimidad constitucional⁽²⁾. Esta tensión constante, que es ínsita en nuestros sistemas políticos, no puede resolverse de manera definitiva si no quiere romper el difícil equilibrio que instaura, y por eso sólo permite desplazarse tímidamente del eje central, ya sea hacia lo político-democrático, ya hacia lo jurídico-constitucional. Tales desplazamientos vienen además alentados e impelidos por la actuación alternante del pluralismo político como valor y principio fundamental del ordenamiento democrático, al proyectarse unos intereses u otros desde su aplicación concreta y mutable. Las políticas más socialdemócratas, progresistas o redistributivas, o las concepciones más conservadoras o liberales, tienen así cabida en la apertura e indefinición del sistema, sin que en ningún caso unas u otras puedan vencer de manera definitiva a la contraria. En el intersticio

(2) Cfr.: SALAZAR UGARTE, P., *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2007.

abierto que permite el eje de tensiones es donde el pluralismo político se proyecta, cobra virtualidad y puede expresar, así, la cambiante voluntad democrática de la ciudadanía⁽³⁾.

La tesis que aquí sucintamente exponemos y que ya hemos defendido en otras sedes de manera más específica y desarrollada⁽⁴⁾, siguiendo además a parte de la doctrina⁽⁵⁾, es que la incorporación del principio de estabilidad presupuestaria refuerza hasta extremos preocupantes el polo de lo jurídico frente a lo político, hipertrofiando el primero hasta conseguir reducir drásticamente el pluralismo democrático. La particularidad de esta hipertrofia jurídica en Europa en torno a la estabilidad presupuestaria es que sólo se da de manera efectiva, y con alta afectación sobre el pluralismo político, cuando el principio actúa en el contexto normativo de la Unión Europea actual. *Per se* la conocida en el mundo anglosajón como «balanced budget rule» no implica un cambio sustantivo en la constitución económica, puesto que el mandato que contiene sobre el equilibrio entre gastos e ingresos públicos puede satisfacerse mediante una elevación impositiva y no a través de recortes presupuestarios que puedan menoscabar la efectividad de los derechos sociales o de los mecanismos interventores del Estado en la economía. El problema es cuando la estabilidad presupuestaria se institucionaliza en un marco, el de la Unión Europea, que impide sistemáticamente un aumento de la presión impositiva por parte de los Estados, al quedar éstos al albur de la libertad de capitales instaurada como elemento estructural del proceso de integración sin una correlativa imposición europea común⁽⁶⁾. Si los Estados europeos desean elevar los impuestos sobre el capital, que es quien además detenta cada vez más una mayor parte de la riqueza, sus titulares pueden tranquilamente desplazarse sin límites por encima de las fronteras nacionales y en el interior de la Unión Europea al beneficiarse, legítimamente (o, al menos, legalmente), de una libertad económica fundamental⁽⁷⁾. La respuesta democrática y constitucionalmente razonable a tal desafío, si quiere atenuarse la sempiterna crisis fiscal del Estado para seguir dotándolo de los instrumentos precisos con los que cumplir con sus objetivos,

(3) MORENO GONZÁLEZ, G., "El cierre de la constitución económica española: de la apertura de posibilidades al monismo de las obligaciones", *Ius fugit: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos*, n.º 20, 2017, págs. 117-156.

(4) *In toto*, MORENO GONZÁLEZ, G., *Estabilidad presupuestaria y Constitución: fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

(5) Cfr.: ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014.

(6) JOERGES, C., "The European Economic Constitution and Its Transformation through the Financial Crisis", en PATTERSON, D. y SÖDERSTEN, A. (Edits.), *A Companion to EU Law and International Law*, Oxford: Wiley-Blackwell, págs. 242-261; "What is left of the European Economic Constitution? A melancholic eulogy", *European Law Review*, n.º 4, 2005, págs. 461-489.

(7) Ello provoca que el modelo económico europeo pueda definirse como propio de un "constitucionalismo de mercado", según el término y concepto de MAESTRO BUELGA, G., "Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea", *Revista de derecho constitucional europeo*, vol. 2, n.º 8, 2007, págs. 43-73; "Constitución económica e integración europea", *Revista de Derecho Político*, n.º 54, 2002, págs. 33-112.

sería la de crear impuestos europeos sobre esa libertad de capitales para que los beneficios que se derivan de ella comporten también una obligación tributaria basada en la solidaridad. Sin embargo, la integración positiva fiscal no sólo no se ha completado en la Unión Europea, sino que desde el marco normativo actual se dificulta en extremo al seguir dependiendo su posibilidad de la unanimidad de los Estados miembros. Recordemos que el artículo 311 del Tratado de Funcionamiento impone esa necesidad de consenso en el seno del Consejo para aprobar nuevos recursos propios comunitarios, lo que posibilita que cualquier Estado, por pequeño que sea, pueda vetar una iniciativa en ese sentido.

A diferencia de la integración positiva fiscal, no alcanzada y dificultada como vemos por el requisito de la unanimidad intergubernamental, la peculiar constitución económica europea sí ha facilitado la consecución de la integración negativa en torno al desarrollo del mercado único y de sus exigencias competitivas⁽⁸⁾. Casi todas las medidas necesarias para afianzar la interdependencia comercial y garantizar las libertades económicas fundamentales son canalizadas por el procedimiento legislativo ordinario, en el que prima la regla de la mayoría y donde las decisiones son más fáciles de tomarse. El orden de competencia, que nivela las posibilidades interventoras de los Estados en la economía al equipararlas al régimen privado del sistema de libre mercado, se ha podido consolidar de manera firme y destacada frente a la timidez de todos los intentos deacompararlo con una integración fiscal o social de igual contundencia. La Unión ha creado de este modo un mercado único funcional, similar al que los Estados-nación consiguieron también crear en sus procesos internos de nacionalización desde los albores del absolutismo y durante el desarrollo pleno del liberalismo⁽⁹⁾, y sin embargo no se ha dotado, como aquéllos sí hicieron durante el siglo XX, de los mecanismos necesarios para amortiguar las externalidades más negativas que esas nuevas realidades de mercado conllevan⁽¹⁰⁾. Pues bien, es sobre esta integración negativa de competencia, muy influida por la teoría ordoliberal⁽¹¹⁾, y sobre la correlativa ausencia de una integración positiva en material fiscal, donde la juridificación de la estabilidad presupuestaria se proyecta y se convierte en un factor altamente desestabilizador para la democracia constitucional.

(8) GERBER, D., "Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism", *Competition Law and the "New Europe"*, *Chicago-Kent College of Law*, n.º 42, 1992, págs. 25-84.

(9) Sobre la vinculación entre nacionalismo y procesos de "market-building" sigue siendo imprescindible la obra de GELLNER, E., *Naciones y nacionalismos*, Madrid: Alianza, 2008.

(10) MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. J., "La Unión Europea entre el constitucionalismo democrático y la gobernanza", en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 149, Madrid, julio-septiembre, 2010, págs. 67-70.

(11) MORENO GONZÁLEZ, G., "La Economía Social de Mercado: el polémico concepto de la constitución económica europea", en GARCÍA GUERRERO, J. L., (Coord.), *Constitucionalizando la globalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018., págs. 791-810; "El marco teórico-constitucional de los nuevos mecanismos de gobernanza económica", en MARTÍN CUBAS, J., (edit.), *Constitución, política y administración: España 2017, reflexiones para el debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, págs. 375-389; GORDILLO PÉREZ, L. I., "Constitución económica, ordoliberalismo y Unión Europea". De un derecho económico nacional a uno europeo, *Revista de Derecho de la UNED*, n.º 23, 2018, págs. 165-171.

Los Estados, al no poder elevar la presión impositiva por el modelo económico europeo que acabamos de analizar, se ven en la obligación de acudir a los mercados financieros internacionales en busca de financiación si quieren hacer frente a coyunturas desfavorables o si, al tiempo, desean intensificar su intervención en la economía. El Estado social de posguerra, de corte keynesiano, permite y alienta ambas potencialidades, pero éstas se ven excesivamente reducidas si esa financiación externa mediante la emisión de deuda pública es acotada por la estabilidad presupuestaria, que exige la equiparación de ingresos y gastos y que pretende cercenar la posibilidad misma del déficit público. Al impedirse esta salida financiera, el principio de estabilidad opera como una camisa de fuerza que rodea al Estado y le obliga a aplicar recortes presupuestarios en determinadas áreas si quiere seguir manteniendo, aunque sea mínimamente, las exigencias prestacionales dimanantes de la fórmula constitucional del Estado social⁽¹²⁾.

Por tanto, aisladamente considerada la estabilidad presupuestaria no implica excesivas consecuencias gravosas para la adjetivación social del Estado y su correlativa, como veremos, pregnancia democrática, pero sí lo hace si se aplica sobre el marco económico y normativo de una Unión Europea que ha sido incapaz de alcanzar un grado mínimo de integración positiva. La libertad de capitales y la exacerbación del principio de reconocimiento mutuo (Cassis de Dijon) provocan un continuo dumping fiscal que no puede ser reconducido mediante una imposición común sin superar el draconiano requisito de la unanimidad entre unos Estados que tienen unos intereses, también fiscales y económicos, muy dispares⁽¹³⁾. Al actuar en este contexto como camisa de fuerza, el principio de estabilidad se convierte en un refuerzo excesivo del polo jurídico de la democracia constitucional, que afianza en demasía el adjetivo de la fórmula y debilita de manera destacada su sustantividad democrática, como analizamos a continuación.

1. La afectación de las reglas de estabilidad al estado social y democrático

El Estado social europeo de posguerra no sólo ha sido una fórmula de compromiso entre el Capital y el Trabajo alcanzada tras el conflicto bélico que asoló el viejo continente, sino también una plasmación jurídica y material del eje de tensiones entre lo constitucional y lo democrático al que ya nos hemos referido⁽¹⁴⁾. La constitución

(12) MORENO GONZÁLEZ, G., *Estabilidad presupuestaria y Constitución: fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, op. cit., págs. 407-425.

(13) Unanimidad que tiene su respaldo teórico en el seno del neoliberalismo desde la "Economía constitucional" de BUCHANAN, J. M., *Economía constitucional*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1993; *La razón de las normas*, Madrid: Unión Editorial, 1987; *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, Madrid: Katz Editores, 2009. La obra de Buchanan la he estudiado con profundidad en MORENO GONZÁLEZ, G., "La teoría de la constitución en James Buchanan: hacia un modelo de Economía constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 177, 2017, págs. 57-88.

(14) Por todos, DE CABO MARTÍN, C., *La crisis del Estado Social*, Barcelona: PPU, 1986; *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid: Editorial Trotta, 2010.

económica propia de esta definición del Estado comporta la apertura de sus mecanismos interventores, y es en esa apertura donde el pluralismo democrático puede expresarse. La alternancia de partidos, ideas e ideologías es también una alternancia de políticas económicas, cuya posibilidad de existencia e implementación es garantía del pluralismo. El Estado social no conduce esas políticas hacia un monismo predefinido, sino que amplía el pluralismo al ofrecer un catálogo, amplio y potestativo, de instrumentos de intervención⁽¹⁵⁾. Opciones políticas más conservadoras o liberales pueden decidir no utilizarlo y mantener el *statu quo* socioeconómico por considerarlo justo o adecuado, pero al mismo tiempo, si la alternancia se produce conforme a la voluntad de la ciudadanía expresada en las urnas, tal cambio puede materializarse en una redirección de las políticas económicas hacia puntos más socializantes, progresistas o redistributivos. Es decir, la tensión entre lo político y lo jurídico que se predica de la democracia constitucional encuentra su correlación exacta en la apertura de posibilidades que brinda la constitución económica del Estado social, que se hace de esta manera inescindible de un modelo de sociedad democrática avanzada.

Si tomamos como referencia la Constitución española, que entra a la perfección en el paradigma descrito a pesar de su mayor cercanía en el tiempo al momento actual, veremos cómo el eje de tensiones se manifiesta en dos conjuntos antagónicos de preceptos económicos. Por un lado, tenemos los garantes del derecho a la propiedad privada, el sistema de libre mercado y la economía de competencia (arts. 33 y 38) y, por otro, los que posibilitan una intervención estatal en la misma que atenúa a los primeros, como la subordinación de toda la riqueza al interés general, la iniciativa económica pública o la reserva (art. 128) y, también, la participación de los trabajadores en los medios de producción (art. 130) o la planificación indicativa de las relaciones económicas (art. 131)⁽¹⁶⁾.

Estos dos conjuntos de preceptos se contraponen y son las dos caras de una constitución económica convertida en un dios Jano o, quizá como metáfora más ilustrativa, en una lucha constante de contrarios a la manera heraclitiana. Esos contrarios no pueden nunca vencer y ser totalmente hegemónicos, como en el sistema del pensador presocrático, pues si no estarían rompiendo el equilibrio y su propia razón de existencia. Sí pueden desplazarse, aumentar y reducirse, y lo han de hacer conforme se modula la alternancia política democrática, que también lo es en materia económica⁽¹⁷⁾. La constitución económica del Estado social es por tanto un modelo abierto que puede ser concretado por la política ordinaria en tanto expresión de la voluntad democrática, y es en esa apertura donde el pluralismo opera y se enriquece.

(15) NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Utopía y poder constituyente: Los ciudadanos ante los tres monismos del Estado neoliberal*, Madrid: Sequitur, 2012. Obra que he podido recensionar en *Revista Nómadas de la Universidad Complutense de Madrid*, Vol. 35, n.º 3, 2012

(16) Mecanismos analizados en su momento por BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Madrid: Tecnos, 1985.

(17) Esta metáfora ya la hemos utilizado ampliamente en MORENO GONZÁLEZ, G., "El cierre de la constitución económica española: de la apertura de posibilidades al monismo de las obligaciones", *op. cit.*

Sin embargo, la estabilidad presupuestaria institucionalizada en y desde el marco de la Unión Europea, al desarrollarse en su peculiar modelo económico competitivo sin integración fiscal, supone el fin de esa lucha heraclitiana y la victoria definitiva del primer conjunto de preceptos, el referido al mantenimiento del statu quo y del sistema económico vigente. Al imposibilitar las medidas keynesianas y la intervención potestativa del Estado en la demanda agregada mediante la activación de los mecanismos del segundo conjunto de preceptos, el principio de estabilidad «cierra» la apertura democrática del Estado social y circunscribe el pluralismo a las férreas costuras de un nuevo monismo en el que imperan las tesis de reducción de la capacidad redistributiva de lo estatal y de ampliación del campo de lo privado sobre los rescoldos de lo público. Con ello la crisis fiscal del Estado se agrava y entra en un ámbito en el que la misma queda juridificada para ahogar las potencialidades expansionistas e interventoras de lo político. La crisis fiscal se convierte así en crisis del Estado social y en correlativa crisis del Estado democrático, provocando todo ello una serie de consecuencias para nuestros sistemas políticos cuyo alcance se comienza ahora a atisbar en el viejo continente.

Si la estabilidad presupuestaria juega un papel tan determinante en la dificultad que el Estado tiene en la actualidad para implementar medidas keynesianas ante situaciones de crisis económicas, se comprenderá la relevancia que a su vez revisten las cláusulas de escape de dicha regla. En efecto, ésta, por muy precisa y contundente que haya sido la forma de incorporarla a los ordenamientos, contempla siempre la existencia de cauces que permiten su descuelgue e inaplicación ante determinados escenarios extraordinarios, como una recesión económica grave provocada por motivos también extraordinarios. En este sentido hemos visto cómo todos los esfuerzos mantenidos por la Unión Europea de cara a la consolidación jurídica del principio, tanto en su estructura como en los ordenamientos nacionales, se han visto seriamente mermados por la suspensión temporal del mismo, por la activación de las cláusulas que permiten evadir la estabilidad presupuestaria, como consecuencia de la irrupción del virus Covid-19 y su espectacular crecimiento en cuestión de semanas, si no de días. La paralización total de amplios ámbitos económicos, como el sector servicios, el aumento exponencial del desempleo y la consecuente activación de los estabilizadores automáticos o la brusca contracción de la demanda como expresión del clima de incertidumbre que ha afectado a todo el occidente industrializado, han supuesto un reto económico y social sin precedentes desde la Segunda Guerra Mundial, el origen precisamente del Estado social ulterior. Ello ha forzado a los gobiernos de los Estados miembros, y a las propias instituciones de la Unión, a frenar inmediatamente los efectos jurídicos de consolidación fiscal y sostenibilidad financiera que derivaban de la regla de estabilidad presupuestaria ya inserta en el derecho de la integración europea. En consecuencia, se hace más necesario que nunca centrar los focos de atención teórica y académica sobre la suspensión temporal de aquella regla, de aquel principio de estabilidad que hasta hace solo unos meses se creía ya inmutable e imperecedero como si fuera un elemento estructural más de la peculiar y siempre controvertida constitución económica europea.

II. LAS CLÁUSULAS DE ESCAPE DE LAS REGLAS DE ESTABILIDAD EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

El impulso de la Unión Económica y Monetaria (UEM) que supuso Maastricht se centró sobremedida en la consolidación de la integración monetaria y dejó en un plano subordinado o secundario a la económica, que implica también una integración fiscal, social y presupuestaria. Ya hemos podido apuntar que las dos primeras aún hoy ni siquiera se atisban, y ahora debemos fijarnos en el peculiar camino seguido por esta última. Y decimos bien, peculiar, ya que si las contradicciones en el seno de la UEM son constantes, en el ámbito presupuestario se presentan excesivamente acuciadas. Tenemos un presupuesto comunitario muy débil comparado con los sistemas federales a los que la Unión podría tender (gira siempre en torno al 1,5% del PIB europeo), mientras que la armonización presupuestaria se ha dado solamente alrededor del cumplimiento de la exigencia del principio de estabilidad, sin prioridades comunes ni coordinación de gasto por materias. La unión monetaria se puso en marcha a pesar de que carecía de una integración positiva también en el plano presupuestario, algo que intentó ir remediándose con el paso del tiempo pero que sólo consiguió instaurar reglas muy complejas sobre el déficit y la deuda pública. Esta nota, la de la complejidad normativa, nos va a tener que acompañar necesariamente en los siguientes epígrafes, si bien vamos a intentar laminarla para desvelar sus pretensiones jurídicas de fondo y sus principales problemáticas.

La estabilidad presupuestaria comenzó a juridificarse en la Unión Europea de manera más o menos efectiva al calor del Tratado de Ámsterdam de 1997 y la aprobación del llamado «Pacto de Estabilidad y Crecimiento» (PEC, en adelante), que intentaba limitar el déficit estatal al 3% y la deuda pública al 60%, ambos porcentajes referenciados en los respectivos cálculos de PIB nacional y que ya aparecían en el Protocolo n.º 12 de Maastricht. Posteriormente, con la crisis económica y financiera internacional que empezó a comienzos de la década de 2010, el PEC se reformó para aumentar su efectividad y coercibilidad, aprobándose al tiempo el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG), que reforzó las exigencias de sostenibilidad financiera y las reglas de estabilidad, y el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), que sirve de instrumento para imponer la también llamada consolidación fiscal a los Estados que acudan a él para solicitar asistencia financiera. Tanto el TECG como el MEDE son tratados internacionales firmados entre la mayoría de los Estados miembros pero al margen de la Unión Europea y su método comunitario, por lo que constituyen meros instrumentos de derecho internacional basados en la intergubernamentalidad y en el compromiso de su cumplimiento (*pacta sunt servanda*). La reforma del PEC, por su parte, sí se hizo en y desde el interior de la arquitectura de la Unión Europea, a pesar de profundizar en ella la dinámica intergubernamental y de tender a la minusvaloración del Parlamento Europeo. Los tres conjuntos de instrumentos constituyen así una «tríada de mecanismos» con los que se ha fortalecido la vinculatoriedad y efectividad de la estabilidad presupuestaria en Europa, y es en ellos donde tenemos que buscar sus respectivas cláusulas de evasión.

1. En el Pacto de Estabilidad y Crecimiento

Como decíamos, en el marco del Tratado de Ámsterdam se aprobó el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) compuesto, principalmente, por dos Reglamentos: el 1466/1997 del Consejo, de 7 de julio, de supervisión de las situaciones presupuestarias y de coordinación de las políticas económicas, que reforzaría *lavertiente preventiva*; y el Reglamento 1467/1997, del Consejo, de 7 de julio, de clarificación del procedimiento de déficit excesivo, que consolida la *vertiente correctiva* del Protocolo de Maastricht antedicho. Ambas normas de derecho derivado permitían que los Estados que incumplieran las limitaciones impuestas por el principio de estabilidad presupuestaria pudieran ser sancionados, siempre que el Consejo así lo decidiera por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión. Las sanciones por tanto no eran automáticas y dependían en último término de la discrecionalidad política de una institución, el Consejo, de composición intergubernamental y donde el peso de los grandes Estados tiene su traslación jurídica y fáctica en la toma de decisiones. De ahí que cuando Francia y Alemania, las dos grandes economías continentales (sin contar el Reino Unido, que siempre quedó al margen de la UEM como es conocido), incumplieron de manera destacada el PEC en 2004-2005 al incurrir en déficits excesivos, el Consejo fuera incapaz de imponer sanción alguna, lo que incluso conllevó un pronunciamiento del Tribunal de Justicia⁽¹⁸⁾. Esta excesiva dependencia que mostraba el PEC de criterios políticos hizo que, con la crisis financiera internacional que afectó a la capacidad fiscal de los Estados europeos, se tuviera que reforzar el Pacto mediante la aprobación de dos conjuntos de normas de derecho derivado, tanto reglamentos como directivas, denominados coloquialmente como *six pack*⁽¹⁹⁾ y *two pack*⁽²⁰⁾, de 2011 y 2013, respectivamente⁽²¹⁾.

(18) RUIZ TARRÍAS, S., *Las dimensiones constitucionales de la Unión Económica y Monetaria Europea*, Pamplona: Civitas, Thomson Reuters, 2016, págs. 123-130.

(19) Reglamento (UE) n.º 1173/2011 sobre la puesta en práctica efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona euro; el Reglamento (UE) n.º 1174/2011 relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona euro; el Reglamento (UE) n.º 1175/2011 por el que se modifican los procedimientos de supervisión de las situaciones presupuestarias; el Reglamento (UE) n.º 1176/2011 sobre prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos; el Reglamento (UE) n.º 1177/2011, que modifica el procedimiento en caso de déficit excesivo y la Directiva n.º 2011/85/UE sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros).

(20) Reglamento (UE) n.º 473/2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro; y Reglamento (UE) n.º 472/2013 sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades.

(21) ARESTIS, P., y SAWYER, M., "The Design Faults of the Economic and Monetary Union", *Journal of Contemporary European Studies*, vol 9, n.º 1, 2011; y CALVO VÉRGEZ, J., "La imposición de sanciones por déficit excesivo en el ámbito de la zona euro. El llamado six pack", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10, 2013, págs. 47-58.

Ambos incorporan novedades sustantivas en el antiguo Procedimiento de Déficit Excesivo (PDE)⁽²²⁾, como el nuevo Procedimiento por Desequilibrios Macroeconómicos (PDM)⁽²³⁾, el instrumento de coordinación del Semestre Europeo y la correlativa supervisión directa de los proyectos nacionales de presupuestos, los objetivos presupuestarios y de contención de gasto a medio plazo y por país (ahora, con la senda del 0,5% estructural sobre el PIB) y, sobre todo, para los países del euro, la posibilidad de sancionar a los Estados incumplidores de manera automática si lo propone la Comisión y si el Consejo no lo rechaza por mayoría cualificada. Es decir, ya no hace falta tal mayoría a favor, sino expresamente en contra (mayoría cualificada inversa), lo que facilita exponencialmente la imposición final de las posibles sanciones (arts. 4, 5 y 6 del Reglamento 1173/2011)⁽²⁴⁾, que pueden alcanzar hasta el 0,5% del PIB nacional. No obstante, y a excepción de lo previsto como veremos en el TECG, la apertura del PDE seguiría rigiéndose por el procedimiento tradicional anterior.

PDE, PDM, Semestre Europeo... todos estos procedimientos y reglas, de suma complejidad y difíciles de desentrañar incluso para los conocedores del derecho comunitario, institucionalizan la estabilidad presupuestaria en la Unión Europea como regla de actuación a la que tienen que amoldarse los Estados y sus políticas económicas⁽²⁵⁾.

En cuanto a la posibilidad de suspender temporalmente estas reglas, objeto principal del presente estudio, el PEC ha sufrido una serie de reformas que han oscurecido sus propias cláusulas de escape. Los reglamentos originarios de 1997 permitían a los Estados sortear las exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera ante circunstancias extraordinarias o recesiones económicas que se tradujeran en una desaceleración de, al menos, un 2% del PIB en relación al crecimiento previsto. El Consejo era el órgano que tenía que concretar ambos supuestos y examinarlos, tanto el referido a las «circunstancias extraordinarias» como a la recesión económica, pudiendo suspender las reglas para los Estados afectados y de manera temporal. La decisión se tomaba por mayoría cualificada y sobre la base de los informes, no vinculantes, que la Comisión presentara. Ahora bien, las dos causas de suspensión eran sumamente indeterminadas⁽²⁶⁾, pues ni se definía en el marco del PEC qué podía entenderse por «circunstancias extraordinarias» ni existe, aún hoy, un método incontrovertido de calcular los parámetros macroeconómicos de

(22) MARCO PEÑAS, E., "Reforma de la gobernanza económica y la disciplina presupuestaria de la Unión Europea: el Six Pack", *Revista española de control externo*, Vol. 14, n.º 41, 2012, págs. 31-80.

(23) CARRERA HERNÁNDEZ, J., "Nuevos instrumentos para la gobernanza económica en la Unión Europea: el procedimiento de prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos (PDM)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 44, 2013, págs. 66 y 67.

(24) PALMSTORFER, R., "The reverse majority voting under the six pack: a bad turn for the Unión?", *European Law Journal*, vol. 20, n.º 2, 2014, págs. 186-203.

(25) DE WITTE, B., "Euro Crisis Responses and EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?", *European Constitutional Law Review*, n.º 11, 2015, págs. 442 y ss.

(26) BEETSMA, R. y JENSEN, H. E., "Contingent deficit sanctions and moral hazard with a stability pact", *Journal of International Economics*, n.º 61, 2003, pág. 199.

un país. Si lo primero puede ser solventado gracias a la discrecionalidad política y los criterios de oportunidad que los Estados o las instituciones de la Unión blandan, la indeterminación de la segunda causa sí puede ser excesivamente problemática al depender de un cálculo supuestamente técnico pero realizado por un grupo de trabajo de la Comisión que funciona no todo lo transparente que se deseara, y que además tiene la posibilidad de seguir otros criterios econométricos⁽²⁷⁾.

A pesar de que este marco de suspensión, como decíamos, era poco claro y precisaba de una mayor concreción en aras de mantener una mínima seguridad jurídica, al menos existía. El problema principal ha venido con la reforma que se introdujo en el PEC en 2005, tras los mencionados incumplimientos de Francia y Alemania, que flexibilizaron las reglas del Pacto precisamente en el ámbito de su cláusula de escape. Así, el Reglamento 1056/2005, del Consejo, de 27 de junio, aumentó los presupuestos habilitadores para acogerse a la excepción temporal, al sumar la participación de los Estados en «situaciones de cooperación internacional» y los gastos extraordinarios que pudieran incurrir como consecuencia de la «unificación europea», en clara referencia al tremendo esfuerzo presupuestario y financiero que tuvo que asumir la República Federal Alemana tras la anexión de la RDA⁽²⁸⁾. Pero, sobre todo, el nuevo Reglamento eliminaba la referencia a una caída del 2% del PIB en torno a las recesiones económicas, que se mantenían como causa de suspensión sin esa concreción porcentual. Se ampliaba así, por tanto, la discrecionalidad política del Consejo a la hora de decidir si se permitía, o no, a un Estado beneficiarse de la cláusula. Como apunta Guerrero Vázquez, esta reforma redujo la coercibilidad del PEC y puso en cuestión su eficacia jurídica⁽²⁹⁾.

La entrada en vigor del *six* y el *two pack* no ha modificado la cláusula general de escape, por lo que la regulación introducida en 2005 sigue siendo la presente y la que ha de tomarse en cuenta. Así, los arts. 5.1 y 9.1 del Reglamento 1466/97, y los arts. 3.5 y 5.2 del Reglamento 1467/97, tras la reforma del 2005 antedicha que modifica su tenor, establecen en la actualidad que todas las causas analizadas pueden ser motivo para aprobar la suspensión temporal por parte del Consejo, por mayoría cualificada y sobre la base de una Recomendación de la Comisión. Es el Consejo el que sigue teniendo la última palabra, una palabra que además tiene que concretar la amplísima indeterminación que contienen las normas de derecho derivado que le dan cobertura.

Desde entonces nunca se había activado la cláusula de escape, algo que ha cambiado con la irrupción en el primer trimestre de 2020 de la pandemia provocada

(27) Esta opacidad la hemos denunciado ya respecto al Grupo de trabajo del Output Gap, dependiente de la Comisión, en MORENO GONZÁLEZ, G., Estabilidad presupuestaria y Constitución: fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea, *op. cit.*, págs. 335-336.

(28) ESPARZA OROZ, M., "El nuevo marco de la estabilidad presupuestaria en España", *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º26, 2012, págs. 153-202.

(29) GUERRERO VÁZQUEZ, P., "Gobernanza económica y régimen sancionador en caso de incumplimiento de la Eurozona", *Revista de derecho constitucional europeo*, n.º 26, 2016, págs. 74-75.

por el Covid-19. Para permitir a los Estados que hagan frente a la crisis sanitaria y económica consecuente, la Comisión anunció el 20 de marzo que comunicaría al Consejo su pretensión de suspender las reglas de estabilidad presupuestaria⁽³⁰⁾. El Consejo, en su formación ECOFIN, se reunió de manera urgente y telemática el 23 de marzo, apenas tres días después, para respaldar la iniciativa de la Comisión, anunciando su próximo apoyo a la misma⁽³¹⁾.

Los ministros de Economía y Finanzas de la Unión Europea, siguiendo la comunicación de la Comisión Europea, han entendido por tanto que la entidad de la crisis económica y sanitaria del Covid-19 es causa suficiente como para activar por primera vez la cláusula general de escape y suspender así las reglas de estabilidad presupuestaria de la Unión, aun cuando en las dos comunicaciones se mantiene el compromiso de volver a la plena efectividad de sus procedimientos para el momento en que la crisis sea superada.

2. En el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG)

El 1 de enero de 2013 entró en vigor el TECG, un tratado intergubernamental aprobado fuera del marco de la Unión Europea como compromiso de derecho internacional entre la mayoría de sus Estados miembros, y que tiene como finalidad explícita reforzar la juridificación y vinculatoriedad del principio de estabilidad presupuestaria ya existente en la Unión⁽³²⁾. A tal fin se establecen principalmente tres previsiones: la determinación del porcentaje permitido de déficit público al 0,5% del PIB, que ahora se calcula en términos estructurales, no contables; la obligación para los Estados parte de incorporar la regla de estabilidad presupuestaria en sus constituciones o, si no, en normas que puedan ser vinculantes sobre los procedimientos presupuestarios anuales; y, quizá la menos ambiciosa por su indefinición, el mandato de que los Estados creen un mecanismo de reducción automática del déficit caso de desvío. Las tres se complementan con algunas medidas más instrumentales, como la que determina la ampliación de la mayoría cualificada inversa también para la apertura del Procedimiento de Déficit Excesivo (PDE) en el marco del Semestre Europeo, lo cual aumenta la problemática misma de la naturaleza del Tratado, ya que sin ser de la Unión Europea ni darse en su

(30) Brussels, 20.3.2020 COM (2020) 123 final COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL on the activation of the general escape clause of the Stability and Growth Pact. Disponible en https://ec.europa.eu/info/files/communication-commission-council-activation-general-escape-clause-stability-and-growth-pact_en [visto por última vez el 10 de mayo de 2020].

(31) Comunicación disponible en <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/03/23/statement-of-eu-ministers-of-finance-on-the-stability-and-growth-pact-in-light-of-the-covid-19-crisis/>. En el momento de redactar estas líneas (9 de mayo de 2020), el Consejo aún no ha realizado la votación formal, si bien el asunto ya está siendo tramitado en el COREPER II.

(32) MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UEM: Reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los tratados constitutivos", *Revista de derecho comunitario europeo*, n.º 42, 2012, págs. 397-431; PEERS, S., "Towards a New Form of EU Law? The Use of EU institutions outside the EU Legal Framework", *European Constitutional Law Review*, n.º 9, 2013, págs. 37-72.

arquitectura, quiere modificar procedimientos propios de la integración que sí están regulados en el derecho derivado bajo el amparo del originario⁽³³⁾.

El TECG recoge en su artículo 3.3 b), en la línea del PEC revisado que hemos estudiado, una cláusula de escape para permitir la suspensión temporal de sus mandatos, tanto del referido al nuevo porcentaje sobre el que ha de girar la estabilidad presupuestaria como el de transposición de la regla en los ordenamientos internos. Pero antes hemos de aclarar el ámbito sustantivo de aplicación de esa posible suspensión, ya que en lo tocante al mandato de transposición este tenía de plazo un año desde la entrada en vigor del Tratado, plazo que ha sido ya ampliamente superado, por lo que no creemos que pueda surtir efectos la cláusula del art. 3.3 b) sobre esta previsión. Si los Estados no la han cumplido y no han acomodado sus ordenamientos internos para la nueva exigencia de estabilidad presupuestaria, podrán incurrir en las responsabilidades que el propio Tratado regula⁽³⁴⁾, pero ya no podrán acogerse a excepción alguna en tal transposición, y menos si es de carácter retroactivo. Por ello, la cláusula se aplica sobre todo, y fundamentalmente, al nuevo límite de déficit estructural, lo que caso de operar permitiría una flexibilización de la regla de estabilidad y el decaimiento de la responsabilidad estatal asociada a la vinculatoriedad de la previsión.

Las causa habilitante de suspensión, de acuerdo con el artículo mentado, es la concurrencia de «circunstancias excepcionales» en el Estado que solicite su activación, entendiéndose por éstas «aquel acontecimiento inusual que esté fuera del control de la Parte Contratante afectada y tenga una gran incidencia en la situación financiera de las administraciones públicas o aquellos períodos de grave recesión económica a tenor del Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, siempre que la desviación temporal de la Parte Contratante afectada no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo». Por tanto, se prevén dos grandes supuestos que pueden dar lugar a la excepcionalidad y que sirven como presupuesto habilitante: los acontecimientos inusuales que revistan tal gravedad que puedan llegar a afectar seriamente a las finanzas del Estado y a su capacidad de respuesta fiscal, y una coyuntura económica desfavorable que implique una recesión también grave. Claro que no son siempre supuestos alternativos, ya que pueden concurrir consecutivamente: que un acontecimiento inesperado provoque una crisis económica subsiguiente. Esto es lo que de hecho ha ocurrido con la pandemia del Covid-19, la cual se adecua a la perfección en la descripción del primer supuesto («acontecimiento inusual que esté fuera de control»), ya que su origen no ha dependido de la voluntad política ni estaba mínimamente prevista su capacidad excepcional de contagio, pero que a su

(33) Esta contradicción ha sido denunciada, *inter alia*, por GOSTYŃSKA, A., "The Fiscal Compact and European Union Economic Governance: An Institutional and Legal Assessment", *The Polish Quarterly of International Affairs*, abril, 2012; o PEERS, S., "The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics?", *European Constitutional Law Review*, vol. 8, n.º 3, 2012, págs. 404-441.

(34) La Comisión ya se ha pronunciado al respecto con un informe sumamente flexible y contemporizador con la actuación de los Estados en el cumplimiento del TECG. C (2017), 1201, disponible, con un desglose por países muy interesante, en https://ec.europa.eu/info/publications/fiscal-compact-taking-stock_en [Visto por última vez el 10 de mayo de 2020].

vez también cumple con el segundo, ya que la necesidad de paralizar las relaciones sociales y económicas ha provocado una crisis sin precedentes en la historia de la integración europea. Creemos por ello perfectamente adecuada desde el prisma jurídico la posibilidad de suspender las previsiones principales del TCEG por las «circunstancias extraordinarias» que ha provocado el coronavirus en muchos de los Estados parte, sobre todo en los del sur de Europa.

Ahora bien, a diferencia de la suspensión que se daba en el PEC revisado, aquí el Tratado vuelve a recordar que el objetivo a medio plazo ha de ser siempre, también durante la suspensión, el objetivo de estabilidad presupuestaria. La activación de la cláusula de escape es factible siempre que «no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo», lo que puede suponer una cobertura jurídica suficiente como para redirigir los esfuerzos contra la crisis del Covid-19, o contra cualquier otra crisis, hacia la meta de una consolidación fiscal que, como hemos visto, conlleva en el contexto europeo a una reducción del Estado social y sus potencialidades inasumible desde la perspectiva del constitucionalismo democrático.

Lo que a pesar del intento expreso de clarificar los presupuestos habilitantes de la cláusula el Tratado no aclara es, paradójicamente, quién ha de interpretar su concurrencia y oportunidad. El TCEG no se remite ni siquiera a un órgano o institución ya existente, y tampoco crea un procedimiento propio para que los Estados parte puedan pronunciarse. Aquí caben, por tanto, dos opciones. La primera, que la interpretación de la cláusula del art. 3.3 b), caso de conflicto, se sometiera al régimen general del derecho internacional y de la responsabilidad estatal derivada del *pacta sunt servanda* o, la segunda y creemos más acertada para mantener un mínimo de virtualidad jurídica, que sea el Consejo el que decida desde el marco del PEC revisado. Y es que si bien el Tratado no pertenece a la Unión Europea, no deja de estar interconectado profundamente con el derecho derivado que regula los procedimientos de estabilidad presupuestaria, algo que es reprochable jurídicamente por no ser la vía correcta, por haberse abandonado el procedimiento comunitario y, sobre todo, porque los Estados parte del TCEG no coinciden con los del Consejo y, ni siquiera, con los de la Zona Euro. Pero es la única solución que podemos encontrar si, repetimos, queremos seguir preservando la eficacia del nuevo Tratado, a pesar de buscar ésta en los resquicios de una operación jurídicamente controvertida y sumamente inadecuada. Se nos puede reprochar, no obstante, que la Unión ya ha avanzado en determinadas ocasiones sobre la base de tratados intergubernamentales ajenos a su lógica comunitaria, como aconteció con Schengen o con Prüm, pero ni podemos seguir sosteniendo que la excepción ha de ser la norma, ni debemos caer en una falacia naturalista que nos lleve a confundir el ser con el deber ser, lo ya ocurrido con lo que desde el Derecho y sus intenciones de validez se pretende.

3. En el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE)

En la «tríada de mecanismos» que ha venido a reforzar y consolidar la juridicidad de la estabilidad presupuestaria encontramos, por último, el Mecanismo Europeo de

Estabilidad (MEDE), que entró en vigor en octubre de 2012 y que, como el TECG que acabamos de analizar, también se sustanció a través de un tratado internacional ajeno a la Unión Europea, a sus procedimientos e instituciones, incluido el Parlamento Europeo⁽³⁵⁾. El MEDE vino a sustituir a los instrumentos previamente ya existentes que se habían creado para canalizar la asistencia financiera a los Estados más golpeados por la crisis económica y financiera internacional, y constituye por sí mismo una organización internacional diferenciada, con sede en Luxemburgo. Su inclusión en los medios para hacer efectiva la estabilidad presupuestaria se debe al diseño de sus instrumentos de ayuda financiera, que están siempre sometidos a la necesidad de una «estricta condicionalidad» como contrapartida derivada, a su vez, de la exigencia de respetar la cláusula *no bail-out* del artículo 125 del Tratado de Funcionamiento. Cuando se creó el MEDE se tuvo que buscar, en este sentido, un cauce para hacerlo compatible con la prohibición que aquel artículo establece para los Estados de la Unión Europea de corresponsabilizarse mutuamente de sus finanzas, tal y como asimismo exigió el Tribunal de Justicia en su polémica sentencia *Pringle (Asunto C-370/12. Pringle vs. Ireland)*, ampliamente analizada por la mejor doctrina⁽³⁶⁾. Y es en esa exigencia que también recoge el Tribunal donde aparece la estabilidad presupuestaria en tanto objetivo que, al perseguirse, permite la evasión de la prohibición del artículo 125, pues se entiende que si los Estados que precisan de asistencia financiera reconducen esta hacia la meta de la consolidación fiscal, los préstamos de los que son beneficiarios se devolverán con garantías y se respetará, así, la integridad financiera de los Estados que se han convertido en acreedores a través del MEDE.

De suerte tal que la estabilidad presupuestaria se convierte en una especie de «meta-principio» que permea todas las actuaciones de un Mecanismo, el MEDE, que a pesar de no pertenecer al marco comunitario sí tiene que respetar sus previsiones en lo atinente al modelo económico-financiero que aquel quiere consolidar. Curioso cuanto menos, pues según la propia doctrina asentada en *Pringle*, esa vinculatio-riedad para con el MEDE de los Tratados de la Unión no se predica de la Carta de Derechos Fundamentales, que no puede ser utilizada como contrapeso a las posibles conculcaciones que el Mecanismo protagonice, si bien dicha jurisprudencia ha sido parcialmente matizada⁽³⁷⁾.

El medio que el MEDE utiliza para exigir los objetivos de estabilidad presupues-
taria a través de la «estricta condicionalidad» es el Memorándum de Entendimiento

(35) URBANEJA CILLÁN, J., "El mecanismo europeo de estabilidad. Análisis a través de la jurisprudencia comunitaria en el asunto *Pringle*", *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 30, 2012-2013, págs. 123-159.

(36) MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., "El Tribunal de Justicia al rescate de los derechos en el contexto de las medidas de estabilidad derivadas de la crisis económica: *Pringle vs. Ledra Advertising*", *Teoría y realidad constitucional*, n.º 39, 2017, págs. 611-636; AGUILAR CALAHORRO, A., "La decisión *Pringle* en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 101, 2014, págs. 337-380.

(37) MORENO GONZÁLEZ, G., *Estabilidad presupuestaria y Constitución: fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, op. cit., págs. 416-425.

(MoU, por sus siglas en inglés) el cual es firmado, paradójicamente, por la Comisión Europea, es decir, por una institución de la Unión Europea a la que el Mecanismo no pertenece. Estos MoU se celebran entre los Estados que solicitan la asistencia financiera y el MEDE (por conducto de la Comisión) y en ellos se concretan las medidas y reformas que el Estado debe adoptar para garantizar la devolución del empréstito concedido y que, como vemos, tendrán en todo caso que estar presididas por el objetivo de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria. La vinculación entre el MEDE, el PEC revisado y el TCEG se hace aquí notoria, pues para poder acceder a la asistencia que ofrece el Mecanismo el Estado en cuestión debe ser parte, previamente, del TCEG, y la «estricta condicionalidad», a su vez, ha de estar dirigida por las decisiones y orientaciones que se adoptan en el marco del PEC y sus procedimientos (Semestre Europeo, PDM, PDE...), los cuales al tiempo sirven de plataforma para la efectividad jurídica del TCEG. Esta auténtica sopa de siglas no responde, precisamente, a los marcos nítidos y claros que debiéramos exigir en la conformación de cualesquiera estructuras políticas, y más si se dan en el nivel europeo, comunitario o extracomunitario, donde al desconocimiento de la ciudadanía se une una siempre inextricable complejidad.

La pregunta que ahora debemos formularnos es si este Mecanismo, con la complejidad e interdependencia que lleva aparejadas, puede permitir una suspensión temporal de la «estricta condicionalidad» que le sirve de cauce para la imposición de las reglas presupuestarias antedichas. Aquí la respuesta se vuelve sumamente compleja, puesto que si bien existe esa notoria interdependencia entre mecanismos, el Tratado MEDE no contempla ninguna cláusula de escape como las vistas anteriormente. Es más, parece evitarlas expresamente al determinar que la «estricta condicionalidad» será un requisito *sine qua non* de cualquier programa de asistencia financiera a lo largo de su sucinto articulado (sobre todo, art. 12). De una lectura somera pareciera, no obstante, que el artículo 19 del Tratado dejara cierto resquicio a dicha posibilidad, al permitir una modificación de los instrumentos de asistencia financiera que el texto despliega en los artículos 14 a 18, pero nada más lejos de la realidad. Esta previsión habilita al Consejo de Gobernadores del MEDE, su órgano rector y donde están representados los gobiernos de los Estados parte, a introducir revisiones en el listado, incluidas posibles ampliaciones e incorporaciones de nuevas figuras, pero lo que no permite es modificar el artículo 12, que es precisamente el que establece como principio general para toda la actividad del MEDE la necesidad de que la asistencia financiera esté acompañada siempre de una «estricta condicionalidad» que, como acabamos de analizar, está a su vez vinculada inextricablemente con el principio de estabilidad presupuestaria.

Con la crisis del Covid-19 muchos gobiernos estatales, y las propias instituciones comunitarias, han visto al MEDE como una posible solución transitoria para hacer frente a las necesidades acuciantes de capital procedentes de los Estados más afectados por la pandemia, pero no creemos que este Mecanismo pueda servir si queremos que la salida a la crisis no se canalice a través del protagonismo de las reglas de estabilidad presupuestaria, como ya ocurrió con la respuesta europea a la crisis financiera internacional. La posibilidad de suspender la efectividad de tales reglas cuando opera el MEDE es muy exigua, por no decir inexistente desde el prisma jurídico, si bien

caben, como siempre, determinados compromisos de contenido puramente político que, en tanto tales, dependen al final de la alternancia de los diversos gobiernos y de la volatilidad de las situaciones fácticas que se vayan sucediendo. La intención de utilizar el MEDE sin condicionalidad, como pretenden los Estados del norte de Europa para contentar las aspiraciones de los del sur, mucho más afectados por la pandemia y financieramente más endeble, no son de momento traducibles en términos jurídicos y, por ende, en decisiones estables amparadas por ningún marco normativo.

III. LA SUSPENSIÓN TEMPORAL EN EL MARCO ESPAÑOL: LA PREVISIÓN DEL ART. 135 DE LA CONSTITUCIÓN

Si las reglas de estabilidad presupuestaria consiguieran suspenderse en el ámbito europeo, ya en el propiamente comunitario (PEC revisado) como en el extracomunitario (MEDE y TECG), el siguiente obstáculo que nos encontraríamos vendría constituido por las constitucionalizaciones nacionales que se han dado en los últimos años, muchas de ellas impelidas precisamente por el marco europeo, ya sea normativamente, ya fáctica o políticamente. La reforma constitucional alemana, por ejemplo, una de las pioneras en el viejo continente y que ha servido de guía para el resto por su entidad, se realizó en 2009, es decir, antes del TECG o de la revisión del PEC⁽³⁸⁾. Antes también del Tratado que obligaba a la incorporación del principio a un nivel desde el que se pudiera vincular a los procedimientos presupuestarios, España realizó su propia reforma para dotar al principio de la estabilidad presupuestaria de relevancia y virtualidad jurídico-constitucional.

Así, en el verano de 2011, y acuciado el país por una severa crisis de confianza respecto a su deuda pública, se activó el poder de reforma del artículo 167 que permitió, gracias al consenso entre los dos grandes partidos, revisar el artículo 135 de la Constitución en un tiempo récord, sin apenas debate y, lo que es más relevante, sin referéndum⁽³⁹⁾. La reforma del 135 introdujo la necesidad de que todas las administraciones públicas cumplan con el objetivo de estabilidad presupuestaria, y de que el Estado sólo pueda incurrir en déficit estructural dentro del estrecho margen que establezca la Unión Europea. Por primera vez la Constitución española hacía mención expresa a la Unión Europea, reconociendo su existencia y, al indexar el mandato constitucional a la determinación comunitaria del porcentaje exacto, reconociéndole también un indudable protagonismo normativo y decisional en un ámbito, el presupuestario, que es central en el sistema constitucional.

(38) ARROYO GIL, A. y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., "La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia", *Revista española de derecho constitucional*, n.º 98, 2013, págs. 149-188.

(39) El mismo procedimiento seguido fue duramente criticado por la doctrina: RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., "La reforma del artículo 135 de la Constitución Española: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?", *Teoría y realidad constitucional*, n.º 29, 2012, págs. 237-260.

Más allá de esta vinculación del precepto con el porcentaje definido por la Unión Europea, hay que tener en cuenta que el primer punto del artículo 135 constitucionaliza, como principio general inexcusable, la estabilidad presupuestaria, que luego es y puede ser concretada, sí, por esa referencia europea para permitir cierto margen de déficit y deuda públicas. El principio es por tanto autónomo de la dependencia europea en su concreción, y creemos que aun cuando la Unión Europea suspendiera todas las reglas de estabilidad de las que se ha dotado, la exigencia constitucional de equilibrar los gastos y los ingresos públicos seguiría desplegando su virtualidad jurídica. Una situación distinta sería la que se pudiera dar si España decidiera activar la cláusula de escape propia, que ahora analizaremos, sin que previamente la Unión y el marco del TCEG hayan hecho lo suyo. Caso de discordancia entre los dos niveles, o incluso entre los tres si entendiéramos que la cláusula de escape del TCEG es autónoma de los procedimientos del PEC, el Estado español podría incurrir en responsabilidad internacional respecto al nuevo Tratado y, sobre todo, en motivo de incumplimiento del derecho de la Unión Europea, el cual, recordemos, disfruta de primacía y de medios autónomos para hacerse valer.

La reforma constitucional, curiosamente, no entra en esta interdependencia al regular su propia cláusula de escape, que viene desarrollada en el apartado 4 del nuevo tenor del artículo 135. En él se establece que tanto para los límites de déficit como de deuda existe la posibilidad de que sean suspendidos temporalmente, si se dan «catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado». Vemos que el reformador español sigue la pauta, por tanto, de las cláusulas del PEC y hasta del TCEG, aunque este último caso no puede haberle sido de referencia al no haberse por entonces ni redactado. El tenor de la casuística es amplio, sobre todo en lo referido a las «situaciones de emergencia extraordinaria», cuya interpretación puede ser extensísima si media voluntad política de ampliarla.

A diferencia del TCEG, eso sí, la Constitución española sí determina qué órgano ha de ser el encargado de apreciar la concurrencia de los presupuestos habilitantes para la suspensión, y mediante qué mayoría. Así, será el Congreso de los Diputados, y por mayoría absoluta de sus miembros (no de los presentes en el momento de la votación), el que decida con base a su discrecionalidad política y a las causas constitucionalmente admisibles, si éstas se dan en la realidad y si, por tanto, puede o no suspenderse la vigencia del mandato constitucional de estabilidad presupuestaria. La exclusión del Senado es pertinente, dada la irrelevancia de éste en el proceso presupuestario, si bien la misma también nos vuelve a alertar de la necesidad de una profunda reforma de la supuesta cámara de representación territorial, pues al fin y al cabo la estabilidad presupuestaria afecta de manera muy contundente a la autonomía misma de los entes autonómicos⁽⁴⁰⁾.

(40) GUERRERO VÁZQUEZ, P., *Freno constitucional al endeudamiento y descentralización política*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2020.

La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que es la encargada de desarrollar las nuevas previsiones constitucionales, reproduce íntegramente en su artículo 11.3. la cláusula de escape del artículo 135.4 CE, pero añade que la desviación producida por la suspensión temporal «no puede poner en peligro la sostenibilidad fiscal a medio plazo», debiéndose aprobar un plan de «reequilibrio que permita la corrección del déficit estructural teniendo en cuenta la circunstancia excepcional que originó el incumplimiento». El tenor deja mucho que desear en cuanto a técnica legislativa, pues no sabemos a qué incumplimiento se refiere si la cláusula de escape ha sido ya activada y, en consecuencia, suspendida la regla de estabilidad de la que ahora se acusa incumplimiento. Con todo, la incorporación de esta adenda sí parece estar directamente influida por el TCEG, que para la fecha de redacción de la Ley Orgánica ya era conocido en su integridad. Recordemos que el art. 3.3 b) del Tratado establecía la necesidad de que, aun activada la cláusula de escape, la actuación financiera del Estado beneficiado no podría nunca poner «en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo».

¿Supone esta adenda de la Ley Orgánica una extralimitación del artículo constitucional que le da cobertura? No lo creemos, aunque sí dudemos de su pertinencia global en el sentido crítico que estamos siguiendo en este estudio, puesto que las leyes orgánicas no han de limitarse a reproducir el texto constitucional que desarrollan y pueden complementar, concretando, sus previsiones. Este complemento se da además en virtud del principio de estabilidad presupuestaria, dotado de autonomía por el art. 135.1 más allá de la referenciación europea, por lo que la necesidad de «regresar» a una situación de cumplimiento de las reglas de consolidación fiscal y sostenibilidad financiera se entiende implícita en el precepto constitucional y, ahora, expresa en la Ley Orgánica que lo concreta.

De acuerdo con el punto 3 de la Disposición Adicional única que acompañó al texto de la reforma⁽⁴¹⁾, los límites de déficit establecidos en el nuevo tenor del artículo 135 entrarían plenamente en vigor a partir de 2020, entendiéndose éste incluido. Precisamente el estreno de la posible potencialidad de la regla constitucional de estabilidad presupuestaria en España ha coincidido con la emergencia sanitaria del Covid-19 y con la consiguiente crisis económica que ha provocado. Ambas, la sanitaria por su excepcionalidad y la económica por su profundidad, justifican plenamente que el Congreso pudiera hacer uso de su margen de apreciación para activar la cláusula de escape del artículo 135.4 y dejar temporalmente sin vigencia las reglas de estabilidad, y ello en el marco de lo que la Unión Europea decida para evitar discordancias indeseadas y jurídicamente inextricables.

La cláusula habla, en este sentido, de la necesidad de que concurra la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, pero no menta siquiera a través de qué instrumento jurídico tiene que canalizarse. Hemos de descartar la Ley Orgánica, dada la exclusión del Senado en este supuesto, por lo que lo lógico pareciera, a falta de

(41) BOE n.º 233, de 27 de septiembre de 2011.

mayor concreción por el reglamento de la cámara, que la decisión se sustanciara por un Acuerdo del Pleno, así publicado en el Boletín Oficial del Estado mediante Resolución de la Presidenta del Congreso. Expediente jurídico similar, por tanto, a la autorización que el Senado concedió al Gobierno de la Nación para aplicar el artículo 155 de la Constitución⁽⁴²⁾.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La institucionalización de la estabilidad presupuestaria en Europa ha supuesto un desafío para el estado social y democrático del que disfrutaban o deberían disfrutar los países del viejo continente, al haberse realizado en un marco asimétrico en el que ha primado la integración monetaria y económica sobre la fiscal y social. La ausencia de una integración positiva que atenúe las externalidades que provoca la convergencia en el vértice europeo de las libertades económicas fundamentales y el derecho de competencia, permite y alienta una competición a la baja en los niveles de protección social y de imposición fiscal que amenaza con quebrar las potencialidades inherentes a la democracia constitucional. En efecto, las tensiones de ésta se reflejan en la fórmula del Estado social proyectado en una constitución económica abierta que posibilita diversas opciones políticas y el acomodo constante del pluralismo democrático. Al imponer un monismo centrado en el libre mercado, la competencia y la estabilidad presupuestaria, que cercena las capacidades interventoras y redistributivas del Estado, el marco europeo introduce una cuña en todos los ordenamientos estatales a modo de «camisa de fuerza» que reduce en exceso, hasta desvirtuarlo, el pluralismo asociado a la democracia.

A pesar de ello, la arquitectura del gobierno económico de la Unión contiene una serie de «cláusulas de escape» que permiten, siquiera temporalmente, forzar las costuras del monismo antedicho para superar sus limitaciones más draconianas y regresar a la senda de la intervención de corte keynesiano. Hemos analizado cómo estas cláusulas son operativas en los mecanismos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, y de la reforma constitucional española del artículo 135. Para ello hace falta siempre una decisión política, ya sea del Consejo o del parlamento nacional, que aprecie la concurrencia de una serie de circunstancias excepcionales que habilitan la suspensión temporal de las reglas de estabilidad presupuestaria y, consecuentemente, de uno de los elementos estructurales de aquella arquitectura económica. Sin embargo, hemos visto jurídicamente más difícil, por no decir imposible, que pueda aplicarse una suspensión temporal parecida a la «estricta condicionalidad» que el MEDE impone en sus programas de asistencia financiera a los Estados que la solicitan y que, reiteramos, está estrechamente vinculada y asociada

(42) Resolución de 27 de octubre de 2017, de la Presidenta del Senado, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Senado, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno al amparo del artículo 155 de la Constitución. BOE n.º 260, de 27 de octubre de 2017.

a la estabilidad presupuestaria como «meta-principio» que preside todo el entramado normativo del peculiar modelo económico europeo.

La activación de las cláusulas de escape como consecuencia de la crisis económica y sanitaria iniciada a principios de marzo de 2020 podría conllevar un giro en el paradigma del monismo europeo en materia fiscal, presupuestaria y financiera, pero para tal «revolución copernicana» no bastaría simplemente el recurso a las normas que permiten la suspensión temporal de su entramado jurídico, sino también una decidida voluntad política de transformar y mejorar el proceso de integración iniciado hace ya más de setenta años. A tal fin se haría más necesario que nunca completar el edificio europeo con una integración fiscal y social bien articulada, en la que puedan darse instrumentos como los de la mutualización de la deuda, una mayor armonización de los tipos fiscales o la creación, directamente, de nuevas figuras impositivas que atenúen las externalidades de un mercado único que apenas ha encontrado contrapesos desde un menguante, pero no por ello inexistente, Estado social.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS, M., FABBRINI, F. y LAROUCHE, P., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014.
- AGUILAR CALAHORRO, A., «La decisión Pringle en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 101, 2014, págs. 337-380.
- ARESTIS, P., y SAWYER, M., «The Design Faults of the Economic and Monetary Union», *Journal of Contemporary European Studies*, vol 9, n.º 1, 2011.
- ARROYO GIL, A. y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., «La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia», *Revista española de derecho constitucional*, n.º 98, 2013, págs. 149-188.
- BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Madrid: Tecnos, 1985.
- BEETSMA, R. y JENSEN, H. E., «Contingent deficit sanctions and moral hazard with a stability pact», *Journal of International Economics*, n.º 61, 2003.
- BUCHANAN, J. M., *Economía constitucional*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1993;
- La razón de las normas*, Madrid: Unión Editorial, 1987;
- Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, Madrid: Katz Editores, 2009.
- CALVO VÉRGEZ, J., «La imposición de sanciones por déficit excesivo en el ámbito de la zona euro. El llamado six pack», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10, 2013, págs. 47-58.
- CARRERA HERNÁNDEZ, J., «Nuevos instrumentos para la gobernanza económica en la Unión Europea: el procedimiento de prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos (PDM)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 44, 2013, págs. 66 y 67.

- DE CABO MARTÍN, C., *La crisis del Estado Social*, Barcelona: PPU, 1986;
- Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- DE WITTE, B., «Euro Crisis Responses and EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?», *European Constitutional Law Review*, n.º 11, 2015.
- ESPARZA OROZ, M., «El nuevo marco de la estabilidad presupuestaria en España», *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 26, 2012, págs. 153-202.
- GELLNER, E., *Naciones y nacionalismos*, Madrid: Alianza, 2008.
- GERBER, D., «Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law» and the «New Europe», *Chicago-Kent College of Law*, n.º 42, 1992, págs. 25-84.
- GORDILLO PÉREZ, L. I., «Constitución económica, ordo liberalismo y Unión Europea». De un derecho económico nacional a uno europeo, *Revista de Derecho de la UNED*, n.º 23, 2018, págs. 165-171.
- GOSTYŃSKA, A., «The Fiscal Compact and European Union Economic Governance: An Institutional and Legal Assessment», *The Polish Quarterly of International Affairs*, abril, 2012.
- GUERRERO VÁZQUEZ, P., «Gobernanza económica y régimen sancionador en caso de incumplimiento de la Eurozona», *Revista de derecho constitucional europeo*, n.º 26, 2016, págs. 74-75;
- Freno constitucional al endeudamiento y descentralización política*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2020.
- JOERGES, C., «The European Economic Constitution and Its Transformation through the Financial Crisis», en PATTERSON, D. y SÖDERSTEN, A. (Edits.), *A Companion to EU Law and International Law*, Oxford: Wiley-Blackwell, págs. 242-261.
- «What is left of the European Economic Constitution? A melancholic eulogy», *European Law Review*, n.º 4, 2005, págs. 461-489.
- MAESTRO BUELGA, G., «Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea», *Revista de derecho constitucional europeo*, vol. 2, n.º 8, 2007, págs. 43-73;
- «Constitución económica e integración europea», *Revista de Derecho Político*, n.º 54, 2002, págs. 33-112.
- MARCO PEÑAS, E., «Reforma de la gobernanza económica y la disciplina presupuestaria de la Unión Europea: el Six Pack», *Revista española de control externo*, Vol. 14, n.º 41, 2012, págs. 31-80.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UEM: Reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los tratados constitutivos», *Revista de derecho comunitario europeo*, n.º 42, 2012, págs. 397-431.
- MENÉNDEZ, A. J., «La Unión Europea entre el constitucionalismo democrático y la gobernanza», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 149, Madrid, julio-septiembre, 2010, págs. 67-70.

- MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «El Tribunal de Justicia al rescate de los derechos en el contexto de las medidas de estabilidad derivadas de la crisis económica: Pringle vs. Ledra Advertising», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 39, 2017, págs. 611-636.
- MORENO GONZÁLEZ, G., «El cierre de la constitución económica española: de la apertura de posibilidades al monismo de las obligaciones», *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, n.º 20, 2017, págs. 117-156.
- «La Economía Social de Mercado: el polémico concepto de la constitución económica europea», en GARCÍA GUERRERO, J. L., (Coord.), *Constitucionalizando la globalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018., págs. 791-810;
- «El marco teórico-constitucional de los nuevos mecanismos de gobernanza económica», en MARTÍN CUBAS, J., (edit.), *Constitución, política y administración: España 2017, reflexiones para el debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, págs. 375-389.
- «La teoría de la constitución en James Buchanan: hacia un modelo de Economía constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 177, 2017, págs. 57-88.
- Estabilidad presupuestaria y Constitución: fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Utopía y poder constituyente: Los ciudadanos ante los tres monismos del Estado neoliberal*, Madrid: Sequitur. 2012.
- PALMSTORFER, R., «The reverse majority voting under the six pack: a bad turn for the Unión?», *European Law Journal*, vol. 20, n.º 2, 2014, págs. 186-203.
- PEERS, S., «The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics?», *European Constitutional Law Review*, vol. 8, n.º 3, 2012, págs. 404-441.
- «Towards a New Form of EU Law? The Use of EU institutions outside the EU Legal Framework», *European Constitutional Law Review*, n.º 9, 2013, págs. 37-72.
- RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., «La reforma del artículo 135 de la Constitución Española: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 29, 2012, págs. 237-260.
- RUIZ TARRÍAS, S., *Las dimensiones constitucionales de la Unión Económica y Monetaria Europea*, Pamplona: Civitas, Thomson Reuters, 2016.
- SALAZAR UGARTE, P., *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2007.
- URBANEJA CILLÁN, J., «El mecanismo europeo de estabilidad. Análisis a través de la jurisprudencia comunitaria en el asunto Pringle», *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 30, 2012-2013, págs. 123-159.

LA IDENTIDAD DESAFORADA. EL ABSURDO DE UNA TEORÍA JURÍDICA «QUEER»

THE UNBRIDLED IDENTITY. THE ABSURDITY OF A QUEER THEORY OF LAW

JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA SIMÓN

Profesor Titular de la UNED

SUMARIO

- I. ACLARACIÓN PARA RASTREADORES DE TRANSFOBIAS
- II. LA NATURALEZA FICCIONAL DE LO JURÍDICO, SUPUESTO FUNDAMENTO DE UNA TEORÍA JURÍDICA «QUEER»
- III. LA GENEALOGÍA DE LAS FICCIONES «QUEER»
- IV. LA CUESTIÓN FUNDAMENTAL: EL DEBATE ENTRE RAZÓN Y VOLUNTAD.
- V. LA PATOLOGIZACIÓN Y SUS TRAMPAS VERBALES. SUSTANCIA Y ACCIDENTE
- VI. EL INESPERADO REGRESO DEL FORMALISMO
- VII. CONCLUSIÓN
- VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. ACLARACIÓN PARA RASTREADORES DE TRANSFOBIAS⁽¹⁾

El reconocimiento de que existen diferentes opciones sexuales y que dichas opciones configuran la identidad de los sujetos es una característica de una sociedad

(1) Suscribo íntegramente la airada acusación de Binetti: "...los postfeminismos postmodernos que hoy ocupan los lugares hegemónicos de la política institucional y la academia son en rigor constructivismos nominalistas, antirrealistas y relativistas, que además de reducir la realidad a relaciones de poder socio-lingüísticas -como totalidad omniabarcante más allá o más acá de la cual no hay nada- y la filosofía a estudios culturales, intentan disciplinar cualquier otra alternativa teórico-política bajo las acusaciones de «transfobia», «biologicismo» y «esencialismo», «TERF», cuando no de fascismo y nazismo. Tales acusaciones surgen de una ideología que, lejos de garantizar la sana discusión teórica, el debate filosófico, el pluralismo de ideas y la libre expresión, intenta imponer sus supuestos constructivistas, descalificar a quienes no los compartimos, sembrar un discurso de odio y eliminar la radicalidad que el feminismo supone como filosofía y praxis política universal" (Binetti, 2019, 62).

democrática madura. No es ningún secreto que la intolerancia, y aun la represión extrema, contra esa forma de diversidad se halla aún muy extendida en el mundo. Muchos estados democráticos la reprimieron hasta tiempos muy recientes, como los EEUU, que conservaron normas represoras de la homosexualidad hasta 2020⁽²⁾. Actualmente, la tercera parte de los estados del mundo castigan las opciones sexuales no normalizadas, no pocos de ellos con la pena de muerte.

Esa evidencia debería llevarnos a un acuerdo social de mínimos, que gran parte de la población de este país ya suscribe: la capacidad para adoptar el tipo de vida y de conducta sexual que cada cual desee pertenece al núcleo duro de los derechos humanos y fundamentales, por cuanto constituye la personalidad, y su respeto ha de ser promocionado por el Estado y protegido por el sistema penal. Por último, en una sociedad que permite a cada cual optar por su propia identidad y aspecto sexual, resulta imprescindible la educación de los niños y adolescentes sobre este punto, informándoles del carácter fundamental de la tolerancia, así como de la regulación legal de la identidad sexual, sin que ello pueda considerarse forma alguna de adoctrinamiento⁽³⁾. El escándalo que pudiese suscitar en las mentes bienpensantes ha de resultar indiferente, puesto que con frecuencia se ha esgrimido como cortapisa del ejercicio de las libertades; nuestro país, conviene no olvidarlo, tiene un siniestro pasado al respecto.

II. LA NATURALEZA FICCIONAL DE LO JURÍDICO, SUPUESTO FUNDAMENTO DE UNA TEORÍA JURÍDICA «QUEER»

Es en los detalles donde comienzan las grandes divergencias: la dualidad sexo-género, la patologización de la disforia, la obligatoriedad de los tratamientos, la relevancia pública de la identidad sexual, la existencia o no de dos sexos... A mi entender, todos ellos configuran un ámbito identitario propio caracterizado por la conversión de la sexualidad de privada en pública, que confunde la protección a lo diverso con la promoción de identidades hasta el infinito, para constituir, como veremos, un auténtico discurso de la complejidad innecesaria.

En los últimos años, la expansión imparable de lo identitario ha invadido nuevas zonas y se ha planteado incluso la posibilidad de una teoría jurídica con enfoque

(2) La ley federal de 1964 contra la discriminación por motivos de raza, sexo o religión solo ha sido ampliada a la opción sexual en este mismo año, a raíz de una sentencia del TS. Algunos estados del sur conservan normas discriminatorias. El célebre *Don't ask, don't tell* duró en el ejército hasta 2011. El matrimonio homosexual solo encontró aval federal desde 2015.

(3) La célebre asignatura *Educación para la ciudadanía*, impulsada por el gobierno de Rodríguez Zapatero, fue objeto desde el primer momento de una campaña de desprestigio a cargo de la derecha política y la jerarquía católica, uno de cuyos objetivos principales era, precisamente, evitar que los estudiantes recibiesen información sobre el matrimonio homosexual, que desde 2005 formaba parte del ordenamiento jurídico; una información que se consideraba ideologizadora. La campaña culminó con la desaparición de la asignatura de la enésima ley de educación, la LOMCE, a cargo del inefable ministro Wert; su eliminación de la asignatura de Filosofía como obligatoria en el bachillerato no se consideró, curiosamente, una opción ideológica.

queer (Borrillo, 2011; García, 2016). Resultaba previsible: no en vano la visión jurídica caracteriza a la gran teórica de este movimiento, Judith Butler (Lorey, 1996).

En un interesante texto, referido al sistema jurídico francés, Borrillo sostiene la conveniencia de adaptar a la visión *queer* el ordenamiento civil, en lo atinente al derecho de la persona y el derecho de familia, con una eliminación de las referencias biológicas como causa de las instituciones jurídicas civiles. Según el autor, que sigue bastante estrictamente la ortodoxia *queer*, el propio feminismo ha adoptado una postura errónea: acepta el dualismo sexual básico y se limita a luchar por la feminización del derecho. Por el contrario, la actuación realmente contraria al heteropatriarcado estriba en acabar, a través de reformas radicales en el derecho civil, con ese mismo dualismo, de modo que el dispositivo (en sentido foucaultiano) sexo-género deje de ser básico en la identificación de los sujetos.

El fundamento de esta posición teórica es, evidentemente, la teoría *queer*, con su característica reducción de toda diferencia sexual al plano de lo discursivo. En lo sucesivo, expondré con un cierto detenimiento los instrumentos con que Borrillo aspira a reformar el derecho civil, el fundamental de los cuales es la ficción jurídica; pero, además de la crítica de esa pretensión, que considero absurda, examinaré lo más relevante, las bases filosóficas que, explícita o implícitamente, la sustentan.

Un buen argumento para comenzar esta exposición puede ser la singular vindicación del formalismo jurídico que realiza Borrillo en su trabajo. Afirma:

«... el positivismo y el formalismo contienen importantes elementos teóricos susceptibles de dejar entrar la Teoría Queer en el campo jurídico. En efecto, gracias a la ruptura con el iusnaturalismo, el Derecho moderno no necesita más justificar sus instituciones en principios universales, inalterables y verdaderos, ni buscar una fundamentación de la norma jurídica en otra instancia que no sea la deliberación política» (Borrillo, 2011, 31).

Ciertamente, el formalismo jurídico constituye la cobertura ideológica perfecta para una teoría jurídica *queer* (y no sé si esta es la mejor recomendación ante un jurista de nuestros días). No en vano otra de las posiciones fronterizas de lo jurídico, el animalismo, lo ha invocado también en su defensa de los derechos de los animales. El motivo es que en una teoría nominalista, que en nuestra disciplina está representada máximamente por el positivismo kelseniano, lo jurídico no descansa en instituciones, ni siquiera en derechos previos a su regulación por la ley, «...sino exclusivamente en imputaciones, en *actos de voluntad declarativos que crean su propio objeto* (ya sean éstos, añadimos, nuevos sujetos o nuevos derechos)» (Mosterín y Riechmann, 1995, 174-175)⁽⁴⁾. Lo jurídico es en gran medida ficcional, nadie negaría esto, pero ¿hasta qué punto? ¿Es el derecho ficción constitutivamente, o solo lo es instrumental o accesoriamente?

Ciertamente, no hay derecho sin ficciones. La función de estas es facilitar la conexión entre el sistema jurídico conceptual y lo real, de modo que puedan conectarse

(4) La diferencia, en efecto, es que Kelsen no utilizaría esta falta de contenido necesario para invocar derechos sin fundamento *in re*, porque la consecuencia de su positivismo extremo es que el propio derecho subjetivo queda disuelto y no es sino el reverso del deber jurídico. He abordado la cuestión en otro lugar (Muñoz de Baena, 2018, págs. 281 y ss.).

con facilidad, evitando el peligro a ellas asociado: un sistema jurídico desconectado de la realidad social. Que los romanos atribuyeran personalidad jurídica a una herencia sin titular puede parecer delirante, pero se basaba en la sensata pretensión de hacerla manejable. Una pretensión finalista. Pensemos en un ejemplo muy actual: considerar responsable penalmente a una sociedad anónima resulta contraintuitivo, porque no puede ir a la cárcel, y sin embargo tiene sentido, porque tras esa pantalla hay seres humanos que delinquen. Es una ficción sobre otra ficción, pero persigue un fin justo: evitar la impunidad de seres humanos nada ficticiales⁽⁵⁾.

En la teoría *queer*, este elemento finalista se desdibuja, haciéndose predominante: la ficción deja de ser instrumental para pasar a presidir todo lo jurídico. No puede sorprender desde una perspectiva *queer*, ya que la increencia en un mínimo orden de las cosas hace que cualquier orden sea una conjetura y, por tanto, tenga un carácter puramente discursivo. Es el caso del cambio de sexo, que en realidad es cambio de género, en el sentido de mutación del rol sexual mediante un cambio correlativo en la apariencia externa del cuerpo sexuado y, en muchos casos, del funcionamiento hormonal. No se trata de cambiar un sexo por otro, porque eso es imposible: para ello habría que cambiar el cuerpo, además de en su apariencia externa, en su dotación hormonal –lo que solo se puede hacer en parte– y, sobre todo, cromosómicamente.

D. J. García, en un extenso artículo que versa, como el de Borrillo, sobre la posibilidad de una teoría jurídica *queer*, se centra asimismo en el carácter fundamental de la ficción:

«De acuerdo a la jurisprudencia, como el cambio del sexo biológico es imposible, el cambio morfológico produce en la realidad un *como si*, una apariencia de variación del sexo. De esta forma, el transexual deviene ficción, mero elemento discursivo» (García, 2015, 404).

Sin duda, dada la imposibilidad de un cambio de sexo en sentido propio, lo que se da es un cambio de regulación jurídica de un ámbito, el de la identidad sexual de una persona, considerándolo en adelante como correspondiente a la regulación propia de la identidad opuesta. En este sentido, y a partir de una ficción civilista concreta, la de la conmorienencia, Borrillo sostiene algo insólito:

«La teoría de los comurientes constituye también una entidad *queer*. El Derecho hace de cuenta que existe algo que, en realidad, no existe para obtener determinados resultados y en ese sentido demuestra, por su intervención, el carácter puramente convencional tanto de las reglas que gobiernan los comportamientos humanos como la representación de los hechos que las fundan» (Borrillo, 2011, 31).

(5) Hay ficciones mucho más peligrosas, como la contenida en la Constitución que considera a los partidos políticos como estructuras democráticas destinadas a configurar la voluntad popular y como un instrumento fundamental para la participación política, cuando se trata de estructuras cerradas al servicio de grupos de intereses autorreferentes. En la situación actual, y en relación con la prohibición, también constitucional, del mandato imperativo, puede afirmarse sin dudas que, además de una ficción, es una mentira.

Esta afirmación encierra un doble error. Supone aceptar, a partir de un caso evidentemente basado en una ficción, que el derecho mismo tiene índole ficcional –lo que no es cierto, por los motivos que más adelante expondré– sin justificarlo. Pero, además, sostener que una ficción jurídica (ya sea la de la presunción de conmorienca, la de la herencia yacente como sujeto pasivo de una demanda o la del derecho de representación) puede entenderse como una entidad *queer* encierra una confusión entre las ficciones jurídicas y las *queer*, lo que supone tomar la parte por el todo. Las ficciones jurídicas, como he explicado, son *instrumentales* con respecto a un sistema jurídico que en su mayoría no lo es: permiten ajustes internos entre situaciones, derechos subjetivos e instituciones. Pero no deberíamos olvidar que el sistema actual no es formalista, o al menos no se representa como tal⁽⁶⁾. El sistema jurídico tiene, ciertamente, un aspecto –por utilizar la terminología *queer*– performativo, como lo muestran, por ejemplo, muchas de las concepciones sobre la verdad procesal, que es en parte una construcción⁽⁷⁾. El propio concepto de *hechos jurídicamente relevantes* contiene una ficción, puesto que descarta, por ejemplo, cualquier evidencia no obtenida de modo legalmente solvente (la célebre doctrina del fruto del árbol envenenado). Y, sin embargo, aunque el sistema jurídico acepta que no hay una total correspondencia entre la verdad jurídica y la fáctica, sigue teniendo como teleología la verdad. Las ficciones jurídicas que utiliza para sustentarla tienen un valor auxiliar: *no se trata de que la verdad no interese, o de que se considere una mera construcción, sino de que solo la parte de ella que resulte compatible con el sistema de garantías puede ser jurídicamente solvente*.

Excursus: las ficciones en el límite, otro ejemplo de formalismo jurídico

Hay ejemplos extremos de ficciones jurídicas identitarias (Muñoz de Baena, 2018). Tanto los derechos de los animales como los de la Madre Tierra constituyen ejemplos límite, pues en ambos casos se trata de ficciones integrales, plenamente autorreferentes, que constituyen sujetos nuevos allí donde antes no había sino objetos. Tributarias –no siempre conscientemente– de la misma concepción constructivista y formalista a que me he referido, construyen nuevas subjetividades con el objetivo, en ambos casos muy loable, de terminar con injusticias históricas: en el primer caso, el maltrato a los animales, en el segundo, la destrucción de la naturaleza. Se trata de ficciones totalmente innecesarias, puesto que su función de lograr ajustes internos en el sistema jurídico se cumple mejor por otra vía: la protección penal, que no requiere un derecho subjetivo sino, más bien, un *bien jurídicamente protegido*. Concepto este que, además poseer un claro sentido finalista, reduce al mínimo la abstracción dogmática⁽⁸⁾. Por el contrario, ambas ficciones autorreferentes causan más problemas de los que resuelven, pues crean sujetos que no pueden tener deberes y están condenados a la incapacidad y a la representación por su propia índole: es improbable que un gran simio o, menos aún, la Madre Tierra puedan nunca ser interrogados en una sala de

(6) Puede actuar formalistamente a veces, pero el diseño político-institucional no lo es.

(7) López, 2016.

(8) Efendehl *et al.*, 2016.

juicios. Por supuesto, la representación es una figura básica en este planeamiento, que posee también su base ficcional; la cuestión que habría que plantear es si su carácter en el sistema jurídico es –en los términos que a continuación veremos– esencial o accidental. Y no se puede contestar sino lo primero (a menos que seamos kelsenianos, como los liberales y los *queer*). El derecho está concebido para seres que en su mayoría son capaces; la incapacidad es la excepción, el accidente, y nadie debería inferir de ello que los sujetos situados en casos excepcionales valgan menos o estén infravalorados ante el sistema jurídico. Simplemente, no se puede negar el sustrato real de lo jurídico: hay personas incapaces de administrar sus bienes. ¿Podemos imaginar un mundo donde los entes morales carecen de correspondencia con las cosas que designan, plagado de sujetos advenidos merced a ficciones donde la incapacidad de obrar sea, no ya la excepción ni la regla sino, más aún, la única posibilidad? ¿No violaríamos la primera de las reglas del nominalismo, la que expresa el principio *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*?

III. LA GENEALOGÍA DE LAS FICCIONES «QUEER»

Pese a la plétora de estudios sobre el pensamiento *queer*, es casi imposible encontrar un rastreo completo de la genealogía de este peculiar idealismo postmoderno. Se ha hecho tópico aludir al *linguistic turn*, a Heidegger, Austin, Lacan, Foucault, Lyotard. Pero nunca se hace referencia a la esencial continuidad entre las ficciones *queer* y la Modernidad, con la cual dicen romper por su dualismo esencialista. Y, sin embargo, hay una importante continuidad entre el lenguaje moderno y el postmoderno, que intentaré mostrar sucintamente.

Si de ficciones se trata, la Modernidad se sostuvo desde el comienzo sobre una ficción primigenia, cuyo carácter de tal nunca negó: la de que los humanos se definen como seres autónomos, al margen de los entes sociales y políticos. Esto, que conducía de modo necesario al menoscabo del vínculo social, requirió su restauración mediante otra ficción: la igualdad de derechos, que, pese a su origen en la «naturaleza», es asimismo ficticia porque su referente es el poderío económico: el ámbito menos igualitario que existe, capaz de restringir la participación a los adinerados.

Para proteger ese orden de base subjetivista y ficticiamente igualitario, la Modernidad generó un sujeto abstracto y no menos ficticio, el Estado (una persona *moral*) que permitió arrinconar como base del orden político a la otra ficción fundamental: una naturaleza ya meramente conjetural, convertida en un mero principio ordenador, ajena plenamente a lo físico y biológico. La índole de esos fundamentos ya no era natural, sino moral. La Modernidad progresó, así acumulando unas ficciones sobre otras. Su diferencia con las filosofías *post* actuales estriba en que, en su intento de superar la destrucción de lo social, el pensamiento moderno buscó principios unitivos, siempre provisionales, siempre desechables (no en vano descansaba en un sistema de pensamiento autofundado), enunciados con un lenguaje unívoco (frente a la analogía griega y medieval) y dualista, en su empeño por encontrar en el orden

político y social un orden –ciertamente tramposo– que había sido negado desde el principio por el contractualismo radical⁽⁹⁾.

Siglos después de tan radical transformación, la estirpe de todas esas construcciones ficticias y abstractivas persiste. El pensamiento *queer* se basa, precisamente, en la construcción de una suerte de neonaturaleza cuyas características son, no causalmente, las del liberalismo:

-Un nominalismo filosófico, contrario a cualquier afirmación de una esencia común de los seres humanos y que, por su negación de todo concepto universal, solo acepta la existencia de seres discretos, sin una naturaleza común.

-Como consecuencia de lo anterior, una erradicación total de cualquier base biológica para las argumentaciones relativas a la identidad sexual, lo que lleva a negar la dualidad, tan importante en el feminismo de finales del XX, *sexo-género*.

La combinación de ambas características da lugar a la teoría *queer* de las identidades: no hay sexualidades normativas, sino simples formaciones discursivas que establecen roles. El discurso no describe más o menos objetivamente hechos precedentes, sino que los construye. Todo lo sedicentemente natural es cultural, todos los pares de oposiciones acuñados por la Modernidad contienen dualismos metafísicos y esencialistas (naturaleza-cultura, público-privado, masculino-femenino, normal-patológico). Es en este punto donde lo *queer* se separa radicalmente de su patrón moderno, porque su nominalismo es mucho más radical⁽¹⁰⁾. Pero continúa siendo, como aquel, nominalista e individualista. Al final de este texto volveremos sobre ello.

IV. LA CUESTIÓN FUNDAMENTAL: EL DEBATE ENTRE RAZÓN Y VOLUNTAD

La cuestión de las ficciones es pues importante, pero no está ahí lo fundamental. Al analizar la teoría jurídica *queer* desde la distinción esencia-accidente, que veremos más adelante, nos asomamos al auténtico problema. Pues la fricción se da entre quienes creen que lo jurídico tiene una esencia –lo que no significa reificar esa visión convirtiéndola en esencialismo⁽¹¹⁾– y quienes entienden que solo posee existencia. Pero si no hay más que existencia, no hay límites objetivos para el derecho, todo es legible, lo jurídico es pura voluntad en acción; y esa epistemología, como en los

(9) Principios unitivos que la Modernidad produjo por doquier: "...una naturaleza vicaria (Locke), una personalidad moral (Pufendorf), una voluntad colectiva (Rousseau), una eticidad (Hegel), una autolimitación estatal (Jellinek), una clase social oprimida (Marx), una fusión de lo político en lo jurídico (Kelsen)" (Muñoz de Baena, 2019, 540).

(10) Amorós, 1992.

(11) El esencialismo es un error de la Modernidad, como el antisencialismo lo es de la postmodernidad. Ambos son reificaciones, fruto de una utilización absolutizadora del lenguaje.

años treinta descubrió también el austriaco Kelsen, encierra serios riesgos. Afirmar que no hay contenido necesario en lo jurídico y que cualesquiera hecho, acto, relación o conducta pueden ser convertidos en norma jurídica tiene unas consecuencias, que van más allá de la estimulante apertura que ese postulado parece plantear.

Sin duda, quien afirma que lo jurídico tiene un contenido necesario está vinculado a afirmar cuál es, si no desea ser motejado de autoritario; creo que la cuestión no es fácil de resolver. Sostener la necesidad de resolver las interpretaciones argumentativamente tropezaría con la objeción –típicamente foucaultiana– de que los argumentos solo ocultan el poder que hay tras ellos (o con la inicial habermasiana de que el conocimiento oculta siempre el interés). La fatal dialéctica razón-voluntad, implícita en casi todos los debates sobre la racionalidad práctica de nuestros días, es el fondo de esta cuestión. Podríamos, pues, reconducirla hacia el consenso, aunque esa nueva afirmación no obviaría el escollo principal: se diría, no sin sentido, que los acuerdos son más materia de voluntad y poder que de razón, por más que la racionalidad procedimental se esfuerce en reducir aquella.

Tarde o temprano, nos hallaremos ante la gran cesura: o adoptamos una ética de inspiración aristotélica o nos inclinamos por una moral de cuño kantiano. O centramos las cuestiones éticas en un contenido previo o prescindimos de él. Y, si hacemos lo segundo, poco importará que lo hagamos en nombre de una racionalidad autónoma legisladora (como los kantianos, entre ellos el propio Habermas) o en nombre de una primacía de la voluntad sobre el discurso (como los postnietzscheanos, entre ellos Foucault y Butler). Sobre estos últimos, a los que va dedicado este texto, es difícil no suscribir las palabras con que Habermas justificaba su denominación como «jóvenes conservadores»:

«Colocan en la esfera de lo lejano y lo arcaico a las potencias espontáneas de la imaginación, la experiencia de sí y la emoción. De manera maniquea, contraponen a la razón instrumental un principio sólo accesible a través de la evocación, sea éste la voluntad de Poder, el Ser o la fuerza dionisiaca de lo poético (...) Sobre la base de actitudes modernistas, justifican un irreductible antimodernismo» (Habermas, 2004, 62).

Como en tantos ámbitos de la teoría postmoderna, son las mejores intenciones las que conducen a la perdición. En su empeño por dejar espacio a lo diferente, por deconstruir la identidad moderna –predominantemente interpretada como masculina, heterosexual y blanca– lo *queer* procede fragmentándola; combate así una identidad hegemónica con una multitud de identidades, lo cual tiene efecto, nada paradójico, de que todo devenga identitario⁽¹²⁾. Por ello, la identidad sexual, libre de la sujeción al dualismo varón-hembra, crece y se desborda hasta hacerse omnipresente, pública, política a la vez que lo más esencial de nosotros permanece en lo privado. Volveré al final sobre esto.

(12) "...Butler conserva la operatividad política de la categoría de identidad, abriendo el margen de transformación por medio de la iteración performativa y la multiplicación de las identidades de género" (González, 2014, 144).

La tendencia posmoderna a desplegar las identidades, siempre bajo la categoría suprema del reconocimiento, pretende sustituir la vieja identidad monolítica, esencialista, por *roles, posiciones relativas*⁽¹³⁾. Hay aquí, creo, una visión tan *antipolítica* como *antijurídica*. Pues, al constituirse el identitarismo frente a la abstracción liberal, basada en la ceguera ante la diferencia y en los derechos subjetivos abstractos y universales, opta por la absoluta concreción, y al hacerlo fractura por su base tanto lo político (pues no hay ya sujeto común alguno, todo es puro antagonismo) como lo jurídico (pues se borra el fundamento mismo del derecho de la persona y del derecho de familia, al desaparecer las instituciones que los fundaban).

En lo político como en lo jurídico, desaparecida la subjetividad moderna, el sentido de la justicia desaparece también, al ser sustituida la pretensión, más o menos tramposa, de igualdad albergada en la *relación* con los otros (no hay relación en un mundo nominalista, pues se trata de un modo del ser y el nominalismo los niega)⁽¹⁴⁾ por un paroxismo de la diferencia: un despliegue inimaginable de individualidades. La falta de control institucional de la identidad conduce a que el criterio último para definir y a un sujeto sea la mera autorrepresentación, que es posible hacer valer frente a la más tenaz de las evidencias. No puede extrañar que Borrillo, como veremos más adelante, se refiera a la justicia *individual*.

Desaparecida la relación, se borra también toda consideración relativa, contra lo que percibimos intuitivamente en el universo *queer*. No deberíamos pensar que aquí se opera una sustitución de las ficciones y abstracciones modernas por una serie de concreciones, capaces de tornar lo jurídico y lo político en relativo y próximo. Más bien se trata de todo lo contrario.

Dos ejemplos: ausente la definición de varón de todo control institucional, bastará con que un sujeto velludo y cargado de músculos, de profesión atleta, declare sentirse mujer para darle libre acceso a la federación femenina, donde impondrá su enojosa –por indisponible, por no discursiva, por *real*– dotación de cromosomas XY para ganar competiciones con unas cartas marcadas que nadie podrá discutirle. Igualmente, será suficiente con que un varón alegue, en pleno proceso de separación o divorcio, el sorprendente y providencial descubrimiento de su condición femenina para que quien juzgue el caso deba replantearse cuantas medidas vaya a adoptar en atención a su sexo-género; por ejemplo, el otorgamiento del hogar familiar al otro cónyuge por existir hijos menores. Lo normal es, sí, que se invoque la existencia de un fraude por la parte opuesta; pero si quien ha de juzgar no puede, *ope legis*,

(13) No deja de ser interesante que esa misma expresión sea la que utiliza Chantal Mouffe, ajena al mundo *queer* pero igualmente *post*, en sus textos sobre lo político: *posiciones de sujeto* (Mouffe, 1996).

(14) "...não se atrela a uma resistência simplesmente linguística. Trata-se de uma resistência a práticas de viver que, por se normalizarem, tornam-se compulsórias, como por exemplo, a heterossexualidade. A postura transgressora não esta em ser algo, mas em impedir que esse algo se torne uma prática verdadeira que revela uma essência seja de si ou do outro" (Chaves y Pimentel, 2012, 197). En esta negación de la posibilidad de que algo -incluso lo propio- sea algo, de que se consolide y llegue a predicarse de ello una esencia, hay algo de infantil, como si no se pudiese oprimir en nombre de lo móvil, de lo cambiante (acaso la peor de las opresiones, por cuanto no permite expectativa alguna).

encargar prueba pericial alguna para confirmarlo, se encontrará atado de pies y manos. Estas consideraciones deberían hacer reflexionar a quienes estiman, muy acertadamente, que la deseada autodeterminación sexual significa «...la capacidad de cada individuo para determinar su propia identidad de género y su cuerpo sin que se le exija ninguna intervención ni autorización previa y siempre que no provoque un daño directo sobre terceros» (Merino, 2017, 133). Muy sensato, por lo que implica de respeto de la diversidad; pero sin que esa autorrepresentación se traslade al DNI sin mediación alguna, pues el daño a terceros es más difícil de estimar de lo que parece.

Se da en esta concepción de lo jurídico, pues, la peor de las abstracciones, la más delirante de las ficciones: la de que un sujeto puede transitar de una identidad sexual a otra sin que nada ni nadie lo facilite o impida, con la imprescindible ayuda de la disponibilidad total de los significados. Si ya no existen cosas sino discursos autorreferentes, si todos ellos se consideran equivalentes por no jerarquizables, ¿quién podrá ordenar esos discursos? ¿Queda algún lugar para eso que antes llamábamos realidad?⁽¹⁵⁾

Solo un mal uso del lenguaje puede explicar que se hable de relativismo para referirse a las doctrinas *queer*. Carece de sentido afirmar que estas se oponen a la absolutización de las categorías dualistas modernas: de hecho, encierran una impresionante absolutización del lenguaje. Llegar a sostener que la diferencia entre hombres y mujeres no tiene un carácter natural entra, a mi entender, directamente dentro del delirio. Requiere una considerable dosis de olvido de lo real, de idealismo epistemológico, afirmar que las diferencias cromosómicas, hormonales y psicológicas producidas durante millones de años por la necesidad de la reproducción desaparecen en tres generaciones y que sus consecuencias psicológicas y conductuales no son sino una ilusión, el invento interesado de un dispositivo jurídico de dominación. Las diferencias culturales entre hombres y mujeres son, ciertamente, el resultado de formas de dominación históricamente consolidadas e injustas, de roles apoyados en discursos sin apenas base natural que las feministas de segunda generación denominaron, con buen criterio, *de género*; mas incluir la diferencia sexual entre esas formaciones discursivas es propio de quienes desean reducir lo real a palabras y blindan a estas, por su absolutización carente de fisuras, contra cualquier inmiscusión de lo real. El pensamiento *queer* es un idealismo:

«El ser humano, para dicha ideología, se encuentra constituido de dos cuerpos estables, definidos biológicamente por dos gramáticas distintas XY-XX que permiten una escritura coherente del destino individual y social. La inscripción del sexo como

(15) La autorrepresentación irónica y esteticista de lo *queer* es esencialmente negativa, reactiva; nadie puede imaginar bien un modelo social *queer*, precisamente porque se trataría de un *anti* modelo. Cada visión de las cosas, precisamente por resultar de una autorrepresentación, pone en escena una visión irrepetible e incommensurable. Las cosas ya no son necesarias. Una operación que recuerda, no sorprendentemente, al neobarroco postmoderno: un despliegue irónico en el cual, al contrario que en el barroco, el *pliegue* (Deleuze *dixit*) nunca sale de sí mismo, porque su ironía carece de propósito ético y estético, se agota en el continuo hecho de plegarse (debo esta aguda observación a mi amigo y colega Juan Antonio Gómez).

modo de identificación de las personas alimenta la ilusión de la naturalidad de la diferencia entre hombres y mujeres» (Borrillo, 2011, 36).

Es característico del nominalismo extremo reducir lo real al lenguaje. La expresión «definidos *biológicamente* por dos gramáticas distintas» ilustra esta reducción: las gramáticas describen diferencias que no están escritas –metáforas aparte– sino que vienen dadas, si vale la vulgaridad, de serie. Nadie escribe para separar, sino para intentar describir lo separado. X e Y son signos convencionales que se limitan a reflejar diferencias naturales, no gramáticas; no crean, como diría Butler, la materialidad. El texto al respecto de la filósofa estadounidense, de clara matriz althusseriana, no deja lugar a dudas con respecto a esta insólita capacidad creativa del lenguaje:

«Responder a la pregunta de la relación entre la materialidad de los cuerpos y la del lenguaje exige primero que ofrezcamos una versión de cómo se materializan los cuerpos, es decir, de cómo llegan a asumir la *morphe*, la forma mediante la cual queda marcado su carácter distintivo material. La materialidad del cuerpo no debe darse por descontada, porque en cierto sentido se la adquiere, se la constituye, mediante el desarrollo de la morfología» (Butler, 2002, 113).

Hay aquí una separación entre la materia y la forma que no puede sino aumentar las sospechas de idealismo que suele generar lo *queer*. La materialidad (la materia in-formada, sexualmente informada) precede al discurso sobre ella; la forma no es discursiva, aunque pueda ser interpretada discursivamente. Los genitales masculinos, en tanto que materia sexualmente informada, son anteriores a la falocracia y no se configuran a través de ella, sino al revés; tampoco puede decirse que lo uno conduzca necesariamente a lo otro. Posteriormente, sobre la falsilla de esa diferencia biológica se escribirá la diferencia social, discursiva, tramposa, aquella a la que debemos enfrentarnos: la que justifica la discriminación, la sumisión, la disciplina de los cuerpos. Pero *los cuerpos ya están dados, nadie los escribe*; las leyes de la biología no son gramaticales. Cambiar la gramática no significa darle poder sobre lo real. No se puede considerar creadoras a las palabras cuando versan sobre la química de los cuerpos, es absurdo hacer equivalente la gramática a lo que designa: sería como confundir, como en el relato de Borges «Del rigor en la ciencia», lo real con lo representado a escala 1, el país que yace bajo el mapa con el mapa mismo. Cambiar las reglas gramáticas cambia, ciertamente, nuestra concepción (cultural, interpretativa, esto es, discursiva) de los cuerpos, generando pretericiones e injusticias; pero, insisto, los cuerpos preexisten.

No sé si se puede tener una cierta confianza en una teoría cuya pretensión es cambiar lo construido con total olvido de lo dado, «...(de)construir el sujeto sexuado y generizado, y (re)construir las identidades no ya según unas características pre-determinadas del cuerpo, sino recurriendo a estrategias teóricas» (Merino, 2017, 125)⁽¹⁶⁾. Aquí se mezcla lo inmiscible: la estrategia entra en el ámbito de lo político

(16) Es muy de agradecer que con ello no se pretenda "...cuestionar las ciencias médicas, pero sí su utilización como estrategia normativa, de acuerdo con las teorías foucaultianas" (Merino, 2017, 135). Sería

o retórico, mientras que lo teórico se pretende descriptivo (o comprensivo, según el modelo). Una *estrategia* teórica no parece estimar mucho el valor de verdad de sus afirmaciones; claro que resultaría difícil hacerlo cuando se cree que *toda* verdad es una construcción. La «teoría» *queer* es tan ficcionalmente creativa como la doble contabilidad y sirve, como ella, a un mundo paralelo.

V. LA PATOLOGIZACIÓN Y SUS TRAMPAS VERBALES. SUSTANCIA Y ACCIDENTE

El punto en que más claramente es posible poner a prueba las ficciones *queer* es, obviamente, el de las modificaciones en la identidad de género. La práctica, habitual en los últimos decenios, de acomodar la identidad física a la psicológica ha despertado fuertes críticas por las consecuencias, a menudo graves, de las operaciones de reasignación (Borrillo, 2011, 40). El fin de esas intervenciones se lograría, según el autor, mediante una aceptación de que cada sujeto definiese libérrimamente su identidad sexual, con independencia del aspecto exterior y la situación hormonal, así como sin intervención institucional alguna. Ello significaría una superación del marco de la ley actual, que, si bien no exige la cirugía previa, sí requiere un cierto control institucional: mayoría de edad, diagnóstico de disforia de género y tratamiento hormonal de dos años⁽¹⁷⁾. De hecho, desde una posición *queer*, los transtornos de género carecen de la más mínima neutralidad pese a su descripción psiquiátrica, de modo que el objetivo de la figura de la disforia de género es la perpetuación del dimorfismo sexual (Bento y Pelúcio, 2012, 579).

Muy foucaultianamente, García sostiene que en la ley de 2007, en procedimientos de cambio de identidad sexual, la confesión de quien la insta, «... cumpliendo con los requisitos que la ley establece, exige que la verdad contenida y archivada en el Registro Civil cambie según la confesión que emite»; tal confesión puede asimilarse a la que se realiza ante el sacerdote y el funcionario que la escucha se convierte en depositario de la verdad y opera el paso, mediante la ficción, al nuevo estado de curación. El autor lamenta asimismo que se imponga la imagen externa, «... dado el tratamiento jurídico de excepción, de sujetos anormales» (García, 2015, 410-412).

La cuestión de la patologización es crucial en la, a mi entender, simplificadora posición de las teorías *queer* con respecto al diagnóstico de *disforia de género* como base para la reasignación de identidad sexual. Se sostiene que tal disforia, en tanto descripción clínica de un padecimiento ligado a una frustración (el, según la teoría *queer*, falso desajuste entre identidad física y psicológica) estigmatiza al sujeto, condenándolo a un diagnóstico y a una inexistente curación, derivándolo hacia una sexualidad externa similar a una de las dos socialmente aceptadas. Se trata, pues, de

deseable que alguien explicase cómo separar la estrategia de la teoría en que se funda. Mucho más que lo explicasen aquellos para quienes su teoría... es una estrategia.

(17) Hay excelentes exposiciones de los requisitos médicos del diagnóstico; por todas, Mas, 2013.

una *patologización* (Missé y Coll-Planas, 2010; Mas, 2013), destinada a mantener el orden bisexual frente a quienes desean destruirlo negando su normatividad social y política.

Hay en esto, creo, una deficiente y acaso malintencionada incompreensión, que da por buena la siguiente asociación: disforia=patología=curación, y que infiere de todo ello el estigma denigratorio. Se aprovecha además la consideración, de siniestro pasado en todo el mundo, de homosexuales y hermafroditas como desviados, seres contra natura (como si la naturaleza no produjese animales con conducta homosexual) y, en consecuencia, con enfermos y viciosos que había que *curar contra su voluntad*, acomodando la sexualidad psicológica a la física (es decir, al contrario que en la actualidad). Y esta asociación, no natural sino cultural y discursiva, carece de sentido.

Pero, por mucho que rechacemos esta asociación tramposa, me parece evidente que la falta de acomodo de la fisiología de un sujeto a su psicología, cuando es capaz de generar angustia o sufrimiento, es una deficiencia, prescindiendo de los múltiples mecanismos culturales que pueden permitir obviarla (entre los cuales, ciertamente, la asunción de la condición *queer* puede cumplir una función muy positiva)⁽¹⁸⁾. Creo que sería más propio referirse a *patología* más que a *patologización*. Tampoco resulta fácil obviar la necesidad, o al menos la conveniencia, de un diagnóstico. Pensemos en la sordera o la falta de algún miembro. Una persona sorda o manca puede vivir sin problemas si asume su condición, lo que afortunadamente permiten las actuales sociedades excedentarias; pero su integración plantea, de entrada, un problema, que puede vivirse en términos de angustia o tristeza (de disforia). Un ser humano cojo, manco o hermafrodita hubiese tenido serios problemas en un grupo neolítico o en la Esparta del siglo V a. de C., pero ahora, por fortuna, tiene serias posibilidades de vivir una vida plena. Y, sin embargo, ni mucho menos tantas como el resto: a la mayoría se les pedirá más, se los mirará con injustificada desconfianza en algunos lugares y por parte de algunas personas. Hurtar el aspecto problemático de sus diferencias no es sino un subterfugio, porque se presentan como *pato-lógicas* (todas suponen, literalmente, *un padecimiento*). Ningún sordo o manco desea permanecer taly sus deficiencias no son identidades. Y esto se debe a algo tan elemental como que la *esencia* de la figura humana es poseer dos brazos y dos oídos funcionales y en caso contrario existe una ausencia, un *accidente*. Sostener que la frase «los seres humanos poseen normalmente, esencialmente, dos brazos y dos piernas» es esencialista supone confundir el lenguaje con el metalenguaje; no se puede patologizar lo que ya es *pato-lógico*, en el sentido neutral antes visto, aunque infligir a partir de esta condición un tratamiento denigratorio u ofensivo es una manifestación de intolerancia.

Ciertamente, en una sociedad moderna y civilizada la desviación del patrón normal de sexualidad está dejando de ser patológica desde el punto de vista de la

(18) Esta afirmación no es, por cierto, paradójica: no se pretende aquí denostar lo *queer*, que puede considerarse positivo por cuanto ha ayudado a muchas personas a asumir su condición sin angustia e incluso con alegría, sino la pretensión de constituir una teoría jurídica *queer*. No se ataca al lenguaje objeto, sino al metalenguaje.

ciudadanía, dada la facilidad con que puede ser aceptada en el marco de leyes que la reconocen; eso no impide que en muchos casos pueda serlo por acarrear un transtorno bajo, precisamente, la forma de la disforia, ya sea producida por falta de información, por la actitud conservadora de los progenitores o la sociedad en su conjunto o por malas experiencias como el acoso. No es necesario aclarar que cada sujeto debe vivir su vida como tenga por conveniente, produzca o no escándalo a los demás⁽¹⁹⁾. Me limito a aclarar que el dimorfismo sexuales estructural a la especie humana y, por tanto, esencial, ya que permite su reproducción y evita su desaparición⁽²⁰⁾. Los individuos afectados por la disforia de género son patológicos solo en este sentido: con un criterio biofisiológico y filogenético, al no ser funcionales a la perpetuación de la especie⁽²¹⁾. *Son una anomalía en tanto que animales pertenecientes a una especie, no como personas*. Algo que, en un mundo poblado por más de siete mil millones de individuos, reviste muy poca importancia. Desde el criterio de la ciudadanía y desde las consideraciones morales, tal carácter anómalo desaparece⁽²²⁾. Por eso resulta, como dije, injustificable asociar al él descalificaciones como desviación, teratología, inmoralidad, abyección, lacra social, etc., como tradicionalmente hicieron las iglesias y los conservadores. Alguien que cría a una descendencia adoptada es un ser fracasado desde el punto de vista de la especie, porque no ha transmitido sus genes; sin embargo, ello no le impide llevar una vida plenamente satisfactoria en el ámbito familiar y social, el realmente importante. Por fortuna, *no estamos determinados por nuestra biología, como el resto de los animales, aunque tampoco podemos negarla en el ámbito en que efectivamente opera*. Lo equivocado, lo que ha dado lugar a tanto sufrimiento innecesario a lo largo de la historia, es *proyectar una consideración*

(19) "Sostenemos que es el rechazo del entorno el que provoca el sufrimiento de las personas trans y hasta les impulsa a querer modificar sus cuerpos con el fin de tratar de encajar en el modelo normativo de género. En este sentido, en un entorno menos transfóbico y sexista, un hombre femenino y una mujer masculina podrán sentirse reconocidos y deseados, por lo que tendrán mejores condiciones para aceptar sus cuerpos" (Missé y Coll-Planas, 2010, a, pág. 49).

(20) En un texto reciente, he tratado la cuestión, reuniendo un buen número de argumentos a favor del carácter natural del dimorfismo sexual (Muñoz de Baena, 2019, 546-547). Quien infiera de esto un menoscabo de la diversidad sexual es, simplemente, un intolerante, a quien debería llamarse por su nombre.

(21) En nuestros días resulta posible separar la sexualidad de la reproducción, y sin duda ello es un avance civilizatorio que libera del reproche o la sospecha las conductas no normalizadas, pero quienes optan por reproducirse quedan vinculados no pueden prescindir de la sexualidad dada, nunca: la unión, sea cual sea su lugar y el procedimiento, de una célula masculina y una femenina. Y la reproducción es constitutiva de la especie y, por tanto, de la sociedad. La consideración por Borrillo de sexo, género y sexualidad como "categorías naturalizadas" supone mezclar lo natural e indisponible (la primera categoría) con lo cultural (la segunda y tercera).

(22) "... podríamos cuestionarnos el hecho de que, por un lado, se conciba la transexualidad como un trastorno de orden psiquiátrico mientras que, por el otro, se privilegie un tratamiento de modificación corporal hormono-quirúrgico en lugar de un tratamiento psicoterapéutico reconstructivo. En este sentido, resulta paradójico que los profesionales sanitarios accedan a los deseos de transformación corporal de un sujeto al que previamente se le ha diagnosticado un trastorno mental" (Mas, 2013, pág. 74). No si el padecimiento mental tiene causa de un desajuste; separar de ese modo lo psíquico de lo físico resulta imposible, además de contradecir un esquema, como el *queer*, para el cual todo es psíquico y simbólico y la corporalidad es un efecto del discurso.

natural en lo cultural; no casualmente, lo mismo que pretendieron doctrinas como el darwinismo social o la eugenesia.

Sostener que el hermafroditismo no debe ser *patologizado* equivale a tratarla distinción normal-patológico –o, en este contexto filosófico, esencial-accidental– como cultural y discursiva, pese a su índole natural e indisponible. La patología –ya en el sentido no filogenético sino social, de frustración de aspiraciones o falta de aceptación– propia de la disforia no es, pues, comparable en modo alguno a lo que antes se entendía por ella, ni una violencia ejercida sobre la voluntad del sujeto. De una patología *filogenética* no se deriva una tara social: quienes lo dan por supuesto (tanto los planteamientos conservadores y los extremistas religiosos como los *queer*, unos para aceptarlo, otros para oponerse) absolutizan el lenguaje, olvidan que lo que se dice puede ser dicho desde muchos criterios. Si ese resto estigmatizador persiste en nuestra mente y nuestro lenguaje, es por pura costumbre y nuestra tarea ha de ser oponernos a la estigmatización de lo distinto, no negar que toda diferencia sea irrelevante.

Las configuraciones intermedias de la identidad sexual son tan dignas de reconocimiento y respeto como las demás, y es un indudable mérito de la doctrina *queer* haber contribuido a esa dignificación. Es la teoría, jurídica o no, de esta orientación la responsable de convertirlas en identidades, sobre la base de que la existencia de situaciones accidentales y esenciales debe llevar a negar esa dualidad (que no es un dualismo, ni una dialéctica) y, en fin, que hay tantas identidades como sujetos. El resultado es el cuestionamiento del dimorfismo sexual, el único criterio de identidad sexual que sería considerado no beligerante y que es, por ello, precipitado al ámbito de la privacidad.⁽²³⁾

Solo la absolutización del lenguaje impide que ciertos términos puedan ser dichos desde diferentes criterios o sentidos. El dimorfismo sexual, la dualidad (que no dualismo) varón-hembra es una estructura necesaria, no una imposición denigratoria a quienes son *fisiológicamente accidentales* (no viciosos, no abyectos) por relación a la configuración fisiológicamente esencial. La pretensión de que se acabe con la supuesta imposición jurídica de un sexo al recién nacido con pretextos biomédicos (García, 2016, 341), contradice, por tanto, el más elemental sentido común: define a la perfección un mundo vuelto del revés por el inmenso poder del lenguaje *académico*. Recuerda, si vale la humorada, a esa memorable frase de Woody Allen apaleado por varios tipos, cuyos puños afirma haber golpeado repetidamente con su barbilla.

A la luz de esta distinción entre lo esencial y lo accidental –y de las imprescindibles precisiones a que obliga su utilización, y que he intentado llevar a cabo– puede quedar un poco más claro, frente a los tópicos simplificadores actuales, que regular

(23) "O conhecimento do gênero possibilita, dessa maneira (e ainda), a construção ideológica de complementaridade. Cada um aprende qual é o seu lugar, o que determina não somente uma função social específica, mas também uma identidade psicológica de tal forma que Goffman considera o gênero, e não a religião, como ópio dos povos. Na realidade, a identidade sexual permanece como a mais forte das identificações nas sociedades ocidentais" (Borrillo, 2010, 294).

lo diverso y proteger la diferencia resulta imprescindible, que *la opción de un sujeto por no sentirse varón ni mujer; o por sentirse uno u otra – o animal, o cosa– según los momentos del día, el humor o cualesquiera circunstancias, ha de ser respetada y protegida, pero sin tocar su documento de identidad porque tal opción, al contrario que la de mudar de identidad sexual, pertenece a su intimidad*. El respeto a lo diverso es fundamental en una sociedad democrática y en un Estado de derecho, pero no requiere invertir la relación entre lo esencial y lo accidental ni destruir el fundamento *in re* de toda afirmación en un afán, más narcisista que prometeico, de reconstruir el mundo en nuestra mente. Es tan comprensible que nos guste el frío como que adoremos el calor, pero la aceptación de ambas posibilidades como normales no comporta negar que el frío es la ausencia de calor y no al revés, y quien lo enunciase del segundo modo cometería un error desde el punto de vista de las leyes físicas, que nada tienen de discursivas.

A la vista de lo dicho, creo que el lenguaje de quienes apoyan una ciencia jurídica *queer* está afectado, por su absolutización y su falta de toda ponderación, matiz y criterio, de una continua confusión de planos. Ciertamente, algunos parecen más afectados que otros; veamos un nuevo ejemplo:

«Una Teoría Queer del Derecho es una teoría de la justicia individual que integra en el universo jurídico a todas las personas sin considerarlas en función de su sexo-género-sexualidad, categorías éstas desprovistas de pertinencia jurídica. Llevada al campo jurídico, la multiplicación de géneros propuesta por Judith Butler, a través de la noción de *performativity*, sólo puede plasmarse en la desaparición de la categoría género en tanto identificación obligatoria de los individuos (...) En tanto que categoría jurídicamente irrelevante, el sexo de los individuos debe ser considerado pues como una simple información personal de naturaleza privada, del mismo modo que lo son la raza, la religión, las opiniones políticas» (Borrillo, 2011, 32, 37, 40).

Se me escapa cómo una teoría de la justicia puede ser *individual*. La justicia es una igualdad mediada por un criterio y las dos formas en que se presenta, la conmutativa y la distributiva, se configuran sobre la base de una *relación*, ya entre los particulares, ya entre el particular y el Estado. Quizá el mundo *queer*, en su rabioso individualismo, sea partidario de introducir una nueva categoría, la de *autojusticia*. Por otra parte, el autor no nos deja claro si es el género o el sexo la categoría prescindible. Bien es verdad que no parece importar, ya que para su referente teórico, Butler, ambos son términos culturales.

Es de imaginar que esto llevaría a una modificación constitucional, consistente en reformar el art. 16.2 CE en estos términos: *Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias ni a qué sexo pertenece*.

De este modo, el desquiciamiento de la teoría, de toda teoría del derecho en clave *queer* puede alcanzar extremos impresionantes, ya que lo que siempre se ha considerado público devendría privado:

«... ninguna sexualidad en particular debe ser promovida por el Estado. Así, el matrimonio y la prostitución, el amor romántico y el sadomasoquismo merecen

ser tratados del mismo modo por el Orden Jurídico, en tanto que se trata de actos libremente consentidos» (Borrillo, 2011, 34).

Es característico de la perspectiva *queer* el rechazo de toda institucionalidad por considerarla represora. Y esto es una verdad a medias: resulta intolerable que el Estado se arroge la potestad de interferir en la sexualidad de sus ciudadanos adultos, sea esta sadomasoquista, fetichista o lo que pueda ser, pero las instituciones realizan una opción por un determinado orden de cosas y eso, en ocasiones, resulta preferible; las regulaciones son tan útiles para defender derechos como para reprimirlos. Por ejemplo, la opción de casi todos los sistemas jurídicos por considerar a la prostitución como no deseable no comporta necesariamente que se la denigre como actividad o como negocio. Incluso a quienes preferimos en su regulación jurídica el modelo holandés al sueco, optando por un tratamiento fiscal y contractual del problema, la situación en el mismo plano del matrimonio y la prostitución nos produce una cierta perplejidad. Y aquí es donde interviene la institución frente al mero derecho subjetivo. A efectos de educación de la prole, podemos imaginar, con todas las desgraciadas excepciones que procedan, una atmósfera de crianza ligeramente mejor en una unidad familiar que en un burdel; quizá no estuviese de más preguntarse si, siguiendo la argumentación de Borrillo, el tratamiento del matrimonio en plena equiparación con la prostitución debe unir a ambos en la negativa estatal a desarrollar política promocional alguna. Y cabe dudar, a la vista de esta insólita exhibición de *laissez faire* no muy compatible con un modelo de Estado social, si la opción por el mero consentimiento como criterio fundamental no admitiría matizaciones⁽²⁴⁾. La desregulación es el santo y seña de los neoliberales y, aunque la teoría *queer* no tenga esta condición, parece estar muy reconciliada con ella en algunos aspectos⁽²⁵⁾. El problema es que, como nos recuerda el republicanismo, a veces solo la regulación es garantía de no dominación.

En fin, la desconfianza de buena parte del feminismo hacia la teoría *queer* no puede extrañar en exceso a la vista de esta y otras posiciones abstencionistas. Resulta difícil expresarlo mejor que Binetti:

«Mientras que el feminismo histórico ha buscado afirmar una sujeta mujer fuerte, emancipada de los estereotipos y significantes «femeninos» tradicionalmente hegemónicos, en cambio los postfeminismos *queer* eliminan a la sujeta mujer, la sustituyen por sujetos parlantes neutres, y ponen en circulación los estereotipos y significantes femeninos y masculinos a fin de reproducirlos indistintamente por sujetos hablantes.

(24) Pensemos en lo que significa el consentimiento en términos nominalistas: no podríamos contestar sino que consentimiento es lo que hace quien consiente. En sentido estrictamente *queer*, no podría referirse a una edad mínima determinada, ya que la ficción que la fija a los 16 años no refleja una naturaleza, sino un discurso legitimador determinado.

(25) "Los postfeminismos postmodernos descienden del norte anglo-hegemónico alimentados por tres grandes núcleos teórico-políticos: el constructivismo de los géneros, el posestructuralismo francés, y cierta extraña síntesis de materialismo marxista e individualismo liberal, todos ellos amparados por el giro lingüístico según el cual lo real es resultado de relaciones socio-discursivas." (Binetti, 2019, 63).

De este modo, en lugar de superar el sistema hegemónico, se opera solapadamente una esencialización socio-discursiva de los mismos.» (Binetti, 2019, 63).

La constitución de una teoría jurídica *queer* (como la de una teoría política de esa índole, propuesta por Butler) equivaldría, me temo, en aras de esta transmutación continua de lo accidental en lo esencial y viceversa, a una ciencia jurídica digna del país de los houyhnhnms, el lugar imaginario creado por Defoe, donde todo se define por la anomalía y por el cual viaja asombrado Gulliver. Porque, si lo público y no electivo deviene privado, no deberíamos olvidar que la doctrina *queer* considera que la sexualidad, tradicionalmente considerada privada, debería ser un asunto público, aún más, político. Se trata, pues, de convertir lo privado en público en materia de sexualidad y lo público en privado en lo atinente a sexo (me niego a decir sexo biológico). *Más o menos lo que pretende el neoliberalismo, que no tendría inconveniente en tolerar la publicación de lo privado porque lo que le preocupa realmente es la privatización de lo público*⁽²⁶⁾. Cuando se insiste en la genealogía marxista de lo *queer* es frecuente olvidar que el marxismo es inseparable de las clases sociales, de la primacía de lo económico (aunque interpretaciones interesadas de Gramsci hayan pretendido minimizar cada vez más esa característica) y de una revolución cuya teleología –término *esencialista* donde los haya– es la búsqueda de la igualdad y no el paroxismo de la diferencia.

La revolución *queer* nunca se hace explícita más allá de la necesidad de destruir la heteronormatividad. Pretensión muy sensata, a mi entender, cuando no se extraña y ciega las fuentes teóricas que están en su base, precisamente las marxianas; hace ya veinticinco años que la feminista de izquierdas Nancy Fraser nos avisaba del riesgo de primar absolutamente el reconocimiento sobre la distribución (Fraser, 2000, 2016). Tras la revolución *queer*, que según García ha de basarse en la justicia (¿entre quiénes, con qué criterio, si su lenguaje solo permite hablar de y para individuos autopercebidos y autoconstruidos, refractarios a todo código lingüístico, prestos solo a, como decía Foucault, despedazar reconocimientos?), «...la sostenibilidad de la vida ha de situarse en el centro, evitando reproducir la lógica identitaria del capitalismo, y construyendo un hábito gramatical *queer* desde el que plantear subjetividades otras como forma-de-vida» (García, 2015, 348). Lástima que la lógica *queer* no sea menos identitaria que la capitalista. ¿Será ese *hábito gramatical* suscrito también por la población no comprensiva con la deconstrucción del binarismo sexual,

(26) La ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación en la Comunidad de Madrid suscribe en su art. 4 un presupuesto genuinamente *queer*: "Toda persona tiene derecho a construir para sí una autodefinición con respecto a su cuerpo, sexo, género y su orientación sexual (...) en ningún caso será requisito acreditar la identidad de género manifestada mediante informe psicológico o médico". Como es sabido, el citado texto legal procede de la época en que gobernaba Cristina Cifuentes, actualmente inmersa en una causa judicial como lo están, o han estado, buena parte de sus predecesores. Resulta interesante comprobar cómo un partido que ha gobernado con políticas de derecha ultraliberal y prácticas muy cercanas a las de una banda de gánsteres (todos los gánsteres son de derechas) no tuvo mucho problema en *aggiornarse* por esta vía. Quizá la lógica liberal y la *queer* están más cercanas de lo que algunos desean que pensemos: ninguna de ellas toca la cuestión fundamental, la titularidad de los medios de producción.

desventuradamente mayoritaria, o habrá que educarla en los buenos hábitos?⁽²⁷⁾ ¿Se parecerá a una neolengua tanto como se parece ya? ¿Se permanecerá mucho tiempo en esa continua agitación, ese permanente movimiento sin acción, o se cambiará el sistema económico además de los documentos de identidad y los baños públicos? De lo último ya pueden encargarse los socialdemócratas y la izquierda postmoderna, respectivamente.

VI. EL INESPERADO REGRESO DEL FORMALISMO

Es de temer, pues, que la sustitución del sistema capitalista no se produzca, como muchos desearíamos, en su dinámica de explotación homicida y ecocida, sino en lo que tiene de identitario. Y que el movimiento para sustituirlo en el campo jurídico deje fuera a quienes no suscriben la desaparición de la lógica binaria porque no estiman que esta constituya necesariamente un instrumento de dominio injusto. Pues ahí está la clave: no en los conceptos sino en su relación, en la capacidad de interpretarlos, ponderarlos, evitar que generen oposiciones tramposas y refuercen la explotación. *La distinción varón-mujer es compatible tanto con un discurso emancipador como con uno de tipo conservador o reaccionario*. Pero esta transformación, en el fondo la más difícil, no es posible en quienes asumen el formalismo jurídico (y, digámoslo con la radicalidad que requiere, el idealismo filosófico que lo impulsa). En las filosofías *post* los términos no se interpretan: se crean.

Y esa es precisamente la cuestión. Hoy, cuando hay ya pocos kelsenianos, quizá sea conveniente refrescar las causas de la artificiosidad que en su día se achacó a la doctrina jurídica de la *reine Rechtslehre* para comprobar que los intentos de poner del revés la teoría jurídica hacen extrañas compañías: una teoría jurídica sedicentemente pura junto a otra abyecta.

La de Kelsen, como adelanté, no reconoce contenido necesario alguno en el derecho, ya que lo contrario supondría subordinarlo a campos extraños, donde impera una razón práctica negada por las teorías jurídicas de inspiración positivista. Pretende conseguir una doctrina jurídica no religiosa, ética, psicológica, política; eso incluye, curiosamente, la condición de no identitaria. No se ve pues, al menos a primera vista, qué puede haber en común entre posiciones tan diferentes.

(27) Acertadamente, plantea A. González que en la propia inestabilidad de la posición estriba su incapacidad de cerrar la cuestión del rechazo: "...los movimientos gay, lesbianos, trans y *queer* articulan su propia política identitaria, y por ende, sus propios mecanismos de segregación. La segunda que aun cuando estos movimientos han hecho mucho por los derechos civiles de tales colectivos -y en ningún caso se trata de negar el valor y la importancia de esa lucha política y mucho menos del terreno ganado- la frontera de la abyección se mueve adhiriendo a otros rasgos sobre los cuales sostener la exclusión, de modo que si ya no se trata del género, la cuestión se traslada al credo, la raza o la nacionalidad. Y este deslizamiento no encuentra punto de basta, puesto que siempre será posible extraer un rasgo sobre el cual sostener la segregación" (González, 2014, 144).

La respuesta es que ambas son doctrinas cuya comprensión del fenómeno jurídico refleja únicamente la voluntad del poder que se halle detrás y el poder absoluto del discurso. Son doctrinas voluntaristas, que constituyen la forma primigenia del nominalismo en lo atinente a la dualidad (no dualismo, no dialéctica) razón-voluntad. Los *significantes vacíos* de Laclau tienen ilustres precedentes: a comienzos del XX, los formalistas los utilizaron profusamente en su concepción de lo jurídico. De hecho, como he sostenido anteriormente, la polémica Kelsen-Schmitt sobre la naturaleza formalista o decisionista de la ciencia jurídica es, si se va a la raíz, un enfrentamiento entre dos tipos de voluntarismo (Muñoz de Baena, 2018, 215 y ss.). Lo que Schmitt le pide a Kelsen es que sea coherentemente voluntarista, que acepte que, cuando no se otorga al derecho estabilidad ontológica alguna porque todo se resuelve en un acto de voluntad, carece de sentido identificar lo jurídico con un sistema cerrado, por muy nomodinámico que sea: al final, lo único que resta es la decisión última de quien decide en el estado de excepción. El legislador extraordinario *ratione necessitatis* de la Constitución de Weimar.

El grado de artificiosidad que el formalismo introduce en las construcciones de la ciencia jurídica es inmenso en el formalismo kelseniano, aunque esa *creatividad* no sea rival para la doctrina *queer*: al fin y al cabo, Kelsen vuelve del revés los conceptos de la teoría del derecho, y Butler bastante más que eso.

-La distinción derecho objetivo-derecho subjetivo es un dualismo que debe ser disuelto, pues solo hay derecho objetivo.

-Igualmente ocurre con la oposición derecho subjetivo-deber jurídico: el primero no es sino una herramienta técnica de la dogmática, pues lo único existente es el deber jurídico.

-Tampoco hay personas físicas y jurídicas: todas son jurídicas porque la persona es una construcción (y no deja de ser llamativo que a Kelsen la ficción de la persona le parezca insuficientemente ficcional; este hambre de ficciones resulta familiar a estas alturas).

-No existe una auténtica oposición Estado-derecho: todos los estados lo son de derecho. Incluso el tipo de estado por el que optó su antagonista Schmitt. No puede sorprender: el derecho, recordemos, es un significante vacío⁽²⁸⁾.

-No existen normas habilitadoras y normas sancionadoras: todas tienen esta última condición, porque la sanción es definitoria de lo jurídico. Luego toda norma que otorga (no reconoce) derechos es solo una parte del entramado normativo que castiga a quienes realizan conductas u omisiones contrarias a lo descrito en las sancionadoras.

-Las normas no van dirigidas a los particulares o a los funcionarios: solo estos últimos son destinatarios, porque son quienes aplican las normas primarias, las que imputan una sanción en su supuesto de hecho.

(28) Chantal Mouffe, de hecho, reconoce su deuda con Schmitt.

Por último, la capacidad de mantener estas construcciones contrarias al sentido común mediante construcciones *ad hoc* es esencial (perdón por el término) al formalismo jurídico. Para no alargar en exceso la exposición, remito al lector a las críticas de Hart en *The Concept of Law*, que mostraban hasta qué punto resultaba complicado sostener afirmaciones como que las normas habilitadoras son parte de normas sancionadoras la inadmisión de un proyecto de ley era una sanción (Hart, 1980, 42 y ss.).

La inversión de todos los conceptos tradicionales de la ciencia jurídica mediante la exacerbación de sus ficciones es, pues, una característica del formalismo jurídico extremo, en tanto que doctrina abstractiva, absolutizadora e idealista. Quien piense que el apartamiento de lo real de la doctrina jurídica *queer* carece de precedentes, se equivoca. Si repasamos cuanto se dijo antes sobre los derechos de los *supra* y subhumanos, podremos ver algo más claro el auténtico perfil de las actuales aplicaciones del formalismo jurídico.

VII. CONCLUSIÓN

Casi siempre que se evacua lo real, obtenemos un formalismo. Cuando la relación entre lo sustancial y lo accidental es invertida y la ficción jurídica deja de ser un instrumento al servicio de un ordenamiento que busca no alterar demasiado la verdad, sin negarla, el discurso se deifica, crea una nueva *realidad meramente ficcional* y convierte lo accesorio –que no es sino la excepción cuyo sentido está dado, precisamente, en su relación con la norma– en una nueva regla, cuya característica fundamental es la falta total de finalismo. Esto es, cualquier regulación, cualquier derecho subjetivo, no se hallan puestos al servicio de un fin, sin duda manipulable y cuestionable, pero que pretende servir a la justicia y el bien común, sino a las quimeras generadas desde, por y para el discurso.

Lo *queer* elimina, con sus ironías, su esteticismo y su subjetivismo, la posibilidad de cualquier debate serio sobre el sentido de lo jurídico, lo político y la relación entre ambos, sobre la posibilidad de luchar contra las injusticias estructurales, porque se mueve en un mundo donde la relación no existe. No puede ser de otro modo: un lenguaje fragmentado hasta el paroxismo, que ha perdido su función denotativa, nos lleva al predominio de lo imaginable (o inimaginable) sobre lo real, con el resultado que previó Baudrillard hace cuarenta años: el *simulacro*, la primacía del modelo sobre lo real, la dilución progresiva de la conexión entre lenguaje y mundo, que se torna libérrima, producto de una mera imputación del sujeto (Muñoz de Baena, 2018, 328 y ss.)⁽²⁹⁾. Y, cuando las palabras y las cosas –por utilizar una expresión del santo patrono de lo *queer*– no pueden ser vinculadas sino a través de un acto de

(29) "El universo ficcional de los puros significantes auto-significados, las interpretaciones sin hechos y los simulacros sin original ni copia muestra su excepcional alcance en las performances transgénicas, emancipadas de toda impostura orgánica, límite material o fábula naturalista" (Binetti, 2019, 61).

voluntad irreductiblemente personal, circunstancial en su absoluta reversibilidad, emotivo (*patológico*, en el sentido kantiano), el estado de naturaleza está cercano. Porque la relación ha desaparecido: entre las palabras y las cosas, pero también entre nosotros y los demás, ya que ningún código simbólico racional puede unirnos más allá de nuestros deseos ocasionales. Un mundo de lenguaje absolutizado (porque solo quien lo emite decide sobre su significación) y, por eso mismo, de pretensiones absolutas, pese a su sedicente relativismo. No sé si es un escenario adecuado para una revolución; al menos, para la que necesitamos.

Hobbes conocía bien esta posibilidad: en un mundo radicalmente nominalista, presidido por la total equivalencia y equivocidad y donde cada verdad vale lo mismo que la fuerza capaz de sostenerla, solo el más fuerte triunfa. Sea hegemónico o contrahegemónico. Dan ganas de preguntarse si eso importa.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS, C., 1992: «Notas para una teoría nominalista del patriarcado», *Asparakía: Investigación feminista*, 1, págs. 41-58.
- BENTO, B. Y PELÚCIO, L., 2012: «Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas», *Estudos Feministas*, Florianópolis, 20, vol. 2, 256, págs. 569-581.
- BINETTI, M., 2019: «La queerización postfeminista: del constructivismo trans/genérico a la eliminación de las mujeres», *La Aljaba*, vol. XXIII, págs. 59-79.
- BORRILLO, D., 2010: «O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei», *Meritum*, vol. 5, n.º 2, págs. 289-321.
- 2011: «Por una Teoría Queer del Derecho de las personas y las familias», *Direito, Estado e Sociedade*, 39, págs. 27 a 51.
- BUTLER, J., 2002: *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del «sexo»*, trad. de A. Bixio, Buenos Aires: Paidós.
- 2007: *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, trad. de M. A. Muñoz, Barcelona: Paidós.
- CHAVES, M. L. Y PIMENTEL, R., 2012: «As Vicissitudes da Noção de Gênero: por uma concepção estética e antiessencialista», *Gênero na Amazônia*, n.º 1, págs. 181-206.
- EFENDEHL ET AL., 2016: *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons.
- FRASER, N., 2016: «¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era «postsocialista», en J. Butler y N. Fraser, *¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo*, Introducción M. Galceran, trad. M. Malo de Molina y C. Vega, Madrid: Traficantes de sueños, págs. 23 a 66.
- 2000: «Heterosexismo, falta de reconocimiento y capitalismo: una respuesta a Judith Butler», *New Left Review*, n.º 2, págs. 123 a 136.
- GARCÍA, D., 2015: «Bestiario jurídico: dispositivos de normalización ante la transexualidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, págs. 395-415.

- GONZÁLEZ, A. C., 2014: «Cuerpo y performatividad: una revisión crítica desde la perspectiva del psicoanálisis», *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, n.º 63, págs. 131-146.
- HABERMAS, J.: «Modernidad: un proyecto incompleto», en *El debate modernidad-posmodernidad*, comp. y pról. De N. Casullo, Buenos Aires: Retórica, págs. 53-63.
- KELSEN, H., 1979: *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo sobre la 2.ª ed. de 1960, México: UNAM.
- LÓPEZ, FR., 2016: «Notas de epistemología procesal: El conocimiento de los hechos: juez instructor/vista-oral en el proceso penal», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º 2, págs. 1-53.
- LOREY, I., 2017: *Disputas sobre el sujeto. Consecuencias teóricas y políticas de un modelo de poder jurídico: Judith Butler*, trad. M. Nijensohn, pról. V. Cano, Ediciones la Cebra.
- MAS, J., 2013: «La patologización de la transexualidad: un mecanismo legitimador de nuestro sistema dual de género», *Quaderns-e*, 18 (1), págs. 65-79.
- MERINO, V., 2017: «Sobre el derecho, la medicina y los cuerpos en transformación. Hacia un modelo normativo de autodeterminación sexual», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 35, págs. 116-139.
- MISSÉ, M., COLL-PLANAS, G. et al., 2010 a): *El género desordenado. Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, Madrid: Egales.
- 2010 b): «La patologización de la transexualidad: reflexiones críticas y propuestas» *Norte de salud mental*, 2010, vol. VIII, n.º 38, págs. 44-55.
- MOSTERÍN, J. y RIECHMANN, J., 1995: *Animales y ciudadanos*. Madrid: Talasa.
- MOUFFE, CH., 1996: «Feminismo, ciudadanía y política democrática radical», en *Las ciudadanas y lo político*, coord. M. E. Beltrán et al., Madrid: Universidad Autónoma de Madrid-Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, págs. 1-20.
- MUÑOZ DE BAENA, J. L., 2018: *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- 2019: «Performatividad y nominalismo en la filosofía política de Butler: nuevas versiones de un viejo problema», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 35, págs. 533-569.
- SCHMITT, C. 1971: *Legalidad y legitimidad*, trad. de J. Díaz sobre la ed. de 1968, Madrid: Aguilar.

Diálogos jurídicos

CRÓNICA NORMATIVA

EL ESTADO DE ALARMA EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO GLOBAL: DESDE EL ORIGEN AL COVID-19⁽¹⁾

THE STATE OF ALARM IN THE GLOBAL RISK SOCIETY: FROM THE ORIGIN TO THE COVID-19

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

SUMARIO

- I. APROXIMACIÓN AL ORIGEN Y AL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL ESTADO DE ALARMA EN ESPAÑA
- II. LA PRIMERA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA –EL REAL DECRETO 1673/2010, 4 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE DECLARA EL ESTADO DE ALARMA PARA LA NORMALIZACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL DEL TRANSPORTE AÉREO– Y SU DUDOSA LEGALIDAD
- III. BREVÍSIMO EPÍLOGO: LA NECESARIA REFLEXIÓN SOBRE EL ESTADO DE ALARMA EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO GLOBAL

Resumen: Como es sabido, el pasado 14 de marzo de 2020 se declaró el estado de alarma por segunda vez en la reciente historia constitucional española. En este texto

(1) <http://presnolinera.wix.com/presnolinera>. Me he ocupado de estas cuestiones en "Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º. 86-87, 2020 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), págs. 54-65; "Coronavirus SARS-CoV-2, garantía de derechos fundamentales y límites a los mismos en el Derecho español", *BLJ 2/20: Instant Forum - Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus* (<https://www.biodiritto.org/Online-First-BLJ/Online-First-BLJ-2-20-Instant-Forum-Diritto-diritti-ed-emergenza-ai-tempi-del-Coronavirus>); "Estado de alarma y sociedad del riesgo global", en RODRÍGUEZ AYUSO/ATIENZA MACÍAS, *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 15-28; "El estado de alarma: desde el origen al Covid-19", *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época* (en prensa), y "¿Ha sido España país para viejos durante la emergencia sanitaria del Covid-19?", *IgualdadES*, n.º 3, 2020 (en prensa). En <http://presnolinera.wordpress.com> he venido publicando diversas entradas sobre esta cuestión desde el 9 de marzo; en el proyecto <http://derechocovid.com> "Observatorio de Derecho Público y Constitucional y COVID-19 en España" coordinado por el profesor Lorenzo COTINO HUESO se puede consultar un amplísima bibliografía.

se analiza el origen y el desarrollo legislativo del estado de alarma, la declaración de este estado en 2010 para resolver el caos creado por la huelga de controladores aéreos y la reciente declaración para hacer frente a la crisis sanitaria causada por el Covid-19. Finalmente, se reflexiona sobre el estado de alarma en la llamada sociedad del riesgo global.

Abstract: As it is known, the state of alarm was declared for the second time in the recent Spanish constitutional history on the 14th March 2020. This text analyses the origin and legislative development of the state of alarm, the declaration of this state in 2010 to resolve the chaos created by the air traffic controllers' strike and the recent declaration for the management of the health crisis caused by COVID-19. Finally, it reflects on the state of alarm in the so-called global risk society.

Palabras clave: Estado de alarma, derechos fundamentales, Covid-19, confinamiento, sociedad del riesgo.

Key words: State of alarm, fundamental rights, Covid-19, confinement, risk society.

I. APROXIMACIÓN AL ORIGEN Y AL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL ESTADO DE ALARMA EN ESPAÑA

Es bien sabido que en 1981 tuvo lugar en España el intento de golpe de estado del 23 de febrero; pocos meses después de este fracasado proyecto de derribar la democracia se publicó la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que desarrolla el artículo 116 de la Constitución española (CE), no especialmente concreto en lo que respecta al estado de alarma⁽²⁾.

(2) 1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.

3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados.

Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.

La Ley Orgánica 4/1981 había empezado su andadura parlamentaria en septiembre de 1979 bajo una forma bien diferente: como Proyecto de Ley Orgánica de seguridad ciudadana que, según su «Memoria»/Preámbulo suponía «un importante cambio en relación con la Ley de Orden Público de 1959 y criterios inspiradores de la misma, al conjugar la nueva normativa la defensa de las instituciones con el fortalecimiento de los sistemas de garantía de las libertades públicas». Dentro de este Proyecto el Capítulo III era el dedicado a la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio, dando cumplimiento, según la Memoria

«a lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución, según el cual, una Ley Orgánica regulará los estados de alarma, excepción y sitio, determinando las competencias y los procedimientos para la declaración de cada uno de los tres estados y previendo la incidencia de los mismos en las relaciones entre el Gobierno y el Congreso de los Diputados. Insiste el precepto citado en la exigencia de concretar los efectos de las respectivas declaraciones, lo que constituye una clara referencia, por lo que respecta a los estados de excepción y sitio, al artículo 55 de la propia Constitución, cuyo párrafo 1 determina expresamente, por vía enumerativa y con carácter excluyente, los derechos fundamentales y las libertades públicas que podrán ser suspendidos cuando se produzca la declaración de dichos estados.

Sin embargo, aunque la Constitución española, frente al criterio mantenido por otros textos constitucionales recientes –como la Ley Federal de Bonn o la Constitución italiana de 1947– haya seguido la línea de recoger en su propio articulado los mecanismos de defensa extraordinaria de las instituciones públicas y, a pesar de que, como elemento equilibrante o compensador haya sido muy precisa y minuciosa en la determinación de las competencias y procedimientos para la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio, ha sido realmente sobria en la definición de los conceptos y en la concreción del contenido de los tres estados extraordinarios, respecto a los cuales apenas hace otra cosa que mencionar sus nombres»...

Nos referiremos al contenido de este proyecto legislativo únicamente en lo relativo al estado de alarma, pues sirve para constatar el notable cambio que experimentó a lo largo de su tramitación parlamentaria y que tiene mucho que ver con el alcance de la declaración de ese estado con motivo de la pandemia de Covid-19 en el mes de marzo de 2020.

Dice la Memoria del Proyecto en relación a la terminología y al pretendido alcance del estado de alarma lo siguiente:

«La denominación del estado de alarma, aunque coincidente con una de las usadas en la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933, responde ahora a una realidad distinta: el estado de alarma de la ley republicana es homólogo propiamente del estado de excepción, según la concepción de la Ley de 1959, y según el proyecto que ahora se presenta. El proyecto, en su concepción del estado de alarma sigue muy de cerca al proyecto de Ley de Modificación de la Ley de Orden Público, tramitado durante el pasado

año, recogiendo, en la enumeración de los supuestos determinantes de su declaración, además de las alteraciones del orden público: las catástrofes, calamidades o desgracias públicas; epidemias o situaciones de contaminación grave; paralización de servicios públicos esenciales y situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Se trata fundamentalmente de eventos en los que pelagra la seguridad o la salud de las personas, o se encuentra en riesgo grave el mantenimiento de las condiciones físicas necesarias para el desenvolvimiento de la vida de la colectividad.

Por ello, el conjunto de medidas para cuya adopción se faculta a las Autoridades gubernativas, aparte de la lógica concentración de atribuciones administrativas, tiende, de una parte, con carácter positivo, a la movilización de personas y recursos materiales, para asegurar la protección, asistencia y seguridad de las personas, bienes y lugares afectados, y, de otra parte, con carácter negativo, a controlar o limitar, con la misma finalidad, el movimiento de personas y vehículos y el consumo de artículos o servicios de primera necesidad.

El proyecto respeta, pues, escrupulosamente el artículo 55, 1, de la Constitución que, al regular la suspensión de los derechos y libertades, se refiere expresamente a los estados de excepción y sitio, pero no menciona para nada el estado de alarma».

Ya en el articulado del Proyecto se incluían los supuestos que podrían dar lugar a la declaración del estado de alarma:

El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el apartado 2 del artículo 116 de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma en todo o parte del territorio nacional cuando concurran situaciones como las siguientes:

- a) «Alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana cuando su restablecimiento no se pueda conseguir mediante el uso de las potestades ordinarias de la Autoridad gubernativa.
- b) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
- c) Crisis sanitarias, tales como estados epidémicos y situaciones de contaminación grave.
- d) Paralización de servicios públicos esenciales.
- e) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad».

Basta recordar ahora que en el Informe de la Ponencia al paso del Proyecto de Ley por el Congreso de los Diputados, publicado el 20 de octubre de 1980, se propuso el desglose en cuatro proyectos de ley distintos, uno de ellos relativo a los estados de alarma, excepción y sitio. Y el siguiente hito parlamentario lo encontramos ya en el Dictamen de la Comisión Constitucional del Congreso sobre, entonces, la «Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio», publicado en el Boletín de

la Cámara el 14 de abril 1981. En este informe ya ha desaparecido la letra a) del Proyecto originario, que era la que contemplaba la declaración del estado de alarma ante «alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana cuando su restablecimiento no se pueda conseguir mediante el uso de las potestades ordinarias de la Autoridad gubernativa». Se desvincula así el estado de alarma de la cuestión del orden público y así se propone en el Dictamen de la Comisión de la misma fecha aunque se mantiene el carácter ejemplificativo de los supuestos: «...cuando concurren situaciones como las siguientes...».

Será en el Pleno del Congreso de 23 de abril de 1981 cuando las causas ejemplificativas pasan a ser taxativas y el texto adquiere la redacción que hoy sigue vigente:

«El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116, 2, de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad:

- a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
- b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.
- c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28,2, y 37,2, de la Constitución, y concorra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.
- d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad».

Pues bien, de la lectura conjunta del párrafo anterior resulta que hay tres situaciones que justifican de por sí la adopción del estado de alarma (puntos 1, 2 y 4) y otra (la 3) que se vincula a las anteriores («concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo) y eso implica, por tanto, que la paralización de servicios esenciales para la comunidad sin garantizar lo previsto en el artículo 28.2(derecho de huelga) y 37.2 (medidas de conflicto colectivo), es decir, sin asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad (como, por citar algunos, el sanitario o el del transporte) debe producirse en una situación, por ejemplo, de crisis sanitaria, tal como una epidemia».

No cabe, por tanto, la declaración del estado de alarma en el contexto de un problema de orden público y ello porque, como explica el profesor Cruz Villalón, el legislador efectuó una «despolitización» del estado de alarma, dejándolo al margen de las situaciones de desorden público o conflictividad social, para destinarlo a combatir las catástrofes naturales o tecnológicas (añadiríamos nosotros sanitarias)⁽³⁾.

(3) CRUZ VILLALÓN, Pedro, "El nuevo Derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 2, 1981, págs. 93-128; del mismo autor,

Y es que en la Ley Orgánica 4/1981 no se habla de «orden público» hasta que no se llega al estado de excepción y ello implica que no hay un paso intermedio –estado de alarma– entre el «orden» y el «desorden» públicos sino que se pasa directamente de la situación de normalidad al estado de excepción, sin que quepan situaciones intermedias más o menos ambiguas. Dispone al respecto el artículo 13 de la Ley Orgánica 4/1981: «Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, *o cualquier otro aspecto del orden público*, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción» (la cursiva es nuestra).

En esta misma línea pueden recordarse las palabras, durante su intervención parlamentaria, del entonces senador Fernando Morán, recientemente fallecido:

«No se trata de etapas, de escalas en una escalera con intensidad diferente del mismo proceso; se trata de situaciones cualitativamente distintas; el estado de alarma para unas situaciones que vienen de hechos naturales o sociales que ocurren en la historia; el estado de excepción para situaciones que afectan al orden público y que es previsible que no puedan atajarse por los medios ordinarios; y el estado de sitio ante procesos que afecten al orden constitucional»⁽⁴⁾.

Estados excepcionales y suspensión de garantías, Tecnos, Madrid, 1984; véanse también FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio", *Revista de derecho político*, n.º 11, 1981, págs. 83-116; LÓPEZ GARRIDO, Diego, *Estados de alarma, excepción y sitio. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1984; CARRO MARTÍNEZ, Antonio, "Art. 116. Situaciones de anormalidad constitucional", en ALZAGA VILLAMIL, Óscar, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1998, págs. 210 y ss.; TORRES MURO, Ignacio, "Art. 116. Los estados excepcionales", en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZPIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, págs. 1814 y ss.; ABA CATOIRA, Ana, "El estado de alarma en España", *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 28, 2011, págs. 305-334; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, "Teoría y práctica del Estado de alarma en España", *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Universitas, Madrid, 2012, Vol. 2, págs.1499-1514; PÉREZ SOLA, Nicolás, "Los estados de alarma, excepción y sitio: la primera declaración del estado de alarma en aplicación de las previsiones constitucionales", en *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*,..., Vol. 2, 2012, págs. 1539-1556; GARRIDO LÓPEZ, Carlos, "Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 110, 2017; págs. 43-73. Asimismo, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, "¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?", *Revista de Derecho Político*, n.º 51, 2001, págs. 105 y ss. "Art.55. De la suspensión de los derechos y libertades", en CASAS BAAMONDE, María Emilia E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*,..., págs. 1201 y ss.

(4) Diario de Sesiones del Senado, n.º 105, 1981, disponible (a 20 de agosto de 2020) en http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/SEN/DS/PL/PS0105.PDF.

II. LA PRIMERA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA –EL REAL DECRETO 1673/2010, 4 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE DECLARA EL ESTADO DE ALARMA PARA LA NORMALIZACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL DEL TRANSPORTE AÉREO– Y SU DUDOSA LEGALIDAD

Como se recordará, el 4 de diciembre de 2010 se acudió, por vez primera en la reciente historia constitucional española, a la declaración del estado de alarma previsto, como ya se ha dicho, en el artículo 116 CE y desarrollado por la L. O. 4/1981; según el preámbulo del Real Decreto 1673/2010⁽⁵⁾:

«...Las circunstancias extraordinarias que concurren por el cierre del espacio aéreo español como consecuencia de la situación desencadenada por el abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito aéreo, impiden el ejercicio del derecho fundamental mencionado y determinan la paralización de un servicio público esencial para la sociedad como lo es el servicio de transporte aéreo. Todo ello constituye, sin duda, una calamidad pública de enorme magnitud por el muy elevado número de ciudadanos afectados, la entidad de los derechos conculcados y la gravedad de los perjuicios causados.

Para recuperar la normalidad en la prestación del citado servicio público y restablecer los derechos fundamentales de los ciudadanos, hoy menoscabados, y habiendo fracasado todos los intentos para poner fin a la situación de

(5) El articulado fue el siguiente:

Artículo 1. Declaración del Estado de Alarma. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 apartado c. en relación con los apartados a. y d. de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, se declara el Estado de Alarma con el fin de afrontar la situación de paralización del servicio público esencial del transporte aéreo.

Artículo 2. Ámbito territorial y material. La declaración de Estado de Alarma afecta, en todo el territorio nacional, a la totalidad de las torres de control de los aeropuertos de la red y a los centros de control gestionados por la entidad pública empresarial "Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA)".

Artículo 3. Ámbito subjetivo. En virtud de lo dispuesto en los artículos 9.Uno y 12.Dos de la Ley Orgánica 4/1981 en relación con el artículo 44 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA pasan a tener, durante la vigencia del Estado de Alarma, la consideración de personal militar a los efectos de lo previsto en el artículo 10.Uno de la citada Ley Orgánica y en consecuencia, quedan sometidos a las órdenes directas de las autoridades designadas en el presente real decreto, y a las leyes penales y disciplinarias militares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre.

Artículo 4. Licencias, habilitaciones y anotaciones. Los controladores civiles de tránsito aéreo al servicio de AENA mantendrán todas las facultades inherentes a las licencias, habilitaciones, anotaciones y certificados médicos de que sean titulares, si bien ejercerán dichas atribuciones, en todo caso, bajo la organización y supervisión del Ejército del Aire.

Artículo 5. Duración. La duración del Estado de Alarma que se declara en este real decreto es de quince días naturales.

Artículo 6. Autoridad delegada del Gobierno. El Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire y las autoridades militares que designe adoptarán las decisiones pertinentes en cumplimiento de lo que dispone el artículo 3 del presente real decreto.

catástrofe pública existente, es indispensable proceder a la declaración del Estado de Alarma en orden a eliminar los obstáculos que impiden su segura y continuada prestación...»⁽⁶⁾.

No nos extenderemos en el análisis de este primer estado de alarma (véase la bibliografía citada) pero sí parece oportuno comentar, al menos, una cuestión que servirá para delimitar el marco más general de la configuración del estado de alarma en nuestro ordenamiento: la de las causas que justifican su declaración.

Como se ha visto, en el Preámbulo se invoca, como argumento que avalaría la medida que se adopta, «el cierre del espacio aéreo español como consecuencia de la situación desencadenada por el abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito aéreo, impiden el ejercicio del derecho fundamental mencionado y determinan la *paralización de un servicio público esencial para la sociedad como lo es el servicio de transporte aéreo* » (la cursiva es nuestra).

Este supuesto de hecho encaja, sin problemas aparentes, en la primera parte de la causa prevista en la letra c) del artículo 4 de la L. O. 4/1981: «c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad (el transporte aéreo), cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28,2, y 37,2, de la Constitución...» aunque parece un exceso justificativo apelar a que se está impidiendo el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de circulación pues, en el peor de los casos, no se podía llevar a cabo por un concreto medio –el transporte aéreo– pero en nada quedaron afectados otros medios de transporte que sí permitían ejercer la libertad de circulación dentro del territorio nacional, que es lo protegido por el artículo 19 CE.

En todo caso, y como ya se ha dicho, con eso no sería suficiente, pues la citada letra añade «y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo». A tratar de colmar esta exigencia se encaminan otras frases del preámbulo: «... Todo ello constituye, sin duda, una *calamidad pública de enorme magnitud* por el muy elevado número de ciudadanos afectados, la entidad de los derechos conculcados y la gravedad de los perjuicios causados... habiendo fracasado todos los intentos para poner fin a la *situación de catástrofe pública* existente, es indispensable proceder a la declaración del Estado de Alarma en orden a eliminar los obstáculos que impiden su segura y continuada prestación» (las cursivas son nuestras).

Como se recordará, la letra a) del mismo artículo 4 habla, expresamente, de «catástrofes, calamidades o desgracias públicas» aunque de inmediato ejemplifica

(6) Una descripción en profundidad del origen y evolución del conflicto al que se pretendió dar respuesta con el estado de alarma puede encontrarse en el estudio de VIDAL PRADO, Carlos y DELGADO RAMOS, David, "Algunas consideraciones sobre la declaración del Estado de alarma y su prórroga", *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 92, 2011, págs. 244 y ss.; véanse también ENÉREZ OLAECHEA, Francisco Javier "La declaración del estado de alarma para la normalización del transporte aéreo", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6 (octubre), 2011, págs. 79-94, y los ya citados trabajos de ABA CATOIRA, Ana, "El estado de alarma en España",...; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, "Teoría y práctica del Estado de alarma en España",..., y PÉREZ SOLA, Nicolás, "Los estados de alarma, excepción y sitio: la primera declaración del estado de alarma en aplicación de las previsiones constitucionales",...

y menciona: «terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud».

Nos parece que la paralización del tráfico aéreo no encaja en el tipo de catástrofes o calamidades a las que se refiere esa letra e, incluso, que quepa calificarla como una auténtica catástrofe en los términos jurídicos en los que parece estar pensando la ley reguladora. En palabras del Tribunal Constitucional, «... el art. 4 de la Ley Orgánica 4/1981 identifica las situaciones de emergencia o, en sus propios términos, las alteraciones graves de la normalidad' que pueden dar lugar a su declaración, referidas, en síntesis, a emergencias naturales o tecnológicas, a crisis sanitarias, a situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad y/o a la paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garanticen los servicios mínimos (arts. 28.2 y 37.2 CE) y además concurra, respecto a este último supuesto, alguna de las otras situaciones definidas en el precepto (STC 83/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 83), FJ 8).

Por todo ello, no considero exagerado calificar al Decreto 1673/2010 de ilegal, como hacen, por ejemplo, Vidal Prado y Delgado Ramos⁽⁷⁾. Y lo que me parece más relevante en términos generales es que esta primera declaración del estado de alarma evidenció las limitaciones de la L. O. 4/1981, pero en casi diez años no se ha hecho nada por colmarlas⁽⁸⁾.

Una cuestión adicional que se suscitó con ocasión del Decreto 1673/2010 fue la de su control jurisdiccional: si partimos de que la declaración del estado de alarma se realiza mediante Decreto del Consejo de Ministros no parecería descabellado entender que cabe un control de su legalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS); sin embargo esta vía fue descartada de raíz por el propio Supremo con ocasión de los recursos presentados por los controladores aéreos: en siete autos dictados entre 2011 y 2012 (AATS 857/2011, de 10 de febrero; 2985/2011, de 9 de marzo; 3816/2011, de 5 de abril; 5696/2011 y 5698/2011, de 30 de mayo; 6821/2011, de 8 de junio; y 6197/2012, de 1 de junio) el Supremo estimó que la declaración del estado de alarma no es un ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye al Gobierno el artículo 96 CE, sino de la competencia constitucional, diferente, regulada en artículo 116.2 CE.

Esta doctrina fue asumida por el Tribunal Constitucional (TC), primero por mayoría (Auto 7/2012, de 13 de enero) y luego por unanimidad (STC 83/2016, de 28 de abril), al entender que aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley⁽⁹⁾.

(7) Ob. cit., pág. 254.

(8) Para CRUZ VILLALÓN la letra c) del artículo 4 e, en realidad, un "no-supuesto" pues la adición del requisito final equivale a la supresión del propio supuesto; *Estados excepcionales y suspensión de garantías*,..., pág. 70.

(9) Sobre esta STC véanse los comentarios de GARRIDO LÓPEZ, Carlos, "Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción", *Revista Española de Derecho Cons-*

Y a esta doctrina fue acogida de nuevo, en su Auto de 4 de mayo de 2020, por el Tribunal Supremo al resolver el recurso en el que, en forma directa, «se impugna el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para gestión de la pandemia ocasionada por infección del acrónimo COVID-19, así como el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, el Real Decreto 4870/2020, de 10 de abril y el Real Decreto 463/2020, que establecen sus prórrogas, así como –en lo que se denomina ampliación– el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, que lo prorroga por tercera vez».

Este Auto, que recuerda la anterior jurisprudencia tanto del TS como del TC, insiste (FJ 4) en que

«la posibilidad de control en estos casos corresponde, sin duda alguna, al Tribunal Constitucional en ejercicio de sus competencias de control de la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley, como declaró el mismo al considerar que aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma'»(STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10).

No obstante, en ese fundamento jurídico y en el siguiente, se añade,

Lo que se acaba de expresar no excluiría que en aquellas situaciones en las que, no se haya producido la dación de cuenta al Congreso o no haya recaído la autorización de prórroga parlamentaria que exige el artículo 116.2 CE, la forma de decreto que revista la declaración de alarma pudiera recobrar su relieve a efectos de nuestro control jurisdiccional. Aunque el decreto de declaración de la alarma proceda del Gobierno como órgano constitucional, su control correspondería a esta Sala, como permite el artículo 2 a) de la LJCA, respecto de lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado conceptos judicialmente asequibles» (por todas, sentencia de 20 de noviembre de 2013 o sobre los hechos determinantes. La declaración «argumentativa de la STC 83/2016 que se ha transcrito no lo impide en cuanto ha sido formulada por el Tribunal Constitucional al resolver un recurso amparo (STC 83/2016) y no en sede de tribunal de control de constitucionalidad de las leyes.

«La falta de jurisdicción sobre decretos de declaración del estado de alarma se refiere únicamente a la norma de declaración y a sus prórrogas pero no

titucional..., págs. 43-73 y ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel, "Sistema de fuentes del Derecho y estado de alarma: la STC 83/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 83)", *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 34, 2016, págs. 325-340.

a los decretos o disposiciones que acompañen a dicha declaración o que se dicten durante su vigencia o en relación con la misma (artículo 8.2 Ley 4/1981, de 1 de junio) ni tampoco respecto de sus actos de aplicación. Así lo dispone en forma expresa el artículo 3.1 de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, y lo estableció ya en su momento el Auto de la Sección Séptima de esta Sala de 30 de mayo de 2011, que admitió a trámite el recurso en cuanto se dedujo contra el Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por tratar una actuación con alcance y significación diferente a la declaración del estado de alarma y a la solicitud y autorización de su prórroga. Sobre dicha impugnación recayó posteriormente la sentencia de 22 de abril de 2015».

En consecuencia, solo a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad (eventualmente de una autocuestión) pueden enjuiciarse en términos generales el decreto que declara el estado alarma y sus eventuales prórrogas.

3.-La declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, «por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19» y las sucesivas prórrogas.

El preámbulo del Decreto 476/2020 incluye el relato gubernamental de la declaración del estado de alarma, de lo acontecido desde su entrada en vigor a través del Decreto 463/2020 y de los motivos que justificarían su prórroga⁽¹⁰⁾. En la misma

(10) ... "La declaración del estado de alarma se extendió a todo el territorio nacional y comprendió las limitaciones a la libertad de circulación de las personas que se consideraron estrictamente indispensables para proteger la salud y la seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. En el marco de lo dispuesto por el artículo sexto dos de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, se estableció que la duración del estado de alarma sería de quince días naturales.

Con posterioridad, el Gobierno aprobó el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con la finalidad de reforzar la protección de la salud pública y de asegurar el funcionamiento de servicios públicos esenciales.

La declaración del estado de alarma ha permitido aplicar medidas inmediatas en los ámbitos contemplados por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que han resultado esenciales para contener la propagación de la enfermedad. Asimismo ha hecho posible establecer, a través de la actuación de las autoridades competentes delegadas del Gobierno, una movilización de todos los recursos disponibles para mitigar los efectos de la pandemia.

Sin embargo, a la luz de los datos disponibles y de los informes de evaluación elaborados por las autoridades competentes, no se puede afirmar que la situación de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 se habrá superado completamente en el plazo previsto inicialmente por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por lo que se estima imprescindible prorrogar el estado de alarma declarado en el citado real decreto, así como la vigencia de las medidas en él contenidas, hasta las 00:00 horas del día 12 de abril de 2020...

Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de marzo de 2020, el Gobierno solicitó del Congreso de los Diputados autorización para prorrogar el estado de alarma declarado mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con el fin de garantizar la eficaz gestión de la emergencia sanitaria y contener la propagación de la enfermedad.

El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 25 de marzo de 2020, acordó conceder la autorización requerida, solicitando la inclusión de una nueva disposición adicional en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que establece la obligación del Gobierno de remitir semanalmente al Congreso información sobre el grado de ejecución de las medidas adoptadas y su eficacia para alcanzar los objetivos propuestos..."

línea se inserta, como parece lógico, el preámbulo del Decreto 487/2020⁽¹¹⁾, que, por si acaso, ya anticipaba eventuales nuevas prórrogas.

A diferencia de lo que ocurrió con el Decreto 1673/2010, no me ofrece duda alguna que en esta ocasión sí concurre las circunstancias que justifican la adopción del estado de alarma por el Decreto 463/2020⁽¹²⁾: tal y como se expone en el Preámbulo de esta última norma,

«La Organización Mundial de la Salud elevó el pasado 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional. La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos.

El artículo cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, habilita al Gobierno para, en el ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 116.2 de la Constitución, declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzcan crisis sanitarias que supongan alteraciones graves de la normalidad...»

(11) "... A la luz de la información proporcionada, cabe concluir que, durante la vigencia del estado de alarma y su primera prórroga, se han alcanzado los objetivos de asegurar la unidad de acción y movilizar todos los recursos humanos y materiales disponibles para contener la pandemia y mitigar sus efectos... Sin embargo, el carácter dinámico y el contexto de elevada incertidumbre que caracteriza la evolución de esta crisis sanitaria mundial sin precedentes obligan a extremar la prudencia. Mientras siga existiendo transmisión, una vuelta a la normalidad podría implicar el inicio de nuevas cadenas de transmisión y un retroceso en los esfuerzos por controlar esta epidemia, lo que además podría mermar la confianza de los ciudadanos. Los modelos desarrollados por los expertos, tanto nacionales como internacionales, muestran que una adecuada gestión de la fase de desescalado de las medidas de control y contención aplicadas resulta crucial para lograr vencer la epidemia.

A esos efectos, la evaluación del riesgo para la vida y la salud de las personas debe realizarse de manera objetiva y transparente, de acuerdo con la mejor evidencia científica disponible. Los análisis realizados a partir de los datos proporcionados por la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica y su modelización permiten concluir que una segunda prórroga contribuirá a reforzar de forma decisiva en todo el territorio nacional la contención de la propagación de la enfermedad para salvar vidas, evitar la saturación de los servicios sanitarios y mantener posibles rebrotes en niveles asumibles por el sistema sanitario. Esta segunda prórroga constituye una medida indispensable para tratar de garantizar que los pacientes que requieran de hospitalización, ingreso en las unidades de cuidados intensivos o ventilación mecánica no superen el umbral que impediría proporcionar la adecuada calidad asistencial en función de los recursos actualmente disponibles. La nueva prórroga se extenderá hasta las 00:00 horas del día 26 de abril de 2020. Solo si se consigue afianzar la evolución favorable detectada en cuanto a los datos de transmisión, número de hospitalizaciones, ingresos en las unidades de cuidados intensivos o decesos, podrá plantearse un escenario en el que puedan ir eliminándose progresivamente las medidas de contención..."

(12) Para una primera aproximación de conjunto véase el monográfico de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho "Coronavirus... y otros problemas"*, n.º 86/87, marzo/abril 2020, disponible (a 20 de agosto de 2020) en <http://www.elcronista.es/El-Cronista-n%C3%BAmero-86-87-Coronavirus.pdf>.

Nos parece claro que la situación en la que nos encontrábamos a mediados de marzo de 2020 respondía a lo previsto en la L. O. 4/1981 para la declaración del estado de alarma. También, por lo dicho anteriormente en relación con la afectación del orden público, que no se daba el 14 de marzo y no se ha dado con posterioridad el presupuesto que podría justificar la declaración del estado de excepción: «el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público» no estuvieron «tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo» (artículo 13)⁽¹³⁾.

No entraremos en este breve trabajo en el análisis detallado de diferentes cuestiones constitucionales que se han suscitado desde la declaración del estado de alarma y que ya han generado una abundante y, lógicamente, apresurada literatura jurídica⁽¹⁴⁾. Sí nos parece oportuno hacer alguna sucinta consideración sobre las medidas que han limitado la libertad de circulación, a las que el Gobierno concedió gran relevancia para «contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública» (preámbulo del Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo)⁽¹⁵⁾.

Como es bien sabido, las limitaciones se concretaron en el ya famoso artículo 7 del Real Decreto 463/2020 titulado, precisamente, «Limitación de la libertad de circulación de las personas» y que en su punto 1 dispone

«Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las

(13) En un sentido favorable a la declaración del estado de excepción a partir de una comprensión diferente del orden público, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, "Estado de alarma o de excepción", *Estudios penales y criminológicos*, vol. XL, 2020, págs. 1-20.

(14) Véanse los trabajos de los profesores NOGUEIRA LÓPEZ, Alba, "Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción"; AMOEDO SOUTO, Carlos, "Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria", y COTINO HUESO, Lorenzo, "Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria", los tres en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho ...*, págs. 22-31, 66-77 y 88-101, así como el estudio del profesor COTINO HUESO, Lorenzo "Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus", *Diario La Ley*, N.º 9608, Sección Doctrina, 6 de Abril de 2020, y el ya citado de ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, "Estado de alarma o de excepción", *Estudios penales y criminológicos*,..., págs. 1-20.

(15) Cabe recordar que el TC ha admitido, por providencia de 6 de mayo de 2020, el recurso de inconstitucionalidad "promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de VOX en el Congreso y, en su representación, por el procurador don Antonio Ortega Fuentes, en relación con los arts. 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis ocasionada por el COVID-19; Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, en cuanto modifica el art. 7 del Real Decreto 463/2020; Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril y 492/2020, de 24 de abril, en cuanto aprueban sucesivas prórrogas del estado de alarma; Real Decreto 492/2020, además, en cuanto da nueva redacción al art. 7 del Real Decreto 463/2020; y Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19".

siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada: a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad. b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial. d) Retorno al lugar de residencia habitual. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros. g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad. h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza...»

La L. O. 4/1981 parece distinguir entre «limitaciones», propias del estado de alarma, y «prohibiciones», características del estado de excepción: habla respecto al primero (art. 11) de, entre otras medidas, «a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados... c) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad»; respecto del segundo permite, entre otras opciones, «prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine» (art. 20.1); «prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones...» (art. 22.1) y «prohibir las huelgas y la adopción de medidas de conflicto colectivo...» (art. 23). Al respecto, el TC ha dicho que «...los efectos de la declaración del estado de alarma se proyectan...en el establecimiento de determinadas limitaciones o restricciones» (STC 83/2016, FJ 8).

Pues bien, si atendemos a las concretas medidas impuestas con la entrada en vigor del Decreto 463/2020, no parece haber diferencia entre su intensidad y las potenciales prohibiciones que serían propias de un estado de excepción tal y como ha articulado la cuestión el legislador orgánico. Estamos, pues, ante una teórica limitación formal de la libertad de circulación que, de hecho, implica una prohibición general de la citada libertad. Y ello parece chocar con la configuración que, como hemos dicho, se dio a la L. O. 4/1981, en la que el legislador se decantó, pudiendo hacer otra cosa, por una serie de medidas que en el caso del estado de alarma serían menos gravosas que las realmente adoptadas bajo su amparo en el Decreto 463/2020. El juicio de proporcionalidad sobre las mismas (que la medida limitativa sea adecuada o idónea para la consecución del fin perseguido; que sea la mínima imprescindible para tal finalidad y que haya proporcionalidad entre el sacrificio exigido al derecho limitado por esa medida y el concreto derecho, bien o interés que se pretende proteger) no puede hacerse al margen de los propios límites que ha preestablecido el legislador orgánico⁽¹⁶⁾.

Para resolver estos interrogantes no contamos con jurisprudencia constitucional relevante, pues los casos en los que se interpretó el alcance del artículo 19 CE

(16) Sobre estas cuestiones REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma "La suspensión de los derechos fundamentales" en BASTIDA FREIJEDO Y OTROS *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 222-235".

versaron, sobre todo, sobre los derechos de las personas extranjeras para entrar y residir en España. Cabe, no obstante, recordar que, conforme a la STC 94/1993, de 22 de marzo, «las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas deben fundarse en una Ley, y aplicarla en forma razonada y razonable (STC 85/1989, FJ 3)» (F. 4); que (STC 72/2005, de 4 de abril (RTC 2005, 72), FJ 5) el art. 19 CE reconoce 'a los españoles' cuatro derechos fundamentales distintos: el derecho a elegir libremente su residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar en España y el derecho a salir libremente del territorio nacional» y que (STC 146/2006, de 8 de mayo (RTC 2006, 146), FJ 2) «constituye doctrina de este Tribunal que una medida de ese tipo debe sujetarse a parámetros de proporcionalidad en relación con la preservación de otros derechos o bienes constitucionales. Ha de tratarse así de una medida útil y necesaria para la protección de un bien constitucionalmente importante», algo que se reitera en la STC 84/2013, de 11 de abril (RTC 2013, 84), FJ 6.

Como es obvio, no entramos aquí a valorar si las medidas limitativas de la libertad de circulación pueden ser las mejores para contener la epidemia, al margen de que en otros países no hayan alcanzado la misma intensidad. Pero, además de aplicarse de forma razonada y razonable, «deben fundarse en una Ley» y nos parece discutible, cuando menos, que en el caso que nos ocupa tengan un fundamento claro en la L. O. 4/1981, máxime teniendo en cuenta la obligación iusfundamental de interpretar la normativa aplicable en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales (STC 17/1985, de 5 de marzo, FJ 4).

Finalmente, también parece discutible que las medidas limitativas encuentren fundamento en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, donde se dispone que «(c)on el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». Apelando a este artículo se avalaron judicialmente las restricciones de movimientos en un hotel de Tenerife cuando el coronavirus apenas había hecho acto ostensible de presencia en España y la aplicación del citado precepto se justifica, en la resolución judicial, respecto de las personas que «se hallan alojadas o prestando su actividad laboral en un establecimiento hotelero donde se ha detectado la presencia de varias personas portadoras del coronavirus productor de la enfermedad conocida como COVID-2019, enfermedad de reciente aparición altamente contagiosa que se transmite de persona a persona» (FJ 3). Más adelante se dice, «... como pone de relieve el Ministerio Fiscal, la ratificación judicial de tales medidas no puede otorgarse de una forma genérica y sin limitación del ámbito personal de afectación...». Es decir, el artículo 3 se aplica a personas concretas («los enfermos [y] las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos») y no de manera general e indiscriminada; lo que prevé el artículo 7 del Decreto de estado de alarma es de aplicación general e indiscriminada.

III. BREVÍSIMO EPÍLOGO: LA NECESARIA REFLEXIÓN SOBRE EL ESTADO DE ALARMA EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO GLOBAL

En el bien conocido libro de Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*⁽¹⁷⁾, que, poco más tarde, se convirtió en *La sociedad del riesgo global*⁽¹⁸⁾, se alude a la sociedad en la que vivimos con unas palabras que, escritas en 1986, no parecen haber perdido un ápice de vigencia casi treinta y cinco años después: en la disputa pública sobre la definición de los riesgos se trata «no solo de las consecuencias para la salud de la naturaleza y del ser humano, sino de los *efectos secundarios sociales, económicos y políticos* ...: hundimiento de mercados,..., controles burocráticos de las decisiones empresariales, apertura de nuevos mercados, costes monstruosos, procedimientos judiciales. En la sociedad del riesgo surge así a impulsos pequeños y grandes el *potencial político de las catástrofes*. La defensa y administración de las mismas pueden incluir una *reorganización del poder y de la competencia*. La sociedad del riesgo es una sociedad *catastrófica*. En ella, el estado de excepción amenaza con convertirse en el estado de normalidad»⁽¹⁹⁾ (cursivas en el original).

Pues bien, lo que estamos viviendo con la epidemia de coronavirus muestra con toda su crudeza no solo su efecto devastador sobre la salud y la vida de miles de personas sino también los efectos «secundarios» sociales, económicos y políticos: todavía más empobrecimiento y exclusión para las personas más vulnerables, probable pérdida de cientos de miles de puestos de trabajo, puesta en cuestión de las instituciones políticas por su incapacidad para prever y hacer frente de manera eficaz a riesgos que quizá no se vean venir con mucha antelación pero de los que se debe responder...

Por todo ello es necesario que cuando se recupere cierto «estado de normalidad» tenga lugar una intensa reflexión política y social sobre la mejor forma de responder a los riesgos inherentes a esta sociedad «catastrófica» en la que vivimos. Y el derecho de la excepción en sentido amplio, incluido el propio de lo que aquí hemos llamado estado de alarma, no solo no debe sustraerse a esa discusión sino que debe ser uno de los aspectos importantes de un debate en el que siempre debe estar presente el objetivo, mencionado en el preámbulo de nuestra Constitución, de «establecer una sociedad democrática avanzada».

(17) *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986; edición española: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, 1998.

(18) Siglo XXI Editores, Madrid, 2002.

(19) *Ob. cit.*, pág. 30.

**LEY 45/2015, DE 14 DE OCTUBRE, DE VOLUNTARIADO Y
LEY DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS 10/2001, DE 12 DE
NOVIEMBRE, DEL VOLUNTARIADO. LA INSEGURIDAD
JURÍDICA DE SU APLICACIÓN SIMULTÁNEA ⁽¹⁾**

**LAW 45/2015, OF 14 OCTOBER, ON VOLUNTEERING
AND LAW OF THE PRINCIPALITY OF ASTURIAS 10/2001,
OF 12 NOVEMBER, ON VOLUNTEERING. THE LEGAL
UNCERTAINTY OF THEIR SIMULTANEOUS APPLICATION**

JAVIER AMIEVA GARCÍA

Jurista profesional del Tercer Sector, técnico del Departamento de Voluntariado de Cruz Roja en Asturias.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. COMPETENCIAS EN MATERIA DE VOLUNTARIADO
- III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS LEYES
- IV. PROBLEMAS DE LA APLICACIÓN SIMULTÁNEA
- V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que el voluntariado y su acción existe desde hace mucho tiempo, la actual situación de crisis sanitaria y social obliga a abrir nuevos campos de actuación, siendo uno de los más importantes el voluntariado, que es auxiliar de los poderes públicos y que llega a realizar actividades complementarias de los servicios sociales y sanitarios, e incluso a fortalecer con su acción el sistema de aseguramiento de derechos.

La actividad del voluntariado, entidades y las propias personas voluntarias se ven sometidas a dos normas con similar ámbito de aplicación, la Ley 45/2015, de

(1) *Las reflexiones y opiniones expuestas son personales y en ningún caso tienen vinculación con ninguna institución ni organización.*

14 de octubre, de Voluntariado (ley estatal) y la Ley del Principado de Asturias 10/2001, de 12 de noviembre, del Voluntariado (ley autonómica), las cuales generan cierta inseguridad jurídica debido a su ámbito de aplicación y sus diferencias, unas mayores y otras menores, pero que en conjunto produce una desigualdad latente en los derechos de las personas que desarrollan actividades de voluntariado y de las entidades a través de las cuales las desarrollan.

En este ensayo se pretende abordar esta problemática, no dando solución al problema, sino estudiando cuál es el ámbito de aplicación de ambas leyes y cuál es el título competencial por el que regula esta materia. Además, en su cuarto capítulo se abordan tres de las diferencias principales en las dos leyes, viendo cómo son creadoras y/o limitadoras de derechos de forma contrapuesta.

II. COMPETENCIAS EN MATERIA DE VOLUNTARIADO

Para comprender la problemática derivada de la aplicación simultánea de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado (ley estatal) y la Ley del Principado de Asturias 10/2001, de 12 de noviembre, del Voluntariado (ley autonómica), debemos establecer un punto de partida, los títulos competenciales en los que se apoyan ambas leyes, y que son quienes determinan quién tiene competencia para la regulación de la materia de voluntariado.

La Ley 45/2015 de Voluntariado identifica la competencia en base a la que se ha dictado en su Disposición Final 4.^a(2), donde se expone que la Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.1.º de nuestra Constitución, que atribuye al Estado la potestad para regular todas las condiciones básicas que garanticen la igualdad efectiva en el ejercicio de los derechos de todos los españoles (y españolas).

Con la competencia exclusiva del Estado establecida en el art. 149.1.1.º de la Constitución Española, debemos entender que su tarea es la de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad referida a los derechos (y, por ende, deberes) que derivan directamente de la Constitución y no de los sectores que se pueden incluir en estos derechos. Por lo tanto, este artículo solo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden relación directa con los derechos que la CE reconoce.

También ha de tenerse en cuenta que, cuando este artículo menciona las palabras «condiciones básicas», no debe entenderse automáticamente como la potestad absoluta de crear «legislación básica, ley de bases o normas básicas», ya que no las debemos apreciar como un sinónimo. Por tanto, de una forma u otra, el Estado es competente para establecer las condiciones básicas, aunque no necesariamente por medio de legislación básica.

En resumen, no debemos entender que exista una prohibición de regulación autonómica en base a este artículo pues su finalidad principal es la «igualdad de

(2) *"Disposición final cuarta. Título competencial. de la Ley 45/2015, de Voluntariado.*

Esta Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.1.º de la Constitución Española, en virtud del cual, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales".

todos los españoles» y por lo tanto su función es el establecimiento de unos mínimos a cumplir por todas las comunidades autónomas⁽³⁾.

El Tribunal Constitucional lo define como «los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica que deben ser comunes a todo el Estado» y entendida desde diferentes ámbitos:

- En sentido positivo, que alude a «los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros».
- En sentido negativo, en cuanto «constituye el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias⁽⁴⁾».

A la luz de lo anterior, hemos de concluir que el Estado es el responsable de fijar las condiciones mínimas para alcanzar la igualdad, sin perjuicio de que las comunidades autónomas puedan legislar sobre dichas materias siempre y cuando se respeten esas condiciones mínimas.

En la misma línea, el preámbulo de la Ley 45/2015, de Voluntariado, señala que la ley precedente, la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado, no tenía carácter de legislación básica, sino que se sumó a la normativa existente en las diferentes comunidades autónomas, añadiendo que la ley actual, no pretende alterar la distribución de competencias ya existente, pero sí que insta a la creación de un marco de cooperación entre las diferentes Administraciones Públicas⁽⁵⁾.

Por su parte, la competencia sobre la regulación del voluntariado en el ámbito autonómico se entiende como una extensión de la competencia de bienestar social⁽⁶⁾, de esta forma queda amparada la regulación de esta materia. Debemos tener presente que esta competencia sobre voluntariado no es tan directa ni tan exclusiva, por lo que la Ley 10/2001, de 12 de noviembre, del Voluntariado, del Principado de Asturias, concurre con la respectiva ley estatal sobre voluntariado, al igual que sucede con otras normas del Principado de Asturias de carácter social, que son concurrentes con el Estado⁽⁷⁾.

(3) GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 2568-2569.

(4) <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=149&tipo=2> (última consulta: 13 de abril de 2020).

(5) Preámbulo Ley. 45/2015 (Punto V).

"A diferencia de otros modelos legislativos, la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado, no tuvo el carácter de legislación básica sino que vino a sumarse, en función de sus competencias, al panorama de la normativa existente en las comunidades autónomas definida por sus Estatutos de Autonomía y por su legislación específica. La presente Ley no pretende alterar en modo alguno esa distribución competencial, pero reclama un marco de cooperación entre las diferentes Administraciones públicas que sea especialmente proclive a la consolidación y desarrollo del voluntariado. Con ese propósito, se apuesta por fijar los medios y los sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, así como la acción conjunta en el ejercicio de sus competencias, con el fin de integrar las actuaciones de todas las Administraciones públicas en aquellos ámbitos donde ha sido tradicional su presencia en materia de voluntariado".

(6) Véase; art. 10.1.24 de Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias.

(7) ARCE JANÁRIZ, A. (Dir.), *Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias/Estudio Sistemático*, Junta General de Principado de Asturias, Llanera, 2003, págs. 377-378.

Como complemento, añadir que el Tribunal Constitucional ya ha resuelto acerca de la distribución de competencias en base al art. 149.1.1.º CE, diciendo lo siguiente; «*Que el legislador estatal pueda regular sobre las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales no implica que pueda incidir en todas las materias de competencia autonómica en conexión con esos derechos. No es la materia la que exige la igualdad de regulación, sino tan sólo los derechos y deberes constitucionales en sus aspectos básicos o esenciales. Ciertamente, el art. 149.1.1 es una regla competencial a favor del Estado, y por lo mismo un límite competencial para las Comunidades Autónomas. Esta cláusula permite, en efecto, que las instituciones estatales incidan normativamente en la esfera de actuación autonómica, si bien su carácter claramente finalista no habilita al Estado para ir más allá de la fijación de aquellos principios o criterios esenciales del ejercicio de los derechos, o del cumplimiento de los deberes constitucionales que resulten indispensables para garantizar la igualdad sustancial de todos los españoles*»⁽⁸⁾.

Por todo lo anterior, concluimos que al dictarse una norma en un ámbito competencial casi exclusivamente autonómico se tiende a establecer un marco «para todos» en el que caben el resto de modelos. Se establece un modelo básico, mínimo y previo para toda la actividad voluntaria, cuya regulación deberá prevalecer en caso de discrepancia, como ocurre con la Ley 45/2015.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS LEYES

En ambas leyes, el ámbito de aplicación viene recogido en el art. 2 de las mismas. Cada una de ellas hace referencia a su ámbito específico y diferenciado, terminando aun así, en una contradicción en la aplicación, ya que en ambas se pretende regular la misma actividad de formas contrapuestas, generando dudas en la aplicación de estos dos textos legales.

El artículo 2 de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, de ámbito estatal expone que «*esta Ley será de aplicación a los voluntarios, destinatarios y entidades de voluntariado que participen, se beneficien o lleven a cabo programas de voluntariado de ámbito estatal supraautonómico, ya se desarrollen dentro o fuera de España.(...)*», lo que quiere decir que ha aplicarse la regulación de la ley estatal en lo relativo a las acciones de voluntariado que estén creadas para el territorio español en su conjunto, independientemente de si su actividad como tal se realiza en territorio nacional o internacional.

Continúa diciendo, «*también será de aplicación respecto de aquellos programas en los que el Estado tenga reconocida constitucionalmente su competencia, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas en materia de voluntariado por sus Estatutos de Autonomía así como también en su legislación*

(8) STC 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997, 61), FJ 7.º.

específica». De este precepto se desprende la idea de que las comunidades autónomas pueden legislar sobre materia de voluntariado, siempre y cuando la acción de voluntariado que desarrollan sea sobre una materia atribuida a sí mismas, si bien, como se ha dicho en el primer capítulo del ensayo, el Estado es competente en base al art. 149.1.1.º CE para establecer las condiciones mínimas que permitan el ejercicio igualitario de los derechos de todos los españoles.

En su apartado 2, el artículo continúa enunciando que *«los programas de voluntariado a los que se aplica esta Ley serán los desarrollados en aquellos ámbitos en los que el Estado tenga reconocida constitucionalmente su intervención, ya se lleven a cabo dentro o fuera del territorio español»*. Un ejemplo claro es el Programa de Voluntariado en Ríos⁽⁹⁾ cuyo promotor es la Confederación Hidrográfica, dependiente del Ministerio para la Transición Ecológica, cuyo objetivo es impulsar la participación social en el conocimiento y la conservación y mejora del estado ecológico de los ríos y cuencas hidrográficas intercomunitarias dependientes del Ministerio para la Transición Ecológica como un instrumento para transmitir a los ciudadanos, grupos sociales y entidades un sentimiento de responsabilidad compartida sobre el entorno natural, de manera que se genere en las personas conciencia de su capacidad de intervención en la resolución de los problemas ambientales. Como sabemos, esta competencia es de carácter estatal y, por lo tanto, las personas voluntarias pertenecientes a este proyecto y su acción deberán regirse por esta ley.

También el voluntariado en Parques Nacionales⁽¹⁰⁾, cuyo promotor es el Organismo Autónomo de Parques Nacionales, es de ámbito estatal al caer esta competencia sobre el Estado; entonces, debe regirse por la Ley 45/2015. En la práctica también podemos encontrar acciones de voluntariado medioambiental de ámbito autonómico, reguladas por su propia ley autonómica⁽¹¹⁾.

El último inciso del apartado 2 del artículo 2 dice así; *«asimismo, se aplicará a aquellos cuya ejecución exceda del territorio de una comunidad autónoma»*, lo que quiere decir que los programas que se realicen en más de una comunidad autónoma deben regirse por la ley estatal.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 10/2001 del Principado de Asturias, de 12 de noviembre, del Voluntariado, hace referencia a su ámbito de aplicación, y prescribe que debemos aplicar la Ley Autonómica cuando la actividad que se desarrolla tenga lugar en el territorio autonómico, independientemente de donde tenga el domicilio social la entidad de voluntariado a la que pertenezca dicho programa o de si es una entidad estatal o supraautonómica, como dice su artículo 2: *«1. Esta Ley será de*

(9) Véase https://www.miteco.gob.es/es/agua/temas/delimitacion-y-restauracion-del-dominio-publico-hidraulico/estrategia-nacional-restauracion-rios/programa-voluntariado/Finalidad_objetivos_V_R.aspx(última consulta: 13 de abril de 2020).

(10) Véase <http://www.mapama.gob.es/es/parques-nacionales-oapn/programa-voluntariado/>(última consulta: 13 de abril de 2020).

(11) Véase <http://www.mapama.gob.es/es/ceneam/recursos/pag-web/programas-planes/voluntariado.aspx>(última consulta: 13 de abril de 2020).

aplicación a toda actividad de voluntariado que se desarrolle en el Principado de Asturias, con independencia del lugar donde la entidad colaboradora a través de la que se realicen las actuaciones de voluntariado tenga su domicilio social. 2. Las entidades de voluntariado estatales o supraautonómicas que desarrollen su actividad en el territorio del Principado de Asturias deberán adecuar su actuación a las prescripciones de esta Ley, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior».

Dos notas importantes podemos extraer de este artículo:

- La aplicación derivada de la idea de actividad, como toda acción de un programa de voluntariado que debe estar supeditada a la Ley Autonómica cuando esta se desarrolle dentro del territorio asturiano.
- La indiferencia de si la entidad de voluntariado es asturiana o no.

Con lo que respecta a lo anterior se deja claro, que siempre y cuando una actividad esté desarrollada en Asturias, esa actividad se regirá por la Ley Autonómica.

Esta regulación de sus ámbitos de aplicación plantea algunas dudas sobre su aplicabilidad en determinadas situaciones, lo que puede llegar a generar una inseguridad jurídica.

Una de esas dudas lleva el siguiente razonamiento; si una entidad de voluntariado desarrolla un programa de voluntariado a nivel estatal, es decir, que tenga incidencia en más de una comunidad autónoma, como por ejemplo, el Principado de Asturias y la Comunidad de Cantabria, en base a la Ley Asturiana debemos aplicar su normativa interna, ya que estamos desarrollando parte de la actividad en este territorio. Pero si nos regimos por la ley estatal, al ser esta una acción extracomunitaria, debemos aplicar la ley estatal, por lo tanto, qué ley debemos aplicar.

Otra duda que nos suscita es en relación a las relaciones laborales que pueden entablar las organizaciones de voluntariado, que están reservadas al Estado, como por ejemplo la laboral en base al art. 149.1.7.º CE. Si la ley de voluntariado autonómica establece alguna incompatibilidad entre la acción voluntaria y la laboral en una misma entidad de voluntariado, y la ley estatal es permisiva en este aspecto, ¿se debe inaplicar este precepto?

Como se verá en el siguiente capítulo, se genera una inseguridad a la hora de aplicar ambas leyes, ya que, aunque en un principio su ámbito de aplicación parece claro, en la práctica surgen algunas dudas al respecto. Además, esto produce una desigualdad de derechos que se dejará patente a continuación.

IV. PROBLEMAS DE LA APLICACIÓN SIMULTÁNEA

Cuando aplicamos ambas leyes, se observa cómo en la realidad del día a día de las entidades de voluntariado se plantean algunos problemas por la inseguridad jurídica causada por sus ámbitos de aplicación. En algunas ocasiones esos problemas son de poca importancia, pero en otras late una complejidad que lleva, incluso, a acudir a la vía judicial como medio de resolución de conflictos.

Lo primero que debemos plantear en este capítulo es que estas leyes, en la práctica, se acaban aplicando de forma sectorial, es decir, las entidades de voluntariado «ley en mano», aplican partes de una ley y partes de otra.

En este sentido, observamos una diferencia fundamental, la Ley 45/2015, se adapta a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que en su artículo 8.4 y 8.5⁽¹²⁾ hace preceptiva la entrega del certificado de delitos de naturaleza sexual para el trabajo habitual con menores así como la acreditación de no tener antecedentes penales no cancelados por ciertos delitos mediante la firma de una declaración responsable, mientras que la Ley 10/2001, nada dice al respecto. Esta es una de las diferencias fundamentales, la cual debe ser cumplida por todas las entidades de voluntariado, sean o no sean de carácter autonómico.

A continuación, se exponen algunas de las diferencias significativas de ambas leyes que generan cierta inseguridad jurídica al no quedar claro qué preceptos deben ser aplicados al caso concreto.

Además de la ya mencionada obligación de declarar que no existen antecedentes penales y de la entrega del certificado negativo de delitos sexuales para el trabajo habitual con menores, existen otras como:

La edad a la que una persona puede realizar voluntariado. En la Ley 45/2015, la edad mínima se fija en los 12 años, cuando esta actividad no perjudique su desarrollo, y previa autorización de los progenitores, tutores o representantes legales⁽¹³⁾,

(12) "Artículo 8 de la Ley 45/2015:

(...)

4. Será requisito para tener la condición de voluntarios en entidades de voluntariado o programas cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con menores, no haber sido condenadas por sentencia firme por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata y explotación de menores. A tal efecto, deberán acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de Penados por estos delitos.

5. No podrán ser voluntarias las personas que tengan antecedentes penales no cancelados por delitos de violencia doméstica o de género, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos, o por delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, o por delitos de terrorismo en programas cuyos destinatarios hayan sido o puedan ser víctimas de estos delitos. Esta circunstancia se acreditará mediante una declaración responsable de no tener antecedentes penales por estos delitos".

(13) "Artículo 8 de la Ley 45/2015:

(...)

2. Los menores de edad podrán tener la condición de voluntarios siempre que se respete su interés superior de acuerdo con lo previsto en la legislación de aplicación y cumplan los siguientes requisitos:

a) Los mayores de 16 y menores de 18 años deberán contar con el consentimiento de sus progenitores, tutores o representantes legales.

b) Los menores de 16 años y mayores de 12 podrán llevar a cabo acciones de voluntariado si cuentan con la autorización expresa de sus progenitores, tutores o representantes legales en la que se valorará si aquellas perjudican o no su desarrollo y formación integral".

mientras que en la Ley 10/2001, no aparece mínimo de edad al respecto⁽¹⁴⁾, por lo que podemos llegar a entender, que mientras haya autorización expresa de sus representantes legales y la actividad esté adaptada a sus circunstancias personales, un menor de 12 años de edad puede realizar voluntariado. Por lo tanto, ¿qué criterio de edad debemos aplicar?

Otra diferencia, que sin duda en la práctica es de las que más inseguridad jurídica conlleva, es la compatibilidad de la acción voluntaria en supuestos laborales, pues si bien la Ley 45/2015 permite que una persona que sea personal laboral de una entidad de voluntariado realice a su vez voluntariado en la misma organización⁽¹⁵⁾, la Ley 10/2001, es clara al resaltar, en todo caso, la incompatibilidad de la condición de voluntario, con el desempeño de actividades remuneradas dentro de la misma entidad⁽¹⁶⁾. Por lo anterior, ¿podemos considerar igualitario en derechos a un voluntario asturiano con su Ley Autonómica, de uno que sea de otra comunidad autónoma donde no se refleje dicha incompatibilidad? ¿Estamos en este caso ante una de las ya mencionadas condiciones mínimas que deben ser reguladas por el Estado? ¿Puede la Comunidad Autónoma legislar sobre una normativa en parte laboral?

Estos tres ejemplos mencionados son unos de los más destacables, sin embargo existen otros que, aunque ciertamente contradictorios, en la práctica no general gran inseguridad.

V. CONCLUSIONES

A la luz de lo estudiado en este ensayo, podemos concluir que el Estado es el único competente para establecer un mínimo común para que todos los españoles gocen de unos derechos similares, y que en este caso, el Estado es competente para regular las condiciones mínimas del voluntariado, si bien, Asturias es competente para establecer una normativa autonómica relativa al voluntariado, siempre y cuando se adapte a esas condiciones dictadas por el Estado.

(14) "Artículo 6 de la Ley 10/2001:

(...)

2. *Los menores de edad no emancipados podrán participar en programas o proyectos del voluntariado específicamente adaptados a sus circunstancias personales, previa autorización expresa de sus representantes legales".*

(15) "Artículo 9 de la Ley 45/2015:

(...)

2. *La condición de trabajador por cuenta ajena es compatible con la del voluntariado en la misma entidad de voluntariado en las condiciones que se establezcan en el acuerdo de incorporación, con el mismo límite que en el supuesto anterior".*

(16) "Artículo 11 de la Ley 10/2001:

(...)

2. *"La condición de voluntario es compatible con la de socio o miembro de la misma entidad colaboradora, siendo incompatible, en todo caso, con el desempeño de actividades remuneradas dentro de la misma".*

Cabe entender que sus problemas de aplicación generan, como ya se ha puesto de manifiesto a lo largo del ensayo, una indudable inseguridad jurídica que afecta a la igualdad de los derechos de los voluntarios y sus entidades en determinadas situaciones.

Resultaría lógico que en un plazo prudencial la Ley Autonómica adaptara su contenido al de la Ley Estatal, que es generalista y que pretende establecer un mínimo en las exigencias del voluntariado en todo el País.

Diálogos jurídicos

TRABAJOS ACADÉMICOS

**LA TUTELA PENAL DE LA INDEMNIDAD SEXUAL DE
LOS MENORES DE DIECISÉIS AÑOS EN EL DERECHO
ESPAÑOL Y DE INGLATERRA Y GALES. UN ESTUDIO
COMPARADO**

**THE CRIMINAL PROTECTION OF SEXUAL INDEMNITY
OF MINORS UNDER SIXTEEN YEARS OF AGE IN
SPANISH AND ENGLISH AND WELSH LAW.
A COMPARATIVE STUDY**

SANTIAGO BERNAL CUETO

Graduado PCEO en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas por la Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA EL ABUSO Y EXPLOTACIÓN SEXUAL DE LOS MENORES
- III. NORMATIVA PENAL ESPAÑOLA
 - 1. Evolución legislativa**
 - 2. Estudio de la vigente regulación**
 - 2.1. Bien jurídico protegido
 - 2.2. La edad de consentimiento sexual
 - 2.3. Libro II. Título VIII. Capítulo II Bis del CP: de los abusos y agresiones a menores de dieciséis años
 - A. Examen de los tipos concretos
 - B. Disposiciones comunes
- IV. NORMATIVA EN INGLATERRA Y GALES
 - 1. Antecedentes de la normativa actual**
 - 2. El consentimiento**
 - 3. Regulación legal. Los delitos sexuales sobre menores: secciones 5 a 15 de la «Sexual Offences Act 2003»**
 - 3.1. Introducción
 - 3.2. Examen de los tipos concretos

- A. Rape and other offences against children under 13
 - B. Child sex offences
- V. REPERCUSIONES DEL «BREXIT»
- VI. CONCLUSIONES

Resumen: La lucha contra los abusos y agresiones sexuales a los menores es una exigencia de justicia que ha sido puesta de relieve en distintos instrumentos normativos supranacionales. En este trabajo se ofrece un estudio comparado de las legislaciones de España e Inglaterra y Gales en materia de la tutela penal de los menores de 16 años en los delitos de abusos y agresiones sexuales, a fin de comprobar en qué medida se facilita con ello la necesaria cooperación internacional.

Abstract: The fight against child abuse and sexual assault is a matter of justice that has been highlighted in several supranational normative instruments. This study examines how the legislation of Spain and England and Wales deals with the criminal protection of minors under 16 years of age in crimes of abuse and sexual assault, in order to assess the extent to which this facilitates the necessary international cooperation.

Palabras clave: Menores, abusos y agresiones sexuales, indemnidad sexual.

Keywords: Minors, sexual assault, sexual indemnity.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista dogmático, el estudio de la tutela penal de la esfera sexual de los menores ofrece varios aspectos de interés. Por una parte, la determinación del bien jurídico protegido, cuestión polémica para la doctrina; y, por otra parte, guarda relación con la determinación de la edad en la que se reconoce a la persona capacidad de autodeterminación sexual.

Asimismo, la técnica legislativa con la que se aborda la regulación de los tipos penales presenta una especial dificultad. La riqueza de la casuística sitúa al legislador ante el reto de definir las figuras delictivas de manera que abarque la multiplicidad de supuestos que la realidad muestra. Las legislaciones española e inglesa y galesa son ejemplos de la diferente forma de tipificación de las conductas delictivas.

Además, desde el punto de vista internacional, en los últimos años se ha generado un consenso sobre la necesidad de la protección de los menores frente a este tipo de conductas. Dicha protección se ha visto plasmada en textos internacionales, algunos de ellos a nivel de la Unión Europea. Uno de los instrumentos esenciales para lograrlo, es mediante la adopción de medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal o la aproximación de las legislaciones penales. Ahora bien, en estos momentos nos hallamos inmersos en un proceso de salida voluntaria de uno de sus miembros, el Reino Unido. Como consecuencia de ello, estos

mecanismos de la Unión se verán afectados, por lo que es de interés analizar en qué medida las leyes penales de estos países se aproximan o convergen.

II. LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA EL ABUSO Y EXPLOTACIÓN SEXUAL DE LOS MENORES

La vulnerabilidad propia de la infancia ha convertido a los menores a lo largo de la historia en fáciles víctimas de abusos y agravios de todo tipo, en particular, de índole sexual. Fue sobre todo en el curso del pasado siglo veinte cuando los Estados tomaron conciencia de este problema y, consecuentemente, de la necesidad de adoptar medidas eficaces encaminadas a prevenir tales situaciones.

Los textos internacionales más relevantes a efectos de este trabajo son: la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989⁽¹⁾ y sus protocolos facultativos⁽²⁾, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia, firmado en Budapest en 2001⁽³⁾, y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote en 2007⁽⁴⁾, que promueven la cooperación internacional en la protección de los niños, la aplicación de una política penal común a través de la tipificación de nuevas conductas constitutivas de delitos de abuso sexual, relativos a la prostitución infantil, a la pornografía infantil, corrupción de niños y proposiciones a niños con fines sexuales.

En el ámbito de la Unión Europea la disposición normativa más relevante es la Directiva 2011/93/UE del Parlamento y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. En su artículo 1 indica en cuanto a su objeto que la Directiva *establece normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores, la pornografía infantil y el embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos. También introduce disposiciones para mejorar la prevención de estos delitos y la protección de sus víctimas*⁽⁵⁾.

(1) Ratificada por España el 30 noviembre 1990 (BOE 313 de 31 diciembre 1990).

(2) Uno de ellos es el relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por Asamblea General en Resolución de 25 de mayo del 2000.

Fue firmado por Reino Unido el 19 de abril de 1990 y ratificado el 16 de diciembre de 1991

(3) Ratificado por España en Instrumento de 20 de mayo de 2010 (BOE de 17 de septiembre de 2010). Fue firmado el 23 de noviembre de 2001 y ratificado el 25 de mayo de 2011 por Inglaterra y Gales.

(4) Ratificado por España el 4 de noviembre de 2010 (BOE 274, de 12 de noviembre de 2010). Fue firmado por Inglaterra y Gales el 5 de mayo de 2008 y ratificado el 20 de junio de 2018.

(5) Transpuesta en España en virtud de L.O. 1/2015, de 30 de marzo y en Inglaterra y Gales a través de *The Special Measures for Child Witnesses (Sexual Offences) Regulations 2013 Her Majesty's Stationery*

Este acervo normativo internacional forma también parte del derecho interno de España. Así como de Inglaterra y País de Gales.

III. NORMATIVA PENAL ESPAÑOLA

1. Evolución legislativa

La asunción por nuestro país del desarrollo normativo internacional en materia de protección de los menores, en particular en la esfera sexual, explica en buena medida los cambios normativos que tuvieron lugar en nuestra legislación penal. La última modificación realizada se llevó a cabo mediante la L.O.1/2015, que responde, entre otros propósitos, al de atender a compromisos internacionales asumidos por España. En concreto, y en lo que aquí interesa, a la necesidad de transponer la Directiva 93/2011 UE y dar cumplimiento a las exigencias del Convenio de Lanzarote.

2. Estudio de la vigente regulación

2.1. Bien jurídico protegido

No fue hasta la reforma por L.O. 3/1989, de 21 de junio en que se suprimió la tradicional rúbrica de delitos contra la honestidad por la de delitos contra la libertad sexual. No obstante, tal denominación –delitos contra la honestidad– no era la honestidad lo que se tutelaba, sino la moral sexual, siendo inadecuado como objeto de tutela⁽⁶⁾. Como M. Bajo Fernández observaba «es opinión unánime de Doctrina y Jurisprudencia que la honestidad ni hace referencia a un contenido típico, ni constituye objeto de protección como cualidad del sujeto pasivo, lo que significa que, contra lo que es habitual, la rúbrica del Título no remite al bien jurídico cometido»⁽⁷⁾.

El Código penal aprobado por L.O.10/1995, de 23 de noviembre, mantuvo la rúbrica de los delitos contra la libertad sexual, que alude a la capacidad de

Office (HMSO); Número de DO: 2013/2971; y *The Working with Childre n* (Exchange of Criminal Conviction Information)(England and Wales and Northern Ireland) Regulations 2013, *Her Majesty's Stationery Office* (HMSO); Número de DO: 2013/2945.

(6) Como dice Bustos Ramírez en relación con estos delitos, el objetivo de un derecho penal moderno "no puede ser la protección de determinadas ideas o concepciones de algunos o muchos sobre comportamientos, sino que debe ser la de proteger una determinada zona en el mundo de las relaciones sociales de los sujetos, que pueden en un momento determinado ser altamente conflictivas" [...] Bustos Ramírez, J. *Manual de Derecho Penal, Parte especial*, Ariel Derecho, 1986, pág. 132.

(7) Bajo Fernández, M. *Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1989, pág. 170.

autodeterminación personal en la esfera de la sexualidad. Es, por tanto, una manifestación de la libertad personal proyectada o concretada en ese plano o esfera de la actividad humana. Díez Ripollés sostiene que con la protección penal de este bien se pretende que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad si bien, afirma, solo en la medida en que se involucre a una persona en un comportamiento sexual no deseado (libertad sexual negativa)⁽⁸⁾. Ahora bien, puesto que hay personas que por su grado de desarrollo o condiciones (menores, discapacitados) carecen de plena capacidad de autodeterminación, se cuestiona si lo que respecto a ellos se tutela es propiamente la libertad sexual. El legislador asumió estas críticas e introdujo junto a la libertad la referencia a la indemnidad sexual, como si de un bien jurídico diferenciado se tratara, lo que mereció críticas favorables de Doctrina⁽⁹⁾ y Jurisprudencia⁽¹⁰⁾.

2.2. *La edad de consentimiento sexual*

En la configuración de gran parte de los delitos sexuales tiene una importancia esencial la denominada edad legal del consentimiento sexual que nos sitúa ante el problema de la determinación del momento en que se reconoce legalmente a la persona la capacidad de ejercer válidamente su libertad sexual, esto es, cuándo, de acuerdo con la ley, puede prestar un consentimiento eficaz. Marcaría, por tanto, el límite por debajo del cual estaría prohibido cualquier comportamiento sexual con menores para proteger su indemnidad. El establecimiento de ese límite normalmente se configura desde un punto de vista legal como una presunción *iuris et de iure*.

La determinación de la capacidad de autodeterminación en la esfera sexual en buena medida se halla condicionada por las concepciones socioculturales y valores imperantes en la sociedad en un momento histórico determinado, lo que explica las diferencias de criterio que encontramos en las distintas legislaciones. Por tal motivo, la comentada Directiva 2011/93/UE, tras definir la edad de consentimiento sexual como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el derecho nacional, está

(8) Díez Ripollés, J.L., *El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.ª época, n.º 6 (2000), para quien "pasan a ser objeto de atención del derecho penal todas aquellas conductas que involucren a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad".

(9) En esta línea, Carmona Salgado indica que *existen figuras delictivas respecto de las que ni antes, ni tampoco ahora, resulta del todo correcto predicar la libertad sexual en sentido estricto [...] ya que los sujetos pasivos tutelados ni se encontraban entonces, ni se encuentran ahora, capacitados para ejercer dicha libertad*. Carmona Salgado, C. "Los Delitos contra la Libertad Sexual, Agresiones y Abusos Sexuales". Manuel Cobo del Rosal (Director), Carmona Salgado, C., González Rus, J.J., Morillas Cueva, L., Polaino Navarrete, M., Portilla Contreras, G., *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 1996, pág. 300.

En el mismo sentido, de la Mata Barranco, N., "Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de un correcto proceso formación sexual", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, 2019, págs. 6-7.

(10) STS 11-01-2017 n.º 988/2016 (RJ 2017, 44), rec.10342/16.

prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor», deja a cada legislación nacional la determinación del límite.

Parece razonable que la decisión que se tome venga respaldada por criterios científicos y técnicos que permitan adecuar la respuesta penal a la realidad social existente⁽¹¹⁾. Desde esta perspectiva, el Derecho Penal debe armonizar la necesaria protección y tutela de los menores con el reconocimiento, en determinadas circunstancias, de un limitado margen de eficacia al consentimiento del menor involucrado en conductas de carácter sexual, incluso aunque no posea la edad requerida. A tal fin responde la denominada cláusula «Romeo y Julieta», prevista en diversas legislaciones, en las que se configura técnicamente bien como causa de atipicidad, de justificación excluyente de la responsabilidad criminal, bien como causa excluyente de la punibilidad o como mera circunstancia atenuante, que opera cuando se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez⁽¹²⁾.

En España la L.O 1/2015 elevó el límite de edad de los 13 a los 16 años siguiendo las sugerencias del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño. No consta que la decisión se basara en previos estudios o informes científicos o técnicos que nos permitan conocer su fundamento, como parece que la Doctrina entiende que debería ser⁽¹³⁾. En consonancia con algunos de los textos internacionales ya citados⁽¹⁴⁾ nuestro Código penal tras la reforma contempla también la posible relevancia del consentimiento de un menor de 16 años en la ya mencionada cláusula «Romeo y Julieta» del artículo 183 quater⁽¹⁵⁾.

(11) De la Mata Barranco, indica que debería existir algún criterio de índole psico-social para fundamentar tal elección, que concreta en estudios sociológicos, jurídico-penales, criminológicos e, incluso, psiquiátricos, Mata Barranco, N., "Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de un correcto proceso formación sexual". Op. cit. Pág. 44.

(12) En consonancia con lo previsto en el art. 8.1 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 y en Memorando del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (BOE de 12 de noviembre de 2010) cuando previene que "no es la intención de esta Convención criminalizar las actividades sexuales de los jóvenes adolescentes que están descubriendo su sexualidad y se comprometen en experiencias sexuales con [...] personas de edad y madurez similar".

(13) En este sentido, De la Mata sí nos ofrece una panorámica estadística de las relaciones afectivas y sexualidad en la adolescencia española en 2013, que le sirve de base para discrepar, por excesivamente elevada, de la edad establecida por el legislador. MATA BARRANCO, N., "Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de un correcto proceso formación sexual". Op. cit. Pág. 44 y ss.

(14) En concreto con lo previsto en el art. 8.1 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 y en Memorando del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (BOE de 12 de noviembre de 2010) cuando previene que "no es la intención de esta Convención criminalizar las actividades sexuales de los jóvenes adolescentes que están descubriendo su sexualidad y se comprometen en experiencias sexuales con [...] personas de edad y madurez similar".

(15) Según la Circular 1/2017 de la Fiscalía General de Estado, su fundamento radica en evitar interpretaciones estrictas que castiguen las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes o personas jóvenes entre las que no existan diferencias sustanciales en cuanto edad y madurez.

2.3. *Libro II. Título VIII. Capítulo II Bis del CP: de los abusos y agresiones a menores de dieciséis años*

Nuestro estudio se ciñe al Capítulo II bis y los artículos 183, 183 bis, ter y quater del Código Penal aprobado por L.O. 1/2015.

A. Examen de los tipos concretos

En la sistemática del Código penal cabe distinguir tres modalidades de conductas delictivas. Por una parte, a) aquellas figuras delictivas comunes a los menores de dieciséis años y los mayores de edad, que son los que se califican como abusos y agresiones sexuales *stricto sensu* (art. 183 CP); en segundo lugar, b) figuras específicas y exclusivas de los menores de dieciséis años en las que se contemplan conductas de acceso los menores de dieciséis años con fines sexuales a través de las nuevas tecnologías (TIC) (art. 183 ter del CP); y finalmente, c) el delito de determinación a un menor de dieciséis a participar o a presenciar un comportamiento de carácter sexual (art. 183 bis), que aunque es específico de menores de dieciséis años, merece ser singularizado por los problemas concursales que suscita.

a) Las figuras de abusos y agresiones sexuales se construyen distinguiendo sendos tipos básicos referidos respectivamente a los abusos y a las agresiones; y otros subtipos cualificados agravados.

El tipo básico de abusos castiga al «que realizare actos de carácter sexual con un menor de 16 años» (art. 183.1 CP) y el de agresiones con pena de prisión de cinco a diez años «cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación» o cuando el responsable «con violencia o intimidación compeliere a un menor de 16 años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo» (art. 183.2 CP).

En congruencia con los equivalentes tipos aplicables a los mayores de edad, se mantiene la diferenciación conceptual entre agresiones y abusos sobre la base del empleo o no de violencia o intimidación como medio comisivo. No obstante, en la modalidad típica de acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el legislador no emplea el término «violación» cuando se trata de víctima menor de 16 años, que sí utiliza en cambio para las demás víctimas en el art. 179 del CP.

La determinación de lo que constituyen actos de naturaleza sexual no debe plantear problemas en la mayor parte de los supuestos. Así sucederá en aquellos actos en los que están implicados los órganos sexuales, pues su significación sexual es clara; también las agresiones sexuales dado el empleo instrumental de la violencia y la intimidación y la exigencia de contacto corporal. Sin embargo, en el caso de actos que no involucren los órganos sexuales la cuestión puede ser más problemática.

Por otra parte, el art. 183. 3 CP contiene una agravación penológica de ambas figuras básicas en función del tipo de acto sexual cometido; en concreto, cuando

consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos en alguna de las dos primeras vías.

A su vez, en el art. 183.4 CP se prevé la imperativa aplicación de las anteriores penas en su respectiva mitad superior, cuando concurriera alguna de las circunstancias que contempla que, si bien no coinciden del todo, sí guardan paralelismo con las previstas en los correlativos tipos relativos a los mayores de edad. Dichas circunstancias son: cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años; cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas; cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio; cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima, Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima; cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

b) Delitos del artículo 183 ter del CP. El precepto contempla dos figuras delictivas: el llamado *child grooming*, y el *sexting*.

La conducta del primero consiste en contactar con un menor de dieciséis años por uno de los medios típicos de carácter tecnológico, proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, y realice actos materiales orientados al acercamiento.

Es comúnmente aceptado por doctrina⁽¹⁶⁾ y jurisprudencia⁽¹⁷⁾ que se trata de actos preparatorios para la ulterior comisión de los delitos de los artículos 183 y 189 del CP elevados a categoría de actos ejecutivos, fundamentándose su punición en la necesidad de adelantar la barrera de protección de los menores ante la relevancia de los bienes jurídicos tutelados. Así mismo, es un delito de peligro⁽¹⁸⁾, siendo discutido si lo es de peligro concreto o abstracto, respuesta que en buena medida guarda relación con la conceptualización que se haga del bien jurídico protegido.

En el delito de *sexting* se tipifica la conducta de contactar con un menor de edad 16 años a través de los mismos medios tecnológicos del supuesto anterior y realizar actos encaminados a embaucarle para que le remita material pornográfico o le muestre imágenes en las que se represente o aparezca un menor, de forma que incluye no solo al menor contactado, sino a cualquier menor y, por otro, no limitando el contenido pornográfico a aquel de tipo pedófilo.

(16) Pérez Vallejo, A.M, Pérez Ferrer, F., *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales; Desde la prevención a la reparación del daño*, DYKINSON, S.L., Madrid, 2016.

(17) STS. 22-09-2015, n.º 527/2015 (RJ 2015, 4358) rec.294/2015; STS. 22-02-2017, n.º 109/2017 (RJ 2017, 520), rec.10439/2016; STS. 2603-2019, n.º 158/2019 (RJ 2019, 1798), rec.10505/2018, entre otras.

(18) Pérez Vallejo, A.M, Pérez Ferrer, F., *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales; Desde la prevención a la reparación del daño* (Op. Cit).

c) El delito del artículo 183 bis del CP tipifica la conducta de determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o en hacerle presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, en ambos casos con fines sexuales. Asimismo, incluye una cualificación agravatoria cuando le hubiere hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos.

B. Disposiciones comunes

El último capítulo del Título VIII contiene varias disposiciones comunes a todos los delitos en él comprendidos, incluidos, por tanto, los que hemos examinados.

Son de tres tipos: a) una relativa a los requisitos de perseguibilidad de estas infracciones; b) otras sobre la penalidad –a las que habría que añadir otras consecuencias jurídicas– y c) otra sobre los pronunciamientos judiciales de carácter civil complementarios a la condena penal.

IV. NORMATIVA EN INGLATERRA Y GALES

1. Antecedentes de la normativa actual

Antes de entrar a analizar cómo se aborda en Inglaterra y Gales la regulación de la materia que nos ocupa, creemos conveniente dedicar unas breves líneas a introducir o contextualizar el sistema jurídico-legal en el que se da, para así ofrecer un análisis más completo.

En contraposición al sistema de derecho continental propio de nuestro ordenamiento jurídico, Inglaterra y Gales pertenecen al sistema del *common law*, caracterizada por la *judge-made law*, ley creada por jueces, basada en el precedente. Los tribunales no están limitados a interpretar y aplicar la ley, sino que también pueden crearla⁽¹⁹⁾. Esto no conlleva que la legislación tenga una menor relevancia en los sistemas anglosajones. Aquí es fundamental la mención del principio de soberanía del Parlamento, principio fundamental en los ordenamientos anglosajones, por el cual se consagra al Parlamento como la suprema autoridad legal en el Reino Unido, capaz de crear o suprimir cualquier norma⁽²⁰⁾, por lo que cualquier norma que emane de esta Cámara tiene primacía sobre cualquier otra o precedente con los que pueda entrar en conflicto.

Entrando ya en materia, la normativa que regula los delitos que aquí vamos a examinar en un análisis comparativo con la legislación española, se encuentran en la *Sexual Offences Act 2003*, que tuvo los retos de superar las deficiencias de las normas

(19) Es considerablemente abundante la bibliografía referente al precedente, como ejemplos: Cross, R. & Harris, J. W. *Precedent in English Law*, 4th edition, 1991; o Zaander, M. *The Law making Process*, 5th edition, 1999.

(20) Parliament's authority <www.parliament.uk>última consulta 26/03/2020.

anteriores⁽²¹⁾, regular las relaciones sexuales entre menores de edad o definir la noción de consentimiento⁽²²⁾. De esta manera, derogó prácticamente todas las disposiciones previas relativas a crímenes sexuales y modificó los plazos para la persecución de ciertos delitos. Algunos cambios en los delitos contra menores fueron la introducción de cuatro tipos específicamente dirigidos a proteger a los niños de 13 años entre los que se incluye la tipificación de las relaciones sexuales con éstos como violación; el reforzamiento del delito de abuso de posición o confianza, la actualización del listado de sujetos activos que pueden cometer delitos sexuales en el contexto familiar; o la inclusión de nuevos delitos perpetrados a través de medios tecnológicos entre otros.

2. El consentimiento

En el Derecho Penal anglosajón, la noción de consentimiento es, como en muchos otros ordenamientos, básica. Sin embargo, a diferencia del nuestro, no entra a distinguir entre delitos de agresión o abuso sexual en función de si media o no violencia o intimidación. Si el delito se sostiene sobre la ausencia de consentimiento, como puede ser la violación, es esta ausencia la que permite establecer una criba entre licitud y criminalidad⁽²³⁾. Consecuentemente, si no hay consentimiento o si éste es jurídicamente irrelevante, existe responsabilidad criminal⁽²⁴⁾.

Con carácter previo a la Ley de 2003 no existía una definición formal de consentimiento, sino que era una noción que se venía concretando a través del «*case law*» o jurisprudencia⁽²⁵⁾. Esto fue objeto de críticas⁽²⁶⁾ y generó falta de uniformidad en

(21) Varias de las disposiciones de la *Sexual Offences Act 1956* habían sido introducidas ya en la *Offences Against the Person Act 1881* y la *Criminal Law Amendmen Act 1885*. Muchas de las ofensas que incluía reflejaban una actitud patriarcal acerca de la naturaleza del sexo y de las sexualidades femenina y masculina, y otras, eran claramente discriminatorios, como la criminalización de la homosexualidad. Además, carecía de tipos específicos de delitos sexuales contra los menores, un fenómeno problemático cuya conciencia social se fue acrecentando décadas antes de los primeros intentos revisionistas de la norma.

(22) Stevenson, K. Davies, A. & Gunn, M. *Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003* Oxford University Press, Gosport, 2004, pág. 3.

(23) *Ibid.* Pág. 9.

(24) Será irrelevante para algunos delitos como las actividades sexuales con menores de 13 años (artículos 5 a 8 de la Ley) donde se considera que el daño ocasionado es suficiente para justificar la criminalización, incluso si ha habido consentimiento.

(25) Inicialmente se entendía que determinadas circunstancias explicaban la ausencia de consentimiento, como el uso de violencia o intimidación; la incapacidad para prestarlo por inconsciencia (*Larter and Castleton* (1995) [[1995 Crim LR 75], *Howard* (1965) [[1966] 1 WLR 13]); falsedad o engaño (*Flattery* (1877) [(1877) 2 QBD 410], *Williams* (1923) [[1923] 1 KB 340]); incapacidad para entender o decidir si consentir o resistirse (*Howard* (1986) [(1985) 82 Cr App R 262], *Lang* (1975) [(1975) 62 Cr App R 50]); o incapacidad por estar bajo los efectos de alcohol o drogas (*Camplin* (1845) [(1845) 1 Car & Kir746]). *EnR v Olugboja* [1982] QB 320, el tribunal rechazó estas circunstancias, alegando que no había necesidad de probar "violencia, miedo o engaño" que hubiera afectado al consentimiento de la víctima. "Lo único que debía probarse es que la víctima no consintió, no si la ausencia de consentimiento fue producto de violencia o intimidación, respaldando así la importancia de la autonomía sexual" enGardiner, S "Appreciating Olugboja" *Legal Studies*, 16 1966, pág. 275.

(26) Stevenson, K. Davies, A. & Gunn, M. *Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003* (Op. Cit. p. 11)

su aplicación práctica⁽²⁷⁾. Para remediar este problema, la Ley de 2003 ofrece una definición única de consentimiento en su artículo 74: una persona consiente si elige hacerlo y tiene la libertad y capacidad para tomar dicha decisión⁽²⁸⁾.

3. Regulación legal. Los delitos sexuales sobre menores: secciones 5 a 15 de la «Sexual Offences Act 2003»

3.1. Introducción

Como acabamos de exponer, son notorias las diferencias que separan ambos ordenamientos jurídicos, de modo que la realización de un análisis de la normativa inglesa tratando de importar las categorías y estructuras españolas no parece correcto. La estructura formal del concepto de delito depende de cada ordenamiento, por lo que, en el caso anglosajón, el estudio debe realizarse desde sus propias estructuras: *actus reus*, *mens reay defences*, sin sustituirlas por elementos extraños, ni abordando contra la tradición anglosajona una teoría dogmática del delito⁽²⁹⁾. El Derecho Penal anglosajón se caracteriza por su naturaleza práctica y procesal⁽³⁰⁾, que se contraponen a la visión dogmática del derecho continental. Los legisladores no optan por fórmulas genéricas a la hora de tipificar las conductas típicas, sino que buscan una redacción detallada y casuística.

3.2. Examen de los tipos concretos

La Ley tutela la libertad o indemnidad de los menores en cuatro Títulos. En primer lugar, contempla los crímenes cometidos contra los menores de 13 años. En el siguiente, bajo la rúbrica *Child Sex Offences*, regula los delitos cometidos contra niños. Eleva la protección hasta los 16 años, incluyendo también a los de 13, dándose aparentes solapamientos con los tipos descritos en el Título anterior. En tercer y cuarto lugar, regula los delitos sexuales contra menores en un contexto de abuso de superioridad o confianza o en un entorno familiar, respectivamente.

A. Rape and other offences against children under 13

Las secciones 5 a 8 recogen cuatro tipos en los que el sujeto pasivo es menor de 13 años. Se trata de los mismos actos típicos propios de los delitos de violación, agresión

(27) *R v Linekar* [1995] QB 250; *R v Elbekkay* [1995] Crim LR 163.

(28) Traducido por el autor.

(29) Robinsom, P.H. *Structure and Function in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, citado por Bernal del Castillo, J. *La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Atelier, Barcelona, 2011, págs. 112-113.

(30) Bernal del Castillo, J., *La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, (Op. Cit. Pág. 149).

sexual con y sin penetración y forzar a una persona a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, con la particularidad indicada de la edad del sujeto pasivo.

Sección 5. Violación de un menor de 13 años

El *actus reus*⁽³¹⁾ define el delito como una persona (A) que intencionadamente penetra la vagina, ano o boca de una persona menor de 13 años (B) con su pene, por lo que sólo puede ser físicamente perpetrada por varones mayores de 10 años, la edad mínima de responsabilidad criminal⁽³²⁾. En cuanto a la víctima, se protege a personas de uno y otro sexo, reconociendo por primera vez la violación a niños y equiparándola a la de niñas.

La penetración viene definida por la sección 79.2 del Acta⁽³³⁾. No es necesaria la prueba de consentimiento, siendo éste irrelevante. Cuando haya habido relaciones sexuales con un menor de 13 años, incluso si éste ha consentido libremente, se aprecia delito de violación.

La *mens rea*⁽³⁴⁾ (elemento subjetivo) establece la comisión dolosa del tipo a través del empleo del término *intentionally*, siento necesario probarla. No caben defensas⁽³⁵⁾ en este delito.

Sección 6. Agresión a un menor de 13 con penetración

Se recogen los accesos carnales por vía vaginal o anal con una parte del cuerpo distinta del pene u otro objeto. Se excluye la vía bucal, que al igual que en la legislación española, solo constituye delito cuando ésta se penetra con un miembro viril. La penetración puede realizarse con partes del cuerpo (a excepción del pene) u otros objetos como botellas, vibradores o juguetes⁽³⁶⁾. La Ley exige que sea un acto de naturaleza sexual, tal como lo establece la sección 78⁽³⁷⁾.

(31) "El *actus reus* está integrado por una acción o conducta o por un cierto estado de cosas (*state of affairs*) [...] y por algunas otras circunstancias que aparecen como relevantes en las definiciones particulares de algunos delitos" en Bernal del Castillo, J., *La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*. (Op. Cit. Pág. 117).

(32) La *Crime and Disorder Act 1998* modificó la edad mínima de responsabilidad criminal, pasando de los 14 a los 10 años.

(33) S. 79.2 *Penetration is a continuing act from entry to withdrawal*.

(34) "La *mens rea* del delito se entiende en un sentido puramente psicológico, como el particular "state of mind" o "guilty mind", "actitud mental subjetiva referida a todo el *actus reus* o elemento externo propio de cada delito" en Bernal del Castillo, J., *La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*. (Op. Cit. Pág. 131).

(35) Las *defences* se configuran como elementos negativos del delito, en contraposición a los elementos positivos de *actus reus* y *mens rea*, y su concurrencia excluye la responsabilidad penal del acusado en el caso particular. Son así similares a las causas que eximen de la responsabilidad criminal que el Código penal español recoge en sus disposiciones generales.

(36) Stevenson, K. Davies, A. & Gunn, M. *Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003* (Op. Cit. Pág. 57).

(37) S. 78. la penetración, el tacto o cualquier otra actividad es sexual si una persona razonable consideraría que... a) Sean cuales fueren sus circunstancias o el propósito de cualquier persona en relación con ella, es por su naturaleza sexual, o b) Por su naturaleza puede ser sexual y por sus circunstancias o por el

Este tipo es, en esencia, el mismo que el recogido en el artículo anterior, pero permitiendo que el sujeto activo pueda ser también una mujer.

Es un delito doloso. Tanto la intención como la penetración son los elementos a probar.

Sección 7. Agresión sexual a un menor de 13 años

Uno de los problemas de la anterior regulación sobre los abusos deshonestos cometidos contra los niños era el requisito de que la prueba de éstos requería alguna forma de acto hostil hacia el niño. La aquiescencia de los niños pequeños cuando se les «invitaba» a participar en actos sexuales era utilizada por los acusados para evitar su responsabilidad penal y era aceptada por los tribunales a pesar de la clara intención del legislador de que los niños menores de 16 años no fueran considerados capaces de dar su consentimiento. La *SOA 2003* sustituye en este artículo el concepto de agresión indecente por el de agresión sexual, prohibiendo el contacto directo con las partes sexuales de un niño o con otras partes del cuerpo en las que se pueda demostrar que el propósito del perpetrador y/o las circunstancias de la agresión son sexuales.

El *actus reus* del delito es A intencionadamente toca a otra persona B, el tocamiento es de naturaleza sexual y B es menor de 13 años.

La Ley define lo que entiende por sexual y por tocamiento⁽³⁸⁾. No se requiere un contacto físico directo cuando el aspecto sexual es claro, incluyendo así un contacto con semen, orina y saliva⁽³⁹⁾. Cuando se tocan partes del cuerpo que no son de carácter sexual, el *actus reus* puede aún satisfacerse aplicando la prueba de la s.78 a las circunstancias en que tiene lugar⁽⁴⁰⁾.

Sección 8. Causar o inducir a un menor de 13 años a participar en un comportamiento sexual

propósito de cualquier persona en relación con ella (o ambos) es sexual. En el caso *R v Gascoyne* [1996] 2 Cr App R (S) 133 el acusado insertó su dedo en la vagina de una niña de 15 meses mientras le cambiaba el pañal. Aplicando la "prueba de persona razonable" (s. 78) sería imposible llegar a otra conclusión que la naturaleza de la penetración fuera sexual. El propósito y las circunstancias son irrelevantes. El acusado aprovechó una oportunidad de gratificación sexual que no podía ser considerada como una acción accidental en curso de una operación de cambio de pañal. Bajo esta norma, sería acusado del delito recogido en la sección 6. A la misma conclusión se llegaría en el caso *DPP v H* [1992] COD 266.

(38) S. 79(8) Tocar incluye tocar...a) con cualquier parte del cuerpo, b) con cualquier otra cosa, c) a través de cualquier cosa, y en particular incluye el tacto que equivale a la penetración.

(39) *AG's Reference* (134 of 2002) [2003] EWCA Crim 1211.

(40) En el caso *R v Sutton* [1977] Crim LR 569 en el que un entrenador deportivo, en el proceso de tomar una fotografía de equipo, tocó los brazos, piernas y torsos de un grupo de niños de 11 y 12 años para arreglar sus poses, estando ellos parcialmente desnudos y él completamente vestido, no se produjo ningún asalto indecente según la legislación vigente, ya que los niños habían "consentido". Aplicando el artículo 78, una persona razonable podría considerar que esas caricias son de carácter sexual teniendo en cuenta las circunstancias asociadas; que los muchachos no estaban completamente vestidos, que se tomaron fotos con el equipo completo y que el acusado actuó para su propio provecho al no tener la intención de distribuir la fotografía para la promoción del equipo.

Comete este delito quien intencionadamente causa o incita a un menor de 13 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual.

El tipo equipara penológicamente a los delitos de las secciones 5 y 6 aquellos supuestos en los que el objetivo es facilitar el acceso carnal con un menor de 13 de forma análoga a como está previsto en nuestro Código penal (acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal; o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las primeras vías), o hacer que el menor de 13 realice esta conducta sobre otra persona. En los demás supuestos, las penas son iguales a la del delito de agresión sexual sin penetración (s. 7).

En cuando a la conducta consistente en causar, se entiende que debe haber un vínculo causal directo entre las acciones u omisiones del autor y la consecuencia, que no se habría producido de no ser por su intervención o conducta⁽⁴¹⁾. Se incluyen, por tanto, el uso de amenazas, fuerza, intimidación, aplicación de presiones indebidas o uso de la autoridad⁽⁴²⁾.

La modalidad típica de incitar se pretendía colmar una laguna puesta de relieve en un caso de 2002, en el que un entrenador de 39 años había inducido a dos niñas de 12 a desvestirse, quitándose sus pantalones y ropa interior, diciéndoles que participaban en un concurso por un premio de 50 libras pero que tenían que demostrar que eran mayores de 15 años. Según él, quitándose la ropa lo probarían⁽⁴³⁾. Ningún tipo penal de la legislación vigente en aquel momento era aplicable, no pudiendo procederse penalmente contra el entrenador. IV.3.

B. Child sex offences

Los delitos recogidos en este título, en los artículos 9 a 15, sancionan los comportamientos sexuales con menores de 16 y, en general, sustituyen a los delitos de abuso sexual infantil con una niña menor de 16 años (artículo 6 de la *SOA* 1956) y de abusos deshonestos graves con un niño menor de 16 años (artículo 1 de la *Indecency with Children Act* 1960, enmendada por el artículo 39 de la *CJCSA*⁽⁴⁴⁾ 2000).

Hay un aparente solapamiento con los delitos de agresión sexual a un menor de 13 años (sección 7) y la inducción a un niño menor de 13 años a la participación en un comportamiento sexual (sección 8). Aquí debemos realizar dos matizaciones:

(41) Stevenson, K. Davies, A. & Gunn, M. *Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003* (Op. Cit. Pág. 60).

(42) Con esta redacción se pretende regular aquellos casos en los que el autor hace que un niño se desnude para su gratificación sexual o la de un tercero, casos que previamente no eran castigados como en *R v Pratt* [1984] Crim LR 41.

(43) Stevenson, K. Davies, A. & Gunn, M. *Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003* (Op. Cit. Pág. 60).

(44) *Criminal Justice and Court Service Act 2000*.

i) Estos delitos sexuales contra niños (excepto cuando se aplica el artículo 13) sólo pueden ser cometidos por una persona mayor de 18 años, mientras que en los delitos de los artículos 7 y 8 pueden ser cometidos por cualquier persona mayor de 10 años;

ii) Existe una posible defensa cuando el autor pueda demostrar que razonablemente creía que el niño era mayor de 16 años.

Los delitos del título *Child Sex Offences*, abren la puerta a la defensa basada en la creencia razonable del autor de que la víctima era mayor de 16 años, en los casos en que el menor tiene entre 13 y 15 años. Esto significa que si el acusado, prueba que tenía la genuina creencia de que el menor era mayor de 16, se niega el *mens rea*⁽⁴⁵⁾.

Sección 9. Actividad sexual con un menor de 16.

Los elementos sustantivos son prácticamente idénticos a los del delito de agresión sexual a un menor de 13 años de la sección 7. Este delito, que exige siempre que el sujeto activo tenga 18 años o más, comporta que éste toque intencionalmente a otra persona menor de 13 años o a una persona menor de 16 años cuando en este último caso no cree de forma razonable que la víctima sea mayor de esa edad.

El *mens rea* es el mismo para la s.7, debe probarse la intención de tocar. Sexual y tocar tienen el mismo significado.

Sección 10. Causar o incitar a un niño a participar en un comportamiento sexual

El artículo 10 amplía las disposiciones del artículo 9 para incluir a toda persona que intencionalmente cause o incite a otra persona (B) a participar en una actividad sexual, B sea menor de 16 años y A no crea razonablemente que B tenga más de 16, o que B sea menor de 13 años.

La actividad sexual tiene el mismo significado que en el artículo 9.

Sección 11. Realizar actos sexuales en presencia de un niño

Esta disposición tiene por objeto impedir que los niños vean y observen comportamientos sexuales inapropiados practicados por adultos o que involucren a otros niños dirigidos por adultos, que obtienen gratificación sexual de tales prácticas. Debe probarse la intención (*mens rea*), lo que implica que quienes participan en el acto sexual deben tener la intención deliberada de que el niño vea lo que están haciendo o, al menos, sospechar o creer que el niño puede observarlos desde otra habitación o lugar⁽⁴⁶⁾.

Sección 12. Hacer que un niño vea un acto sexual

Hay cierto solapamiento aquí con la s.11 pero la forma comisiva es el elemento diferencial, que requiere que el autor use la fuerza, las amenazas o la presión

(45) En *B v DPP* [2000] 2 WLR 452 la Cámara de los Lores impuso a la fiscalía la obligación de probar que el autor sabía que la víctima era menor de 14 años o no había considerado tal posibilidad, a pesar de que la sección correspondiente no lo exigía.

(46) *Ibid.* Pág. 67.

inapropiada para hacer que el menor observe una actividad sexual o una imagen. También que la actividad no involucre al autor, sino a una tercera persona.

Estas tres conductas son análogas a las recogidas en el art. 183 bis de nuestro Código penal, si bien descritas con mayor detalle y concreción.

Sección 13. Delitos sexuales contra menores cometidos por menores

Se establece aquí que los menores de 18 años pueden ser sujetos activos de las conductas descritas en las secciones 9 a 12.

Esta disposición recibió duras críticas desde distintos ámbitos⁽⁴⁷⁾. Tales que el Ministro del Interior, David Blunkett, se vio obligado a responder públicamente declarando que «no se perseguirán las relaciones sexuales entre menores de 16 años cuando éstas sean consentidas, pero el Derecho Penal debe regular la actividad sexual de los menores a fin de proteger a aquellos que son víctimas de abusos»⁽⁴⁸⁾. Estos son también los criterios de valoración que tienen que ponderar los Fiscales de la Corona⁽⁴⁹⁾.

Sección 14. Organizar o facilitar la comisión de un delito sexual sobre menores

Esta sección abarca las situaciones en que una persona intencionalmente organiza o facilita la comisión de cualquier delito previsto en los artículos 9 a 13.

Defensas: así como en los demás delitos del Título *Child Sex Offences* la redacción de los diferentes tipos penales posibilitaba la *defensa* del error sobre la edad del menor de 16, esta sección incorpora dos defensas exclusivas de este tipo: la ausencia de intencionalidad (*mens rea*), es decir, si un sujeto organiza o facilita la comisión por parte de otra persona de un delito, pero sin la intención de que se lleve a cabo o si actúa en aras de proteger al menor, supuestos que define la propia norma, y que

(47) Parte de la doctrina entiende que es innecesaria y que penaliza en exceso la actividad sexual entre adolescentes jóvenes. Autores como Tatchell afirmaban que el legislador mandaba un mensaje peligroso al establecer que ninguna persona menor a la edad de consentimiento es capaz de tomar su propia decisión acerca de cuándo quieren tener relaciones sexuales; TACHELL, P. "Why the Age of Sexual Consent in Britain Should Be Lowered to Fourteen", Legal Notes No, 2002, vol. 38, págs. 1-2.

En la Cámara de los Comunes se expresó la preocupación de que incluso los besos entre adolescentes pudieran llegar a ser criminalizados por esta vía. El Gobierno aseguró a la Cámara que nunca se habían iniciado ni se iniciarían tales procesos en el futuro. Hansard 15 de julio de 2003 vol. 409 en <https://hansard.parliament.uk/Commons/2003-07-15/debates/e870009b-03db-416f-b9b1-4a61e8672c7b/SexualOffencesBillLords?highlight=sexual#contribution-05fa0885-1a8c-46ec-b478-e07eba2d4858>. Última consulta el 26/05/2020.

El profesor John Spencer reconoce que no ha habido un enjuiciamiento opresivo de adolescentes, pero afirma que "prohibir franjas de comportamiento humano que son inocentes o inofensivas, y dejar que las autoridades decidan qué actos enjuiciar... es totalmente contrario al estado de derecho" en The Times, 7 de octubre de 2003.

(48) Hansard 19 de noviembre de 2002 vol. 394 <https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/2002/nov/19/sexual-offences-law-reform>. Última consulta el 08/04/2020.

(49) Rape and Sexual Offences - Chapter 2: Sexual Offences Act 2003 - Principal Offences, and Sexual Offences Act 1956 - Most commonly charged offences | The Crown Prosecution Service. Cps.gov.uk. Disponible en <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/rape-and-sexual-offences-chapter-2-sexual-offences-act-2003-principal-offences-and>. Última consulta el 09/04/2020.

hacen referencia a agentes de policía en operaciones encubierto, trabajadores sociales que suministran métodos anticonceptivos a fin de evitar el contagio de enfermedades venéreas o embarazos no deseados.

Sección 15. *Child grooming*

A la luz de los casos de Michael Wheeler y de Douglas Lindsell⁽⁵⁰⁾, el legislador británico introdujo este delito, castigando al que, habiendo contactado con un menor de 16 años en más de una ocasión, ulteriormente se encuentra o intenta encontrarse con él en cualquier parte del mundo con el propósito de cometer un delito sexual. Asimismo, se castiga cuando es el menor el que se desplaza para mantener encontrarse con el autor.

Admite la doctrina que es un *preventative offence* (delito preventivo), por lo que no tiene que darse el ulterior delito, pero sí los actos materiales encaminados a propiciar el encuentro, la intención y el carácter sexual, explícito o implícito, de las comunicaciones.

Es interesante señalar que el texto legal no alude a que el método a través del cual se establece la comunicación sea tecnológico, a pesar de que los casos antes mencionados que motivaron la regulación se habían cometido por estas vías.

Sección 15A. Comunicación sexual con un menor

A través de la *Crime Act 2015*, se enmendó la *SOA 2003* añadiendo un nuevo subtipo en la sección 15, por el cual se castiga a aquel que establece una comunicación de contenido sexual con el menor, sin especificarse que sea por medios tecnológicos.

Finalmente, bajo la denominación *Abuse of Position of Trust y Familial Sex Offences*, la ley regula como delitos especiales impropios algunos de los delitos sexuales antes estudiados, cometidos sobre menores por parte de personas que tengan respecto a ellos, lazos de parentesco u ostenten funciones de guarda o protección.

V. REPERCUSIONES DEL «BREXIT»

El 24 de enero de 2020 la Unión Europea y el Reino Unido firmaron el acuerdo de salida de este país de la Unión (*Brexit*), por lo que, en 2021, el derecho de la UE dejará de ser aplicado en Reino Unido y territorios de ultramar. El art. 2 del Acuerdo indica lo que debe entenderse por derecho de la UE a esos efectos. A la vista de esta definición, la salida de Reino Unido de la UE no afecta al marco de los convenios y convenciones reseñados ni de las disposiciones traspuestas de la Directiva 93/2011.

(50) Wheeler admitió haber tenido relaciones sexuales con dos menores a las que había conocido a través de chats online. Había mentido sobre su edad (tenía 34 o 35 años) y esperado deliberadamente hasta que tuvieran 13 años para evitar una sentencia más alta (máxima de cadena perpetua) que podría imponerse si se le declaraba culpable de USI (*unlawful sexual intercourse*) con una chica menor de 13 años.

Lindsell, de 64 años, usando una fotografía de su hijo, contactaba a través de chats online, con menores en repetidas ocasiones para tratar de concertar encuentros sexuales.

Distinto es el ámbito de la cooperación judicial. La UE se ha dotado de un conjunto de instrumentos de reconocimiento mutuo, que han permitido diseñar un sistema muy ágil de cooperación judicial directa basado en el principio de confianza mutua entre autoridades judiciales. Estos instrumentos dejarán de ser aplicados, por lo que la cooperación judicial entre España y el Reino Unido se regirá por los Convenios internacionales adoptados en el marco del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas⁽⁵¹⁾.

VI. CONCLUSIONES

La lucha contra los abusos y explotación sexual de los menores es un compromiso asumido por la comunidad internacional, plasmado en numerosos textos normativos con reflejo en las legislaciones nacionales. Una de las herramientas esenciales para la lucha contra ese fenómeno la representa el ámbito de la justicia criminal, tanto a través de la punición de las conductas delictivas con las que se pretende la persecución criminal de los responsables, como mediante el establecimiento de instrumentos de asistencia y cooperación mutua entre los estados.

Puesto que el proceso de salida del Reino Unido de la Unión Europea hará inaplicables, por el momento, los mecanismos de cooperación comunitarios, cobra entonces especial importancia la perspectiva penal sustantiva; se trata en suma de comprobar si nuestras respectivas legislaciones penales se aproximan y convergen. En este sentido, en este trabajo hemos estudiado la forma en que las legislaciones española e inglesa y galesa abordan la regulación de los delitos contra la libertad/indemnidad sexual de los menores de dieciséis años, edad que ambas, con ciertos matices, fijan como edad que marca la capacidad de autodeterminación sexual de los menores.

Lo primero que llama la atención es la diferente técnica legislativa con la que se aborda la regulación de esta materia, explicable por las particularidades de los sistemas continental y de *common law* que imperan en cada uno de los dos países. Posiblemente sea el peso que tradicionalmente ha tenido en el derecho inglés el precedente judicial como fuente de derecho, lo que explique que la legislación sea casuística. Como hemos visto, el legislador aborda la regulación de las conductas que pretende incriminar mediante una gran variedad de supuestos concretos y particulares, en lugar de utilizar formulas descriptivas más genéricas. Con ello la regulación se presenta farragosa, en ocasiones aparentemente reiterativa y, consecuentemente, difícil de sistematizar.

Son destacables así mismo aquellas diferencias que obedecen a las distintas categorías y principios de una y otra legislación, como en su momento señalamos.

(51) Así se hace constar en información publicada en la web oficial del Ministerio de Justicia de España <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/area-internacional/medidas-para-brexite>, consultada el 18/05/2020.

Ejemplo de ello es la forma en que se aborda el tratamiento del error de tipo referido a la edad del sujeto pasivo. Como hemos visto, en la *SOA 2003* se articula a través de las denominadas *defences*, configuradas como elementos negativos excluyentes de la responsabilidad criminal que se incorporan a las singulares figuras delictivas. Por el contrario, en nuestro Código penal el error se regula dentro de las disposiciones generales, distinguiendo entre error sobre un hecho constitutivo de la infracción o sobre su ilicitud (de tipo y prohibición, respectivamente) y en ambos casos sobre su vencibilidad o invencibilidad. La ley inglesa habla de creencia razonable, expresión que consideramos análoga a aquella.

Ahora bien, desde el punto de la tutela que ofrecen ambos ordenamientos, encontramos que es similar en cuanto al nivel y alcance de la protección que brindan a los menores de 16 años pues, aunque con diferente técnica legislativa, ambas legislaciones incriminan similar tipo de conductas.

Ciertamente hay algunas diferencias, a nuestro juicio poco significativas, como sucede por ejemplo en que en la legislación inglesa establece mediante tipos específicos un nivel reforzado de protección para los menores de 13 años. En cambio, en nuestro Código penal solo se contempla la situación de indefensión total que pudiera derivarse de la corta edad (menos de cuatro años), o el escaso desarrollo físico o intelectual del menor, como circunstancias que conllevan una agravación penológica en las figuras de abusos y agresiones sexuales.

Por otra parte, en la comentada ley inglesa hay previsiones específicas que toman en consideración los supuestos en que el autor sea también menor edad. Cabe recordar en este sentido que en el derecho inglés el límite de la responsabilidad penal se establece en los diez años. En nuestro caso, son los catorce y, en cualquiera caso, la responsabilidad se depura con arreglo a distinto fundamento que respecto a los adultos.

Otro elemento diferencial destacable radica en la penalidad, más severa en la ley inglesa pues puede alcanzar en algunos casos la prisión a perpetuidad.

En suma, al margen de las singularidades propias de cada sistema jurídico, consideramos que el marco punitivo sustantivo de las legislaciones española e inglesa y galesa, presentan importantes elementos de convergencia al contar con similares pautas valorativas en la definición de lo punible, lo que sin duda facilitará la persecución de estos delitos evitando posibles lagunas o ámbitos de impunidad.

**EL ARTÍCULO 155 CE Y EL ESTADO
AUTONÓMICO EN ESPAÑA**

**ARTICLE 155 OF THE SPANISH CONSTITUTION
AND THE AUTONOMIC STATE IN SPAIN**

ALEJANDRA DÍAZ ROCHA
Alumna del Grado en Derecho de la Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - 1. **Delimitación del objeto, del método y de las fuentes del trabajo**
- II. EL SUPUESTO DE HECHO DEL ART. 155 CE
 - 1. **El incumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales y el atentado grave contra el interés general de España**
 - 2. **El grave atentado contra el interés general de España como único supuesto del art. 155 CE**
- III. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ART. 155 CE
 - 1. **Las medidas necesarias**
 - 2. **Los problemas interpretativos de las medidas necesarias**
 - 3. **¿Coerción o sustitución?**
- IV. LOS LÍMITES A LA APLICACIÓN DEL ART. 155 CE
 - 1. **Límites procedimentales a la actuación del Gobierno y del Senado**
 - 2. **Límites materiales al art. 155 CE**
- V. BIBLIOGRAFÍA

Resumen: Estudio de la naturaleza y límites del artículo 155 en el contexto del estado autonómico, y de la nueva línea doctrinal a partir de las SSTs 89 y 90/2019 a partir de la aplicación del artículo 155 en base a la declaración unilateral de independencia y los acontecimientos posteriores.

Abstract: Study of the nature and limits of article 155 in the context of the autonomous state, and of the new doctrinal line starting from SSTs 89 and 90/2019 from the application of article 155 based on the unilateral declaration of independence and the subsequent events.

Palabras clave: Artículo 155, estado autonómico, límites en la aplicación, supuesto de hecho, consecuencias jurídicas.

Keywords: Article 155, autonomic government, limits on application, factual assumption, legal consequences.

I. INTRODUCCIÓN

1. Delimitación del objeto, del método y de las fuentes del trabajo

En orden a delimitar el objeto del presente trabajo, este estudio del art. 155 CE toma como inicio una perspectiva constitucional interna, ya que, muchas de las monografías y artículos doctrinales consultados para elaborarlo, se han apoyado principalmente en la metodología del derecho comparado para estudiar el art. 155 CE, inspirado sin duda, por el hecho de que nuestros «padres fundadores» se inspiraron para la redacción del art. 155 CE en lo previsto en el art. 37 de la Constitución alemana, en el que se prevé un instituto muy similar.

Si bien la mayoría de la doctrina española ha aceptado los planteamientos de la doctrina alemana, algunos autores han criticado que la interpretación del art. 155 CE se base únicamente en el derecho comparado, acentuando la necesidad de proceder a su estudio a partiendo de las características de nuestro Estado autonómico, muy diferente a la del Estado federal alemán⁽¹⁾. Esta posición, en parte, es la que se refleja en este trabajo.

Además de las diferencias relativas a los modelos de Estado descentralizado español y alemán, los autores que han criticado que las conclusiones de la doctrina alemana puedan importarse automáticamente para la interpretación del art. 155 CE, toman como punto de partida que los supuestos de hecho del art. 37 de la Constitución alemana y el del art. 155 CE son distintos. Por ello estos artículos no podrían interpretarse en los mismos términos. Dadas las dudas que plantea el recurso al derecho comparado, este trabajo se ha basado en las monografías, artículos y sentencias del TC que han intentado interpretar el art. 155 CE desde las propias disposiciones de la CE, a fin de construir una interpretación sistemática del art. 155 CE, desde la realidad autonómica española.

En cuanto a las fuentes consultadas, en primer lugar, las fuentes bibliográficas en orden a analizar cuáles han sido las principales conclusiones a las que ha llegado la doctrina. En segundo lugar, las fuentes jurisprudenciales al objeto de analizar cómo el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha ido contribuyendo desde su constitución en 1981 a la interpretación del art. 155 CE, haciendo particular hincapié, en las recientes sentencias SSTC 89/2019 y 90/2019, en las que el TC entró, por primera vez, en el fondo de la cuestión, analizando la constitucionalidad de la aplicación del art. 155 CE contra la Comunidad Autónoma de Cataluña en 2017. No

(1) Álvarez Leonardo, "La coerción estatal del art. 155 en la estructura del estado autonómico". *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, págs. 281-282.

obstante, la interpretación del art. 155 CE que se defiende en este trabajo, es más compatible con la jurisprudencia anterior del TC, en la que, sin entrar en el fondo sobre la naturaleza jurídica de aquella disposición, había ofrecido, obiter dicta, algunas pinceladas al respecto. Las SSTC 89/2019 y 90/2019 han venido a desdecir su doctrina jurisprudencial anterior en importantes aspectos, algo que estimo en cierta medida criticable.

Debido a la metodología empleada, las conclusiones se insertan al final de cada epígrafe.

II. EL SUPUESTO DE HECHO DEL ART. 155 CE

1. El incumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales y el atentado grave contra el interés general de España

El presupuesto que autoriza al Estado a aplicar el art. 155 CE contra la o las Comunidades Autónomas está definido por dos cláusulas. La primera de ellas es la siguiente: «... si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le imponga...» Y la segunda; «... o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España...». La doctrina, desde los primeros estudios publicados desde la entrada en vigor de nuestra CE, se planteó si el art. 155 CE reconocía dos supuestos distintos, o era, en realidad, uno solo.

Han sido muy pocos los autores que reconocieron que el art. 155 CE existía un solo supuesto de hecho. Xabier Ballart Fernández⁽²⁾, ha entendido que la conjunción «o» hay que entenderlo en el sentido de «o sea». Por tanto, el incumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales al que alude el art. 155 CE sería un atentado grave contra el interés general de España. Sin embargo, la mayoría de la doctrina se ha decantado por afirmar que dentro del art. 155 CE resulta posible encontrar dos supuestos de hecho distintos, diferenciándolo del art. 37 de la Ley Fundamental de Bonn, en la que solo se regula un único supuesto: «Si un Land no cumpliere los deberes federales que la Ley Fundamental u otra ley federal el impongan».

Es aquí donde se halla una diferencia fundamental ente el poder de coerción que aparece en la CE y el que se dispone en la Constitución Alemana, haciendo que el recurso al derecho comparado para interpretar nuestro art. 155 CE no sea viable. En lo que se refiere al supuesto de hecho relativo al incumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales por parte de una Comunidad Autónoma, en la doctrina, a la hora de definir su contenido se han defendido, sobre todo, dos tesis.

La primera de ellas, la más restrictiva, ha entendido que las obligaciones constitucionales y legales se refiere a las disposiciones que sirven para delimitar

(2) Ballart Hernández, Xavier. *Coerció estatal i autonomies. L'article 155 de la Constitució de 1978*. Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1987, pág. 137.

las competencias entre el Estado y las CCAA, es decir, las deducidas a partir de los arts. 148 y 149 CE y de las leyes a las que se refieren los arts. 150,1, 2 y 3⁽³⁾. Estas disposiciones son las que principalmente se encargan de distribuir las competencias entre el Estado y la Comunidades Autónomas. Habría que entender así, que el supuesto de hecho relativo al incumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales alude a la Constitución y a lo que se denomina el bloque de la constitucionalidad.

De otro lado, otros autores defendiendo una interpretación más extensiva entienden que, entre las obligaciones constitucionales y legales, entrarían todas las normas con rango de ley además de las normas anteriormente referidas, se comprenderían el resto de las leyes estatales, e incluso, de las CCAA. Así como también las obligaciones derivadas de los tratados internacionales y del derecho de la Unión Europea⁽⁴⁾. Asimismo, otra parte de la doctrina afirma que podrían ser fuente de las obligaciones las leyes en sentido material, lo que incluiría normas de rango formalmente reglamentario⁽⁵⁾.

En lo que han encontrado un punto de acuerdo ambas posturas, es en entender que el incumplimiento ha de ser efectivo, no siendo suficiente con la mera posibilidad, pudiendo ser este doloso o culposo y que ha de proceder de los órganos superiores de las CCAA: los parlamentos y los gobiernos autonómicos⁽⁶⁾, afirmado las mismas consecuencias que ha arrojado la alemana para la interpretación del art 37 de la Constitución Alemana⁽⁷⁾.

En cuanto al segundo de los supuestos de hecho previstos en el art. 155 CE, este se refiere a que una Comunidad Autónoma *actuar de forma que atente gravemente contra el interés general de España*. La doctrina ha afirmado que, por oposición al supuesto anterior, se da «...cuando el incumplimiento se dirija frontalmente a la ruptura del marco constitucional den la distribución territorial del poder político...»⁽⁸⁾. Es decir, que este sería un supuesto de incumplimiento especialmente cualificado de las normas de la CE y de las leyes que reparten las competencias entre el Estado y las CCAA. Esta posibilidad de distinguir dos supuestos de hecho en el art. 155 CE, ha sido asumida en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de octubre de 2017, así como en la STC 89/2019.

(3) Ballart Hernández, Xavier. *Coerció estatal i autonomies. L'article 155 de la Constitució de 1978*. Op. cit. pág. 126 y 127.

(4) Vírjala Foruria, Eduardo "La coerción estatal del artículo 155 de la Constitución". *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005, pág. 85.

(5) García Torres, Jesús. "El artículo 155 de la Constitución Española y el principio constitucional de autonomía". AAVV. *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*. Volumen II. Instituto de Estudios Fiscales (edit.). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. 1984, págs. 1256 y 1257.

(6) Albertí Rovira, Enoch "La ejecución estatal forzosa". Op. cit. págs. 473 y ss.

(7) Álvarez Álvarez Leonardo "La coerción federal en la Ley Fundamental. La recepción de una categoría clásica del sistema descentralizado alemán". *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 2019, pág. 308.

(8) Vírjala Foruria, Eduardo "La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución". Op. cit. pág. 91.

Diferentes autores⁽⁹⁾ han afirmado que en el Estado autonómico solo es posible reconocer dos miembros: el Estado y las Comunidades Autónomas y esta interpretación del art 155 CE puede llevarse a cabo, sin dificultad, partiendo de esa dualidad de miembros. Además, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha rechazado que, en el Estado federal al que podría asemejarse nuestro Estado de las Autonomías reconocido en el art.2 CE, pueda haber tres miembros, si no dos⁽¹⁰⁾.

La mayoría de los autores que defienden la existencia de un doble supuesto de hecho reconocen que el art 155 CE es un mecanismo extraordinario, lo que ha sido recogido por la jurisprudencia del TC⁽¹¹⁾. Por todo esto, en lo referido a la infracción de las obligaciones constitucionales y legales han afirmado que no es suficiente un incumplimiento cualquiera, sino que, dado su carácter extraordinario, por ello han concluido que la infracción ha de ser de una entidad particularmente grave⁽¹²⁾.

En este punto es necesario formular una serie de preguntas; si el incumplimiento de las obligaciones previstas en la CE y en las leyes ha de ser grave:

- ¿Ello no supondría un atentado *grave* contra el interés general de España?
- ¿No acabarían fusionándose los dos supuestos de hecho?
- ¿No estaríamos hablando, en realidad, de que en el art 155 CE hay un solo supuesto de hecho y no dos?

Todo ello se reconoce, en el fondo, en el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de octubre de 2017, que decidió activar el procedimiento del art 155 CE contra Cataluña. Si se admitiera que el art 155 CE es un mecanismo ordinario, como han expuesto algunos autores⁽¹³⁾ sería más fácil admitir una duplicidad de supuesto de hecho en el art. 155 CE. Pero si entendemos que es un mecanismo extraordinario el primero de los supuestos de hecho caería dentro del segundo. Por todo esto, lo

(9) Entre otros:

Lafuente Balle, José María "El art. 155 de la Constitución Española: examen doctrinal y comparado". *Revista de Derecho Político*, núm. 102, 2018, pág. 106.

García Roca, Javier "'El tempo moderato' de la intervención coercitiva del Estado (artículo 155 CE) en Cataluña: un comentario a las SSTC 89 y 90/2019, en particular, proporcionalidad y test de necesidad o razonabilidad de las medidas". *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019, págs. 188 y ss.

Urías Martínez, Joaquín (2019). "El artículo 155 CE. Alcance y límites de una excepción constitucional". *Revista Catalana de Dret Públic*, número extraordinario 2, 2019, pág. 109.

(10) Álvarez Álvarez Leonardo "La coerción federal en la Ley Fundamental. La recepción de una categoría clásica del sistema descentralizado alemán". Op. cit. pág. 292 y 310.

(11) SSTC 6/1982, FJ. 6.º, así como en la SSTC 89/2019, FJ. 4.º.

(12) Entre otros:

Vírgala Foruria, Eduardo. "La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución" Op. cit. pág.88.

(13) García De Enterría Eduardo "La ejecución autonómica de la legislación del Estado". *Cívitas*, Madrid, 1983, pág. 171.

Albertí Rovira, Enoch "La ejecución estatal forzosa". En E. Aja, J. Tornos, T. Font, J.M. Perulles, E. Albertí (Coords.). *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*. Madrid, Tecnos, 1985, pág. 472.

más coherente sería defender que en el art 155 CE solo cabe reconocerse un único supuesto de hecho: el atentado grave contra el interés general de España.

2. El grave atentado contra el interés general de España como único supuesto del art. 155 CE

Como se ha visto, los autores españoles que han entendido la existencia de dos supuestos de hecho en el art. 155 CE entendieron que esta disposición se alejaba de los dispuesto del poder de coerción reconocido en el art. 37 de la Constitución alemana, en el que se recogía un único supuesto de hecho.

Asimismo, el supuesto de hecho que autoriza la aplicación del poder de coerción en ambos ordenamientos jurídicos se diferencia de manera muy notable. En el ordenamiento jurídico alemán, para poder aplicar el poder de coerción, basta una simple infracción de los deberes reconocidos en la Ley Fundamental y en otras leyes federales por parte de los Estados federados. Para el caso del art. 155 CE el poder de coerción, solo puede ejercerse contra las CCAA en el caso de que se produzca un ataque contra la propia existencia del Estado autonómico y de la Constitución. Esto es lo que se expresa en el art. 155 con la cláusula que se refiere al «...grave atentado contra el interés general de España...»

Esto es lo que sucedió en el caso del proceso secesionista catalán, a raíz de este, el TC enjuició en su STC 259/2015, la Resolución del Parlamento de Cataluña⁽¹⁴⁾, y posteriormente en la STC 89/2019, analizó el alcance del grave atentado contra el interés general de España⁽¹⁵⁾.

De las resoluciones expuestas, y siguiendo la línea que traza el TC, cabe deducir que para aplicar el art. 155 CE no basta una infracción simple por parte de las CCAA de las normas de la Constitución y de la ley que definen cuáles son sus competencias. Existe un requisito más; que ese comportamiento ponga en riesgo el funcionamiento mismo del orden constitucional. Y no es eso lo que lo que se protege en el art. 37 de la Constitución alemana. Sin embargo, si en el art. 155 CE se reconoce un único supuesto de hecho y no dos: el atentado contra el interés general de España es necesario preguntarse por qué el art. 155 CE ha querido aludir también a la infracción de las obligaciones legales por parte de las CCAA.

A la vista de todo lo anterior, la alusión al incumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales en el art. 155 CE puede tener una doble lectura. En primer lugar, condicionar la manera en la que debe de entenderse atacado el interés general de España, es decir, el atentado contra el orden constitucional y, en segundo lugar, fijar una condición necesaria vinculada con el principio de Estado de derecho para poder aplicar el poder de coerción frente a las CCAA.

(14) STC 259/2015 FJ 6.º.

(15) STC 89/2019 FJ 4.º b.

En lo que se refiere a la primera de dichas cuestiones, el art. 155 CE no ha querido autorizar, sin más, al Gobierno para que determine qué conductas de las CCAA ponen el peligro la estabilidad del orden constitucional, si no que exige que el atentado contra el interés general de España deba tener su punto de partida en una infracción de las obligaciones impuestas a las CCAA por la Constitución y por las leyes que se encargan de definir cuáles son sus competencias. Que se origine en una previa infracción competencial. Esta interpretación es la que ha mantenido el TC en las Sentencias previas a las STC 89/2019 y 90/2019, así como en la anterior STC 31/2015 en la que el TC afirmó que el problema secesionista catalán tenía su punto de partida en una infracción de las competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña, algo que, exige la aplicación del art. 155⁽¹⁶⁾.

No fue si no, la persistencia de Cataluña en esta infracción competencial la que hizo que, al final, acabase poniéndose en peligro la estabilidad del orden constitucional en su conjunto. Eso es lo que apreció en TC en una sentencia antes citada, la STC 259/2015, en la que afirmó que la reiteración de Cataluña se convertía en un expreso rechazo a la fuerza de obligar de la Constitución misma, lo que, significaría un atentado contra el interés general de España. Sin embargo, el TC en sus SSTC 89/2019 y 90/2019, trata la infracción de la Constitución y de otras leyes y el grave atentado contra el interés general de España del art. 155 CE como dos supuestos de hecho distintos. Creo que esta interpretación del TC no es del todo acertada.

El sentido de la alusión a la cláusula relativa a la infracción de las obligaciones constitucionales y legales en el art. 155 CE es doble. En primer lugar, fija una condición para poder constatar el atentado contra el orden constitucional, en segundo lugar, establece otra condición para poder aplicar el art. 155 CE: que haya primero una sentencia del TC que acredite una infracción competencial por parte de una Comunidad Autónoma. ¿Por qué ello debe de entenderse así? Para poder llegar a la conclusión de que una Comunidad atenta contra el orden constitucional, es decir, que perpetra un atentado grave contra el interés general de España, es necesario que se produzca una previa infracción competencial. Pues bien, si ello es así, esta constatación es una tarea propia del TC. Esto lo reconoce el art. 161, 1 c) CE⁽¹⁷⁾.

Por ello, lo que viene a exigir el art. 155 CE es que antes de que el Gobierno decida su aplicación, debe de haber, al menos alguna sentencia del TC que acredite una vulneración competencial. Eso es lo que sucedió con la aplicación práctica del art. 155 CE contra Cataluña. Antes de la aprobación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de octubre de 2017, que decidió la aplicación del poder de coerción frente a Cataluña, distintas sentencias del TC habían constatado de manera reiterada

(16) STC 31/2015 FJ 6.º.

(17) Artículo 161.

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.

su violación del marco competencial: las SSTC 31/2015, 259/2015, 51/2017, 52/2017, 90/2017 y 114/2017. Esta interpretación, que condiciona la aplicación del art. 155 CE a la previa existencia de, al menos, una sentencia del TC había sido defendida por la doctrina⁽¹⁸⁾.

No obstante, el TC ha desechado esta interpretación finalmente en las SSTC 89/2019 y 90/2019. De acuerdo con su doctrina, el art. 155 CE es un mecanismo alternativo a los mecanismos de control previstos en el art. 153 CE frente a las CCAA, pudiendo el Gobierno decidir si acudir a los mecanismos de control del art. 153 CE o aplicar el art. 155 CE. También esta posición del TC había encontrado eco en diferentes autores⁽¹⁹⁾. El TC se ha decantado aquí por importar las tesis del derecho comparado. El Tribunal Constitucional Federal alemán había mantenido ya esta relación entre el poder de coerción del art. 37 de la Constitución alemana y la labor del Tribunal Constitucional en dos tempranas sentencias, una de 1953 y otra de 1958⁽²⁰⁾.

La tesis expuesta, del necesario pronunciamiento previo del TC acreditando una infracción competencial, para la aplicación del art 155 CE, choca con los planteamientos doctrinales que en el año 2016 entendieron que el desarrollo legislativo del art 155 CE se veía en los mecanismos de ejecución de las resoluciones contenidos en el art. 92.4 c) de la LOTC⁽²¹⁾.

III. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ART. 155 CE

1. Las medidas necesarias

El art. 155, una vez constatado el supuesto de hecho, supone, según su tenor literal, que se autoriza al Gobierno a «... adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.» Esta definición, bastante abstracta y genérica, de las consecuencias jurídicas del art. 155 CE, hace que sea una ardua tarea definir qué es lo que se entiende por medidas necesarias.

(18) Virgala Foruria, Eduardo. "La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución". Op. cit., pág. 81-88.

(19) Albertí Rovira Enoch. "La ejecución estatal forzosa". Op. cit. pág. 472.

Calafell Ferra, Vicente Juan. "La compulsión o coerción estatal (estudio del artículo 155 de la constitución española)". *Revista de Derecho Político*, núm. 48-49. 2000, pág. 111.

(20) Álvarez Álvarez Leonardo. "La coerción federal en la Ley Fundamental. La recepción de una categoría clásica del sistema descentralizado alemán". Op. cit, pág. 298.

(21) González Hernández Esther. "El artículo 155 CE y la LO 15/2015, de 17 de octubre de reforma de la LOTC: ¿ineludible reciprocidad o círculo perverso?". Op. cit, pág. 541.

Ridao Martín Joan. "Las nuevas facultades ejecutivas del Tribunal Constitucional como sustitutivo funcional de los mecanismos de coerción estatal del artículo 155 de la Constitución.". Op. Cit, pág. 174.

Al estudiar las consecuencias jurídicas de la aplicación, se han importado, las conclusiones a las que han llegado los estudios de la doctrina alemana al analizar el poder de coerción que se ha reconocido en el art. 37 de la Constitución de Alemania. También es cierto que este se redacta de una manera prácticamente idéntica a nuestro art. 155 CE: «...el Gobierno Federal, con la aprobación del Bundesrat, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar al Land al cumplimiento de dichos deberes por vía coactiva federal...».

La doctrina española se ha decantado por admitir que entre las medidas necesarias del art. 155 CE entrarían 5 clases de mecanismos⁽²²⁾:

1. El dictado de instrucciones a las autoridades autonómicas.
2. La privación de efectos jurídicos y de ejecutividad a los actos de los órganos de la Administración autonómica desautorizados.
3. La restauración de efectos inaplicados por la inactividad autonómica.
4. Suspensión de cesiones y transferencias tributarias y financieras.
5. La sustitución o la subrogación de los órganos superiores de la Administración autonómica por otros de la Administración central.

En lo que se refiere a las medidas aplicables, el mayor desacuerdo doctrinal se ha manifestado tradicionalmente en si la aplicación del art. 155 CE puede autorizar al Estado a cesar y disolver órganos autonómicos.

Entre las posiciones doctrinales seguidas mayoritariamente en España se había descartado, que al amparo de las medidas a las que se refiere el art. 155 CE se pudiera cesar y disolver los órganos autonómicos. En primer lugar, dado que, si la finalidad del art. 155 CE era proteger el Estado autonómico reconocido en el art. 2 CE, la disolución de los órganos autonómicos implicaría menoscabar uno de los contenidos esenciales del mismo: la supresión de las facultades de autogobierno. En segundo lugar, y según lo dispuesto en el propio art. 155 CE, en el que se afirma que se podrán adoptar las medidas necesarias para forzar a una Comunidad Autónoma al cumplimiento de las obligaciones infringidas o a la protección del interés general de España, el cumplimiento debe tener que realizarse por la Comunidad Autónoma, por lo que tanto ésta como sus órganos de autogobierno han de existir para poder cumplir.

Pese a los argumentos empleados por la doctrina, con objeto de negar la posibilidad de cese y disolución de las Comunidades Autónomas, la práctica y la jurisprudencia del TC han desechado esta tesis. En primer lugar, el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de octubre, que decidió la procedencia de aplicar el art. 155 CE y el Acuerdo del Senado de 27 de octubre de 2017 decidieron el cese del gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña y la disolución del Parlamento, con la consiguiente convocatoria de elecciones. Y lo que todavía parece más importante, el

(22) Lafuente Balle José María "El art. 155 de la Constitución española: examen doctrinal y comparado". Op. cit, págs. 110-111.

TC, como supremo intérprete de la Constitución Española, en las SSTC 89/2019 y 90/2019 acabaría avalando también el cese y la disolución de los órganos autonómicos.

2. Los problemas interpretativos de las medidas necesarias

De las 5 grandes medidas a las que se ha referido la doctrina solo 2 deberían entrar dentro de las contempladas en el art. 155 CE, en orden a atribuir un sentido autónomo al art. 155 CE en el contexto de nuestro Estado autonómico.

Los autores han entendido que entraría dentro de las medidas necesarias a las que se refiere el art. 155 CE, «...*la privación de efectos jurídicos y de ejecutividad a los actos de los órganos de la Administración autonómica desautorizados...*», que aparece aludido en el punto 2. Pues bien, la labor consistente en privar de efectos jurídicos a los actos de la administración autonómica es una tarea que nuestro Estado autonómico atribuye al TC. Así parece dejarlo claro el art. 161 CE, en el que se describen las funciones del supremo intérprete de la Constitución Española de 1978. Es por ello que, no debería entrar dentro de las medidas necesarias del art. 155 CE.

Si lo que se pretende es la expulsión de normas del ordenamiento jurídico, esta tarea debería llevarse a cabo por órganos independientes e imparciales. Dada la carga política de los órganos a los que el art. 155 CE se refiere, el Gobierno y el Senado, estas características, no son algo que sea propio de ninguno de ellos. Debido a esto, la conclusión que se extrae es que privar de efectos jurídicos en aplicación del art. 155 CE a los actos autonómicos vulnera el principio de división de poderes, como una exigencia consustancial del Estado de derecho reconocido en el art. 1.1 CE.

En segundo lugar, alguna de las medidas necesarias que la doctrina ha entendido comprendidas en el art. 155 CE no comparten el sentido de esta disposición en la CE. Por un lado, se ha admitido que en aquellas entraría: *el dictado de instrucciones a las autoridades autonómicas* (punto 1). Creo que esto confunde las medidas necesarias del poder de coerción con otras, de carácter instrumental, destinadas a garantizar su cumplimiento. El art. 155.2 CE avala esta impresión, ya que en ella se establece que:» ... *Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas...*» Aunque ha habido una parte de la doctrina que ha identificado las medidas necesarias del art. 155,1 CE con las instrucciones del art. 155,2 CE, del articulado constitucional parece quedar claro que éstas son solo el medio a emplear para garantizar el cumplimiento de las medidas necesarias del art. 155 CE. Las SSTC 89/2019 y 90/2019 han avalado esta interpretación, por todo esto, el *dictado de instrucciones a las autoridades autonómicas* no pueden ser entendidas como mecanismos de coerción, como medidas necesarias a los efectos del art. 155.1 CE.

Las medidas de carácter financiero que la doctrina ha incluido tradicionalmente en el art. 155 CE no parecen ser compatibles con su finalidad, ni tendrían cabida, de igual manera, *la suspensión de cesiones y transferencias tributarias y financieras*, del punto 3.

En este sentido la ley, se encarga de dejar claro que las denominadas medidas de presión financiera deben de excluirse del poder de coerción del art. 155 CE. La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera dedica su art. 25 a regular lo que se denominan medidas coercitivas. En ella se afirma que: «...*En caso de falta de presentación, de falta de aprobación o de incumplimiento del plan económico-financiero o del plan de reequilibrio...podrá acordar que el depósito se convertirá en multa coercitiva*». Por oposición al art. 25, el art. 26 regula las medidas de cumplimiento *forzoso*, empleando para ello la misma expresión que utiliza el art. 155 CE para describir su finalidad.

En efecto, cabe recordar que el art. 155 CE dispone que la finalidad de las medidas necesarias *es obligar a aquélla* (la Comunidad Autónoma) *al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general*. Precisamente esta relación entre el art. 26 de la Ley Orgánica 2/2012 y el art. 155 CE parece quedar demostrado cuando aquél hace referencia a que, si hubiesen sido inefectivas las medidas coercitivas previstas en el art. 25, se prevé que pueda obligarse a la constitución de un depósito, o las medidas que un grupo de expertos sugieran. Y si aun así no se atendiera el requerimiento, previa autorización del Senado, el gobierno podrá dictar las medidas necesarias para obligar al cumplimiento por parte de la CCAA, incluyendo el dictado de instrucciones necesarias.

A lo que conduce todo esto es que solo las medidas de cumplimiento forzoso del art. 26, que se identifican con una sustitución de los comportamientos de las Comunidades Autónomas, entran dentro de las medidas necesarias del art. 155 CE, por lo que las medidas de presión financiera no deberían de quedar incluidas en el art. 155 CE. La ley lo avala. En definitiva, ni las medidas de presión financiera, ni tampoco la privación de efectos a los actos de una Comunidad Autónoma, en tanto es una tarea propia del TC, deberían de quedar encuadradas dentro de las medidas necesarias a las que se refiere el art. 155 CE.

3. ¿Coerción o sustitución?

Al amparo de la Ley Orgánica 2/2012, las medidas de coerción no quedan amparadas en el art. 155 CE. Es posible que porque las medidas coercitivas sean ya una competencia ordinaria del Estado frente a las Comunidades Autónomas, como se plasma a través de múltiples disposiciones previstas en el Código Penal que sancionan conductas procedentes de todos los poderes públicos (también, por ende, de las Comunidades Autónomas) que atenten contra la Constitución, que es a lo que alude el supuesto de hecho del art. 155 CE.

Si los mecanismos de coerción quedan amparados en las competencias ordinarias del Estado, ¿puede seguir siendo denominado el art. 155 CE como un poder de coerción en el Estado autonómico o, es más bien, otra cosa muy distinta? Para resolver esta cuestión es necesario tomar en cuenta los presupuestos de la teoría general de las normas, en la que se distinguen dos clases de disposiciones, las que imponen obligaciones, y las que garantizan que aquéllas se cumplan en caso de infracción.

En cuanto a éstas últimas, lo cierto es que pueden tener una doble naturaleza jurídica. De un lado tenemos las que tienen por objeto regular consecuencias desfavorables, imponen sanciones, para provocar un cumplimiento por parte del sujeto que ha incumplido la norma (cumplimiento coactivo). Y las que garantizan el cumplimiento a través de la sustitución del sujeto obligado por un tercero, el cual realiza la acción que el obligado no ha cumplido. Lo que se conoce como cumplimiento por sustitución. Ese cumplimiento es el que se aprecia, por ejemplo, en el art. 92,4 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que, afirma que, entre las medidas destinadas a garantizar el cumplimiento de las resoluciones se prevé la ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales. Aquí el Tribunal puede autorizar a un tercero, al Gobierno de la Nación, a sustituir la labor de un órgano para asegurar que la sentencia se cumpla, importando al ámbito de la jurisdicción constitucional el mecanismo de ejecución de sentencias reflejado en el art.108 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Llegados a este punto, y dado que las medidas de cumplimiento coactivo entran dentro de las competencias del Estado, sin necesidad de recurrir al art. 155 CE, ¿no debería de interpretarse el art. 155 CE como una garantía de cumplimiento por sustitución? ¿No tendría un mayor sentido entender que lo que el art. 155 CE autorizaría al Estado no es a coaccionar a las Comunidades Autónomas, sino a sustituirlas cuando incumpliesen sus obligaciones? De todo ello, se puede llegar a la conclusión de que el art. 155 CE no debería entenderse como un poder de coerción, sino como un poder de sustitución.

En conclusión, lo que permite el art. 155 CE son solo ciertas medidas que han señalado los diferentes autores en España. En concreto estas dos, la restauración de efectos inaplicados por la inactividad autonómica y la sustitución o subrogación de los órganos superiores de la Administración autonómica por otros de la Administración central. De esta manera se puede dar sentido a algo que ha admitido generalmente la doctrina y también el Tribunal Constitucional en sus SSTC 89/2019 y 90/2019, que el art. 155 CE es un mecanismo extraordinario. ¿Por qué extraordinario? Porque el Estado puede entrar en el ámbito de las competencias de las Comunidades Autónomas y ejercerlas por sí mismo para garantizar que las obligaciones infringidas se cumplan. Si, por el contrario, el art. 155 CE abarca solo una garantía coactiva de cumplimiento, el art. 155 CE podría ser tranquilamente un mecanismo ordinario.

IV. LOS LÍMITES A LA APLICACIÓN DEL ART. 155 CE

1. Límites procedimentales a la actuación del Gobierno y del Senado

Entre ellos se distinguen los que se dirigen al Gobierno y al Senado, que son los dos órganos que intervienen en la aplicación del art. 155 CE. En lo que se refiere al Gobierno, el art. 155 CE le reconoce una facultad discrecional. Es el Gobierno quien decide cuándo y cómo debe de aplicarse el art. 155 CE.

Previamente se ha expuesto que si se entendiera que el Gobierno solo puede actuar una vez que el TC le autoriza para ejecutar sus resoluciones, se negaría la facultad de decisión política del gobierno que se contiene en el art. 155 CE. Se convertiría a este en un simple ejecutor de la voluntad del TC. De ser así, no tendría mucho sentido reconocer de manera expresa un artículo como el art. 155 CE. Este no añadiría nada al art. 92,4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Si bien al final es el Gobierno quien tiene la facultad para tomar la decisión, está condicionada a un límite procedimental posterior; la realización de un requerimiento previo al Presidente de la Comunidad Autónoma a que se pretende sustituir. La finalidad de este requerimiento es intentar que la Comunidad Autónoma cumpla por sí misma las obligaciones que han sido infringidas, bajo la amenaza de que se podrá aplicar el art. 155 CE. Parece claro que el requerimiento no es vinculante para el Gobierno. Tampoco es necesario que el Presidente de la Comunidad Autónoma requerida conteste.

Lo que pretende el art. 155 CE con esta exigencia, es dar la opción de solucionar el conflicto sin llegar a la aplicación del art. 155 CE. En todo caso, su naturaleza es similar a la vía de solución de conflictos que regula la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en lo que se refiere al recurso de inconstitucionalidad (art. 33.2)⁽²³⁾. Si el Gobierno da por no aceptado el requerimiento, como sucedió con la respuesta de Carles Puigdemont al requerimiento del Gobierno presidido por Mariano Rajoy, podrá entonces decidir qué medidas sustitutivas han de aplicarse frente a las Comunidades Autónomas. Ya que tanto la iniciativa sobre la aplicación del art. 155 CE, como las medidas necesarias derivadas de esa aplicación también son potestad política del Gobierno.

Tanto la decisión del gobierno de aplicar el art. 155 CE como el contenido de las medidas a adoptar deben de ser aprobadas por la mayoría absoluta del Senado. Este es uno de los escasos supuestos en los que se quiebra el modelo de bicameralismo imperfecto que se hace comúnmente en favor del Congreso de los Diputados. Ello se

(23) Artículo 33.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Presidente del Gobierno y los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas podrán interponer el recurso de inconstitucionalidad en el plazo de nueve meses contra leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley en relación con las cuales, y con la finalidad de evitar la interposición del recurso, se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se reúna la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma, pudiendo solicitar su convocatoria cualquiera de las dos Administraciones.

b) Que en el seno de la mencionada Comisión Bilateral se haya adoptado un acuerdo sobre iniciación de negociaciones para resolver las discrepancias, pudiendo instar, en su caso, la modificación del texto normativo. Este acuerdo podrá hacer referencia a la invocación o no de la suspensión de la norma en el caso de presentarse el recurso en el plazo previsto en este apartado.

c) Que el acuerdo sea puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional por los órganos anteriormente mencionados dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley, y se inserte en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Diario Oficial» de la Comunidad Autónoma correspondiente.

justifica por ser ésta la cámara de representación territorial, condición que le atribuye el art. 69 de la Constitución.

El encargado de regular el procedimiento es el Reglamento del Senado, articulando el proceso a través del cual esta Cámara debe de intervenir en el procedimiento, en él se recoge que, en orden a incoar el procedimiento, será el Gobierno quien presente ante el Presidente del Senado el escrito donde se determine el contenido, las medidas propuestas, así como el requerimiento previo al Presidente de la Comunidad Autónoma y de no haber sido atendido (art. 189,1 RS)⁽²⁴⁾. El Presidente del Senado será el encargado de remitir la cuestión a la Comisión General de las Comunidades Autónomas, que requerirá al Presidente de la Comunidad Autónoma afectada las alegaciones y los documentos que estime pertinentes. Incluso, se le permite que designe una persona que asuma la representación de la Comunidad Autónoma ante la Comisión (art. 189.2 y 3 RS)⁽²⁵⁾.

Seguidamente, la Comisión formulará una propuesta ante el Pleno del Senado en la que habrá de justificar razonadamente, si procede o no la aplicación del art. 155 CE solicitada. En este punto el Reglamento del Senado deja claro que cabría introducir modificaciones a las medidas solicitadas por el Gobierno (art. 189.4)⁽²⁶⁾, tal y como sucedió con el Acuerdo, de 27 de octubre de 2017, por el que autorizó la aplicación del art. 155 CE contra Cataluña. Será el Pleno quien, tras someter a debate la propuesta entre los grupos parlamentarios, decidirá por mayoría absoluta la procedencia o no de aplicar el art. 155 CE y la oportunidad de introducir modificaciones a las medidas solicitadas por el Gobierno (art. 189.5 RS.).

Sin embargo, en la pasada legislatura, las cámaras estaban disueltas. Y en ese caso, estando disueltas, como dice el art. 78.2 CE, las Diputaciones Permanentes solo puede ejercer las funciones de las Cámaras expresamente previstas en él: las del art. 73, 86.1 y 116 CE. Por lo tanto, en aquellas circunstancias, la Diputación Permanente

(24) Artículo 189.

1. Si el Gobierno, en los casos contemplados en el artículo 155.1 de la Constitución, requiriese la aprobación del Senado para adoptar las medidas a que el mismo se refiere, deberá presentar ante el Presidente de la Cámara escrito en el que se manifieste el contenido y alcance de las medidas propuestas, así como la justificación de haberse realizado el correspondiente requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y la de su incumplimiento por parte de ésta.

(25) Artículo 189

2. La Mesa del Senado remitirá dicho escrito y documentación aneja a la Comisión General de las Comunidades Autónomas, o bien procederá a constituir una Comisión conjunta en los términos previstos en el artículo 58 del presente Reglamento.

3. La Comisión, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67, requerirá, por medio del Presidente del Senado, al Presidente de la Comunidad Autónoma para que en el plazo que se fije remita cuantos antecedentes, datos y alegaciones considere pertinentes y para que designe, si lo estima procedente, la persona que asuma la representación a estos efectos.

(26) Artículo 189.

4. La Comisión formulará propuesta razonada sobre si procede o no la aprobación solicitada por el Gobierno, con los condicionamientos o modificaciones que, en su caso, sean pertinentes en relación con las medidas proyectadas.

del Senado no hubiera podido manifestar el consentimiento del Pleno para autorizar la aplicación del art. 155 CE en caso de que hubiera sido decidida por el Gobierno. En consecuencia, para prestar el consentimiento al que se refiere el art. 155 CE tiene que estar constituido. Si estándolo, se encontrara fuera de los periodos de sesiones, quizás pudiera hacerlo desempeñando su función de velar por los poderes de la Cámara.

2. Límites materiales al art. 155 CE

Si en base a la aplicación del art. 155 CE cabe autorizar el cese y la disolución de los órganos de las Comunidades Autónomas, tal y como sucedió con la aplicación del art. 155 CE contra Cataluña. Hasta las SSTC 89/2019 y 90/2019 la doctrina había negado de manera mayoritaria que ello pudiera hacerse. Sin embargo, en estas sentencias el TC entendió que ello era posible.

La mayoría de los autores españoles entendían que el art. 155 CE pretendía forzar a las Comunidades Autónomas a cumplir con las obligaciones infringidas y con el interés general de España. Es decir, el Estado fuerza, pero las Comunidades Autónomas cumplen. Por lo que, lo más coherente es que no se pueda cesar o disolver los órganos autonómicos, ya que son éstos los que tienen que cumplir. Pero esto, ¿no significaría que el Estado desempeña una función coactiva? Lo que implicaría que se trataría de una coacción y no de una sustitución, tesis que anteriormente se ha desechado en este trabajo.

De otra parte, la posición que pretende sostener este trabajo es que el art. 155 CE debe interpretarse en clave de sustitución, y no de coacción. Si, como se ha expuesto, lo que puede hacer el Estado es sustituir a las Comunidades Autónomas en el ejercicio de competencias, ¿no podría el Estado ejercer, de acuerdo con la sustitución, la competencia de cese del Gobierno y la disolución del Parlamento autonómico que los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas? El profesor Álvarez Álvarez mantuvo que el art. 155 CE solo permite al Estado aprobar normas legislativas y reglamentarias en sustitución de las Comunidades Autónomas, pero no disolver sus órganos. Como viene a decir, el art. 155 CE incide en el ámbito competencial, pero no en el orgánico-procedimental⁽²⁷⁾.

Mas al contrario, por todo lo expuesto, el art. 155 CE sí que permitiría cesar, así como disolver órganos autonómicos. Es una sustitución en el ejercicio de las competencias que sí son de las Comunidades Autónomas. Por lo tanto, y siguiendo la opinión del TC esta decisión no sería un límite material a la aplicación del art. 155 CE. Pero, además, creo que esta idea la refuerza el art. 126 de la Constitución italiana de 1948⁽²⁸⁾.

(27) Álvarez Álvarez, Leonardo. "La coerción estatal del art. 155 CE en la estructura del principio autonómico". Op. cit. pág. 301.

(28) Artículo 126.

Por decreto razonado del Presidente de la República se dispondrá la disolución del Consejo Regional y el cese del Presidente de la Junta que hubieren realizado actos contrarios a la Constitución o incurrido

A la hora de redactar el Título VIII de nuestra Constitución nuestros padres fundadores tenían en mente el modelo territorial italiano, no el alemán. En todo caso la doctrina ha entendido que en el caso del art 37 de la constitución alemana no se avala la destitución de los órganos de los Estados federados⁽²⁹⁾. Los constituyentes españoles de 1978 tomaron como referencia el art. 37 para confeccionar el art. 155 de nuestra Constitución, sin embargo, el modelo territorial en que se inserta esta disposición es el propio de Italia. Por ello, una interpretación sistemática del Título VIII avala el que la aplicación del art. 155 CE pueda autorizar el cese del Gobierno y la disolución del Parlamento autonómico.

Aparte de los límites materiales, cabe añadir otro más: el principio de necesidad, que han afirmado las SSTC 89/2019 y 90/2019, contradiciendo la opinión casi unánime de los diferentes autores españoles, quienes afirmaban que un límite material a la aplicación del art. 155 CE era el principio de proporcionalidad derivado del principio de Estado de derecho del art. 1.1 CE⁽³⁰⁾. Este principio exige que las acciones de los órganos del Estado han de someterse a un triple canon. Primero han de ser idóneas para proteger un principio o un valor constitucional, segundo, han de ser necesarias, es decir, no puede haber un medio menos restrictivo para proteger aquel principio o valor y, tercero, han de ser proporcionadas en sentido estricto, las actuaciones del Estado no pueden causar mayores perjuicios que beneficios para la tutela de aquellos principios y valores.

Al objeto de defender este límite, los autores se apoyaron en que el texto del propio artículo aludía, a que el Estado podrá adoptar las medidas *necesarias*, lo que interpretaban como uno de los tres elementos del principio de proporcionalidad, y que llamaba a su completa aplicación. Sin embargo, nuestro TC, en las SSTC 89/2019 y 90/2019, ha entendido que el principio de proporcionalidad tiene su razón de ser como un límite material a la actuación del Estado en el ámbito de los derechos fundamentales. Como el art. 155 CE no incidía en ese plano, el Tribunal desechó que aquel principio fuese un límite material al mismo. Entendió, en un sentido estricto el elemento de la necesidad contenido en la expresión medidas *necesarias*, interpretando de esta forma que solo se hacía alusión a uno de los elementos del principio de proporcionalidad, que la medida, cualquiera que esta sea fuera, sea adecuada para garantizar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes y la tutela del interés general de España. Hay que reconocer que esta interpretación de nuestro Tribunal puede ser sugerente si se tiene en cuenta la naturaleza que desempeña el art. 155 CE en el entramado del poder territorial, como una vía de último recurso. No obstante,

en violaciones graves de la ley. Asimismo, la disolución y el cese podrán ser dispuestos por razones de seguridad nacional.

(29) Álvarez Álvarez, Leonardo. "La coerción federal en la Ley Fundamental. La recepción de una categoría clásica del sistema descentralizado alemán". Op. cit. pág. 310.

(30) Artículo 1.

1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

y pese a lo interesante del argumento, no se puede olvidar que el principio de proporcionalidad derivado del Estado de derecho es aplicable a toda actuación de los poderes públicos, lo que incluye al art. 155 CE.

Inclusive si se admite la tesis planteada por el TC de que el principio de proporcionalidad solo es aplicable al ámbito de los derechos fundamentales tal vez no el cese del Gobierno, pero la disolución del Parlamento de una Comunidad Autónoma puede sí que puede afectar a un derecho fundamental⁽³¹⁾, al afectar al art. 23,1 CE⁽³²⁾. Por lo tanto, si aceptamos que aquellas medidas se pueden adoptar en aplicación del art. 155 CE, como también ha reconocido nuestro TC, el hecho de que el principio de proporcionalidad tenga que ser aplicable debería estar fuera de toda duda.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Albertí Rovira, Enoch. «La ejecución estatal forzosa». En E. Aja, J. Tornos, T. Font, J. M. Perulles, E. Albertí (Coords.). *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*. Madrid, Tecnos, 1985, págs. 471-746.
- Albertí Rovira, Enoch. «Cuestiones constitucionales en torno a la aplicación del artículo 155 en el conflicto de Cataluña», *Revista d'estudis autonòmics i federals* núm. 27, 2018, págs. 1-23.
- Álvarez Álvarez, Leonardo. «La coerción estatal del art. 155 CE en la estructura del estado autonómico». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, págs. 277-304.
- Álvarez Álvarez, Leonardo. «La coerción federal en la Ley Fundamental. La recepción de una categoría clásica del sistema descentralizado alemán». *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 2019, págs. 285-315.
- Alzaga Villaamil, Oscar. *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- Ballart Hernández, Xavier. *Coerció estatal i autonomies. L'article 155 de la Constitució de 1978*. Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1987.
- Calafell Ferra, Vicente Juan. «La compulsión o coerción estatal (estudio del artículo 155 de la constitución española)». *Revista de Derecho Político*. Núm. 48-49. 2000. Págs. 99-146.
- García De Enterría Eduardo. *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*. Cívitas, Madrid, 1983.
- García Roca, Javier. «'Il tempo moderato' de la intervenció coercitiva del Estado (artículo 155 CE) en Cataluña: un comentario a las SSTC 89 y 90/2019, en

(31) Albertí Rovira, Enoch. "Cuestiones constitucionales en torno a la aplicación del artículo 155 en el conflicto de Cataluña", *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 27, 2018, págs. 17 y ss.

(32) Artículo 23.

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

- particular, proporcionalidad y test de necesidad o razonabilidad de las medidas». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019, págs. 503-524.
- García Torres, Jesús. «El artículo 155 de la Constitución Española y el principio constitucional de autonomía». AAVV. *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*. Volumen II. Instituto de Estudios Fiscales (edit.). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. 1984, págs. 1189-1303.
- González Hernández, Esther. «El artículo 155 CE y la LO 15/2015, de 17 de octubre de reforma de la LOTC: ¿ineludible reciprocidad o círculo perverso?». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2006. Págs. 529-557.
- Lafuente Balle, José María. «El art. 155 de la Constitución española: examen doctrinal y comparado». *Revista de Derecho Político*, núm. 102, 2018, págs. 79-121.
- Ridao Martín, Joan. «Las nuevas facultades ejecutivas del Tribunal Constitucional como sustitutivo funcional de los mecanismos de coerción estatal del artículo 155 de la Constitución». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm.106, 2016, págs. 151-188.
- Urías Martínez, Joaquín. «El artículo 155 CE. Alcance y límites de una excepción constitucional». *Revista Catalana de Dret Públic*, número extraordinario 2, 2019, págs. 101-114.
- Vírgala Foruria, Eduardo. «La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución». *Revista Española de Derecho Constitucional (Nueva época)*, núm. 73, 2005, págs. 55-110.

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER BAJO EL FRANQUISMO

THE LEGAL SITUATION OF WOMEN UNDER FRANCO'S REGIME

MIRIAM GONZÁLEZ BLANCO

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA MUJER EN EL FRANQUISMO
- III. ÁMBITO CIVIL
 - 1. **Patria Potestad**
 - 2. **Licencia o autorización del marido**
 - 3. **Cuestiones patrimoniales**
 - 4. **Otras limitaciones**
 - 5. **Reformas**
- IV. ÁMBITO LABORAL
- V. ÁMBITO PENAL
- VI. ÁMBITO EDUCATIVO (DERECHO A LA EDUCACIÓN)
- VII. CONCLUSIONES
- VIII. BIBLIOGRAFÍA
 - 1. **Documentos**

Resumen: A lo largo de la historia, la regulación jurídica de la condición femenina ha contribuido a la promoción de ciertos estereotipos o modelos de mujer, de los que además el Derecho y el Estado se han servido, no sólo para someterla, sino también para (ideológicamente) «engañarla» y aprovecharse de ella, poniéndola al servicio del orden patriarcal.

Esa dominación/sumisión podemos observarla varias veces a lo largo de nuestra historia, y en algunas ocasiones con mucha claridad. Tal es el caso de la dictadura de Franco, cuyo sistema se caracterizó por una privación general de derechos que afectó

especialmente a la mujer, acabando así con la innovación feminista de la legislación republicana, la más avanzada de la historia de España hasta ese momento. El sistema franquista estableció un orden patriarcal marcado por la ideología falangista y la influencia de la Iglesia Católica, lo que significó una vuelta a la idea tradicional de mujer.

Abstract: Throughout history, the legal regulation of the female condition has contributed to the promotion of certain stereotypes or models of women, and both the law and State have taken advantage of these, not only to subject women, but also to (ideologically) «deceive» them and benefit from them, putting them at the service of the patriarchal order.

This domination/submission can be observed on several occasions throughout our history, and in some of the instances it is very palpable. Such is the case of Franco's dictatorship, whose system was characterized by a general deprivation of rights that especially affected women, thus ending the feminist innovation of the Republican legislation, which had been the most progressive in the history of Spain until that time. The Francoist system established a patriarchal order marked by the Falangist ideology and the influence of the Catholic Church, which meant a regression to the traditional idea of women.

Palabras clave: Mujer, Feminismo, Derecho, II República, Franquismo, Sección Femenina, Iglesia Católica.

Key words: Woman, Feminism, Law, Second Republic, Franquism, Female Section, Catholic Church.

Abreviaturas y acrónimos:

Art	Artículo
B.O.E	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española de 1978
FET de las JONS	Falange Española Tradicionalista y de las Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista
Núm	Número
Pág	Página
S. F.....	Sección Femenina

I. INTRODUCCIÓN

Todo trabajo de estas características ha de tener, como es lógico, una introducción, un primer apartado que plantee el tema, explique el porqué de su elección y exponga el hilo conductor para desarrollar aquello que se pretende mostrar y sobre lo que se invita a reflexionar. En este caso, más que una parte introductoria, sería más correcto hablar de una «parte explicativa» de por qué nos encontramos aquí, pues este trabajo es el resultado de distintos planteamientos y distintas ideas, muchas veces

no necesariamente interrelacionadas entre sí, que han desembocado en este análisis desde el punto de vista jurídico de la mujer en el Franquismo.

El 8 de marzo de 2018, por primera vez en la historia y a nivel internacional, se quiso conmemorar el Día Mundial de la Mujer Trabajadora con una huelga de mujeres que afectase a todos los ámbitos en los que ésta se desarrolla. Se creyó que la mejor manera de mostrarle al mundo la invisibilidad que por una parte se le da a la mujer, frente a su peso real en la sociedad, era haciendo que ésta parase, que cesase su actividad durante un solo día, y que lo hiciese no sólo en lo estrictamente laboral, sino también en otros ámbitos tradicional y eminentemente feminizados: lo doméstico y los cuidados. Es por todos conocido el éxito de esa convocatoria, que no sólo ha supuesto un punto de inflexión a la hora de conmemorar dicha efeméride, sino que también ha colocado el feminismo en el lugar que le correspondía: en el centro del debate político y social. Si obviamos espacios de reivindicación específicos o aulas en las que se imparta Teoría Feminista, me atrevería a decir que se ha hablado más sobre los derechos de la mujer y la igualdad en estos dos últimos años que durante lustros. Parecía difícil, por tanto, que en este contexto una mujer no quisiese escribir sobre mujeres, y que una jurista no quisiese indagar sobre sus derechos.

Sin embargo, si algo caracteriza al feminismo es su carácter inabarcable y, en ocasiones, si se me permite la expresión, desesperadamente extenso. Y digo esto por dos razones. En primer lugar, porque desde que Poullain de la Barre llegase a la conclusión de que la mente no tiene sexo, existen numerosas teorías, desarrolladas durante siglos y clasificadas en «olas», en las que se ha discutido sobre el verdadero significado de la igualdad y en qué, exactamente, debía ésta traducirse. En segundo lugar, porque la dificultad no sólo radica en esa pléyade de planteamientos, sino en los diferentes prismas a los que se ha acudido para desarrollarlos: la Filosofía, la Antropología, la Biología, la Historia o la Psicología, por citar algunos. Entonces, ¿cómo abordarlo desde el Derecho? ¿Cuál es la verdadera relación entre el feminismo, el Derecho y la mujer?

Muchos podían ser los escenarios para tirar de ese hilo y analizar si el sistema legal es un instrumento más al servicio del patriarcado y, si de serlo, contribuye a crear estereotipos de mujer, es decir, si las leyes condicionan o no cómo ha de ser la mujer en una sociedad determinada. De todos los escenarios posibles, quizás por proximidad, el español parecía el más adecuado, debido, entre otras cosas, a los múltiples vaivenes que vivió nuestro país en la esfera política, los cuales tuvieron una incidencia asombrosa en los derechos de la mujer. A lo largo del siglo XX y hasta nuestros días, se fueron concatenando etapas de restricciones y etapas de libertades a las que la mujer no era ajena. Y esos vaivenes implicaban cambios tan bruscos en la legislación en lo que a las mujeres se refiere, que hacían muy evidente ese papel «moldeador» del que antes hablábamos.

Sin embargo, un análisis pormenorizado de la legislación española del Siglo XX superaba la extensión que se presupone a un trabajo de estas características. Había, por tanto, que elegir una etapa histórica concreta, y el Franquismo fue la elegida. ¿Por qué? Probablemente porque es la que, a nuestro juicio, más evidencia ese contraste por lo que la antecedió y la sucedió. Las libertades reconocidas a la mujer durante la II República contrastan con su falta durante el Franquismo, y a su vez, esa ausencia poco tiene que ver con lo que comenzará a desarrollarse a partir de 1975

y se extenderá hasta nuestros días. Incluso en el propio Franquismo encontramos matices entre una etapa y otra, como más adelante veremos.

II. LA MUJER EN EL FRANQUISMO

La cuestión se puede resumir, aunque con matices, como es obvio, en la siguiente idea: tras el breve paréntesis, tanto político como legal y social, de la II República, el Franquismo lleva a la mujer, de nuevo, a la casilla de salida, esto es, a los principios que inspiraron el Derecho español decimonónico: obediente hija y esposa, virtuosísima mujer, amantísima madre y dedicada ama de casa, y lo hace tanto desde una perspectiva jurídica civil, como penal o laboral. La mujer era todas esas cosas en una sociedad, pero también lo era en los textos legales. Y es que, como avanzamos en el Resumen, la relación entre el Derecho y la mujer a lo largo de la dictadura tiene un claro componente utilitarista. El legislador, al servicio del régimen, moldea a la mujer de una forma llamativa y, probablemente lo hace con una doble finalidad: controlar y someter a la mitad de la población española, y «construir» a las madres y educadoras de los próximos españoles y españolas al servicio del Franquismo, sus postulados y sus intereses.

Desde el punto de vista legal, es tanta la normativa y son tantos los ámbitos en los que la maquinaria legislativa española se puso a trabajar en esa dirección que, para simplificarlo, hemos decidido seguir la estructura planteada por María Ángeles Moraga García en su artículo «Notas sobre la situación jurídica de la mujer en el Franquismo»⁽¹⁾, que reconoce cuatro categorías, a saber, Derecho Civil (especialmente centrado en el ámbito del Derecho de Familia), Derecho Laboral, Derecho Penal y Derecho a la Educación.

III. ÁMBITO CIVIL

La Constitución republicana de 1931 puso por primera vez negro sobre blanco en un texto legal la igualdad entre hombres y mujeres y la no discriminación por razón de sexo (artículo 25). Esa igualdad se extendió, tal y como se reconocía en el propio texto constitucional, al ámbito del matrimonio (artículo 43) y al acceso al trabajo (artículo 40)⁽²⁾. Asimismo, y en aras de aplicar ese principio de igualdad, otras esferas legales se vieron también modificadas: por ejemplo, algunos tipos penales que eran manifiestamente discriminatorios con la mujer quedaron derogados⁽³⁾.

(1) MORAGA GARCÍA, M. A., "Notas sobre la situación jurídica de la mujer en el Franquismo", *Revista Feminismo/s*, núm. 12, 2008, pág. 229-252.

(2) No fueron los únicos artículos destacados en lo que a los derechos de la mujer se refiere. El artículo 36 reconocía por primera vez el derecho al sufragio activo en los mismos términos que se reconocía para los varones. El derecho al sufragio pasivo ya le había sido reconocido previamente.

(3) Los analizaremos posteriormente en el apartado dedicado al Derecho Penal.

En el ámbito del Derecho Civil, la mujer eral libre para contraer matrimonio⁽⁴⁾ y también para divorciarse⁽⁵⁾, en clara contraposición a la legislación inmediatamente anterior, que la reconocía como un ser permanentemente tutelado por un varón (primero el padre, posteriormente el marido) y sometida, respecto a este último, a un deber legal de obediencia.

Con la instauración del Franquismo y los correspondientes cambios legislativos que se produjeron en los inicios de este régimen político, se restableció el matrimonio canónico, se derogó la ya citada ley del divorcio, se volvió al Derecho de Familia contenido en la redacción original del Código Civil de 1889 (claramente influenciado por el Código Napoleónico, con un claro sesgo discriminatorio), y se devolvió a la mujer, no sólo desde el punto de vista social, sino también desde el punto de vista jurídico, al hogar. Si algo caracterizó la recuperación de la vigencia de la redacción original del Código Civil fue la supresión tácita del principio de igualdad. El Franquismo rescató un conocido mito decimonónico: el del «ángel del hogar», esto es, una mujer relegada al espacio doméstico. Y para ello se sirvió de su capacidad legislativa.

Son innumerables los artículos del Código que coartaban sus derechos y la colocaban en una posición de inferioridad jurídica respecto al varón, por lo que hemos optado, para simplificar su lectura, en categorizarlos en cuatro grandes apartados en función de qué suponía o a qué afectaba esa limitación de libertades.

1. Patria Potestad

Podemos decir que en este tipo de artículos hay dos cuestiones básicas, muy claras y tremendamente evidentes: la patria potestad correspondía al padre, y la madre la ostentaba con carácter subsidiario. Pero esa subsidiariedad (evidenciada en el uso de expresiones como «en su defecto» o «y en su caso», por ejemplo), no sólo afectaba a la patria potestad en sí misma, sino también a cualquier obligación que los progenitores tuvieran respecto a sus hijos, la cual se reconocía al padre en primer término y, en segundo término, a la madre. Tal es el caso de algunas obligaciones familiares como el cuidado, la protección y los alimentos, así como la administración de los bienes de los hijos. La tutela de los «locos o sordomudos» también era legalmente reconocida al hombre, y con carácter subsidiario a la mujer. A ésta sólo se le reconocía una tutela directa en caso de que el progenitor estuviese en prisión, y única y exclusivamente «mientras durase la interdicción». En esa dirección se pronuncian los artículos 15, 154, 155, 159, 220 y 229 del Código Civil.

Resulta llamativo observar cómo una persona que ha sido educada no sólo para ser una buena esposa, sino también para ser madre, cuando lo es queda relegada a

(4) Desde la publicación de la Ley de 28 de junio de 1932, la forma reconocida por el legislador era exclusivamente la del matrimonio civil, sin que esta ley tuviese efectos retroactivos.

(5) Ley de 2 de marzo de 1932.

un papel secundario, que sólo cobrará protagonismo en caso de que su marido no pueda asumir la obligación en cuestión.

2. Licencia o autorización del marido

La llamada «licencia marital» caracterizó el ordenamiento jurídico civil durante los cuarenta años de dictadura y era otra muestra evidente de esa consideración que el legislador tenía de la mujer como ser inferior a su marido. Aunque hubo algunas reformas legales encaminadas a modificar en positivo la capacidad de la mujer (que más adelante veremos), no fue hasta 1975 cuando se suprimió totalmente ese deber legal de necesitar una autorización expresa del esposo para llevar a cabo determinados actos. Las mujeres no pudieron decidir por sí mismas, ni fueron consideradas seres capaces de actuar individualmente sin la necesidad de supervisión o visto bueno de un varón, hasta bien avanzada la segunda mitad del siglo XX, lo cual suponía no sólo una evidente discriminación, sino además tremenda infantilización.

La mujer precisaba de autorización marital para adquirir a título oneroso o lucrativo bienes, enajenarlos u obligarse (salvo en algunas excepciones); para ser tutora o albacea; para aceptar o repudiar una herencia; y para aceptar mandato. La ejecución de cualquiera de estos actos sin la citada licencia marital los convertía en nulos de pleno derecho. No obstante, la mujer podía otorgar testamento sin autorización, y conservaba el dominio de sus bienes parafernales (eso sí, no podía enajenarlos sin el visto bueno de su esposo). Así se pronunciaban los artículos 60, 61, 62, 63, 237, 893, 995, 1382 y 1716.

3. Cuestiones patrimoniales

Esa misma infantilización e incapacidad atribuida a la mujer se extendía también al ámbito patrimonial, en el que daba igual en qué supuesto o circunstancias ésta fuese titular de unos determinados bienes, siempre era necesaria la autorización de otra persona, que por lo general solía ser su marido.

El Código Civil reconocía al marido como administrador y éste podía enajenar los bienes de la sociedad de gananciales. Es llamativo que, a pesar de que los bienes fuesen gananciales y, por tanto, pertenecientes a ambos cónyuges, sólo uno de ellos pudiese actuar con total libertad mientras que la otra parte permanecía a expensas de la voluntad del primero, maniatada y sin posibilidad de decidir. Cabe destacar que no se reconocía la posibilidad de que se diese la opción inversa: que fuese ella la que dispusiese de ellos (no dejaban de ser bienes gananciales), ni siquiera contando con la autorización del varón.

Por otra parte, la mujer administraba los bienes parafernales. Sin embargo, para enajenarlos precisaba de autorización conyugal. Desgraciadamente, no por tratarse de bienes parafernales y que, por lo tanto, pertenecían a la mujer en exclusiva, ésta

tenía libertad absoluta para su gestión, y es que, aun siendo administradora, necesitaba una autorización (de nuevo aparece la licencia marital) para poder disponer de ellos.

Finalmente, la mujer no podía enajenar o gravar, sin licencia judicial, los inmuebles que le hubiesen correspondido en la separación. En este caso no era la del marido la autorización de la que precisaba la mujer, sino de la de la autoridad judicial. Sea como fuere, nunca era libre para disponer de su patrimonio.

Todo lo expuesto, aparecía recogido en los artículos 225, 1413 y 1444 de la redacción original del Código Civil.

4. Otras limitaciones

Entre ellas destacamos las siguientes: el marido estaba obligado por ley a proteger a su esposa y ésta a deberle obediencia (artículo 57); la mujer estaba obligada a seguir al marido allá donde éste fije su residencia, (artículo 58), y si éste obtuviese la nacionalidad española, ésta sería extensible también a la esposa (artículo 19); los cónyuges estaban obligados a vivir juntos y guardarse fidelidad (artículo 56); a diferencia de lo que sucedía con el varón, a la mujer la adopción no le estaba permitida (artículo 173); las viudas tenía prohibido contraer matrimonio durante un determinado periodo de tiempo que la ley estipulaba (artículo 45); el límite de edad que la legislación establecía para contraer matrimonio quedaba sin efecto si la mujer estaba embarazada con la intención de preservar su honra (artículo 83); sólo podía prestar su consentimiento en aquellos casos en los que le fuese permitido por la ley, equiparándola con «los locos», «los dementes y «los sordomudos» (artículo 1263); y por último, aunque la mayoría de edad estaba fijada en los 21 años, las mujeres no podían abandonar el domicilio familiar sin autorización paterna o materna hasta los 25, salvo para contraer matrimonio o ingresar en una orden religiosa, en cuyo caso no precisaban de dicho permiso (artículo 321).

5. Reformas

Toda esta normativa que acabamos de exponer, fue objeto de algunas reformas, todas ellas encaminadas a mejorar la situación femenina, pero no necesariamente traducéndose en disposiciones que supusiesen una mayor libertad. Destacaremos las siguientes:

Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil. Básicamente amplía la capacidad de obrar, modificando las siguientes cuestiones:

- Permite la adopción por parte de las viudas y se flexibiliza la prohibición para contraer segundas nupcias.
- Podrán administrar los bienes gananciales con autorización del juez.
- Adquieren más derechos sobre el domicilio y sus bienes en los casos de

separación.

- Podrán ser testigo en testamentos.
- Se le permite ostentar cargos tutelares, pero se admite excusa sin necesidad de motivo.
- No perderán la patria potestad por segundas nupcias si enviudan.

Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil sobre adopción: La mujer también podrá adoptar (introduce la expresión «adopción por marido o mujer» y será necesario para que la adopción se lleve a cabo, el consentimiento de ambos cónyuges.

Ley 31/1972, de 22 de julio, sobre modificación de artículos 320 y 321 del Código Civil y derogación del número 3 del artículo 1880 y de los artículos 1901 a 1909, inclusive, de la Ley de Enjuiciamiento Civil: se cambia la mayoría de edad y se permitía abandonar la casa a los mayores de edad sin permiso y para no contraer matrimonio o ingresar en el convento.

Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos de los cónyuges. Implicaba, entre otras las siguientes modificaciones:

- Respecto a la nacionalidad, la mujer no tiene que adquirir la del marido, podrá adquirir otra voluntariamente y si éste adquiriese la española, eso no implicaría lo mismo para ella.
- Desaparece el deber de obediencia y se habla de que los cónyuges «se deben respeto».
- La residencia se establecerá de común acuerdo.
- La mujer puede administrar los bienes de la sociedad conyugal si se acordase, también puede enajenar, gravar e hipotecar los bienes de la dote, eso sí, con consentimiento del esposo. En aquellos casos que la mujer administre bienes lo hará en las mismas condiciones que el hombre.
- En aquellos supuestos en los que el marido sea administrador, necesita la autorización de la mujer en determinados casos, y los actos que para ser realizados deban contar con el consentimiento del otro cónyuge serán nulos si éste no existiese.
- El matrimonio no restringe la capacidad de obrar de los cónyuges, y ninguno representará a otro sin su autorización.

IV. ÁMBITO LABORAL

Como hemos dicho, la Constitución de 1931 reconocía en su artículo 40 la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral por primera vez en la historia de España, y aunque se mantuvieron algunas excepciones, ese reconocimiento dio pie a otro tipo de disposiciones normativas que permitieron a la mujer acceder a puestos de trabajo que hasta entonces habían estado vetados para ella.

Sin embargo, la instauración del nuevo régimen político y la aplicación de sus consignas, rápidamente, acabaron con esa nueva «mujer trabajadora». Es cierto que, con anterioridad a la II República, la mujer sí había trabajado fuera de casa, pero lo hacían aquellas mujeres pertenecientes a las clases más bajas, quienes solían hacerlo en fábricas o talleres. La mujer burguesa o acomodada no trabajaba, al menos no una vez que estuviese casada, y su espacio era el hogar⁽⁶⁾. No obstante, y aunque tras la aprobación de **El Estatuto de Funcionarios Públicos, en 1918**, se permitió a la mujer trabajar para el Estado (aunque sólo en categorías de auxiliar)⁽⁷⁾, no será hasta la II República cuando esa incorporación se plantee como un derecho concebido desde el punto de vista de la libertad que ésta debe tener de desarrollarse profesionalmente si así lo desea.

Como decíamos, con el comienzo del Franquismo el paradigma de mujer cambió de forma tajante, e inevitablemente, el ámbito laboral también se vio afectado por ese cambio. No olvidemos que, aunque con el paso de los años el Franquismo fue evolucionando y se flexibilizó en determinados espacios, su origen político, además del sesgo falangista, era fascista. No es de extrañar, por tanto, que en sus primeros años importase el concepto de mujer propio del nazismo alemán caracterizado por las tres «K» (kinder, küche, kirche), que en España se tradujo en las tres «C» (casa, calceta, cocina). Así las cosas, parecía que el lugar que el Franquismo le tenía reservado a la mujer, de nuevo, era el doméstico y no el profesional. Como dijo Franco a las mujeres de Falange en el Castillo de la Mota en 1939, respecto a la misión que éstas tenían encomendada por el régimen al finalizar la guerra, «os queda la reconquista del hogar⁽⁸⁾».

No tardaron, por tanto, en llegar las primeras normas en esa dirección. De hecho, algunas de ellas se publicaron, incluso, durante la propia guerra. En 1938 se publicaba el **Fuero del Trabajo**⁽⁹⁾ con la intención de regular las relaciones laborales entre sindicatos, patronal y trabajadores. En lo que a la mujer concierne, «en su afán de apartar a las féminas de los centros de producción, prohibía el trabajo nocturno a las mujeres y niños, haciendo hincapié en que se regulará el trabajo a domicilio y se liberará a la mujer casada del taller y de la fábrica»⁽¹⁰⁾.

Aunque esa normativa se planteó con una supuesta intención de proteger a la mujer y velar por su seguridad, lo cierto es que lo que se perseguía era devolverla a casa y sacarla de los entornos profesionales en los que se encontrase.

(6) IMAZ ZABIAUR, L., "Superación de la incapacidad de la mujer casada para gestionar su propio patrimonio", *Mujeres y Derecho, pasado y presente, I Consejo multidisciplinar de Centro-Sección de Bizcaia de la Facultad de Derecho*, 2008, pág. 70.

(7) VARELA N., *Feminismo para principiantes*, Ed. Penguin Random House, Madrid, 2013, pág. 143.

(8) CEBREIROS IGLESIAS, A., "Entre la coerción y el control social. El paradigma de mujer franquista", PRADA RODRÍGUEZ, J. y DE JUANA LÓPEZ, J. (eds.), *Nuevas perspectivas en el estudio de la mujer durante el Franquismo*, Sílex, Madrid, 2017, pág. 263.

(9) Publicado el en B.O.E. núm. 505, de 10 de marzo de 1938.

(10) CEBREIROS IGLESIAS, A., "Entre la coerción y el control social. El paradigma de mujer franquista", PRADA RODRÍGUEZ, J. y DE JUANA LÓPEZ, J. (eds.), *Nuevas perspectivas en el estudio de la mujer durante el Franquismo*, Sílex, Madrid, 2017, pág. 248.

Al Fuero del Trabajo siguió el **Real Decreto de 21 de diciembre de 1938**, que en su Exposición de Motivos ya se pronunciaba respecto a la posibilidad de que la mujer trabajase en los siguientes términos:

«El problema del trabajo de la mujer es una de las constantes preocupaciones del Poder Público, y la primera necesidad que para abordarlo se siente, es la de determinar el alcance que tiene en los presentes momentos y prever el que tendrá una vez terminada la guerra. La tendencia del Nuevo Estado, es que la mujer dedique su atención al hogar y se separe de los puestos de trabajo; pero es el caso que, por consecuencia de la misma guerra, son numerosas las que, quedando como cabeza de familia, tendrán que trabajar para sostener a sus hijos (...).»

Ya en su desarrollo, aunque permitía el trabajo de ciertas mujeres en circunstancias muy excepcionales, reconocía expresamente en su «Medida informativa 4»:

«(la) Prohibición del empleo de la mujer casada, a partir de un determinado ingreso que perciba su marido.»

Las siguientes disposiciones normativas laborales siguieron por esos derroteros machistas, pues no sólo se las relegaba al hogar, como estamos viendo, sino que paralelamente se las considera no capacitadas para desempeñar determinados puestos. Es en ese contexto en el que se aprueba la **Orden del Ministerio de Trabajo de 27 de septiembre de 1939** que impedía a la mujer acceder a puestos de Jefe de Administración.

Todas estas normas tenían, como vemos, un denominador común que ya hemos visto al analizar la legislación Civil: el papel de la mujer es el cuidado de la casa y ésta, salvo excepciones, no ha de trabajar.

El siguiente peldaño lo encontramos en la **Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 16 de octubre de 1942**, que establecía los principios para regular las relaciones de trabajo. Se caracterizaba porque la mayoría de las reglamentaciones que se dictaban establecían discriminaciones entre las condiciones del hombre y las de la mujer. Cabe destacar las que afectaban al salario (la ley reconocía un salario inferior para las mujeres que desarrollasen la misma actividad que el hombre, a pesar de tener exactamente la misma jornada de trabajo), y algunas disposiciones que obligaban a la mujer a acogerse a excedencias forzosas como, por ejemplo, por razón de matrimonio.⁽¹¹⁾ Es decir, la mujer estaba legalmente obligada a dejar de trabajar a partir del momento en el que se casase. Como veremos más adelante, esta disposición fue modificada a comienzos de los 60, y en un contexto en el que era necesario, por las razones que ya expondremos, que ésta pudiese trabajar.

Asimismo, el 26 de julio de 1957 se aprobó el **Decreto sobre industrias y trabajos prohibidos a las mujeres y menores por peligrosos o insalubres**, que establecía, en su Exposición de Motivos:

(11) ESPUNY TOMÁS, M.J., "Aproximación histórica del principio de igualdad de género: el empleo femenino después de la guerra (II)", *Iuslabor*, núm. 1, 2007, pág. 6.

«El alto concepto que en general al español merece la mujer y la atención que de manera especial debe ser puesta en evitar que un trabajo nocivo pueda perjudicar su naturaleza, criterio que con igual cuidado exige su aplicación en cuanto a las actividades desarrolladas por los menores, aconsejan de consuno revisar nuestra legislación positiva, procurando adaptarla, recogiendo los progresos de la técnica que, tanto en el orden de la industria como en el de la investigación, a través de sucesivos avances, va señalando con precisión mayor cada día cuáles son las labores o ambientes de trabajo que pueden perjudicar de manera más sensible a estos trabajadores, dignos de singular protección (...)».

En este texto nos encontramos con dos cuestiones terriblemente llamativas que se desarrollarán a lo largo de todo el articulado, y que son la esencia de la ley: se parte de una inferioridad física de la mujer que la hace no apta para el desempeño de determinados trabajos, pero es que además, se hace esa consideración en un contexto en el que sus «debilidades» se equiparan a las de los menores, al regularse ambas cuestiones en el mismo texto normativo e ir constantemente de la mano.

En su artículo 1 se establecían una serie de prohibiciones para la mujer como manifestación legislativa de esa supuesta inferioridad, centradas, básicamente, en labores vinculadas al esfuerzo, respecto a las cuales subyacía la ya citada inferioridad femenina, que entendía su incapacidad para desempeñar tareas de carácter físico.

No obstante lo expuesto, las cosas fueron cambiando con el paso de los años. Como decíamos anteriormente, con el transcurso de las décadas el Franquismo fue evolucionando y, por así decirlo, fue adaptándose en algunas cuestiones a los nuevos tiempos: de un sistema tremendamente autárquico y autoritario que tenía sus raíces en el fascismo y los principios tradicionalistas de la Falange, el régimen se fue abriendo al capitalismo, y acercándose al concepto de la economía de mercado. Así las cosas, si una cuestión está clara es que, al encontrarse en ese punto, el consumo comenzaba a ocupar un lugar que no había ocupado en las primeras décadas de dictadura, y para ello, lo que hacían falta eran familias con mayor poder adquisitivo. Este asunto tuvo como consecuencia dos cuestiones importantes: el Plan Estatal de Estabilización Económica de 1957, y en lo que a legislación laboral se refiere, la **Ley de derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, de 1961** que, si bien se presentó como un instrumento de progreso y reconocimiento de derechos, en el fondo su razón de ser se debía, entre otras cosas, a cuestiones económicas.

La importancia de esta ley desde el punto de vista de los derechos de la mujer es considerable, y además lo es por varias cuestiones. Una de ellas es la ya expuesta: para que las familias españolas consumiesen más, necesariamente, había que facilitar la incorporación de la mujer al trabajo, lo cual suponía reformar algunos aspectos de su asfixiante y prohibitiva regulación en esta materia. Como resultado de la aprobación de esta ley:

- Se reconocía a la mujer los mismos derechos que al varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo, sin más limitaciones que las establecidas por la ley.

- Se permitía que la mujer fuese designada para desempeñar cualquier cargo público del Estado, de la Administración Local o de organismos autónomos.
- Se establecía que la mujer pudiese participar, en las mismas condiciones que el hombre, en oposiciones o concursos de la Administración Pública, así como en todos los grados de enseñanza. No obstante, se exceptuaban las Fuerzas Armadas, y los puestos de magistrado, juez o fiscal, salvo en los casos de jurisdicción laboral o de menores. La Ley 96/1966, de 28 de diciembre de 1966 eliminó la prohibición de que las mujeres fuesen magistrados, jueces o fiscales.
- Se les permitía celebrar toda clase de contrato de trabajo (recordemos que hasta 1975 siguió vigente la licencia marital y, por tanto, no podían celebrar contratos sin autorización de su marido).
- Se reconocía que en aquellos casos en los que la autorización marital fuese denegada, ésta podía quedar sin efecto si judicialmente se determinaba que el esposo había actuado de mala fe.

Pero como decíamos, la importancia de esta disposición normativa no quedaba reducida a estas cuestiones económicas. Si bien es cierto que la otra razón que la hace especial es la misma necesidad de fomentar la faceta profesional de la mujer, lo que subyacía era bien distinto, y en este escenario entraba en juego la Sección Femenina.

De forma paralela a que se considerase que los hogares españoles tenían que aumentar su poder adquisitivo, la Sección Femenina empezó a preocuparse por el hecho de que tales restricciones a la mujer en el ámbito laboral resultasen disuasorias. Las mujeres, especialmente las jóvenes, de la década de los 60 no eran las de la década de los 40 o los 50. El régimen no sólo se iba abriendo progresivamente, como ya dijimos, sino que, además el espejo de lo que sucedía fuera tenía cierta influencia en las mujeres españolas. Es por esta razón que la Sección Femenina comenzó a temer que esa «nueva mujer» optase por no contraer matrimonio si eso iba a suponer la obligación de renunciar a su vida profesional, por lo que presionaron al Gobierno para que «abriese la mano». Es curioso, porque sus «presiones» comenzaron antes incluso que el Plan de Estabilización Económica de 1957, por lo que hay quien cree que quizás la Sección Femenina pudo tener más influencia en esta cuestión que la que podría presuponerse⁽¹²⁾.

La Ley 56/1961, de 22 de julio se vio posteriormente afectada por otras disposiciones normativas (una de ellas, la Ley 96/1966, de 28 de diciembre a la que nos hemos referido anteriormente). Pero quizás el caso más llamativo es el del **Decreto 23/1970, de 20 de agosto**, que buscaba darle mayor efectividad, pues habían surgido «de su aplicación, complejas situaciones y variadas experiencias que hacen necesaria una nueva regulación». Y es que, a pesar del reconocimiento legal anteriormente

(12) OFEL, I., "La legislación de género de la Sección Femenina de la FET. Acortando distancias entre la política de élite y la de masas", *Revista Historia y Política*, n-um. 15, 2006, págs. 221 a225.

expuesto, éste resultó en algunos casos ser papel mojado. La Sección Femenina contaba con una Asesoría Jurídica cuya misión era la de «aclarar dudas e informar». A raíz de la promulgación de la ley del 61, este órgano comenzó a recibir numerosas consultas relacionadas con las dificultades con las que se encontraban muchas mujeres a la hora de ser contratadas. En algunos casos los empleadores, aprovechando su desconocimiento respecto al verdadero alcance del texto legal, las engañaban asegurándoles que su caso no estaba bajo el amparo de la ley en cuestión. En otros, se acogían a la excusa de que el Fuero del Trabajo estaba redactado en masculino y, por tanto, no les era aplicable. Esta llamativa situación derivó en la redacción de una norma de carácter explicativo, como lo fue el citado Decreto de 1970.

Desgraciadamente, y a pesar de los avances, el Franquismo no renunció a su ADN hasta última hora, lo cual también tuvo su manifestación en lo que a los derechos laborales de la mujer se refiere, y es que nunca, durante su vigencia, le fue permitido, por ejemplo, su acceso a las Fuerzas Armadas.

V. ÁMBITO PENAL

Si analizamos sucintamente la regulación previa al Código Penal franquista de 1944, debemos destacar el Código de 1928, que planteaba una serie de situaciones que han de ser analizadas por su conexión directa con el Derecho Penal del régimen a pesar del paso del tiempo y de que, a medio camino, la II República promulgase en 1932 su propio Código, mucho más progresista e igualitario.

En primer lugar, la vida sexual y personal tiene trascendencia, no sólo jurídica, sino también penal. Esto no es tan extraño, ni siquiera en nuestros días, si nos atenemos a los delitos de abusos o agresiones sexuales concebidos en los términos actuales. Que la vida íntima de las personas sea susceptible de recibir una respuesta penal no es llamativo, lo que sí lo es el hecho de que esto se produzca cuando las personas involucradas lo hagan con plena libertad y consentimiento, sin que medie una cuestión de edad o capacidad para consentir.

Ése había sido el enfoque del Código Penal de 1928, y en esa misma dirección se promulgó el Código de 1944. Al margen de que los implicados consintiesen, la moral de la época (tremendamente influenciada por los postulados católicos) hacía intervenir al Derecho Penal, esto es, había ciertas relaciones personales o sexuales que, aun siendo consentidas, el ordenamiento jurídico no estaba dispuesto a admitir. En segundo lugar, la respuesta era distinta para hombres y mujeres: ellas eran adúlteras (artículo 449), pero ellos sólo incurrían en amancebamiento (artículo 452). La distinción es bien sencilla a la par que indignante según el prisma actual. La mujer que mantuviese cualquier tipo de relación afectiva con alguien que no fuese su cónyuge era perseguida (y castigada con pena de prisión), al margen de las circunstancias (el único hecho que variaba y determinaba la responsabilidad penal afectaba al hombre con el que mantuviese relaciones, y se centraba en el hecho de si éste conocía si ella estaba casada o no). Sin embargo, en el caso del varón, la misma respuesta penal no

se producía derivada de los mismos hechos, hacía falta mucho más: que su manceba residiese en el mismo hogar, y que supusiese escándalo público. De ahí el famoso «amancebamiento» del varón como tipo penal distinto al de la mujer «adúltera».

En relación al adulterio femenino, el Código de 1944 recuperaba la figura del uxoricidio, castigando con pena de destierro al esposo que encontrase a su mujer con otro hombre y acabase con la vida de ambos o les causase lesiones graves. Si las lesiones eran menores, estaba exento de pena. Esta facultad no sólo le era reconocida al marido, sino que también era extensible al padre si la mujer estuviese soltera (artículo 428).

Está claro que tras estos planteamientos jurídicos estaba una cuestión que excedía del ámbito de lo estrictamente legal: la importancia del honor y la respuesta comprensible para el legislador frente a la deshonra, la cual no sólo era reconocida a los varones en los términos anteriormente expuestos, sino que también, y en casos muy excepcionales, se le reconocía a la mujer, aunque bajo el mismo enfoque machista y patriarcal que impregnaba las disposiciones comentadas. Así las cosas, el Código de 1944, en su artículo 410, castigaba con pena de prisión menor a la madre soltera que para ocultar su deshonra acabase con la vida del recién nacido.

Este planteamiento, que como decimos se tomaba del Código Penal de 1928, desapareció con el Código Penal de la II República, de 1932, que puso fin a este enfoque machista, discriminatorio e invasivo, si se quiere, de la ley penal, y partiendo del principio de igualdad de hombres y mujeres, optó, entre otras cosas, por derogar la persecución del adulterio, que sólo era tenido en cuenta por la ley (sin distinción de género) como causa de divorcio cuando éste no fuese de mutuo acuerdo.

Pero como decimos, tras este paréntesis republicano, de nuevo las relaciones personales o sexuales consentidas de la mujer eran objeto de respuesta penal, y de nuevo en términos muy distintos y considerablemente desfavorables respecto a los que afectaban al hombre.

Llama la atención el concepto de «consentimiento», dando pie a situaciones que con los planteamientos actuales resultan indignantes. Si una mujer consentía en mantener relaciones con un hombre que no fuese su marido, eso era constitutivo de delito; sin embargo, si las mantenía con éste en contra de su voluntad, no había consecuencias y se entendía que el esposo no había infringido ningún tipo de disposición penal. La voluntad de la mujer era intrascendente, y su papel de esposa, sobre todo marcado por el deber legal de obediencia, la llevaban a tener que soportar lo que hoy sería considerado abuso o agresión, pues la violación dentro del matrimonio no estaba contemplada. No importaba el hecho, no importaba la voluntad, importaba el quién. Y la razón por la que importaba ese quién no era ni más ni menos que la más que mencionada sumisión de la mujer respecto a un marido que se convertía casi en su dueño tras recoger el testigo del padre.

Los delitos de estas características estaban profundamente influenciados, como avanzamos, por el concepto del honor, de la honra, siendo la mujer siempre ajena a la defensa real de esos bienes jurídicos. El caso de que hubiese rebaja en la pena si

el esposo acababa con la vida de su mujer y/o su «amante», ya es per se muy significativo: «si te engaña, no es tan descabellado que la mates», parece querer decir el legislador. Pero, además, la rebaja en los casos de «infanticidio honoris causa» del artículo 410 venía a expresar lo mismo: «si es por limpiar tu honor, seremos más comprensivos». La honra, la virtud y la pertenencia sexual de la mujer a su marido eran el leitmotiv de estos planteamientos legislativos. Pero llamativamente el honor que se protege no es el de la mujer, sino el del marido o de la familia. Ella siempre seguía teniendo un papel secundario incluso como damnificada.

En definitiva, el matrimonio estaba basado en la diferenciación de roles, la mujer cumplía la función de «ángel del hogar» con plena subordinación al varón.

Asimismo, otra cuestión que implicaba una injerencia del Estado y el Derecho Penal en la sexualidad femenina era la prohibición del aborto o del uso de métodos anticonceptivos. En un régimen, como decíamos, tan fuertemente atravesado por los postulados de la fe católica, la procreación era el eje, y lo que se desviase de eso, además de pecado, era delito.

Artículo 413:

«La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con la pena de prisión menor».

Artículo 415:

«El facultativo que, con abuso de su arte, causara aborto o cooperare a él, incurrirá en él grado máximo de las penas señaladas en los artículos anteriores y multa de 5.000 a 50.000 pesetas».

Artículo 416.5:

«Serán castigados con arresto mayor y multa de 1.000 a 25.000 pesetas, los que con relación a medicamentos, sustancias, objetos, instrumentos, aparatos, medios o procedimientos capaces de provocar o facilitar el aborto o de evitar la procreación, realicen cualquiera de los actos siguientes:

(...)

5. Cualquier género de propaganda anticonceptiva».

Como el Franquismo se mantuvo durante 40 años, es llamativo que planteamientos de este tipo siguiesen en vigor cuando en otras partes del mundo el sexo estaba en el centro de los análisis feministas, y cuando se debatía, no sólo sobre la libertad de la mujer como única persona que decide sobre su cuerpo, sino también sobre si las relaciones sexuales eran otra forma de sometimiento de la mujer al varón. España, enmarcada en un ordenamiento jurídico, podríamos decir que anacrónico, se convertía en una burbuja en materia de los derechos sexuales de la mujer al margen de otras partes del mundo. Mientras Kate Millet o Shulamith Firestone ponían la sexualidad en el centro del debate feminista, por ejemplo, nuestro país se caracterizaba porque la clandestinidad de ciertas prácticas eran la tónica dominante, pues estaban penalmente perseguidas.

De nuevo, y volviendo al inicio del planteamiento, es triste observar como la mujer de 1939, cuya situación se prolonga hasta el 1975, no dista tanto en estas cuestiones de la mujer de finales del XIX y principios del XX.

Asimismo, en el Código Penal de 1944 estaban regulados los llamados «delitos contra la honestidad», que eran lo que hoy conocemos como «delitos contra la libertad sexual». Resulta enormemente clarificador que este tipo de conductas delictivas sean vinculadas por el propio legislador penal a conceptos exclusivamente morales. El bien jurídico protegido, en tanto que la denominación elegida era «honestidad», no era la integridad física y la libertad sexual de la mujer, era el honor, y desgraciadamente, no tanto el suyo, como el de su familia o marido. Respecto a este tipo de ilícitos cabe también destacar la desproporción entre la conducta punible y la pena impuesta. Así, por ejemplo, los artículos 229 y 230 se refieren a la violación y los abusos deshonestos, respectivamente, y ambos eran castigados, únicamente, con pena de prisión menor. Los artículos 434 y siguientes están dedicados al estupro, cuya pena, como norma general, solía ser la prisión mayor y una multa que oscilaba entre las 1.000 y las 5.000 pesetas (artículo 436), salvo que el autor fuese autoridad pública, sacerdote, criado, tutor o maestro, en cuyo caso la pena se rebajaba, inexplicablemente, a prisión menor (artículo 434).

El Código Penal de 1944 fue objeto de varias reformas, destacando entre todas ellas la introducida por el Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el «texto revisado de 1963» del Código Penal, que suprimía el artículo 428 relativo al uxoricidio. En palabras de Iglesias Ussel y Ruiz-Rico, «el objetivo no es suprimir esa auténtica licencia para matar. Ésta es sólo la apariencia. En realidad, se trata de obtener el mismo resultado, pero a través de una vía diferente: se suprime el artículo 428 porque su finalidad se logra mediante el juego de los eximentes y atenuantes generales del ordenamiento penal».⁽¹³⁾

Finalmente, y ya como última cuestión a analizar en este apartado dedicado al Derecho Penal, nos gustaría cerrar con una cuestión que, lejos de aparecer en el propio Código, está omitida: la violencia física sobre la mujer. Y es que tampoco podemos obviar que uno de los aspectos que caracterizaron el Franquismo fue la aceptación del maltrato dentro del ámbito familiar, siendo éste considerado como algo que debía quedar recluido en el seno del hogar, y sobre lo cual las leyes no debían tener tratamiento específico. En lo que a esta cuestión se refiere, las mujeres debieron esperar demasiado tiempo para que tuviese dicho tratamiento específico.

VI. ÁMBITO EDUCATIVO (DERECHO A LA EDUCACIÓN)

A priori puede llamar la atención que junto a ramas perfectamente diferenciadas y definidas del ordenamiento jurídico como son el Derecho Civil, el Derecho del

(13) IGLESIAS DE USSEL, J. y RUIZ-RICO, J. J., "Mujer y Derecho", DURÁN, M. A. (ed.), *"Liberación y Utopía"*, Akal, Madrid, 1982, pág. 148.

Trabajo o el Derecho Penal, se encuentre un ámbito que no es una disciplina en sí misma, como sucede con el derecho a la educación. Esto sólo tiene una explicación: su importancia dentro de un contexto político y legal muy concreto. Y es que, a medida que se profundiza en la legislación franquista, se repara en que la educación y la instrucción, tanto del hombre como de la mujer, fueron aspectos en los que el régimen invirtió muchos esfuerzos, medios, y maquinaria legislativa. No obstante, y a pesar de esa dedicación, el despliegue en torno al derecho a la educación en el Franquismo no se concibió como el reconocimiento de un derecho consustancial a toda persona a ser instruida, sino como un mecanismo de propaganda y adoctrinamiento. Las escuelas y demás centros educativos eran fábricas de nuevos «buenos españoles», especialmente en el caso de las mujeres, quienes tenían sobre sus hombros el deber de educar a los hijos e hijas del régimen, y que debían hacerlo con sus ojos puestos en dos ideas muy concretas: patria y fe católica. He ahí la razón por la que la legislación en materia educativa tuvo, quizás, más repercusión de lo que podría esperarse (no obstante, téngase también en cuenta la necesidad de romper con el anterior modelo educativo).

Y es que, la llegada del Franquismo supuso para los centros de enseñanza un retroceso tremendo. A lo largo de la II República se había intentado instaurar un sistema educativo moderno basado en métodos pedagógicos innovadores. Esa escuela se caracterizaba por el laicismo y la igualdad, lo cual no casaba, en absoluto, con la España de 1939 que volvía a los viejos principios de la enseñanza⁽¹⁴⁾.

En el siglo XIX, un 71% de las mujeres españolas eran analfabetas⁽¹⁵⁾, cuestión que no era acometida por los poderes públicos con el compromiso y la implicación que este hecho merecía. Si bien es cierto que se aprobaron dos leyes educativas (la Ley Educativa de 21 de julio de 1838 y la Ley Reguladora de la Enseñanza de 1857, más conocida como «Ley Moyano»)⁽¹⁶⁾, la formación pública era exclusivamente masculina, y las mujeres que desearan estudiar debían hacerlo en centros privados, generalmente asociados a la Iglesia Católica⁽¹⁷⁾. Sin embargo, el Franquismo no iba a dejarse llevar por ese «tipo de España» semi analfabeta y, consciente de la importancia de la educación como instrumento para moldear personas bajo los parámetros del régimen, se tomó en serio la educación en general, y la de las mujeres en particular, habida cuenta de que, como acabamos de decir, éstas serían las madres del mañana y quienes deberían educar a los futuros españoles que hiciesen perdurar esa «reserva espiritual de Occidente».

(14) CEBREIROS IGLESIAS, A., "Entre la coerción y el control social. El paradigma de mujer franquista", PRADA RODRÍGUEZ, J. y DE JUANA LÓPEZ, J. (eds.), *Nuevas perspectivas en el estudio de la mujer durante el Franquismo*, Sílex, Madrid, 2017, pág. 234,235,236 y 297.

(15) VARELAN N., *Feminismo para principiantes*, Ed. Penguin Random House, Madrid, 2013, pág. 142.

(16) IMAZ ZABIAUR, L., "Superación de la incapacidad de la mujer casada para gestionar su propio patrimonio", *Mujeres y Derecho, pasado y presente, I Consejo multidisciplinar de Centro-Sección de Bizcaia de la Facultad de Derecho*, 2008, pág. 70.

(17) *Ibidem*.

La importancia que el Franquismo le dio a la educación fue tal, que de ahí las depuraciones que se llevaron a cabo con el personal docente de la II República, especialmente, con las maestras (pero ése es otro tema, tan extenso, en el que ni siquiera vamos a entrar, aunque mucho tiene que ver también con los derechos de la mujer).

Las principales leyes en materia de educación durante la dictadura franquista fueron las siguientes:

Decreto de 23 de diciembre de 1936, ratificado por la **Orden de 1 de mayo de 1939**. Como hemos visto en otros casos, el Franquismo comenzó a promulgar leyes antes incluso de que finalizase la guerra, y ése es el caso de este decreto y de esta orden. Se caracterizaban principalmente porque se prohibió la coeducación. Las escuelas volvían a estar segregadas por sexos, y los planes educativos no eran los mismos para niños que para niñas. Esto refleja, no sólo la moral puritana de la época, sino sobre todo que unas y otros serían educados de distinta manera, precisamente, para desempeñar diferentes roles, los cuales, obviamente correspondían a lo que el Estado esperaba de ellos. Además de la citada prohibición de la coeducación, también se caracterizaron por el fuerte carácter confesional que se le dio a la educación.

Asimismo, los currículos académicos hicieron una revisión de la historia de España centrada en determinados episodios o acontecimientos (considerados por el régimen como importantes hazañas), y en personajes históricos que se mostraban como grandes referentes para los alumnos y las alumnas. En el caso de las niñas, Isabel la Católica o Santa Teresa de Jesús eran los ideales enseñados.

Esto fue la primera piedra en un largo camino que se extendió durante cuarenta años, y que comenzaba a establecer un perfil de sistema de enseñanza basado en una unión de lo militar, lo político, lo religioso y lo educativo. Las aulas se llenaron de crucifijos y retratos de Franco, y en las escuelas los niños y niñas españoles aprendían, entre otras cosas, a cantar el «Cara al Sol».

No obstante, la gran reforma educativa del Franquismo fue la **ley de reforma de la segunda enseñanza, de 20 de septiembre de 1938**. Se caracterizó básicamente por dos cuestiones. En primer lugar, reforzó el patriotismo y el catolicismo inculcado desde los centros educativos. En segundo lugar, como su propio nombre indica, reforzó la segunda enseñanza con una idea básica: habida cuenta del sistema educativo español de la época, a este tipo de enseñanza accedían sólo determinado perfil de alumnos (especialmente), y alumnas, esto es, estaba orientada básicamente a «las clases directoras».

Al año siguiente, la **Orden de 5 de agosto de 1939**⁽¹⁸⁾ trajo consigo la protección de los centros públicos y la implantación de los centros de bachillerato en las

(18) CEBREIROS IGLESIAS, A., "Entre la coerción y el control social. El paradigma de mujer franquista", PRADA RODRÍGUEZ, J. y DE JUANA LÓPEZ, J. (eds.), *Nuevas perspectivas en el estudio de la mujer durante el Franquismo*, Sílex, Madrid, 2017, pág. 246.

capitales de provincia y otras grandes ciudades, que solían ser de carácter privado y, por supuesto, en manos de congregaciones religiosas. Estas medidas no hacen sino continuar con la senda iniciada en el 36. La preocupación del régimen por la enseñanza primaria, hasta el momento era escasa, pues todavía seguía vigente la Ley Moyano. A ésta accedían niños y niñas de cualquier estrato social, pero lo hacían de forma separada y con enseñanzas distintas. La normativa hasta ese momento se centraba, como estamos viendo, en regular la enseñanza secundaria, y se hizo con un claro sesgo de clase. Había que instruir a esas futuras madres, independientemente de su clase social, pero determinados niveles educativos no estaban pensados para todos y para todas.

La **Ley de 29 de julio de 1943 sobre la ordenación de la Universidad española** se caracterizó, en lo que a la mujer se refiere, porque no impedía el que ésta accediese a ninguna carrera: No obstante, a pesar de esa aparente libertad, lo cierto es que se fomentaba la elección de determinados estudios universitarios, con un componente sexista importante: «Las mujeres inteligentes aficionadas al estudio pueden optar por crearse un porvenir por una carrera universitaria, eligiendo ésta de acuerdo a sus aficiones. Las más indicadas para la mujer son Filosofía y Letras, y Farmacia». ⁽¹⁹⁾

A esta ley le siguió el **Decreto de 2de marzo de 1945 por el que se crea en Madrid un Instituto de Enseñanzas Profesionales de la Mujer**, que creo el *Instituto de Enseñanzas Profesionales de la Mujer*, «con un triple objetivo: formar al profesorado encargado de impartir enseñanzas profesionales, ser centro experimental en ese ámbito y orientar didáctica, técnica y artísticamente a todos los centros de enseñanzas de profesiones femeninas» ⁽²⁰⁾. Es tremendamente significativo que se hable de «profesiones femeninas».

Hasta 1945 no se promulgó una nueva **Ley sobre Enseñanza Primaria**. Viene a sustituir a la ya citada Ley Moyano, respecto a la cual no incluía grandes novedades, eso sí, tenía un componente tremendamente ideológico (muy en la línea de lo que se venía promoviendo): fe católica, patriotismo, educación segregada por sexos y el castellano como única lengua. Con este enfoque, esta ley contribuía a construir una sociedad muy autoritaria y tradicional.

En el caso de la educación femenina, se caracterizaba porque sus currículos no sólo contenían cuestiones puramente académicas, sino que también aprendían a coser, a bordar, a hacer punto de cruz, ganchillo o calceta, y otra serie de labores del hogar. Incluso en algunos casos (dependiendo del centro), recibían clases de baile, muy en esa línea de formarlas para ser las perfectas amas de casa

(19) CEBREIROS IGLESIAS, A., "Entre la coerción y el control social. El paradigma de mujer franquista", PRADA RODRÍGUEZ, J. y DE JUANA LÓPEZ, J. (eds.), *Nuevas perspectivas en el estudio de la mujer durante el Franquismo*, Sílex, Madrid, 2017, pág. 247.

(20) CEBREIROS IGLESIAS, A., "Entre la coerción y el control social. El paradigma de mujer franquista", PRADA RODRÍGUEZ, J. y DE JUANA LÓPEZ, J. (eds.), *Nuevas perspectivas en el estudio de la mujer durante el Franquismo*, Sílex, Madrid, 2017, pág. 247.

y esposas. Es más que evidente que este tipo de enseñanzas serían impensables en un centro masculino.

Esta ley también se caracterizó por la obligatoriedad de la enseñanza y por fomentar su gratuidad. No obstante, este enfoque no se debía a potenciar la igualdad y no discriminación por cuestiones económicas, sino a la idea de asegurarse que, en esa primera etapa de su educación, todas las niñas de este país recibiesen determinado tipo de enseñanzas totalmente teledirigidas.

Finalmente, se publicó, la **Ley bases de enseñanza media y profesional, de 16 de julio 1949**, la cual favoreció que aquellas mujeres que quisieran seguir estudiando lo hiciesen en ámbitos muy concretos. Dos años antes se publicaba, como acabamos de mencionar, una ley que permitía el acceso de la mujer a cualquier titulación universitaria. No obstante, también veíamos que se les intentaba dirigir hacia determinado perfil de carreras. Cabe destacar que, en esta época, algunas profesiones estaban vetadas para las mujeres, por lo que, por ejemplo, una joven que decidiese estudiar Derecho, estaba facultada para hacerlo, pero no podría ser juez o fiscal en el futuro.

En esa misma línea surge esta ley de bases, en la de enfocar académicamente a las mujeres hacia determinados sectores, y en este caso, se apostó, mayoritariamente, por el magisterio, aunque también por el secretariado.

Si tuviésemos que hacer un resumen de todo cuanto acabamos de desarrollar, podríamos decir que la legislación educativa en lo referente a la mujer se limitó a lo siguiente:

- La educación primaria sólo era importante como mecanismo para que todas fuesen instruidas en determinadas labores enfocadas a lo doméstico, y al margen de la educación recibida por los varones.
- Se reforzó la educación secundaria con un claro planteamiento machista y clasista: era un tipo de educación a la que sólo podían acceder determinado perfil de alumnos por cuestiones económicas, y en los hogares más modestos, de poder permitírsela con esfuerzos, probablemente serían los hijos varones los que disfrutarían de ella. Las dos cuestiones mencionadas ya nos sitúan en un lugar muy concreto: ya tenemos a las futuras amas de casa formadas, y la educación que abre las puertas de determinado tipo de profesiones está al alcance de hombres de familias pudientes, hombres de familias modestas (aunque con carácter más excepcional) y mujeres de familias pudientes (que luego se encontrarían con restricciones asociadas a su género).
- Aunque se levantan las litaciones a las mujeres para acceder a la educación universitaria, esto es un brindis al sol: habrá profesiones que no podrán desempeñar, están legalmente obligadas a abandonar su trabajo cuando contraigan matrimonio, las carreras que se les recomiendan tienen siempre un claro sesgo de servicio y no de dirección o gestión (es decir, roles de género), y de forma paralela se fomenta que opten por profesiones intermedias que tienen ese mismo sesgo (maestras o secretarias).

VII. CONCLUSIONES

En la parte introductoria exponíamos que la razón de ser de este trabajo era analizar hasta qué punto el Derecho era un elemento más al servicio del patriarcado, y para ello, tomábamos como hilo conductor el derecho franquista. La pregunta era simple, ¿puede el ordenamiento jurídico (en este caso el que emanaba del Franquismo) condicionar el modelo de mujer de una sociedad y moldearlo a su antojo? Parecía que la respuesta inicial era fácil: el Franquismo había sido un régimen dictatorial y militar que, por ende, tenía unas sólidas bases patriarcales. Si cualquier sistema es, por defecto, patriarcal por una cuestión de influencia social y machismo estructural (por mucho que éste aspire a fomentar la igualdad y el feminismo), qué no cabría decir de un régimen de las características del encabezado por Franco. ¿Puede haber algo más patriarcal que el orden militar? ¿Puede haber algo más patriarcal que un sistema tan tremendamente influenciado por la Iglesia Católica? ¿Puede haber algo más patriarcal que un régimen que se negaba a cortar lazos con planteamientos de siglos pasados?

Como decimos, la respuesta y las conclusiones parecían fáciles, pero eran considerablemente más profundas de lo que podría creerse a priori. Analizar la relación entre el Derecho franquista y la mujer, de repente, se nos descubría como un asunto con numerosas aristas.

En primer lugar, porque el régimen se aprovechó de ella, cuestión que ha quedado (o al menos eso esperamos) debidamente probada. La mujer, como colectivo, no era algo insignificante o neutro para el régimen, era un instrumento para conseguir la España que anhelaban. En segundo lugar, porque tener bajo control a la mitad de la población suponía ahorrarse ciertos problemas y fomentar la tranquilidad del sistema. En tercer lugar, porque los mecanismos para ese control eran numerosos y bien distintos. Y finalmente, porque aparte de la intención de sometimiento, había una función propagandística importantísima desde distintos espacios como, por ejemplo, la Sección Femenina.

La mujer era imprescindible en los planes del Franquismo: era la madre de los próximos españoles, y una forma de garantizar la esencia del régimen era controlándola, instruyéndola y reduciéndola a lo doméstico.

El matrimonio era un pilar esencial en la construcción del ideal que se buscaba, pues tenía un componente de servicio, sumisión y dedicación absoluta de la mujer al hombre. Ésta, como ya hemos dicho tantas veces, no era mujer a secas, era hija, esposa y madre. Su condición, en todos los ámbitos de su vida, venía determinada, no por ella misma, sino por un hombre o por el resultado de su relación con él.

El hecho de que estuviese reducida a su rol de ama de casa, si bien es un síntoma de machismo evidente, también tiene matices. El «ángel del hogar» sumiso, prácticamente incapaz en lo jurídico y con unas exigencias morales enormes, distaba, para mal, de otros estereotipos de mujer similares analizados por la Teoría Feminista. En *La Mística de la Femenidad*, Betty Friedam desarrolla el vacío de las mujeres como

meras amas de casa. La mujer española de los 60 no era esa mujer americana sin ambiciones y apática, porque tenía más inquietudes que las que el sistema le permitía tener. La mujer española de esa época y de los años previos, no sólo vivía, circunscrita al ámbito doméstico, sino que lo hacía de una forma mucho más preocupante: con una capacidad de obrar limitadísima; con una necesidad prácticamente constante de tener que ser autorizada por su marido; con menos derechos sobre sus hijos que su esposo, y eso a pesar de haber sido expresamente educada para ello; con un deber de obediencia de índole legal; con un derecho de libertad sexual frenado por normas penales; y con tantas y tantas cuestiones, propias de esos años y expuestas en este trabajo, que suponían que la mujer del Franquismo se encontrase, quizás, en los niveles más preocupantes de desigualdad de la Europa de esa época. España fue un Estado tan sumamente machista en lo político, en lo jurídico y en lo social hasta la muerte del dictador, que espanta. Hay preceptos legales aún vigentes en la década de los 70 que, inevitablemente, nos transportan a otro siglo.

Y lo peor de todo es que esa condición no era gratuita, sino que adolecía a un planteamiento de sociedad teledirigida en el que la mujer era una forma de perpetuar el tradicionalismo. Para ello se sirvieron de leyes, de instituciones religiosas y de instituciones laicas.

Sin embargo, a partir de 1975 las cosas cambiaron, y se inició un proceso de liberación de la mujer que llega hasta la actualidad, porque siglos y siglos de estructura patriarcal no se dinamitan de un día para otro.

Esperemos que ver lo que fuimos no hace tanto, nos ayude a saber lo que queremos y debemos ser. El Franquismo sometió a la mujer, pero es un referente del tipo de sociedad que ni queremos, ni debemos volver a reproducir.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- DURÁN, M. Á. (Coord.), *Liberación y Utopía*, Akal Editor, Madrid, 1981.
PRADA RODRÍGUEZ, J. y DE JUANA LÓPEZ, J. (eds.), *Nuevas perspectivas en el estudio de la mujer durante el Franquismo*, Sílex, Madrid, 2017.
VARELA, Nuria, *Feminismo para principiantes*, Penguin Random House, Barcelona, 2013.

1. Documentos

- ESPANY TOMÁS, M. J. «Aproximación histórica al principio de igualdad de género: el empleo femenino después de la guerra (II)», *Ius Labor*, Barcelona, 2007.
IMAZ ZABIAUR, L., «Superación de la incapacidad de la mujer casada para gestionar su propio patrimonio, *Mujeres y Derecho, pasado y presente*», I Consejo multidisciplinar de Centro-Sección de Bizcaia de la Facultad de Derecho, 2008.

MORAGA GARCÍA, M. A., «Notas sobre la situación jurídica de la Mujer en el Franquismo», Revista Feminismo/s, número 12, Instituto Universitario de Estudios de Género de la Universidad de Alicante, 2008.

OFER, I., «La legislación de género de la Sección Femenina de la FET: Acortando distancias entre la política de élite y la de masas», Revista Historia y Política, número 15, Madrid, 2006.

**EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS INMIGRANTES
LLEGADOS EN LA INFANCIA. COMPARATIVA DE LA
REGULACIÓN ESPAÑOLA Y ESTADOUNIDENSE**

**LEGAL REGIME OF IMMIGRANTS ARRIVED DURING
CHILDHOOD. COMPARISON OF SPANISH AND
U.S. LEGAL FRAMEWORK**

LAURA MONTES ROZAS

Graduada en Derecho por la Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. HACIA UNA NUEVA CATEGORÍA EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA COMPARADO
- II. DEFERRED ACTION FOR CHILDHOOD ARRIVALS ¿UN MODELO EXPORTABLE A ESPAÑA?
 - 1. **Antecedentes e implementación**
 - 2. **Requisitos para la sujeción**
 - 3. **Contenido y resultados**
 - 4. **La decisión de la Corte Suprema**
- III. INMIGRANTES LLEGADOS EN LA INFANCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE MENORES INMIGRANTES
 - 1. **Condición irregular desde la llegada**
 - 2. **Derechos reconocidos**
 - 2.1. Educación de menores
 - 2.2. Trabajo infantil
 - 3. **Devoluciones y expulsión**
- IV. INMIGRANTES LLEGADOS EN LA INFANCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE ADULTOS
 - 1. **Condición irregular en la permanencia como adulto**
 - 2. **Derechos reconocidos**
 - 2.1. Educación de adultos llegados en la infancia: la educación no obligatoria
 - 2.2. Trabajo de adultos llegados en la infancia y su configuración específica
 - 2.3. Sanidad

3. **Expulsiones y devoluciones**
- V. **REGLAS COMUNES: REGULARIZACIÓN Y ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD**
 1. **Vías de regularización. Arraigo y cancelación de expulsión**
 2. **Adquisición de la nacionalidad**
- VI. **CONCLUSIONES**
- VII. **BIBLIOGRAFÍA**

Resumen: Existe en Estados Unidos una figura en el régimen de extranjería que no se delimita en España, la de los extranjeros llegados en la infancia. Esta incluye a extranjeros sin residencia regular, tanto menores como mayores de edad, siempre que llegasen al país de residencia siendo niños. La normativa estadounidense les permite acceder a autorizaciones de residencia y trabajo, posibilidad inexistente en el ordenamiento español para el mismo tipo de personas, al menos a través de una norma específica. Aplicando las reglas generales que protegen a los extranjeros sin autorización de residencia en España se suple la carencia de esta figura, aunque con considerables diferencias entre mayores y menores de edad. A través de una comparativa de ambos regímenes de extranjería, en concreto de las normas aplicables a un llegado en la infancia, se examina la posible transposición de la figura a nuestro ordenamiento y la protección de dichos extranjeros en España.

Abstract: In the United States exists a figure in immigration law not delimited in Spain, alien childhood arrivals. This includes unlawfully present minors as well as adults, given they arrive as children. The law in the United States permits them access to work authorizations as well as residency, an option not recognised in the Spanish legal system, to the same classification of people, at least with a specific law. Based on general rules that protect unlawfully present aliens the figure's lack is supplemented, although there are remarkable differences between minors and adults. Through a comparison of both legal systems, especially referring to childhood arrival rules, a possible transposition of the figure to our legal framework is examined in addition to that of specific alien's protection.

Palabras clave: Menores, inmigrantes, residencia irregular, DACA.

Key words: Minors, aliens, undocumented, DACA.

Abreviaturas y acrónimos

CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos

CIE Centro de Internamiento de Extranjeros

DACA *Deferred Action for Childhood Arrivals*

DHS *Department of Homeland Security*

DUHD Declaración Universal de Derechos Humanos

INA *Immigration and Nationality Act*

LOEX Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España

MENA Menor Extranjero No Acompañado

PIDESC Pacto Internacional de Derechos económicos sociales y culturales

RLOEX Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000

UAC *Unaccompanied Alien Children*

USCIS *US Citizenship and Immigration Services*

I. INTRODUCCIÓN. HACIA UNA NUEVA CATEGORÍA EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA COMPARADO

La figura de inmigrantes llegados en la infancia, desconocida en nuestro derecho y, hasta hace poco, también en el estadounidense, hace referencia a los inmigrantes tanto mayores como menores de edad cuya circunstancia diferenciadora consiste en haber llegado al país de residencia en situación irregular, siendo menores de 18 años.

Se comparan aquí las distintas situaciones en las que se encontraría una persona que pudiese entrar en dicha categoría si lo hiciera en Estados Unidos o en nuestro país bajo la regulación actual. Para ello, en cada apartado se analizará la regulación en Estados Unidos, donde existe la normativa específica, aplicándose la general en las cuestiones no cubiertas por aquella, pasando después a la regulación española aplicable a la misma situación. Entraré a valorar los derechos reconocidos a estas personas, en su condición tanto de menores como de mayores de edad, con el objetivo último de visualizar las consecuencias de esta figura, la protección que brinda y el beneficio de su importación a nuestro ordenamiento. Y todo porque la situación en la que se encuentran estas personas, que pasan parte de su infancia y juventud en un Estado, pero no tienen residencia regular en él, es lo suficientemente independiente para otorgarles una categoría propia dentro del régimen de extranjería.

Parece recordar, la figura creada a través de la DACA, a una clase de migrante que sí se protege en nuestro ordenamiento, los menores extranjeros no acompañados⁽¹⁾. En ambos casos las personas llegan a un país del que no son nacionales durante su minoría de edad y sin autorización de residencia, pero mientras que un MENA entra en el país sin una persona que ostente su tutela, los llegados en la infancia lo hacen acompañados. Esta diferencia cristaliza en nuestro sistema en una protección delimitada para los MENA, de la que carecen los menores en situación irregular con progenitores, lo que se acentúa con el paso a la mayoría de edad al perder las garantías que se les reconocen por su condición de niños.

II. DEFERRED ACTION FOR CHILDHOOD ARRIVALS ¿UN MODELO EXPORTABLE A ESPAÑA?

1. Antecedentes e implementación

Deferred Action for Childhood Arrivals o DACA, por sus siglas en inglés, en español Acción Diferida para Llegados en la Infancia, es un programa anunciado por la

(1) El ordenamiento estadounidense tiene una figura análoga a esta bajo el nombre *Unaccompanied Alien Children* (UAC).

Secretaría de Seguridad Nacional (*Department of Homeland Security*) de Estados Unidos, el 15 de junio de 2012, bajo la presidencia de Barack Obama. Mediante esta se permite a personas en situación irregular llegadas a Estados Unidos cuando eran menores de edad y que además cumplen una serie de requisitos, pedir la consideración de la acción diferida durante dos años, sujeto a renovación. Esto significa que durante el periodo en el que la persona esté bajo la acción diferida no se le podrá expulsar del territorio y puede optar a una autorización de trabajo, considerando su presencia en el territorio como legal. Es importante resaltar que estar sujeto a la acción diferida no proporciona estatus legal, es decir, no se le trata como residente ni tiene un derecho subjetivo a que se le reconozca tal situación.

Los beneficiarios de DACA también son llamados «*dreamers*», pues el programa instaurado por Obama bebe de un proyecto de ley promovido en 2001, *Development, Relief and Education for Alien Minors* (DREAM) Act. Esta hubiera ofrecido a los llegados ilegalmente durante la infancia la posibilidad de obtener residencia legal permanente, pero nunca llegó a entrar en vigor⁽²⁾.

2. Requisitos para la sujeción

Para solicitar la acción diferida por primera vez, la persona interesada debe reunir los siguientes requisitos, que pueden clasificarse según versen sobre la edad, la estancia y situación en el territorio, la formación académica y los antecedentes penales.

Respecto a los requisitos de edad, el solicitante tenía que ser menor de 31 años cuando se estableció el programa, es decir, el 15 de junio de 2012, debe haber llegado a Estados Unidos antes de cumplir los 16 años y tener al menos 15 en el momento de presentar la solicitud. No obstante, si el solicitante está incurso en un proceso de deportación o en una orden de salida voluntaria, siempre que no esté en un centro de detención de inmigrantes, podrá presentar la solicitud siendo menor de 15 años.

En lo que respecta a requisitos de estancia y situación en el territorio, el solicitante debería haber residido continuamente en Estados Unidos desde el 15 de junio de 2007, tener presencia en Estados Unidos el 15 de junio de 2012 y al momento de presentar la solicitud y no tener estatus legal el 15 de junio de 2012, bien porque nunca lo tuvo, bien porque la autorización que tenía había vencido. Este requisito viene a exigir una residencia mínima continuada de 5 años (desde 2007 hasta 2012), pero por la redacción que se le ha dado imposibilita acogerse al programa a aquellas personas que, aun habiendo residido 5 o más años en Estados Unidos, entrasen posteriormente a 2007. Por tanto, manejando ambos tipos de requisitos, podría quedar sujeta a la acción diferida una persona que habiendo nacido en 1994 entrase al país en 2005, ilegal o legalmente, en este último caso, si después, pero antes de 2012, hubiese perdido el estatus legal.

(2) Fuente: Waters J. "What is DACA and who are the Dreamers?" *The Guardian* 18 de septiembre de 2017.

También existen unos requisitos sobre formación académica, como son encontrarse cursando estudios básicos, haberse graduado u obtenido un certificado de finalización de secundaria, un Certificado de Desarrollo de Educación General, o ser veterano con licenciamiento honorable de la Guardia Costera o las Fuerzas Armadas. Finalmente se exigen unos requisitos sobre antecedentes penales, pues el solicitante no puede haber sido condenado por un delito grave, delito menor significativo, o tres o más delitos menores⁽³⁾, ni debe considerársele una amenaza para la seguridad pública.

Deben presentar los documentos que evidencien que cumple con los requisitos necesarios, para lo que se acepta entre otros, pasaportes de otros Estados, certificados de nacimiento, expedientes escolares etc. Deben completarse dos formularios (Formulario I-821D, denominado Consideración de Acción Diferida para los Llegados en la Infancia, Formulario I-765, Solicitud de Autorización de Empleo) y una hoja de trabajo requerida (Formulario I-765 Hoja de Trabajo). Tras el abono de tarifas correspondientes (que asciende a 465\$) el solicitante debe personarse en un Centro de Asistencia en Solicitudes para la toma de fotografías y huellas dactilares.

La decisión de otorgamiento de la acción diferida es discrecional, y su denegación no es susceptible de apelación o recurso para reabrir el caso. Únicamente puede solicitarse una revisión del proceso por errores administrativos en el mismo. Respecto a la situación de la persona en su caso, seguiría teniendo un estatus ilegal, siendo susceptible de devolución. No obstante, USCIS únicamente remitirá los datos del solicitante al Servicio de Inmigración y Control de Aduanas (ICE) si involucra un delito o fraude. La solicitud de renovación puede presentarse en el plazo de 120 días antes de la fecha de caducidad, si además de reunir los requisitos iniciales para su concesión, el solicitante no ha salido de territorio estadounidense.

La categoría de llegado en la infancia podría encajar como un tipo de regularización por arraigo similar a las ya contempladas en el artículo 124 del Reglamento de Extranjería, una en la que los requisitos exigidos se basaran en la entrada siendo menor y un periodo mínimo de residencia. No obstante, el periodo de cinco años en nuestro país sería excesivo, pues para la regularización por arraigo laboral o social se exigen 2 o 3 respectivamente, de modo que en este caso no podría ser mayor. También podría incluirse esta figura en el sentido de una excepción a la necesidad del permiso de trabajo, muy similar a la ya recogida en el artículo 41.1 j) de la Ley.

3. Contenido y resultados

Lo más importante a reseñar del contenido de este programa es que en ningún caso otorga a sus beneficiarios un estatus legal en el país. Es una opción de la administración

(3) Una ofensa menor de tráfico no será considerada un delito menor para propósitos de DACA. Sin embargo, conducir en estado de embriaguez es un delito menor significativo independientemente de la sentencia. Un delito menor significativo es aquel con una pena máxima inferior o igual a 1 año de prisión si se trata de violencia doméstica, abuso sexual, posesión ilegal de armas o tráfico de drogas, así como fuera de estos los castigados con una custodia superior a 90 días.

de no expulsar del territorio estadounidense a la persona que lo ostente durante un periodo de dos años, renovable, pero ello no implica que su presencia pase a ser legal. Pues si bien no puede ser expulsado, lo cierto es que esa garantía puede dejar de renovársele y se le priva, o no se le otorgan, derechos sí reconocidos a extranjeros con residencia regular. A pesar de que en muchos aspectos se le considera un inmigrante indocumentado, la DACA da dos beneficios principales: la seguridad de no ser expulsado y el derecho al trabajo, acompañado a su vez, como se verá más tarde, de derechos accesorios. A esto habría que sumarle el contenido que le añaden las legislaciones de cada estado, pues algunos reconocen beneficios en el acceso a la educación superior o protección social, especialmente en materia sanitaria.

De acuerdo con un informe realizado por USCIS, en septiembre de 2019 había aproximadamente un total de 652.880 personas con autorización de residencia por DACA vigente y 25.990 pendientes de renovación⁽⁴⁾. Este número es significativamente más bajo que el 1.3 millones de personas que se calcula podrían estar sujetos al programa DACA por reunir los requisitos⁽⁵⁾. En una encuesta⁽⁶⁾ realizada por Tom K. Wong, profesor de la Universidad de California, San Diego, se observó que tras adquirir la protección de DACA el 54% de los solicitantes menores de 25 años adquirieron su primer trabajo, el 69% pudo independizarse y el 70.8% ayudó económicamente a su familia. La media de edad de los encuestados era de 25 años y llegaron al país a los 6. Los resultados de esta investigación ponen de manifiesto que el programa efectivamente ayuda al progreso y seguridad de las personas sometidas al mismo, así como la cantidad de tiempo en la que han sido residentes en un país que les sigue considerando inmigrantes ilegales.

4. La decisión de la Corte Suprema

El 5 de septiembre de 2017 se anunció por el gobierno de D. Trump que se rescindía la política de Acción Diferida establecida por la administración Obama. La rescisión se basaba en dos fuentes: una recomendación del Abogado General y el caso *Texas v. United States*⁽⁷⁾. En base a estas dos decisiones se plantearon en distintos casos la legalidad de la Acción Diferida y a la vez también se plantaron sobre la legalidad de

(4) Fuente: https://www.uscis.gov/sites/default/files/USCIS/Resources/Reports%20and%20Studies/Immigration%20Forms%20Data/All%20Form%20Types/DACA/DACA_Population_Receipts_since_Injunction_Sep_30_2019.pdf.

(5) Fuente: Migration Policy Institute, DACA data tools.

(6) Fuente: https://cdn.americanprogress.org/content/uploads/2017/11/02125251/2017_DACA_study_economic_report_updated.pdf.

(7) La recomendación del Abogado General consideraba la Acción Diferida un ejercicio inconstitucional de la autoridad del poder ejecutivo, pues excedía del poder concedido a este. Por otra parte, en el caso *Texas v. United States* (2016), el estado de Texas sostenía que una iniciativa de la administración Obama violaba la Ley de Procedimiento Administrativo y, a pesar de que en este caso no se impugnaba la DACA como tal, la Secretaria de Seguridad Nacional consideró que también afectaba a la legalidad del programa.. Fuente: <https://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1702122.html>.

la rescisión del programa. Las cuestiones que se planteaban en torno a la legalidad de DACA eran básicamente si el ejecutivo había violado las restricciones de la ley sobre Inmigración y Nacionalidad (INA) o el deber constitucional del cuidado debido (artículo 2 de la Constitución) en la ejecución de dicha ley al paralizar la expulsión y permitir la estancia de personas que contravienen la normativa.

La cuestión sobre la legalidad de DACA y la facultad del ejecutivo de rescindir el programa se encontraban ante la Corte Suprema, hasta el pasado 18 de junio de 2020, cuando la Corte consideró que la decisión de rescindir el programa era ilegal y por tanto, este sigue en funcionamiento. La Corte decretó que rescindir la acción es una posibilidad del ejecutivo, pero para ello debe seguir los procedimientos establecidos en la ley, lo que no se había hecho.

III. INMIGRANTES LLEGADOS EN LA INFANCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE MENORES INMIGRANTES

1. Condición irregular desde la llegada

A pesar de la protección que se le debe brindar a un menor por su edad, lo que en nuestro Estado se refleja en el principio de interés superior del menor⁽⁸⁾, lo cierto es que la condición más determinante de un menor migrante, su regularidad o irregularidad, es una herencia de sus progenitores. De acuerdo con la regulación actual española, los menores extranjeros ostentan la misma condición, en lo que respecta a su residencia, que sus progenitores. Así, dispone el artículo 185 del Reglamento de Extranjería que los hijos de residentes nacidos en España adquieren la residencia que ostenten sus padres. Un sistema similar existe en Estados Unidos, donde los hijos de un residente permanente pueden optar a adquirir dicha condición (Sección 203 apartado a.INA). Esta protección otorgada a los descendientes de extranjeros con residencia regular desaparece en los casos de hijos de extranjeros sin autorización de residencia. Tanto los menores nacidos de personas en situación irregular (a excepción de los casos en los que fuera de aplicación el *ius soli*)⁽⁹⁾, como los menores

(8) Este principio aparece recogido, así mismo, en instrumentos supranacionales de los que es parte España, tanto el Convenio sobre derechos del niño (artículo 3: "*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*"), como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en su artículo 24: "*el interés superior del niño constituirá una consideración primordial*").

(9) En nuestro Estado, al contrario que en Estados Unidos, no se adquiere la nacionalidad por *ius soli*, por el mero hecho de nacer en el territorio salvo en dos excepciones. Sí se adquiere para prevenir la apatridia si de otro modo el menor no tuviese ninguna otra nacionalidad (artículo 17.1 c del Código Civil) y se otorga igualmente cuando se trata de un *ius soli* reforzado, el menor y uno de sus progenitores han nacido en España (art. 17.1 b del Código Civil). Un menor nacido en Estados Unidos nunca podrá ser inmigrante en situación irregular, lo que sí puede suceder en España si adquiere la nacionalidad y consecuentemente la situación administrativa de sus progenitores.

que migren con sus padres sin autorización de residencia, se encontrarían en nuestro país en situación irregular.

2. Derechos reconocidos

2.1. Educación de menores

Los Llegados en la infancia como menores de edad tienen derecho a una educación gratuita en Estados Unidos y en España. A esta conclusión se llega analizando las normativas estatales, especialmente la referida a los inmigrantes en situación irregular desde una perspectiva de menores, como paso a detallar.

Son varios los convenios internacionales que reconocen este derecho a todas las personas, entre ellos la DUDH en su artículo 26, y el PIDESC en el artículo 13, convenios de los que son partes ambos Estados. En el ámbito más específico de menores, la Convención sobre los derechos del niño (tratado no ratificado por Estados Unidos) reconoce este derecho en condiciones de igualdad, la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria y la accesibilidad a la superior⁽¹⁰⁾.

Pasando a analizar normativa nacional, es necesario señalar que la educación no es un derecho fundamental en Estados Unidos, pues no se protege en la Constitución (caso *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 1973)⁽¹¹⁾. Sin embargo, la enseñanza primaria y secundaria se reconoce a inmigrantes sin documentación, como se estableció por la Corte Suprema en el caso *Plyler v. Doe*⁽¹²⁾ en 1982. Decreta la sentencia que los menores indocumentados tienen derecho, o incluso obligación, a acceder a los colegios públicos en las mismas condiciones que los ciudadanos estadounidenses y los residentes con residencia legal. El fundamento es el principio de igualdad, recogido en la sección primera de la decimocuarta enmienda de la Constitución.

En España es el artículo 27.1 de la Constitución el que configura el derecho a la educación como un derecho fundamental, lo que no sucede en Estados Unidos y lo reconoce además a «todas las personas», lo que ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional (Sentencia 236/2007 de 7 de noviembre (RTC 2007, 236)) de modo que se extiende a cualquier extranjero sin restricciones por la condición legal o no de su residencia. En este sentido, el artículo 9 de la Ley de Extranjería reconoce el derecho a la educación a los menores independientemente de su situación administrativa. En la misma sentencia se consideró que el derecho a la educación no solo incluía la obligatoria, también se mantenía en la educación superior, siempre que se tratase de un menor⁽¹³⁾.

(10) Fuente: Páginas web de UNICEF y UN.

(11) Fuente de consulta de la sentencia: <https://www.oyez.org/cases/1972/71-1332>.

(12) Fuente de consulta de la sentencia: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/access-education-rule-law>.

(13) En lo que respecta al acceso a becas y ayudas, tal derecho está garantizado para los inmigrantes, con residencia regular o sin ella, menores de edad que cursen estudios obligatorios o postobligatorios (artículo 9.1 LOEX) en la misma condición que los españoles.

2.2. Trabajo infantil

Fue uno de los objetivos principales de la Organización Internacional del Trabajo la eliminación del trabajo infantil, es por esto que, al referirme a trabajo en el caso de menores de edad se debe entender al que pueden realizar una vez alcanzada la edad mínima de trabajo, en España 16 años, mientras que en Estados Unidos 14 años⁽¹⁴⁾ a nivel federal, sin perjuicio de que los estados fijen edades mínimas superiores.

En Estados Unidos, mediante la DACA puede obtenerse una autorización de trabajo, lo que permitiría a los menores de 18 años sujetos a este programa desarrollar una actividad profesional de manera legal. Como ya se expuso, para solicitar la acción es necesario tener al menos 15 años, de modo que a partir de entonces podrían trabajar.

Para trabajar en España los extranjeros mayores de 16 años deben ser titulares de una autorización administrativa, pues así lo dispone el artículo 36.1 de la LOEX. Cuestión distinta es la de los MENAS que pasan a ser tutelados por la administración pues el artículo 40.1 de la misma ley exime a estos menores del análisis de la situación nacional de empleo para acceder a un puesto de trabajo. A raíz de la reciente Instrucción 1/2020 de la Secretaría de Estado de Migraciones, la autorización de residencia otorgada a un MENA habilitará para el trabajo por cuenta ajena, una vez alcanzada la edad legal para trabajar, sin necesidad de ningún otro trámite⁽¹⁵⁾.

3. Devoluciones y expulsión

Los llegados en la infancia en Estados Unidos están protegidos de la expulsión por el programa DACA, pues si no fuera por esta protección, podrían ser expulsados como dispone la sección 237 INA. De ser localizados en la frontera y ser nacionales de Estados vecinos (México o Canadá) son sujetos de un retorno voluntario, mientras que si son nacionales de otros países son puestos a disposición de la Oficina de Reasentamiento de Refugiados. Si son localizados en el interior del Estado, se abre un procedimiento de expulsión ante un juez de inmigración en el que toman parte el menor (con derecho a abogado) y USCIS⁽¹⁶⁾.

Al no haber un programa que otorgue una exclusión a la expulsión por haber llegado al país durante la infancia, en España, estos niños podrían ser expulsados con las particularidades que su condición de menor requiere⁽¹⁷⁾. Si están

(14) Base jurídica: Estatuto de los trabajadores artículo 6 para España, Fair Labor Standards Act para Estados Unidos.

(15) Fuente: Instrucción 1/2020 de la Secretaría de Estado de Migraciones por la que se habilita a trabajar a menores extranjeros en edad laboral.

(16) Fuentes: Web de USCIS, y <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/deportation-removal-proceedings-immigration-court>.

(17) Dispone la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular que "al

acompañados por sus tutores, también en situación irregular, la expulsión del menor sería conjunta con la del progenitor para velar por la unidad familiar, lo que plantearía el problema del internamiento. Y esto porque el artículo 62 de la Ley de Extranjería en su apartado cuarto dispone que los menores no pueden ingresar en un centro de internamiento excepto en situaciones excepcionales. El internamiento de los menores sería posible de acuerdo con lo establecido en el artículo 62 bis 1. i) en el que se reconoce el derecho a los inmigrantes internados en el CIE a tener en su compañía a sus hijos menores siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente de la medida y existan módulos en el centro que garanticen la unidad e intimidad familiar. El artículo 7.3, del Reglamento de funcionamiento de los CIES, en el que se garantizaba la unidad familiar «en la medida de lo posible», se ha declarado inaplicable por el Tribunal Supremo en la sentencia de 10 de febrero de 2015, al considerarlo contrario a la Directiva Europea 2008/115, que en su artículo 17.2, reconoce el derecho de las familias internadas a que se les facilite alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad⁽¹⁸⁾. El TEDH, por otra parte, se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el internamiento de menores, entendiendo que realizar el mismo en condiciones idénticas a las de un adulto es un trato inhumano contrario al artículo 3 del CEDH⁽¹⁹⁾.

IV. INMIGRANTES LLEGADOS EN LA INFANCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE ADULTOS

1. Condición irregular en la permanencia como adulto

La condición de irregular se mantiene al alcanzar la mayoría de edad. Esto es, tanto en la legislación española como en la estadounidense, el cambio de condición de menor a mayor de edad no supone un cambio en la legalidad de la estancia, pues a pesar de existir vías de regularización o cambios de estatus en ambos países estos dependen de factores distintos a la edad y suelen requerir haber entrado legalmente en el Estado⁽²⁰⁾. Por tanto, una persona que ha entrado ilegalmente en el país siendo

aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta: el interés superior del niño” (artículo 5).

(18) Respecto a normativa europea también se puede mencionar las Directrices sobre el retorno forzado adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (2005). En la directriz 11, por ejemplo, se reconoce la obligación de garantizar al menor su derecho a la educación si el internamiento se prolonga.

(19) Así, en los casos Kanagaratnam y otros c. Bélgica, Muskhadzhieva y otros c. Bélgica, Mahmundi y otros c. Grecia, el Tribunal consideró que el internamiento de varios menores extranjeros junto a sus progenitores en centros de internamiento de adultos, vulneraba dicho artículo. Fuente: Bollo Arocena M.D. *Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo* Thomson Reuters Aranzadi, 2016 páginas 198 a 204.

(20) Base jurídica: Sección 240A INA para Estados Unidos y artículos 31 y 31 bis LOEX para España.

un menor, seguirá teniendo una residencia irregular al alcanzar la mayoría de edad⁽²¹⁾. Hay que incluir también, en el caso de España, a las personas que habiendo nacido en el país y teniendo su residencia habitual en territorio español, nunca adquirieron residencia regular. Al mantener la situación de irregularidad, pero haber perdido la protección que les otorgaba la condición de menores, los llegados en la infancia sufren una pérdida de derechos y garantías en ambos países.

2. Derechos reconocidos

2.1. Educación de adultos llegados en la infancia: la educación no obligatoria

Como se ha mencionado, la educación primaria es un derecho reconocido a toda persona en ambos sistemas, con estatus legal o no, lo que no sucede en la universitaria. Efectivamente, es la ausencia de prohibiciones y no el reconocimiento de derechos lo que permite a los llegados en la infancia acceder a la educación superior.

En el caso de Estados Unidos, no hay ninguna ley a nivel nacional que prohíba a los inmigrantes indocumentados inscribirse en universidades⁽²²⁾, pero sí hay regulación diversa a nivel de cada estado respecto a la cuantía de la matrícula. Esta, en términos generales, varía en función de si el estudiante reside en el estado (*in state tuition*) o proviene de otro (*out state tuition*), incluyéndose los estudiantes internacionales en este último grupo, con un coste anual superior⁽²³⁾. Por tanto, como regla general, los inmigrantes indocumentados, incluidos DACA, podrán acudir a la universidad, pero deberán pagar por ella como estudiantes extranjeros⁽²⁴⁾.

En lo que respecta a España, la educación superior para mayores de edad en situación irregular, entre ellos el acceso a la universidad, no tiene previsiones expresas en la LOEX. Atendiendo a la Ley de Educación actual (Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo), la única mención al respecto es en la disposición adicional decimonovena que

(21) Caso distinto es el de los MENAS. Si estuvieron bajo la tutela o guarda de un servicio de protección de menores pueden optar a una autorización temporal de residencia y trabajo. Esta posibilidad la contempla el Reglamento de Extranjería en su artículo 198. Si, por el contrario, el menor no acompañado ya hubiera sido tutelado durante su infancia de una autorización de residencia simplemente podrán solicitar la renovación de esta.

(22) Alabama y South Carolina son los únicos estados que explícitamente prohíben a los inmigrantes indocumentados acceder a educación superior. Fuente: <https://www.ncsl.org/research/education/undocumented-student-tuition-overview.aspx>.

(23) El coste medio de un año universitario en Estados Unidos para el curso 2019-2020 fue, para los estudiantes del propio estado de 21,950 dólares, mientras que para los estudiantes de un estado distinto llegaba a los 38,330 dólares. Fuente: Educationdata.org, *Average Cost of College and Tuition*.

(24) Dieciocho estados (California, Colorado, Connecticut, Florida, Illinois, Kansas, Maryland, Minnesota, Nebraska, New Jersey, New Mexico, New York, Oklahoma, Oregon, Texas, Utah, Washington y Wisconsin) y el Distrito de Columbia han aprobado leyes que permiten acceder a la educación universitaria como residentes del propio estado a ciertos inmigrantes indocumentados. Fuente: <https://www.ncsl.org/research/education/undocumented-student-tuition-overview.aspx>

establece para el alumnado extranjero que su escolarización se realizará conforme a lo dispuesto por la LOEX. Esta doble remisión no da respuesta a la cuestión, aunque acudiendo a la sentencia del Tribunal Constitucional 155/2015, de 9 de julio (RTC 2015, 155), el tribunal interpretó que, si bien el artículo 9.2 no reconoce expresamente un derecho a la educación para los extranjeros mayores de edad, tampoco lo excluye, pues en tal caso el precepto sería contrario al artículo 27 CE «por negar de manera incondicionada el ejercicio de un derecho fundamental» (fundamento sexto)⁽²⁵⁾. Por tanto, no hay un reconocimiento en la Ley de Educación del derecho a educación superior para extranjeros con residencia irregular, y aunque el tribunal ha interpretado la norma de modo que no se puede negar el acceso de forma incondicional, es la legislación educativa la que podría establecer límites.

El acceso a la universidad está permitido para los llegados en la infancia en ambos países, aunque como regla general tienen una barrera económica mayor que los residentes legales o los propios nacionales. Recordemos que en nuestro país el acceso a ayudas al estudio está reservado a migrantes con residencia regular (art. 9.2 LOEX), mientras que en Estados Unidos diversos estados permiten acceder a las mismas a los beneficiarios de DACA⁽²⁶⁾. Aquí la Acción Diferida demuestra una de sus principales ventajas, no solo por los beneficios estatales o privados reconocidos, sino por la posibilidad de sus titulares de trabajar legalmente, lo que les permitiría financiar sus estudios.

2.2. Trabajo de adultos llegados en la infancia y su configuración específica

En el acceso al trabajo para los llegados en la infancia desde la perspectiva de adultos ocurre algo similar a lo que sucedía en los menores. Es el programa de la Acción Diferida lo que permite a estas personas trabajar en Estados Unidos, mientras que, en España, al no delimitarse esta figura, quedarían incluidas en la regla general aplicable a cualquier inmigrante con residencia irregular.

En Estados Unidos es la sección 274A INA la que prohíbe a cualquier persona física o jurídica, incluida entidades públicas, contratar a un inmigrante sin autorización de trabajo. La posibilidad de trabajar en territorio estadounidense de los extranjeros suele estar ligada a una tarjeta de residencia permanente o a un visado que contemple una autorización de empleo⁽²⁷⁾. Con la concesión de DACA suele acompañarse una autorización de trabajo, lo que permite a las personas sujetas a este programa adquirir un empleo.

En España, igualmente, poder desarrollar un trabajo está condicionado a tener autorización de residencia y trabajo, así como acceder al sistema de Seguridad

(25) Fuente: http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/24542#complete_resolucion&fundamentos.

(26) Por ejemplo, la Universidad de Oberlin (Ohio) permite a las personas sujetas al programa DACA acceder al sistema de becas de su institución, incluso si posteriormente pierden tal condición. Fuente: Oberlin.edu.

(27) Fuente: <https://www.uscis.gov/working-united-states> y página web de U.S. Department of Labor

Social, según lo dispuesto en el artículo 10.1 LOEX⁽²⁸⁾. El único modo que tendrían los llegados en la infancia en España para adquirir una autorización de trabajo sería mediante la vía de regularización por arraigo laboral o social que está condicionada a unos periodos mínimos de residencia y a un contrato de trabajo de duración mínima (6 meses o 1 año).

Por tanto, un llegado en la infancia, una vez alcanzada la mayoría de edad, podrá trabajar en Estados Unidos si ha adquirido la autorización DACA, mientras que en España no tendría opción de acceder legalmente a un puesto de trabajo. Por otro lado, ambos sistemas coinciden en que la irregularidad de la residencia no impide el nacimiento del contrato, lo que obliga a la protección de los derechos de la parte trabajadora.

2.3. Sanidad

No existe en Estados Unidos un sistema de sanidad universal, ni un derecho constitucional al acceso al mismo, lo que si se contempla en nuestra Constitución (artículo 43). Así, el coste del servicio médico en Norteamérica es asumido tanto por fondos públicos como privados⁽²⁹⁾, siendo estos últimos los mayoritarios. Hay programas sustentados por el gobierno como Medicare y Medicaid, destinados para familias con pocos recursos, aunque quedan fuera de estos programas los inmigrantes sin documentación, sin especialidades en DACA. La falta de acceso a los programas públicos o seguros de bajo coste deja como única opción el pago directo de un plan de salud privado, generalmente de altísimo coste⁽³⁰⁾. Sin embargo, las leyes de cada estado pueden contemplar la posibilidad de otorgar cobertura sanitaria a menores inmigrantes independientemente de su estatus, en lo que se incluirían los DACA durante su minoría de edad. Así lo han hecho California y el estado de Nueva York, entre otros⁽³¹⁾.

Por el contrario, en España existe un Sistema Nacional de Salud que cubre, tal como dispone la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en su artículo ter, la asistencia sanitaria a las personas que encontrándose en España no tengan residencia regular, es decir, para los extranjeros sin autorización de residencia. Es aquí donde se incluiría la protección para los llegados en la infancia, menores o mayores de edad, en cuanto inmigrantes con residencia irregular.

(28) En este sentido, la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009, en su artículo 1 "*prohíbe el empleo de nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular con el fin de combatir la inmigración clandestina* " y establece sanciones para los empleadores que lo hagan.

(29) Fuente: Department for professional employees "The U.S. Health Care System: An International Perspective".

(30) Fuente: <https://neguse.house.gov/imo/media/doc/Update%20DACA%20FAQ.pdf>.

(31) Fuente: <https://www.nilc.org/issues/health-care/healthcoveragemaps/>.

En el caso de la sanidad la diferencia entre países es muy notable, aunque no solo difiere en situaciones de extranjería. Mientras que en Estados Unidos se niega asistencia sanitaria a los inmigrantes sin documentación, entre los que se incluyen los llegados en la infancia, en España se reconoce para todos, llegados en la infancia o no e independientemente de su edad.

3. Expulsiones y devoluciones

Mediante el programa DACA, los llegados en la infancia en Estados Unidos están protegidos de la expulsión aún después de alcanzar la mayoría de edad. En España, sin embargo, no hay una protección determinada para esta categoría de extranjeros, de modo que si no tienen una autorización de residencia pueden ser expulsados como inmigrantes irregulares⁽³²⁾, sin especialidad por la edad en el momento de entrar en el país.

Es importante recordar que los nacidos en Estados Unidos, incluso de progenitores en situación irregular, no pueden ser deportados pues adquieren la nacionalidad, mientras que en España sí podían ser expulsados aun habiendo nacido en territorio español. La única excepción a esta regla es la contemplada en el artículo 57.5 LOEX, pues no podrán ser expulsados «*los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años*», para lo que se exige de igual manera un mínimo periodo de residencia regular.

V. REGLAS COMUNES: REGULARIZACIÓN Y ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD

1. Vías de regularización. Arraigo y cancelación de expulsión

En este apartado se analizan dos figuras que tienen ciertas similitudes, vías excepcionales para regularizar la situación de extranjería que tienen como base una exigencia mínima de residencia en el territorio y vinculación con el mismo: la cancelación de expulsión en Estados Unidos y la regularización por arraigo en España.

La cancelación de expulsión (*Cancellation of Removal*) se contempla en la sección 240A INA y consiste en un procedimiento por el que un inmigrante con entrada y residencia irregular que esté incurso en un expediente de expulsión puede obtener, excepcionalmente, una autorización de residencia. Para ello deberá haber residido al menos 10 años en Estados Unidos, ser una persona de buena moral, no haber cometido infracciones y probar que su expulsión perjudicaría gravemente a

(32) La expulsión del territorio es una medida contemplada en el artículo 57 LOEX para aquellos casos en los que el extranjero haya cometido una conducta tipificada como muy grave (art. 54) o grave (las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del art. 53.1), entre ellas encontrarse irregularmente en el territorio.

sus familiares, residentes permanentes o ciudadanos. No hay normativa federal ni estatal que de algún modo facilite este mecanismo para los beneficiarios de DACA.

Aunque existen similitudes entre el mecanismo estadounidense y la regularización por arraigo en España, existe una diferencia fundamental entre ambos, pues en España no es necesario que una persona extranjera se encuentre inmersa en un proceso de expulsión para solicitarla. Esta vía de regularización se regula en los artículos 31.3 LOEX y 124 del Reglamento y se contemplan tres tipos de arraigo: el laboral, el social y el familiar. Para acceder al primero debe acreditarse una residencia mínima continuada de 2 años, además de relaciones laborales superiores a 6 meses. Para optar por el arraigo social debe acreditar una residencia mínima mayor, de 3 años, y a su vez carecer de antecedentes, tener vínculos familiares con extranjeros residentes o presentar un informe de arraigo social⁽³³⁾ y contar con contrato de trabajo superior al año. El último arraigo, el familiar, es al que pueden optar los progenitores de un nacional español menor de edad o los hijos de españoles que hubieran perdido la nacionalidad.

Debe hacerse mención a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 de mayo de 2018⁽³⁴⁾, que concede el arraigo social sin contrato de trabajo. Así la recurrente, de 18 años, había solicitado autorización de residencia temporal por arraigo, para lo que adjuntaba el informe favorable emitido por el Gobierno Vasco en el que se recomendaba la exención del requisito del contrato y el TSJ concede la residencia con base en la suficiencia de recursos económicos. Este caso podría ser perfectamente aplicable a los llegados en la infancia, que podrían adquirir la residencia regular sin la necesidad de presentar un contrato, el requisito más difícil de cumplir debido, precisamente, a su situación irregular.

El proceso de una persona llegada en la infancia hasta la regularización de su situación es largo en ambos países. Aunque las vías de regularización son escasas, la legislación española ofrece un régimen más asequible, debido a que no se trata de un mecanismo para «frenar» la expulsión, sino de una opción para regularizar el estatus y porque los periodos de estancia en el territorio son menores que en Estados Unidos.

2. Adquisición de la nacionalidad

Si estudiamos el caso de una persona que ha vivido desde su infancia en un Estado y pretende seguir haciéndolo, tenemos que mencionar también las vías que tiene para adquirir la nacionalidad en el mismo. Para los llegados en la infancia se deben

(33) Si el informe no es emitido en plazo (30 días), la integración puede justificarse por cualquier medio de prueba admitido (artículo 124.2 Reglamento de Extranjería). En este sentido la Instrucción número 3/2011 de la Dirección General de Inmigración incluye como medios de prueba válidos los certificados del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales.

(34) Fuente: migrarconderechos.es.

descartar de entrada las dos vías más evidentes: el *ius soli* y el *ius sanguinis*, pasando a analizar la adquisición mediante naturalización.

La adquisición por naturalización en Estados Unidos aparece regulada en el Capítulo 2 INA, mientras que en España en el artículo 22 del Código Civil. En ambos países se exige un periodo mínimo de residencia legal, además de otros requisitos en relación con la buena conducta y conocimientos de idioma. Para que un llegado en la infancia pueda naturalizarse primero debería regularizar su situación, lo que no sucede a través del programa DACA ni se reconoce ningún otro mecanismo más sencillo ni en Estados Unidos ni España.

VI. CONCLUSIONES

1-La Acción Diferida para los Llegados en la Infancia responde a la necesidad de tratar como diferentes situaciones que son distintas y aunque no resuelve la situación de desprotección en la que se encuentran, las medidas introducidas por la DACA establecen la posibilidad de acceder a un trabajo legalmente y no ser expulsados.

2-A pesar de la cuestión sobre la legalidad del programa y la rescisión de este, la Corte Suprema ha decretado que su rescisión era ilegal, de modo que la Acción sigue en vigor.

3-El ordenamiento español no solo no delimita la figura de los Llegados en la infancia, sino que además no contempla especialidades para estas personas.

4-Si bien esto es así, es cierto que España, en líneas generales, reconoce un mayor número de derechos sociales, especialmente en lo referido a sanidad, la mayoría de ellos en mayor o menor medida también a los inmigrantes en situación irregular.

5-El programa DACA parece ser una medida necesaria en un país sin sanidad gratuita garantizada y en el que el coste de la educación llega a los varios miles de dólares.

6-En ambos países las personas llegadas en la infancia tendrían derecho a educación durante su minoría de edad, si bien como mayores de edad en España no existe un reconocimiento expreso del derecho. En Estados Unidos es la normativa estatal la que regula este aspecto, permitiéndose el acceso en la mayoría.

7-Un llegado en la infancia en España no podría trabajar legalmente, ni como menor ni mayor de edad, lo que sí podría hacer en Estados Unidos gracias a la Acción Diferida.

8-La mayor debilidad del programa es la imposibilidad de acceder a una regularización a través de él.

9-Sin perjuicio de las lagunas que este pueda tener, la Acción introduce una categoría de extranjero que sería exportable a nuestro ordenamiento. En efecto, el régimen de extranjería en España reconoce la protección de los menores, el nacimiento

en el territorio como elemento diferenciador para algunos beneficios, así como el arraigo y el periodo de permanencia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Monografías y capítulos de libros

- Bollo Arocena M.D. *Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo* Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- Camas Roda F. *Trabajo decente e inmigrantes en España* Huygens editorial, 2016.
- Rodríguez Mateos P., Jiménez Blanco P., Espiniella Menéndez A. *Régimen Jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE* Aranzadi 2017.
- Bosniak L.S. «State Sovereignty and the protection of undocumented migrants under the international Migrant Workers' Convention». Bogusz B., Cholewinski R., Cygan A., Szyszczak E. (editores) *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives* Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2004.
- Black D. W. «Implying a Federal Constitutional Right to Education». Robinson K. J. *A Federal Right to Education: Fundamental Questions for Our Democracy* NY University Press 2019.
- Ortega Giménez A. «Cuestiones prácticas actuales de derecho de la nacionalidad y de la extranjería». Zorogastua J. *Comunicación política y derechos de los inmigrantes: el anuncio del regreso a la sanidad universal en España* Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

Artículos de revistas

- González Córdoba I. «Protección jurídica del menor inmigrante» *Revista de Estudios de Juventud* n.º 66 2004 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=6828>.
- Harrington B., «DACA Rescission: Legal Issues and Litigation Status» *Library of Congress* 23 de mayo de 2018. <https://librarysearch.temple.edu/catalog/991037390304503811>.
- Smith, Hillel R. «Expedited Removal of Aliens: Legal Framework» *Library of Congress*. <https://fas.org/sgp/crs/homsec/R45314.pdf>.

Páginas web

- Andalucía Acoge fecha de última consulta: 21/6/2020 <https://acoge.org/>.
- Department for professional employees «The U.S. Health Care System: An International Perspective», fecha de última consulta: 15/6/2020 <https://www.dpeaflicio.org/factsheets/the-us-health-care-system-an-international-perspective>.

- Department of Healthcare, fecha de última consulta: 15/6/2020 <https://dhcf.dc.gov/service/emergency-medicaid>.
- Department of Justice, fecha de última consulta: 25/6/2020 <https://www.justice.gov/>.
- Find Law, fecha de última consulta: 25/6/2020 <https://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1702122.html>.
- HealthCare.gov fecha de última consulta: 20/6/2020 <https://www.cuidadodesalud.gov/es/glossary/affordable-care-act/>.
- Justia, fecha de última consulta: 25/6/2020 <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/507/292/>.
- Lawyers.com, fecha de última consulta: 25/6/2020 <https://www.lawyers.com/legal-info/immigration/general-immigration/legal-rights-of-illegal-immigrants.html>.
- Library of Congress, fecha de última consulta: 25/6/2020 <https://www.loc.gov/>.
- Migration Policy Institute, fecha de última consulta: 26/6/2020 <https://www.migrationpolicy.org/>.
- National Conference of State Legislatures, fecha de última consulta: 26/6/2020 <https://www.ncsl.org/research/immigration/tuition-benefits-for-immigrants.aspx>.
- National Immigration Law Center, fecha de última consulta: 26/6/2020 <https://www.nilc.org/issues/health-care/healthcoveragemaps/>.
- Tribunal Constitucional de España, fecha de última consulta: 30/6/2020 <http://hj.tribunalconstitucional.es>.
- USEmbassy.gov fecha de última consulta: 5/6/2020 https://ar.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/26/2016/03/U_S__Legal_System_English07.pdf.
- UN, fecha de última consulta: 15/6/2020 <https://www.un.org/es/>.
- USCIS fecha de última consulta: 25/6/2020 <https://www.uscis.gov>.

LAS ENTIDADES DE CAPITAL-RIESGO Y SU OPERATORIA MERCANTIL ⁽¹⁾

VENTURE CAPITAL ENTITIES AND THEIR COMMERCIAL OPERATION

JAIME NOVAL CUETO

Graduado en Derecho y ADE por la Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL CAPITAL-RIESGO EN EL CONTEXTO DE LAS NUEVAS FORMAS DE FINANCIACIÓN
- III. EL MERCADO DEL CAPITAL-RIESGO
 - 1. **Introducción al mercado del capital-riesgo**
 - 2. **Tipología de operaciones según el momento en el que se produzca la inversión**
 - 3. **Historia del capital-riesgo y su regulación**
- IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENTIDADES DE CAPITAL-RIESGO EN ESPAÑA
 - 1. **Concepto**
 - 2. **Actividades complementarias**
 - 3. **Formas jurídicas**
 - 4. **Entidad de capital-riesgo-pyme**
- V. OPERATORIA DE LAS ENTIDADES DE CAPITAL-RIESGO
 - 1. **Actividad inversora**
 - 1.1. Adquisición originaria
 - 1.2. Adquisición derivativa
 - 2. **Proceso de desinversión**
 - 2.1. Colocación en mercados cotizados
 - 2.2. Desinversión fuera de los mercados cotizados
 - 3. **Otras formas de contribución**

(1) El presente estudio es una versión resumida del trabajo fin de grado del Grado en Derecho defendido por el mismo autor el 15 de Julio de 2020 en la Facultad de Derecho de Universidad de Oviedo y dirigido por el profesor Dr. Luis Manuel Piloñeta Alonso.

Resumen: El presente trabajo analiza, desde un punto de vista jurídico, la actividad de las entidades de capital-riesgo en el contexto de las llamadas fuentes de financiación alternativa. El estudio parte de la Ley 22/2014, de entidades de capital-riesgo, una norma sumamente técnica y un tanto reglamentista, cuyo examen permitirá conocer en profundidad el funcionamiento de las entidades que operan en el sector del capital-riesgo. Sin embargo, la Ley no regula las vías por las que estas entidades pueden invertir y desinvertir en la empresa beneficiaria, dejando, por ello, un amplio margen a la autonomía de la voluntad. El conocimiento de las diversas técnicas o fórmulas de inversión y desinversión constituye la piedra angular de todo el sistema y su análisis resulta esencial para configurar la actividad mercantil de las entidades capital-riesgo. De modo que, en cada caso y atendiendo a las circunstancias concurrentes, los interesados puedan optar cabalmente por la más adecuada.

Abstract: This paper analyzes, from a legal point of view, the activity of venture capital entities in the context of the so-called alternative sources of financing. The study is based on Act 22/2014, on venture capital entities, a highly technical act, the examination of which will provide in-depth understanding of the functioning of entities that operate in the venture capital sector. However, the Act does not regulate the ways in which these entities can invest and disinvest in the beneficiary company, leaving plenty of room for the autonomy of the will. Knowledge of the various investment and divestment techniques or methods constitutes the cornerstone of the entire system and its analysis is essential to configure the commercial activity of venture capital entities. So that, in each case and taking into account the concurrent circumstances, the interested parties can fully choose the most appropriate one.

I. INTRODUCCIÓN

El acceso a la financiación es fundamental para cualquier empresa. Como el oxígeno, la financiación es vital para desarrollar cualquier actividad mercantil. Esta importancia no se circunscribe a la fase inicial de la empresa sino que alcanza a todas y cada una de las etapas o fases por las que habrá de atravesar. La financiación aporta el músculo y el respaldo patrimonial que todo proyecto necesita para ser exitoso y, en último lugar, sienta las bases para la mejora de la productividad, la innovación y la puesta en marcha de nuevas tecnologías, que incidirán directamente en la esperanza de vida de la empresa financiada. Esto lo saben bien los empresarios que actualmente sufren las consecuencias de la descapitalización y el apalancamiento financiero. Además, en el caso de empresas jóvenes o no consolidadas, el problema se agrava debido, entre otras cosas, a que su acceso a la financiación tradicional⁽²⁾ resulta más complicado y se enfrenta muchas veces a inconvenientes prácticamente insalvables. Este tipo de financiación se basa en elementos de garantía que estas empresas, debido al estadio

(2) Se considera, a estos efectos, que la financiación tradicional es la financiación a cargo de entidades de crédito (bancos, cajas de ahorro) y de establecimientos financieros de crédito, en general.

inicial en que se encuentran, no están en condiciones de ofrecer. Precisamente, el valor que posee una empresa de este tipo se localiza en los intangibles: una idea innovadora, un equipo de líderes o un negocio con elevado potencial. El capital-riesgo como fuente de financiación está especializado en este nicho y cuenta con los conocimientos y experiencia adecuados para descubrir oportunidades de inversión. Por consiguiente, serán empresas que ofrezcan altas expectativas futuras las únicas que se beneficiarán de este tipo de financiación. Además, lejos de exigir garantías, la entidad de capital-riesgo pasará a compartir el riesgo y ventura del negocio con los socios originales, a la vez que también participará de los excedentes que se originen.

Como se observa, el capital-riesgo se erige como una forma alternativa de financiación que acarrea numerosas ventajas. Las instituciones públicas, conocedoras del gran potencial de esta forma de inversión/financiación, han tratado de fomentar y facilitar su actividad. En origen, mediante la creación de fondos públicos destinados a tal fin. En la actualidad, sin embargo, y tras caer en la cuenta de la importancia de atraer capital privado, la opción tomada desde el sector público ha ido en la línea de crear un marco jurídico estable y flexible. Dicha cuestión no ha sido, en absoluto, tarea sencilla, pues la actividad que realizan las entidades de capital-riesgo tampoco lo es. Tras varios intentos, y siempre a remolque de la normativa europea, la última palabra a nivel legislativo es la vigente Ley 22/2014, de entidades de capital-riesgo.

En este contexto, la actividad de capital-riesgo ha alcanzado un protagonismo evidente. En España, en concreto, la tendencia es muy positiva, alcanzándose en el año 2018⁽³⁾ un récord histórico por segundo año consecutivo al sobrepasarse la cifra de 6.000 millones de euros de inversión. Asimismo, y quizás aún más importante, se ha logrado reducir la distancia existente con nuestros países vecinos, superando la media europea de inversión como porcentaje del PIB (0,50%)⁽⁴⁾.

Esta mejora del sector proviene, en gran medida, de la dotación al capital-riesgo de un régimen jurídico favorable y más adecuado a las necesidades del momento. Así, la actividad de este sector presenta un indudable interés desde un punto de vista jurídico. Por un lado, cuenta con una amplísima legislación, en la que la Ley 22/2014 constituye la regulación básica. Se trata de una normativa compleja y muy técnica, que se ocupa fundamentalmente de regular la estructura y el funcionamiento de las entidades de capital riesgo, así como los coeficientes de inversión que deben mantener. Por otro lado y pese a que la legislación regula exhaustivamente la variedad de tareas que se pueden realizar, también deja libertad para que estas se desempeñen a través de los medios que resulten pertinentes. De esta forma, la entidad de capital-riesgo articulará sus operaciones haciendo uso de las variadas herramientas que tanto el Derecho de sociedades como el régimen de la contratación mercantil ponen a su

(3) Se utiliza el año 2018 como último año del que se obtienen datos precisos. Puesto que el informe de 2020, que incluirá datos de 2019, aún no ha sido publicado.

(4) Asociación española de Capital, Crecimiento e Inversión (ASCRI), *Venture capital y private equity en España*, Informe 2019.

disposición. Sin un buen control y manejo de ambos no es posible comprender la operatoria mercantil de las entidades de capital riesgo.

II. EL CAPITAL-RIESGO EN EL CONTEXTO DE LAS NUEVAS FORMAS DE FINANCIACIÓN

Las fuentes de financiación no se agotan ni mucho menos en la financiación tradicional bancaria. Ello no obstante, en el sector financiero español, los bancos y demás entidades de crédito han asumido tradicionalmente un papel primordial y un tanto hegemónico. En este contexto, las empresas españolas han mostrado siempre una alta dependencia del crédito bancario pero, como consecuencia de la gran crisis financiera del 2008, el fácil acceso a la financiación que imperaba en el pasado se ha visto restringido. Según datos del Banco de España, el crédito bancario se ha reducido en 667 mil millones de euros desde las cotas máximas alcanzadas a finales de 2008, lo que supone una contracción del crédito de en torno al 36%.

En este panorama de contracción del crédito bancario, a pesar de que la necesidad de financiación de las empresas es incuestionable, resulta evidente que otras figuras han ido cobrando mayor protagonismo. Desde hace algunos años, la llamada *shadow banking* o banca en la sombra ha ido adquiriendo una importancia creciente. Así, según el Consejo de Estabilidad Financiera (CEF), en su informe de noviembre de 2018, se estima que la actividad financiera en manos de entidades no bancarias gestionaba ya a nivel mundial en 2017 cerca de 52 billones de dólares. Según el citado informe para 2015, el sistema de financiación alternativa o banca en la sombra se define como «el sistema de intermediación crediticia que involucra entidades y actividades fuera del sistema bancario tradicional». La actividad agrupa a un variado número de empresas y entidades no financieras, que van desde las entidades de capital-riesgo hasta los conocidos *business angels*, pasando por los *hedge funds* y un largo etcétera.

El denominador común de los mecanismos de financiación alternativos consiste en el modo y las pautas que tales empresas y entidades siguen en los procesos de concesión de créditos. Tal y como indica la doctrina, se atiende a patrones distintos de la solvencia patrimonial del deudor para poner el acento en la idea de negocio, las cualidades del empresario, su contribución personal al proyecto o las expectativas de beneficio⁽⁵⁾. En otras palabras, al contrario de lo que ocurría con la financiación bancaria, en la que el requerimiento primordial era la existencia de garantías que reforzasen el cumplimiento, el foco de esta financiación alternativa se sitúa en la calidad y potencial del proyecto. Podría decirse que la concesión de financiación se basará en los potenciales flujos de caja sin importarles la situación patrimonial actual del deudor, y es que el financiador hará depender de aquellos su remuneración.

(5) Vid. Piloñeta Alonso, L.M., *Contratos Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 649.

De lo anterior se deduce que estas entidades financiadoras pasan a asumir el riesgo económico de los resultados del proyecto juntamente con las empresas financiadas. En consecuencia, tal y como impone la teoría económica, rige el principio de proporcionalidad entre el riesgo y la rentabilidad, (a mayor riesgo, mayor rentabilidad). En este sentido, estas entidades acostumbran a establecer fórmulas que les permitirán participar de los beneficios como contraprestación al riesgo asumido.

III. EL MERCADO DEL CAPITAL-RIESGO

Previo al estudio técnico de la regulación, se pretende en este capítulo ofrecer una perspectiva global del mercado de capital-riesgo. La aplicación del Derecho debe partir en todo caso de la realidad de los hechos que se propone regular, por lo que es de vital importancia comprender el concepto de capital-riesgo, conocer su evolución, su importancia y estudiar su desarrollo. Solo así se podrá llevar a cabo un análisis crítico y riguroso de la legislación vigente y de su actividad.

1. Introducción al mercado del capital-riesgo

Pese a que la Ley 22/2014⁽⁶⁾ (en adelante LCR) ofrece una definición precisa de lo que se entiende por capital-riesgo, dejaremos de momento a un lado su régimen jurídico para comprender las transacciones económicas objeto del mismo, analizando su génesis y el modo en que se articulan en la práctica. El capital-riesgo, como forma alternativa de financiación, podría definirse como «una actividad financiera consistente en proporcionar recursos a medio y largo plazo, pero sin vocación de permanencia ilimitada, a empresas que tienen dificultad para acceder a otras fuentes de financiación, como el mercado de valores o el crédito bancario»⁽⁷⁾.

En general, de todas las definiciones –y son muchas– que se han dado de la actividad de capital riesgo pueden extraerse las siguientes notas características:

- i. La entidad financiadora no tiene vocación de permanencia. La duración media cada operación se estima entre los 7 y 10 años⁽⁸⁾.

(6) Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. «BOE» núm. 275, de 13/11/2014.

(7) Vid. Cortés Domínguez, L. J., «Inversión Colectiva, Titulización de activos financieros. Capital Riesgo» en *Curso de Derecho Mercantil II*, dirigido por R. Uría y A. Menéndez, Civitas, 2006, págs. 461-481.

(8) Pese a que suele creerse que las operaciones de *private equity* no deberían superar los 10 años de duración, existen autores que mantienen y defienden su prolongación durante periodos ligeramente superiores. Vid. C. Demaría, *Introduction to Private Equity: Venture, Growth, LBO and Turn-Around Capital*. Wiley Finance, 2013.

- ii. Su objeto son empresas no inmobiliarias, no financieras y no cotizadas⁽⁹⁾, de pequeño y mediano tamaño con elevado potencial de crecimiento.
- iii. La operación se articula, en la mayoría de casos, mediante la asunción por el financiador de acciones o participaciones de la empresa financiada.
- iv. El fin es crear valor en la empresa financiada a través de la inyección de capital.
- v. La desinversión o salida del capital de la sociedad marca el punto final de la relación y las condiciones en las que esta se lleve a cabo marcarán la rentabilidad obtenida por la entidad de capital-riesgo.

2. Tipología de operaciones según el momento en el que se produzca la inversión

Las anteriores notas nos muestran el común denominador de las operaciones de capital-riesgo. Sin embargo, cualquier análisis comparado debe considerar el hecho de que, como es frecuente en el mercado de las finanzas, la terminología utilizada difiere según el país de referencia⁽¹⁰⁾. Por ello, es preciso delimitar adecuadamente el concepto de capital-riesgo y cuáles son las operaciones que se agrupan bajo esta etiqueta.

Los vocablos «capital-riesgo» constituyen una «traducción desafortunada» de la expresión anglosajona *venture capital*. Esto es así porque –como bien se ha dicho⁽¹¹⁾– tan solo recoge el «aspecto negativo del riesgo» y no refleja su vertiente positiva de compartir la ventura del negocio y sus virtudes financieras (con unas tasas de rentabilidad más elevadas en comparación con otro tipo de inversiones) y socio-económicas (al tratarse de una actividad que, en puridad, debería impulsar el desarrollo económico y la creación de empleo)». De la misma manera, el término *venture capital* se refiere únicamente a la financiación de nuevos proyectos empresariales mientras que capital-riesgo en sentido amplio hace también referencia a la compraventa «arriesgada» de empresas cualquiera que sea el estadio en el que se encuentren.

De entre todas las clasificaciones existentes en la literatura jurídica, resulta de especial interés la que parte de la distinción entre *venture capital* y los denominados *buyouts*⁽¹²⁾, en función del momento en el que tenga lugar la inversión. Ello no

(9) Debe tenerse en cuenta la excepción recogida en artículo 9.2 b) de la ley 22/2014 que permite la inversión en entidades cotizadas siempre y cuando tales empresas sean excluidas de la cotización dentro de los doce meses siguientes a la toma de la participación.

(10) Vid. López Lubián, F. J., «Algunas claves sobre el capital privado (*private equity*)», en *Revista Española del Capital Riesgo*, n.º 1, 2007, pág. 87.

(11) Vid. Serrano Acitores, A., *El sistema contractual de las adquisiciones apalancadas de empresas por operadores de Capital Riesgo*, Tesis doctoral, Madrid, 2012, pág. 46.

(12) Vid. Tortuero, J., «Las entidades de capital riesgo, sus operaciones típicas y la prohibición de asistencia financiera», en *Revista Española de Capital Riesgo*, n.º 2, 2007, págs. 3 y ss.

obstante y sin desvirtuar por ello la validez del referido planteamiento, seguiremos en relación a la tipología de operaciones el esquema propuesto por la Asociación Española de Capital, Crecimiento e Inversión (ASCRI)⁽¹³⁾, por considerarlo más ilustrativo y didáctico. Desde ASCRI se utiliza la referencia a «capital privado» para identificar la actividad mercantil de capital-riesgo en su totalidad. Al propio tiempo, se distinguen dos categorías fundamentales: *Venture Capital* si la financiación es llevada a cabo sobre proyectos empresariales en fases iniciales de desarrollo; y *Private Equity*, cuando la operación tiene como objeto financiar proyectos de entidades con un mayor grado de madurez.

3. Historia del capital-riesgo y su regulación

El estudio histórico del capital-riesgo resulta imprescindible para conocer el desarrollo y la función económica de la figura. También contribuye a poner de manifiesto el respaldo progresivo que este fue obteniendo por parte de las instituciones.

El capital-riesgo es una institución relativamente reciente. Todo comenzó en Estados Unidos y, con el tiempo, llegó al viejo continente europeo y a España; aunque no faltan autores que citan a la reina Isabel La Católica como la primera empresaria de capital-riesgo cuando accedió a financiar las exploraciones oceánicas de Cristóbal Colón que auspiciaron la llegada al continente americano. Ahora bien, el capital-riesgo, tal y como lo entendemos hoy en día, surgió en Estados Unidos de la mano de grandes familias americanas y fue en 1946 cuando se consolidó como actividad coincidiendo con la constitución de la *American Research and Development Corporation* (ARDC)⁽¹⁴⁾. Sin embargo, no fue hasta los años 70 cuando la industria del capital-riesgo alcanzó una importancia significativa.

En nuestro país, el origen de una industria profesionalizada de capital-riesgo se suele situar en 1972 con la creación de la Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia (SODIGA) en el marco del III Plan de Desarrollo, intentando emular a otros países de nuestro entorno. Entre los años 70 y 80 le siguieron otras, todas de carácter público, orientadas a dinamizar la actividad empresarial en provincias especialmente desfavorecidas y con el fin de potenciar el desarrollo industrial de algunos territorios⁽¹⁵⁾.

(13) La Asociación Española de Capital, Crecimiento e Inversión (ASCRI) nace en 1986 sin ánimo de lucro y es el organismo que representa a la industria del capital privado (Venture Capital & Private Equity) en España.

(14) Además de ser la primera, ARCD constituye la primera historia de éxito. Invirtió 70.000 dólares en *Digital Equipment Corporation* y obtuvo 355 millones de dólares tras la salida a bolsa de la compañía 11 años después, lo que supuso un rendimiento de más de 500 veces el valor de la inversión.

(15) Diversos autores han puesto de manifiesto la clara vinculación existente entre las entidades de capital riesgo originales y sus comunidades autónomas, con el principal objetivo de revitalizar el tejido empresarial de la zona. Vid. Álvarez, J., Joan Invers, J., Palacín, G., y Puigdengoles, J., *El Capital Riesgo: Análisis de su Industria*, Ediciones idEC, Barcelona, 2006, pág. 12.

En sus primeros años, el capital-riesgo en España apenas tuvo incidencia debido, entre otras cosas, a la falta de profesionalización y a la laguna legislativa existente en la materia. Aunque si hubo un año clave para el desarrollo de esta industria en nuestro país, este fue sin duda 1986. Ese año se produjo la entrada de España en la Comunidad Económica Europea, se constituyó la Asociación Española de Entidades de Capital Riesgo (ASCRI) y el Real Decreto-ley 1/1986 de 14 de marzo sobre medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales estableció el régimen jurídico y fiscal del capital-riesgo⁽¹⁶⁾. Esta concurrencia de acontecimientos atrajo un gran volumen de inversión de la mano principalmente de entidades privadas de capital extranjero⁽¹⁷⁾.

El siguiente gran cambio legislativo tendría que esperar 13 años, y es que no fue hasta 1999 cuando se promulgó la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras. Esta ley supuso un gran avance en tanto en cuanto dotaba a la industria de capital-riesgo en España de un régimen jurídico coherente e integral. Con todo, dicho avance resultó insuficiente⁽¹⁸⁾.

Entrados en el siglo XXI, el auge de las casas de *Private Equity* puso en evidencia las limitaciones y rigideces de la ley 1/1999 y, en marzo de 2005, el Consejo de Ministros aprobó un nuevo «Proyecto de Ley Reguladora de Entidades de Capital Riesgo y sus Entidades Gestoras» con el propósito fundamental de flexibilizar el régimen jurídico de dichas entidades. La aprobación de la Ley 25/2005⁽¹⁹⁾ modernizó significativamente el marco legal de la industria de capital-riesgo en España, pudiendo resaltarse como principales novedades⁽²⁰⁾ la reducción de la carga administrativa, la ampliación del ámbito de asesoramiento de las entidades de capital-riesgo⁽²¹⁾, así como la posibilidad de tomar participación en otras entidades de capital-riesgo y en empresas cotizadas siempre que se proceda a su exclusión bursátil en el plazo de 12 meses⁽²²⁾.

(16) Apuntar que la primera referencia legislativa podría encontrarse en el Decreto-ley 18/1876 de 8 de octubre, de ordenación económica y medidas económicas que fue el promotor de las sociedades de desarrollo industrial.

(17) Hasta entonces, la actividad de capital riesgo, debido al aplastante predominio por parte de las entidades públicas sobre las de capital privado, se entendía como una actividad estatal de activación económica. Visión que cambiaría tras la profesionalización del sector, la creación de un marco legal y con los primeros casos de éxito en la industria.

(18) Vid. Alemany Gil, M. L., *Impacto de las Inversiones de Capital Riesgo en España: un Análisis Empírico Regional*, Tesis doctoral, Madrid, 2004, págs. 33-42; asimismo Serrano Acitores, A., *El sistema contractual de las adquisiciones apalancadas de empresas por operadores de Capital Riesgo*, Tesis doctoral, Madrid, 2012, pág. 109.

(19) Ley 25/2005, de 24 de Noviembre, reguladora de entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras.

(20) Para un estudio más detallado de estas novedades, vid. ASCRI. «Informe Capital Riesgo y Private Equity en España» *Memoria Anual*, Madrid, 2005, pág. 44.

(21) Medidas como esta tenían como fin equiparar nuestro régimen al de nuestro entorno, liberándonos de ataduras innecesarias procedentes de la ley 1/1999.

(22) Estas operaciones también se denominan *Public to Private (P2P)*. Según la *Revista Española de Capital Riesgo*, estas son operaciones en las que «una entidad de capital riesgo realiza una OPA sobre una sociedad cotizada con el objetivo de excluirla de bolsa».

Dos años más tarde, vio la luz el Real Decreto 239/2007, por el que se modifica el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados. En su virtud, las participaciones en entidades de capital-riesgo se habilitaron como activos aptos para la inversión por parte de fondos de pensiones y aseguradoras, lo que redundó también en un aumento del volumen de capital disponible⁽²³⁾. En este sentido, resulta especialmente revelador el notable retraso del sector español capital-riesgo en comparación con el estadounidense que, desde 1978, ya venía permitiendo la inversión de fondos de pensiones en entidades de capital-riesgo. Un desfase temporal de 29 años, que contribuye a explicar el diverso grado de desarrollo del tejido empresarial de ambos países.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENTIDADES DE CAPITAL-RIESGO EN ESPAÑA

La situación dio un nuevo giro con la promulgación de la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, de entidades de capital-riesgo. En la actualidad, el marco jurídico de estas empresas se completa con un amplio listado de normas debido principalmente a las competencias en la materia atribuidas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores⁽²⁴⁾. Pero la primera y principal referencia del mercado de capital-riesgo es la Ley 22/2014, a cuyo análisis se dedican los siguientes epígrafes.

1. Concepto

La LCR define a las ECR como (art. 3) «aquellas entidades de inversión colectiva de tipo cerrado que obtienen capital de una serie de inversores», a través de «una actividad comercial cuyo fin mercantil es generar ganancias o rendimientos para los inversores» y cuyo objeto principal consiste en «la toma de participaciones temporales» en el capital de otras empresas (art.9).

Para poder comprender este concepto debemos, en primer lugar, precisar qué es una entidad de inversión colectiva de tipo cerrado (en adelante EICC). La LCR considera EICC (art. 4) «aquellas entidades de inversión colectiva que, careciendo de un objetivo comercial o industrial, obtienen capital de una serie de inversores [...] para invertirlo en todo tipo de activos financieros o no financieros con arreglo a una política de inversión definida». Se extrae de la definición legal que, tales entidades constituyen un «club selecto», en la medida en que no están abiertas a la participación de cualquiera y cuya nota esencial es la existencia de la llamada «política de

(23) Se permite entonces a los fondos de pensiones españoles invertir hasta el 30% de su activo en valores mobiliarios emitidos por entidades de capital privado con domicilio en cualquier país de la OCDE.

(24) Dentro de la normativa aplicable más importante, y junto a la ley 22/2014 podrían señalarse las siguientes circulares de la CNMV: Circular 7/2008, de 26 de noviembre; Circular 11/2008, de 30 de diciembre; Circular 3/2010, de 14 de octubre; Circular 4/2015, de 28 de octubre; Circular 5/2018, de 26 de noviembre.

inversión definida». La política de inversiones es entendida comúnmente como el conjunto de directrices en las que la entidad inversora especifica el tipo de riesgos que está dispuesta a asumir, los objetivos de la cartera y sus restricciones. Además, el legislador establece taxativamente cuáles serán los aspectos de la política de inversiones a especificar⁽²⁵⁾.

Sin embargo, la LCR no se detiene a explicar la naturaleza de una entidad de inversión colectiva. Para comprender correctamente esta figura, debemos remitirnos a la ley que las regula, a saber, la Ley 35/2003, de 4 de Noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante LIIC). La LIIC, en su artículo primero, delimita el concepto de las llamadas Instituciones de Inversión Colectiva. En su virtud, las instituciones de inversión colectiva «tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no⁽²⁶⁾, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos». Por ponerlo en otras palabras, una vez obtenidos los recursos del público, se confía a organismos especializados su gestión, de manera que se lleve a cabo una inversión profesionalizada y diversificada en interés del colectivo⁽²⁷⁾, repartiéndose los rendimientos obtenidos de manera proporcional a las aportaciones iniciales de cada partícipe.

Llegados a este punto, para comprender qué es una ECR, a la luz del artículo 4 de la LCR, solamente restaría examinar el objeto o actividades que puede llevar a cabo, en tanto que la realización única y exclusivamente de dichas actividades es condición *sine qua non* para la constitución de una entidad como ECR. La actividad principal aparece tipificada en la propia Ley cuando dispone (art. 9.1) que su «objeto principal» es la «toma de participaciones temporales en el capital de empresas de naturaleza no inmobiliaria ni financiera» que, en el momento de dicha toma de participación, «no coticen en el primer mercado de bolsas de valores o en cualquier otro mercado regulado equivalente de la Unión Europea o del resto de países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos». Aunque la propia LCR introduce luego algunos matices, como la posibilidad de su participación en empresas no financieras que coticen en algún mercado regulado, siempre y cuando tales empresas sean excluidas de la cotización dentro de los doce meses siguientes a la toma de la participación⁽²⁸⁾.

(25) Vid. artículo 12 de la LCR para conocer el listado completo.

(26) Pese a que las IIC pueden invertir en diversas clases de activos, la elección de hacerlo en valores financieros no es cuestión baladí ya que dará origen a la taxonomía expuesta en el Título III de la propia Ley, a saber, IIC de carácter financiero e IIC de carácter no financiero.

(27) Vid. Serrano Actirores, A. y García Sánchez, C. en <https://www.antonioserranoacitores.com/instituciones-inversion-colectiva/> (último acceso: 22 de Marzo de 2020)

(28) En ocasiones, la salida a bolsa de una entidad no es satisfactoria y esta se encuentra limitada en su actuación por las enormes cargas y restricciones que la cotización en un mercado financiero supone. Por ello, la inversión de una ECR, podría dotar a dicha entidad de la inyección de capital necesaria y a su vez liberarla de las restricciones impuestas por el mercado de capitales.

La LCR les permite también la realización de inversiones en otras ECR y en entidades extranjeras similares hasta en el 100% de su activo, lo cual constituye una gran diferencia con respecto al régimen anterior que evidencia la tendencia existente hacia la flexibilización del marco jurídico, así como el interés en dotar de mayor músculo financiero a las ECR.

La delimitación legal del ámbito subjetivo de actividad de estas entidades demuestra la clara intención del legislador de hacer de ella una figura empresarial propia y distinta. Cualquier otra sociedad podría llevar a cabo estas mismas actividades, pero solo podrán beneficiarse del régimen jurídico y fiscal específico de la ECR aquellas que revistan esta condición y cumplan con las restricciones y requisitos establecidos al efecto.

2. Actividades complementarias

Además de las actividades –ya mencionadas– que les son propias, existen además otras actividades, consideradas «complementarias», cuya realización está permitida a las ECR cuando contribuyan al desarrollo de su objeto social principal (art. 10). La Ley autoriza expresamente a las ECR a conceder préstamos participativos y les permite recurrir a otras fórmulas de financiación empresarial, aunque en este último caso únicamente respecto a sociedades participadas que formen parte del coeficiente obligatorio de inversión.

De la misma manera, las ECR podrán realizar actividades de asesoramiento dirigidas a las empresas que constituyen el objeto principal de inversión, aun cuando no estén participadas por ellas. Estas actividades incluyen el asesoramiento contable, financiero y legal que las ECR realizan como entidades especializadas con el objetivo de incrementar la eficiencia de la empresa beneficiaria, y para los que, en muchos casos, se establecerá remuneración.

La LCR, siguiendo el ejemplo de su antecesora, permite y promueve la figura del préstamo participativo como actividad complementaria de las entidades de capital-riesgo. Se reconoce, de esta manera, el increíble potencial que los préstamos participativos tienen como herramienta de estímulo empresarial. Un ejemplo de ello es que ya no se impone ninguna limitación a la concesión de préstamos participativos en tanto en cuanto su rentabilidad sea supeditada en su totalidad a la obtención de beneficios por el prestatario.

Resulta especialmente significativo el exceso de «reglamentismo» que preside este capítulo de la Ley; y que no solo puede resultar contraproducente sino también entorpecer la actividad –ya de por sí complicada– de las ECR. Es cierto que estas entidades deben asumir, por principio, el riesgo del negocio, pero las limitaciones concernientes a las condiciones con las que se deben realizar los préstamos participativos acaban realmente restando competitividad a este tipo de entidades. Máxime si tenemos en cuenta que nada obsta para que otras entidades puedan llevar a cabo esta función sin someterse al régimen legal impuesto a las ECR.

3. Formas jurídicas

Las ECR pueden constituirse como sociedades de capital-riesgo (en adelante SCR) o bien como fondos de capital-riesgo (en adelante FCR). Las primeras adoptan la forma de sociedades anónimas (art. 26) y pueden llevar a cabo todas las actividades propias y complementarias previstas para las ECR. Además, se registrarán por lo recogido en la LCR y, en lo no previsto por ella, por el Texto Refundido de la ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. El capital mínimo de una SCR será de 1.200.000 euros y deberá estar desembolsado, al menos, en un 50% en el momento de su constitución (art. 26.3). Por su parte, los FCR son patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica, cuya gestión y representación encomienda la Ley a una sociedad gestora⁽²⁹⁾, que ejerce las facultades de dominio mientras su propiedad pertenece a una pluralidad de inversores, denominados partícipes, que adquieren dicha posición mediante aportaciones al fondo común (art. 30). Para su constitución, a diferencia de lo que ocurre con las SCR, se requiere un patrimonio comprometido mínimo de 1.650.000 euros (art. 31.2).

Un aspecto en el que la LCR hace especial hincapié es en la identificación a través de la denominación de las distintas ECR. Para ello, lleva a cabo una reserva de denominación y establece (art. 11) que únicamente las entidades constituidas al amparo de la LCR e inscritas en el preceptivo registro administrativo podrán girar en el mercado bajo el nombre de «sociedad de capital-riesgo» o «fondo de capital-riesgo» y sus respectivas abreviaturas «SCR» o «FCR». Es más, sanciona con la nulidad de pleno derecho cualquier inscripción registral hecha bajo denominaciones contrarias al régimen anteriormente expuesto, aunque aclara también que ello no perjudicará los derechos adquiridos por terceros de buena fe (art. 11.3). Por otra parte, se elimina la diferencia histórica entre ECR de régimen común y las de régimen simplificado. De esta manera, toda ECR está sujeta a los mismos requisitos.

La ECR, una vez constituida, debe respetar el régimen de inversiones regulado en los artículos 13 a 19 de la LCR. En ellos, se estipulan los parámetros que ha de seguir la ECR en cuanto a sus inversiones y los coeficientes de capital que debe mantener, así como las reglas de diversificación que vendrá obligada a observar.

4. Entidad de capital-riesgo-pyme

La llamada entidad de capital-riesgo-pyme (en adelante ECR-Pyme) es una de las principales novedades de esta ley. La nueva figura permite a estas entidades invertir

(29) Las Sociedades Gestoras de Entidades de Inversión Colectiva de Tipo Cerrado, que se encuentran reguladas en Título II de la LCR, son sociedades anónimas cuyo objeto social es la gestión de las inversiones de una o varias ECR, así como el control y gestión de sus riesgos. Se exige además que han de estar, al menos, autorizadas para la gestión de inversión y control y gestión de riesgos de las ECR. Adicionalmente, se permite que lleven a cabo funciones como la administración de la entidad, labores de comercialización y actividades relacionadas con la gestión de activos.

un 70% en participaciones de pequeñas y medianas empresas, participando en su gestión y asumiendo labores de asesoramiento. La ECR-Pyme, además, gozará de un régimen más flexible que permite un mayor recurso a la contratación de préstamos participativos y deuda para financiar a las pequeñas y medianas empresas. De esta manera, se pretende impulsar la actividad del capital-riesgo en la fase temprana de las empresas, cuando estas aún no han adquirido un cierto grado de desarrollo. Lo que constituye otro ejemplo de cómo la LCR pone su foco en las operaciones de *venture capital*, hasta el momento menos desarrolladas.

No resulta complicado adivinar el porqué de la creación de esta figura. Las pymes son consideradas la espina dorsal de nuestra economía y también las mayores empleadoras. Datos del Directorio Central de Empresas (DIRCE) muestran que, de los más de 3 millones de empresas existentes en España, el 94% son microempresas, el 5% pequeñas y apenas el 0,7% son medianas. Sin embargo y aunque pudiera parecer paradójico, las pymes siempre han tenido dificultades para acceder a la financiación. Es por ello que, tras el penúltimo período de recesión sufrido por la economía española, han sido también ellas las principales perjudicadas. En este contexto, el legislador ha querido facilitar el acceso por parte de las pymes a sistemas de financiación alternativos, siendo además consciente del enorme potencial que posee el sector del capital-riesgo.

El régimen de inversiones de la ECR-Pyme presenta igualmente ciertas peculiaridades (art. 21.2). Otra de sus diferencias respecto a las ECR se encuentra en los requisitos de capital. El capital mínimo exigido para las ECR-Pyme es de 900.000 euros, frente a los 1.200.000 euros de las ECR; aunque en ambos casos se requiere un desembolso del 50% en el momento de su constitución (art. 26.3). Las ECR-Pyme gozan también de un régimen financiero más flexible, que les permite prestar más cómodamente los primeros años, lo que favorece principalmente a las pymes como destinatarias de sus inversiones financieras⁽³⁰⁾.

V. OPERATORIA DE LAS ENTIDADES DE CAPITAL-RIESGO

Hasta este momento, se ha examinado el estatuto jurídico de las entidades de capital riesgo en el marco general ofrecido por su regulación legal. Sin embargo, lo que determina la posición en el mercado de estas entidades es la actividad que desarrollan en él. Dicha actividad consiste, en último término, en la asistencia financiera a otras empresas mediante la inversión temporal en su capital. Así las cosas y dado el carácter eminentemente transitorio de las operaciones, se llega a la conclusión de que la labor financiera de estas entidades plantea dos puntos o aspectos críticos: la entrada y la salida de la empresa financiada. Inversión y desinversión constituyen

(30) Vid. Díez, C., «Nueva regulación de las instituciones de inversión colectiva», en *Empresa Global*, Diciembre, 2014 págs. 34-37.

de este modo los hitos esenciales del capital-riesgo y también los que le permiten determinar la tasa interna de retorno (TIR) de cada operación.

1. Actividad inversora

En la práctica, tras haber detectado una oportunidad de inversión, la ECR organiza el modo de llevar a cabo la aportación de recursos y adquirir su participación en el capital social de la empresa financiada. Una vez analizada la situación patrimonial y financiera de la empresa, sus intereses y sus necesidades, la ECR implementará la vía de inversión adecuada. A estos efectos, se ha considerado oportuno distinguir entre las adquisiciones originarias y las derivativas de acciones o participaciones societarias.

1.1. Adquisición originaria

En principio, la «inversión» de las entidades de capital-riesgo adoptará la forma de aportaciones al capital social de las sociedades financiadas y se llevará a cabo en el marco de las consiguientes operaciones de ampliación de capital. La operación de ampliación de capital se configura como una modificación estatutaria, regulada en los artículos 295 y siguientes del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en adelante LSC). El supuesto más habitual será la emisión por la sociedad beneficiaria de la inversión financiera de nuevas participaciones o de nuevas acciones con cargo a aportaciones dinerarias. En esta situación, la irrupción en el capital de la ECR requerirá la renuncia de los socios de la beneficiaria a su derecho de adquisición preferente (art. 304 y ss. LSC). Este derecho, reconocido para evitar los efectos de la dilución de los antiguos socios como consecuencia de la nueva entrada de capital, podrá suprimirse cuando así lo acuerde la junta general y en los supuestos legalmente previstos⁽³¹⁾.

La LSC establece también otras modalidades de aumento de capital y que pueden resultar igualmente adecuadas para materializar la inversión de una ECR. A saber: el

(31) Según el artículo 308 de la LSC, para que sea válido el acuerdo de exclusión del derecho de preferencia será necesario: a) que los administradores elaboren un informe en el que especifiquen el valor de las participaciones o de las acciones de la sociedad [...], con la indicación de las personas a las que hayan de atribuirse, y, en las sociedades anónimas, que un experto independiente, distinto del auditor de las cuentas de la sociedad, nombrado a estos efectos por el Registro Mercantil, elabore otro informe, bajo su responsabilidad, sobre el valor razonable de las acciones de la sociedad, sobre el valor teórico del derecho de preferencia cuyo ejercicio se propone suprimir o limitar y sobre la razonabilidad de los datos contenidos en el informe de los administradores; b) que en la convocatoria de la junta se hayan hecho constar la propuesta de supresión del derecho de preferencia, el tipo de creación de las nuevas participaciones sociales o de emisión de las nuevas acciones y el derecho de los socios a examinar en el domicilio social el informe o los informes a que se refiere el número anterior así como pedir la entrega o el envío gratuito de estos documentos; y c) que el valor nominal de las nuevas participaciones o de las nuevas acciones, más, en su caso, el importe de la prima, se corresponda con el valor real atribuido a las participaciones en el informe de los administradores [...].

aumento con cargo a aportaciones no dinerarias (art. 300), el aumento por compensación de créditos (art. 301) y el aumento por conversión de obligaciones (art. 302)⁽³²⁾.

Con respecto a las aportaciones no dinerarias, se requiere, al tiempo de la convocatoria de la junta encargada de acordar el aumento, poner a disposición de los socios un informe en el que se describirán en profundidad los detalles de la operación (art. 300.1). Las aportaciones no dinerarias pueden consistir en bienes muebles o inmuebles, derechos de crédito, propiedad industrial o patrimonios empresariales, entre otros; pero, en ningún caso, podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios. Tratándose de sociedades anónimas, la Ley exige (art. 67), además, un informe redactado por experto independiente, determinando el valor máximo por el que se llevará a cabo la ampliación (art. 67.3).

En la práctica, esta forma de inversión puede resultar muy útil para las entidades de capital riesgo por dos motivos principalmente. Primero, porque permite evitar el escollo que supone el derecho de adquisición preferente⁽³³⁾. Los inconvenientes que pudiera plantear la aplicación efectiva del derecho de adquisición preferente de los antiguos socios; y, segundo, debido a que la sociedad financiada suele requerir la ayuda de la ECR para desarrollarse o crecer, por lo que el destino final del capital invertido acabará siendo la adquisición de activos y recursos. En este contexto, la aportación no dineraria no solo propiciará la entrada de la ECR en el capital de la empresa beneficiaria, sino que también proporcionará directamente a esta los recursos que precisa para el ejercicio de su actividad.

El aumento de capital por compensación de créditos es otra de las vías para llevar a cabo la ampliación de capital. La Ley impone ciertos requisitos de liquidez y exigibilidad para que el crédito sea compensable, que difieren en parte según la sociedad sea anónima o limitada (art. 301.1). Una de las notas más características de la compensación de créditos es que supone un aumento de capital efectivo pese a que la sociedad no recibe nuevos medios económicos⁽³⁴⁾. La compensación del crédito provocará únicamente una modificación contable. Este supuesto cobra especial interés en tanto que, con la entrada en vigor de la LCR, se ha normalizado la posibilidad de que las ECR concedan préstamos participativos. De esta manera, la ECR podrá empezar concediendo a la empresa un préstamo financiero y, llegado el momento, mediante el mecanismo de la compensación, canjearlo por acciones o participaciones de nueva emisión, pasando a convertirse en socia de la misma.

Otra de las posibilidades previstas en la LSC para llevar a cabo la ampliación de capital es la emisión de obligaciones convertibles en acciones. Para ello, se requiere

(32) Por su configuración jurídica, la modalidad consistente en el aumento de capital con cargo a reservas (art. 303) no permite la entrada de nuevos, por lo que tampoco resulta adecuada en estos casos.

(33) El artículo 304, interpretado a *sensu contrario*, establece la no obligatoriedad de respetar el derecho de preferencia en los aumentos de capital con aportaciones no dinerarias.

(34) La sentencia 00600/2011 de la Audiencia Provincial de Pontevedra (SAP Pontevedra, 24-XI-2011) expone con precisión los motivos por los que la compensación de créditos constituye un supuesto efectivo de aumento de capital. <https://es.scribd.com/document/80259001/Sap-Pontevedra-24-Xi-2011>.

que la Junta General determine las bases y las modalidades de la conversión. Así las cosas, siempre que la emisión de obligaciones haya sido ajustada a Derecho y cumplido los requisitos establecidos al efecto en la LSC (arts. 414 y ss.), los obligacionistas podrán solicitar en cualquier momento la conversión⁽³⁵⁾. En la medida en la que la emisión de obligaciones convertibles puede dar lugar al efecto dilución sobre el valor de las participaciones de los accionistas originarios, la Ley concede a estos últimos (y a los titulares de obligaciones convertibles previamente emitidas) un derecho de suscripción preferente (art. 416). En esta situación, el inversor (ECR) convertirá un activo de renta fija por otro de renta variable.

1.2. Adquisición derivativa

Hasta este momento, las aportaciones al capital social que han sido examinadas guardan un denominador común, en tanto en cuanto el mecanismo elegido es el aumento de capital con emisión de nuevas acciones o participaciones. Todas ellas comportan la suscripción o asunción originaria de acciones o participaciones por parte de la entidad de capital-riesgo. Sin embargo, nada impide que la inversión de la ECR se articule mediante la adquisición derivativa de acciones o participaciones ya emitidas. Ello no debe hacernos olvidar que lo verdaderamente importante en estas operaciones de inversión es no solo que la ECR tome una participación en el capital de la sociedad beneficiaria sino también que la aportación financiera realizada revierta en la propia beneficiaria.

En este contexto, la primera opción para configurar la inversión puede ser la adquisición de acciones o participaciones a la propia sociedad, es decir, tenidas por la misma en autocartera. La adquisición y tenencia de acciones y participaciones propias en autocartera es una situación contemplada por la legislación y sujeta a numerosos requisitos, cuya infracción puede reportar graves consecuencias a la sociedad y, cuando no es reputada nula e ineficaz, comporta la imposición a la misma de la obligación de enajenar o amortizar las acciones y participaciones propias irregularmente adquiridas, en un plazo máximo de tiempo⁽³⁶⁾. Esta peculiaridad puede llegar a suponer, de hecho, una oportunidad de compra de tales acciones o participaciones por una ECR interesada en entrar en el capital social de la sociedad. Por otra parte, la adquisición derivativa de la propia sociedad de tales activos permitirá también proporcionarle los fondos que necesita para financiar su empresa.

La otra alternativa lógica pasaría por la adquisición por la ECR de acciones o participaciones de los demás socios, unida al compromiso de estos últimos de destinar el precio de venta a la sociedad «financiada» en forma de préstamo o incluso de aportación al capital. Puesto que lo primordial es que la contribución llegue a la sociedad, es importante articular cuidadosamente el modo en que los socios que se desprenden de

(35) Pese a que la solicitud puede tener lugar en cualquier momento, la ampliación de capital correspondiente se produce periódicamente, por semestres.

(36) En los artículos 141 y 145 de la LSC se encuentran remisiones a la llamada «obligación de enajenar».

acciones o participaciones ponen el producto de la venta a disposición de la sociedad beneficiaria. Con carácter general, se llevará a efecto mediante la asunción del compromiso de hacerlo en el Acuerdo de Inversión⁽³⁷⁾. De esta manera, la ECR se asegurará de que el precio pagado por las acciones o participaciones acaba aprovechando a la entidad beneficiaria. La transferencia de fondos podrá llevarse a cabo, por el socio o socios vendedores, por ejemplo a título de crédito o bien a modo de aportación en el marco de la correspondiente ampliación de capital. De este modo, la ECR obtiene lo que quiere (que es una toma de participación en el capital social) y la sociedad financiada se beneficia de los recursos que precisa para la continuación del negocio.

Llegados a este punto, cabría destacar otra posibilidad que, pese a no ser frecuente, tiene cabida bajo la regulación vigente. La LCR permite (art. 9.2) la toma de participaciones temporales en el capital de empresas que coticen en algún mercado regulado, siempre y cuando tales empresas sean excluidas de la cotización dentro de los doce meses siguientes. En este contexto, una ECR podría acudir a un mercado regulado como es la bolsa y adquirir allí sus acciones. En este caso, deviene fundamental el modo de materializarse la exclusión del mercado de la sociedad beneficiaria. Lo normal será que se apruebe la petición de exclusión y a continuación se lleve a cabo una oferta pública de adquisición: la denominada «OPA de exclusión». Esta OPA será lanzada por la propia sociedad sobre sus acciones y, es necesaria en tanto que debe darse una última oportunidad de liquidez a los accionistas que, en cuanto se consume la exclusión, no podrán acudir al mercado a enajenar sus acciones. Lo que viene a permitir la LCR es que una entidad de capital-riesgo puede financiar con su inversión esa salida de bolsa.

2. Proceso de desinversión

Como ya se ha puesto de manifiesto y dado que la salida de la ECR de la empresa financiada determinará también los resultados de su inversión, así como la obtención –o no– de las plusvalías llamadas a retribuir la posición de riesgo asumida, la cuestión en torno a qué instrumento resulta más adecuado para articular la desinversión deviene fundamental. Suele decirse que, en la práctica, una entidad de capital-riesgo planea su desinversión incluso antes de haber invertido. En definitiva, la entidad de capital-riesgo hará uso de alguna de las herramientas que el Derecho pone a su disposición para asegurar la liquidez de su participación.

2.1. Colocación en mercados cotizados

En ocasiones, el horizonte de la entidad de capital-riesgo es la salida a bolsa de la sociedad beneficiaria, a través del Mercado Alternativo Bursátil (MAB). El caso de empresas como Euskaltel o Talgo, que constituyen casos de éxito en la desinversión

(37) El Acuerdo de Inversión es una variante del conocido Pacto de Socios, por tanto solamente vinculante *inter partes*, que tiene a fin regular las relaciones entre los socios fundadores y aquellos socios inversores que van a financiar su crecimiento.

para el sector del capital-riesgo. Mediante esta práctica, el proceso de desinversión se simplifica y acaba realizándose mediante la formulación de una oferta pública de venta (OPV) de acciones cotizadas, que requiere la previa solicitud y admisión en el correspondiente mercado. La entidad de capital-riesgo se servirá de este instrumento para enajenar su paquete accionario y consumir así la desinversión. Sin embargo, son varias las consideraciones que deben realizarse acerca de esta modalidad.

Una vez que las acciones se encuentren admitidas a cotización en Bolsa, existe un periodo de *lock-up*, en el cual los accionistas no pueden vender sus acciones. Esto se deriva de los compromisos asumidos frente a los bancos coordinadores de estas operaciones y se explica por la necesidad de preservar la estabilidad del mercado. Una vez transcurrido este periodo, la venta de acciones está permitida y será libre. Sin embargo, es desaconsejable para la ECR –al menos en principio– proceder de golpe a la venta de toda su participación accionarial, máxime si se trata de un paquete voluminoso, debido a la caída en el precio que ello pudiera desencadenar. Por esto, lo más habitual es plantear una «operación de bloques», en cuya virtud la ECR recurre a la colaboración de un intermediario financiero para la colocación progresiva de sus acciones, evitando en lo posible la fluctuación a la baja del mercado. A menudo, estas operaciones dan lugar a transacciones realizadas a espaldas del mercado, puesto que suelen llevarse a cabo mediante la búsqueda directa de compradores. Dada su especialidad, habrán de ser comunicadas previamente a la CNMV e irán dirigidas únicamente a inversores especializados. Así considerada, una «operación de bloques» supone un mecanismo eficaz para articular la desinversión de posiciones accionariales relevantes⁽³⁸⁾.

2.2. Desinversión fuera de los mercados cotizados

La desinversión fuera de los mercados cotizados puede, por su parte, dar lugar a tres supuestos. El escenario más habitual es la denominada *trade sale*. En pocas palabras, esta consiste en la búsqueda de una compañía del mismo sector o de un sector complementario al de la empresa desinvertida, normalmente de mayor tamaño, que pueda estar interesada en llevar a cabo una operación de crecimiento externo. Otra posibilidad, aunque menos común, es la venta a una segunda ECR. Ello no obstante, son varios los motivos de naturaleza económica o estratégica que, llegado el caso, pueden hacer este tipo de transacción interesante: la ECR desinversora ganará liquidez y la ECR adquiriente dará comienzo a su ciclo de inversión en una empresa con probado potencial.

Lo más habitual es que sean los socios originarios y la propia empresa beneficiaria los que, mediante diversos mecanismos, adquieran o recompren a la ECR sus acciones y participaciones. Esto es debido a que, con frecuencia, los socios

(38) Aguayo, J. y Escrivá de Romaní, I., «Capital riesgo; 'exit' vía salida a bolsa» *Revista española de capital riesgo* n.º 5, 2015, págs. 218.

originarios recurren a la inversión financiera de la ECR como apoyo para crecer pero con el objetivo de, tan pronto como sea posible, recuperar su posición en la empresa.

Entre los modos concretos de articular la desinversión y optimizar la salida de una ECR cabe destacar, entre otros, los siguientes (junto con sus diversas combinaciones). A saber:

- Reducción del capital social

La LSC prevé (art. 317) entre las modalidades de reducción del capital social la que se dirige a devolver a los socios el valor de sus aportaciones, restituyendo a los mismos los recursos patrimoniales invertidos en su día en la sociedad. Esto constituye también una vía para que una ECR materialice la desinversión. Como para cualquier tipo de reducción del capital social, se requiere acuerdo de la junta general (art. 328). Una importante peculiaridad de este mecanismo es que la entidad desinvertida, en principio, restringirá la devolución del valor de sus aportaciones a los socios de capital-riesgo, dejando fuera al resto. A estos efectos, la LSC dispone que será preciso, tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, el consentimiento individual de los titulares de esas participaciones; y, en el caso de sociedades anónimas, el acuerdo separado de la mayoría de los accionistas interesados (art. 329). De manera que, para sortear la regla de paridad de trato, la condición especial de estas acciones o participaciones deberá acordarse bien en junta especial o a través de votación separada en la junta general.

Tras estos procesos, la ECR habrá consumado satisfactoriamente la desinversión. No obstante, debe realizarse una precisión más. Es común que, cuando procedió a su inversión en la entidad beneficiaria, la ECR haya suscrito sus acciones o asumido sus participaciones con prima de emisión, aportando consecuentemente una cantidad por encima de la par o valor nominal de aquellas. En esta línea, coincidiendo con la desinversión, deberán establecerse los mecanismos oportunos para que la ECR perciba, el montante total que fue desembolsado en origen. Por tanto, no bastará con la simple devolución del valor nominal de las acciones o de las participaciones con ocasión de la operación de reducción de capital.

- Opción de venta (*put*)

El establecimiento de una opción de venta es, quizás, la forma más típica de garantizar la salida de una sociedad de cualquier socio. La opción de venta es un contrato por el que una parte reconoce a la otra el derecho o la facultad de vender un determinado bien y comporta, por ello mismo, el deber de la primera de adquirirlo. En este caso, la opción de vender recae sobre acciones o participaciones y se concede a la ECR, mientras que la obligación de comprar es asumida por la otra parte contratante (generalmente otros socios). De esta forma y dependiendo de su configuración, todos o algunos de los restantes socios quedarían obligados a comprar a la ECR sus acciones o participaciones en el capital social de la sociedad beneficiaria de la inversión financiera. Aunque también podría configurarse en el sentido de que

fuera la propia sociedad la que las adquiriera en régimen de autocartera, ateniéndose a las limitaciones y los requisitos que rigen legalmente en este tipo de operaciones⁽³⁹⁾.

Así pues, la desinversión se consumará tan pronto como la entidad de capital-riesgo ejecute la opción y sus acciones o participaciones sean compradas o recompradas por el obligado a hacerlo. En muchas ocasiones, no obstante, la posibilidad de ejecutar dicha opción se supeditará al cumplimiento de ciertos requisitos⁽⁴⁰⁾.

- Acciones rescatables

Las acciones rescatables son aquellas que se caracterizan por ser amortizables en un plazo y con unas condiciones determinadas en el acuerdo de emisión. En cuanto tales, no son acciones al uso puesto que no tienen carácter permanente o perpetuo sino que presentan una limitación temporal. Otra particularidad es que su emisión sólo cabe en las sociedades cotizadas. Es evidente que el origen de esta figura, relativamente nueva, no era servir de herramienta a las operaciones de capital-riesgo. Su fin teórico es permitir a la sociedad aumentar su nivel de fondos propios en momentos puntuales⁽⁴¹⁾. Sin embargo, nada impide que puedan ser usadas con la finalidad que aquí se le otorga⁽⁴²⁾. Así lo admite la doctrina, cuando se refiere a esta categoría legal de acciones como «una vía societaria apta para facilitar las operaciones de desinversión»⁽⁴³⁾, a pesar de que no existe constancia de que, en España, hayan sido empleadas en ningún caso con dicha finalidad.

La LSC establece (arts. 500 y 501) que tales acciones no pueden ser emitidas por un importe superior a la cuarta parte del capital social de la compañía y exige que se hallen íntegramente desembolsadas en el momento de la suscripción. Ha de tenerse en cuenta, además, que el acuerdo de emisión debe fijar las condiciones en las que el rescate tendrá lugar. Esto es, el tiempo y el precio; aunque la norma deja cierto margen de flexibilidad a la sociedad para hacerlo⁽⁴⁴⁾. La facultad de rescate

(39) El capítulo VI del título IV de la LSC hace referencia a los citados límites, diferenciando entre sociedades limitadas o anónimas y entre adquisiciones originarias o derivativas.

(40) En algunos casos, estos serán temporales y precisarán el transcurso de un plazo mínimo para poder deshacer la inversión. En otros casos, se estipularán otros condicionantes de materia económica-financiera, supeditando el ejercicio de la opción al cumplimiento de ciertos ratios o indicadores.

(41) Las características especiales de este tipo de acciones hacen que puedan ser utilizadas por entidades de crédito. Estas están sometidas a exigentes requerimientos de capital y, por tanto, las acciones rescatables les permiten alcanzar el nivel de fondos propios que les imponen las normas de ordenación del sector.

(42) Vid. Villacorta Hernández M. A., *Acciones rescatables y otros híbridos financieros societarios. Algunos aspectos jurídicos (sustantivos, financieros y contables)*, Tesis Doctoral, Madrid, Getafe, 2011, págs. 245-265.

(43) Vid. Yanes, P., *Las acciones rescatables en la sociedad cotizada*, Thompson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pág. 61.

(44) Por ejemplo, los precios de rescate podrán fijarse en el momento de que se produzca este, en función de la evolución de la cotización de las acciones durante un determinado periodo de tiempo, en lugar de que ser fijado en el momento de la emisión Vid. Bolsas y Mercados Españoles (BME), «Acciones Rescatables: un producto por descubrir», Bolsa de Madrid, Formación, Marzo, 2003, págs. 67-68. (Disponible en <https://www.bolsasymercados.es/esp/publicacion/revista/2003/03/p66-69.pdf>).

puede corresponder a la sociedad emisora, a los titulares de las acciones o a ambos; y, aunque todas las opciones cumplen con el fin aquí perseguido, lo ideal para una entidad de capital-riesgo sería, en buena lógica, el segundo supuesto.

En el caso de sociedades no cotizadas, parte de la doctrina considera lícita y admisible la emisión de acciones rescatables siempre que resulte perfectamente estipulada la naturaleza de estas acciones en los estatutos sociales⁽⁴⁵⁾.

- Derecho de separación

La LSC contempla una figura (en su título IX) que también podría ser utilizada para los fines aquí perseguidos. Hablamos del derecho de separación recogido en los artículos 346 y siguientes. Esta figura permite a los socios separarse voluntariamente de la sociedad de capital siempre que acrediten que se da una de las causas legales previstas en el artículo 346. Además de las llamadas causas legales, la LSC admite expresamente (art. 347) la posibilidad de establecer otras causas de separación distintas. El único requisito es que tales causas sean incorporadas a los estatutos, junto con el modo en el que deba acreditarse su concurrencia, la forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo previsto para su ejercicio. Además, la incorporación a los estatutos de este tipo de cláusulas deberá ser aprobada por todos y cada uno de los socios. En este contexto, la correcta redacción de una causa de separación a conveniencia de una entidad de capital-riesgo, así como su consiguiente aprobación e incorporación a los estatutos, vendría a garantizar un proceso de desinversión eficaz.

- Pacto de recompra

El pacto de recompra no es más que un acuerdo por el que el vendedor de un activo financiero se compromete a volver a comprárselo al adquirente, en una fecha y a un precio predeterminados⁽⁴⁶⁾. Es una modalidad de contrato bastante común en operaciones mercantiles, especialmente tratándose de operaciones de inversión. La inversora financiera (ECR) podrá vender sus acciones tanto a la propia sociedad como a sus socios, según hubiese sido estipulado. Aunque ha de tomarse en consideración un importante matiz, que podría dificultar el proceso de desinversión. La situación más habitual es que sea la propia sociedad la contraparte en el pacto de recompra y, en este contexto, la que adquiera las acciones y, *a posteriori*, haga lo que sea debido con ellas⁽⁴⁷⁾. El problema surge cuando la sociedad en cuestión atravesase una mala situación financiera, que le impida efectuar la recompra cuando se lo exigiese la entidad de capital-riesgo y dejando a esta «atrapada». Debido a esto, siempre dotará de mayor garantía a la inversión de la ECR extender la obligación de recompra también a los demás socios o incluso a terceros, estableciendo incluso la responsabilidad solidaria de todos ellos. De cualquier otra forma y como ocurre con

(45) Vid. Serrano Acitores, A., *El sistema contractual de las adquisiciones apalancadas de empresas por operadores de Capital Riesgo*, Tesis doctoral, Madrid, 2012, pág. 614.

(46) Vid. Diccionario De Economía Del Economista. (Disponible en <https://www.economista.es/diccionario-de-economia/pacto-de-recompra>).

(47) La situación más normal es que la sociedad tuviese que reducir el capital social.

el cumplimiento de un contrato, el acreedor, en este caso ECR, puede ver truncadas sus expectativas en caso de insolvencia del deudor.

- Derecho de arrastre o *drag along*

Las cláusulas de arrastre regulan las situaciones de entrada y salida de socios y, por consiguiente, pueden resultar útiles para las entidades de capital-riesgo en sus procesos de desinversión. No es infrecuente que la persona dispuesta a adquirir la participación de la ECR o de algún otro socio esté interesada en adquirir la totalidad de la empresa. Así, este tipo de cláusulas facultará a la entidad de capital-riesgo a exigir al resto de socios la venta de sus respectivas participaciones en caso de recibir una oferta por el 100% de la empresa. De no existir esta cláusula, cualquier socio podría negarse a vender, bloqueando de esta forma la operación. En otras palabras, la existencia del derecho de arrastre permitirá al inversor financiero asegurar en estos casos el éxito de su desinversión.

Este tipo de cláusulas, a pesar de su atipicidad, se introducen por los socios tanto en pactos parasociales como en estatutos. Para preservar la posición de los demás socios suelen ir acompañadas de otras cláusulas reconociéndoles un derecho adquisición preferente, similar al tradicional derecho de tanteo, permitiéndoles adquirir las acciones o participaciones de los socios salientes (incluidos los de capital-riesgo) antes que cualquier tercero, ya sea igualando su oferta o por el valor que resulta de aplicar los criterios de valoración previstos en los estatutos o en pactos parasociales.

Un aspecto a tener en cuenta es que, la cláusula *drag along* afecta a la transmisibilidad de las participaciones y su inscripción registral plantea muchas veces problemas dependiendo de su configuración jurídica. En este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) tiene declarado (en su Resolución de 4 de diciembre de 2017) que «se requiere la unanimidad y el consentimiento expreso de todos y cada uno de los socios para su validez, eficacia e inscripción en el Registro Mercantil». Asimismo y a tenor del Reglamento del Registro Mercantil (art. 188.3) tales cláusulas solo son inscribibles cuando su alcance conste de forma clara y precisa⁽⁴⁸⁾.

- Derecho de acompañamiento o *tag along*

El derecho de acompañamiento o *tag along* tiene el efecto contrario al *drag along*. En su virtud, cuando un socio reciba una oferta dirigida a la adquisición de sus participaciones deberá ponerlo de manifiesto a los demás, que tendrán derecho a transmitir las suyas al en idénticas condiciones. De manera que el interesado en adquirirlas tendrá o bien que extender su oferta a todos los socios interesados o bien prorratearla entre todos ellos. Esta cláusula está pensada para facilitar la desinversión y consiguiente salida de la sociedad cuando se esté gestando un cambio en el

(48) En el caso de sociedades limitadas deberá, además, concederse un derecho de separación a los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales.

control de la sociedad y, teóricamente, viene a proteger los intereses de los accionistas minoritarios.

Por ello mismo, resulta también de utilidad para los inversores financieros que participen en un determinado proyecto empresarial. Las entidades de capital-riesgo apuestan a menudo por ideas de negocio de carácter personalísimo, directamente vinculadas a las cualidades personales y al liderazgo de otros partícipes. En consecuencia y ante la amenaza de un cambio en el control de la sociedad, la estipulación de cláusulas de acompañamiento permitirá a una ECR desvincularse de la empresa y desinvertir cuando lo hacen los socios considerados líderes del proyecto.

- **Obligación de venta**

La obligación o mandato de venta constituye una medida destinada a facilitar la transmisión de la empresa en su totalidad y facilitar a los socios interesados en la venta de su participación empresarial la búsqueda activa de personas interesadas en la adquisición de aquella. En muchas ocasiones, su ejecución comporta la contratación de un asesor financiero especializado en este tipo de transacciones, que estará encargado, entre otras cosas, de poner en contacto a vendedores y compradores y del proceso de *due diligence* que corresponda.

3. Otras formas de contribución

En la práctica, las contribuciones de las entidades de capital-riesgo a la financiación empresarial pueden adoptar también otras formas distintas de la inversión propiamente dicha. Tales operaciones se basan en el crédito y la financiación «externa» de actividades empresariales. Estas «otras» actuaciones de las entidades de capital-riesgo o sus sociedades gestoras se articulan a través de diversas figuras de contratos, a medio camino entre la inversión y la financiación empresarial. Ejemplo paradigmático es el contrato tradicional de cuentas en participación⁽⁴⁹⁾ con sus derivaciones más recientes basadas en el crédito participativo.

El contrato de préstamo participativo merece especial atención en tanto que su figura se contempla explícitamente en la propia LCR. El préstamo participativo es una tipología especial de préstamo dirigido a financiar proyectos empresariales, cuyo rasgo principal es la vinculación, en todo o en parte, de la retribución del prestamista

(49) El contrato de cuentas en participación se encuentra regulado en los artículos 239 y siguientes del Código Mercantil, donde se afirma que «podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipe de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen». De su tenor se extrae el indudable componente financiero con el que cuentan estos contratos. En puridad jurídica, el contrato de cuentas en participación no da lugar a ninguna sociedad, da lugar a lo que gran parte de la doctrina reconoce como «sociedad interna mercantil». Asimismo, el partícipe no tendrá ningún derecho a intervenir en la gestión de la actividad del gestor, que desarrollará esta con la diligencia de un buen comerciante. *Vid.* León Sanz, F. J., y Ferré Moltó, M., «Las cuentas en participación y el concurso», Garrido y Fugardo (coordinadores), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, vol. V, Barcelona 2005, págs. 115 ss.

(interés) a los resultados de la actividad empresarial del prestatario. Los préstamos participativos, al igual que las cuentas en participación están a medio camino entre la inversión y la financiación y, justamente por ello, tienen mucho que ver con la actividad llevada a cabo por las entidades de capital-riesgo. No obstante, puede y debe hacerse una diferenciación importante. El prestamista participativo no asume las pérdidas frente a lo que sucede con el partícipe en el contrato de cuentas en participación⁽⁵⁰⁾.

La LCR hace referencia, a su vez, a algunas de esas «otras formas de financiación». Así, el legislador deja libertad a la ECR para recurrir a las técnicas financieras que tenga a bien utilizar. Sin embargo, establece a renglón seguido una importante limitación y es que solo puede hacerlo en relación a sociedades participadas, esto es, de las que tenga la condición de socia o accionista. Bajo esta premisa cabe incluir aquí la financiación mediante la adquisición de obligaciones, a la que hemos aludido al analizar las formas de inversión. Algunos autores, sin embargo, consideran esta forma de financiación ineficaz en la medida en que la suscripción de obligaciones está sujeta a límites cuantitativos tan estrechos que dejan un margen de maniobra muy pequeño⁽⁵¹⁾.

Finalmente, no se debería pasar por alto otro tipo de contribuciones que una ECR puede realizar. Al margen de proporcionar fondos o recursos empresariales, las entidades de capital-riesgo pueden prestar a las empresas participadas servicios diversos. Estos servicios van desde el asesoramiento legal, contable o financiero hasta la realización de estudios de mercado, pasando por la ayuda en sus procesos de selección de personal. En muchas ocasiones, son estos servicios precisamente los que hacen más interesante la entrada de una ECR que el recurso a otro tipo de inversores, pues aportan experiencia y profesionalización a pequeñas empresas en proceso de expansión y carentes de ellas. Así entendidas, tales actividades se perciben como inherentes a la condición de socio asumida por una ECR⁽⁵²⁾. Ello no obstante, la LCR concibe estas funciones como accesorias (art. 10) y las considera potestativas. Dicho esto, resulta evidente el interés de la ECR de participar activamente en el funcionamiento orgánico de las sociedades participadas porque, a fin de cuentas, del éxito o fracaso de la gestión realizada dependerá el resultado de su inversión. Lo anterior no significa que la ECR pretenda hacerse con el control de la empresa desplazando a los demás

(50) Esta diferencia no siempre estuvo clara. En torno a la figura del préstamo participativo y su naturaleza jurídica puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2011 (288/2011 (RJ 2011, 5119)).

(51) «El artículo 282 L.S.A. establece que el importe total de las emisiones de obligaciones no puede ser superior al capital social desembolsado, más las reservas que figuren en el último balance aprobado y las cuentas de regularización y actualización de balances, cuando hayan sido aceptadas por el Ministerio de Economía y Hacienda. Si se tiene en consideración que el capital-riesgo se dirige esencialmente a pequeñas y medianas empresas, el margen de maniobra será tan estrecho que quizás no resulta practicable». *Vid.* Lara González, R., *Aspectos societarios de la actividad del capital-riesgo*, 2000, pág. 102.

(52) *Vid.* López-Pinto Ruiz, V., *Las sociedades de capital riesgo, como apoyo a la creación de empresas*, Dir. y Prog. núms. 5-6. 1987, pág. 8.

socios. Pero su participación activa en los órganos de gobierno le proporcionará la información y el control necesarios para asegurar la correcta ejecución del proyecto. Así pues, el inversor financiero se caracteriza no sólo por asumir el riesgo y ventura de las operaciones sino también por su implicación activa en las empresas participadas, frente a la posición del inversor tradicional o de las entidades financiadoras⁽⁵³⁾.

(53) *Vid.* Lara González, R., «Aspectos societarios de la actividad del capital-riesgo», *Revista jurídica de Navarra*, n.º 33, 2002, pág. 103.

EL DERECHO DE ASILO Y REFUGIO POR MOTIVOS DE GÉNERO⁽¹⁾

RIGHT OF ASYLUM AND REFUGE ON GENDER GROUNDS

PAULA PÉREZ ÁLVAREZ

Graduada PCEO en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas por la Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL UNIVERSAL
 - 1. **La protección internacional: el concepto de refugiado y la ausencia de mención al género**
 - 2. **El reconocimiento de la persecución por motivos de género mediante la interpretación de la Convención de Ginebra**
 - 3. **Más allá de la interpretación: ¿se debe incluir el género como sexto motivo?**
- III. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO EN EUROPA
 - 1. **La protección en el ámbito del Consejo de Europa**
 - 2. **La protección en la Unión Europea**
- IV. LA PROTECCIÓN EN ESPAÑA
 - 1. **La evolución de la concesión del asilo y refugio por motivos de género**
 - 2. **Características de la protección internacional por motivos de género en la Ley 12/2009, de 30 de octubre**
 - 3. **Criterios jurisprudenciales frecuentes para denegar la solicitud de asilo**
- V. CONCLUSIONES

Resumen: Existen persecuciones sufridas por los refugiados que revisten de formas específicas y afectan en especial a las mujeres, como son los matrimonios forzosos y

(1) Este artículo es una versión abreviada del Trabajo Fin de Grado de Derecho del mismo título y autoría defendido el 24 de julio de 2020 en la Universidad de Oviedo, dirigido por la Prof.ª Dra. P. Andrés Sáenz de Santa María. Todas las webs citadas en este artículo han sido consultadas por última vez el 23 de junio de 2020.

mutilación genital femenina. Sin embargo, la regulación referida a la protección internacional concibe este fenómeno desde una perspectiva eminentemente masculina, de ahí que nos preguntemos: ¿qué encaje tiene la persecución por motivos de género en el Derecho? En este artículo se abordarán las soluciones planteadas desde diversos ámbitos jurídicos, concretamente el universal, el del Consejo de Europa, la Unión Europea y España. Con el análisis efectuado se observa que, gracias al empleo de un enfoque con perspectiva de género, se ha producido un paulatino reconocimiento de esta persecución.

Abstract: There are persecutions suffered by refugees, which take specific forms and affect women in particular, for example, forced marriages or female genital mutilation. However, the regulation referring to international protection conceives this phenomenon from an eminently male perspective, which is why we ask ourselves: how does gender-based persecution fit into the law? Precisely, this article will address the solutions proposed from various legal fields, specifically the universal one, that of the Council of Europe, the European Union and Spain. The analysis carried out shows that, thanks to the use of a gender perspective approach, there has been a gradual recognition of this persecution.

Palabras clave: Protección internacional, asilo, refugio, persecución por motivos de género.

Keywords: International protection, asylum, refuge, gender-based persecution.

I. INTRODUCCIÓN

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante ACNUR) estimó que en 2018 había 25,9 millones de refugiados y 3,5 millones de solicitantes de asilo⁽²⁾. Al año siguiente, el número de refugiados ascendió a 28,7 millones de personas, siendo la mitad mujeres⁽³⁾. Estas cifras aumentan cada año. A pesar de ello, los Estados optan por adoptar medidas ineficaces que en muchos casos suponen un incremento de la represión y la xenofobia⁽⁴⁾.

Los asilados y refugiados son migrantes que se encuentran fuera del país de su nacionalidad porque tienen fundados temores de ser perseguidos. Pese a que son objeto de protección, sin embargo, no se suelen considerar las necesidades específicas que afectan en especial a las mujeres, por ejemplo, la explotación sexual. Por esta razón, tanto el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas⁽⁵⁾ como la Declaración de Nueva York instan a que los Estados consideren las cuestiones de género⁽⁶⁾.

(2) ACNUR, *Tendencias globales desplazamiento forzado en 2018*, ACNUR, Ginebra, 2019, pág. 1.

(3) Datos obtenidos del Portal de Datos Mundiales sobre la Migración: https://migrationdataportal.com/es/data?i=stock_abs_&t=2019.

(4) Informe del Secretario General, *En condiciones de seguridad y dignidad: respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes*, A/70/59, ONU, 21 de abril de 2016, págs. 11-12.

(5) *Ibidem*, págs. 5-6, 16-18.

(6) A/RES/71/1 Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016. Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Asamblea General, págs. 5-6.

Realmente, el problema no es que las mujeres huyan de sus países más que los hombres. El problema radica en que estas migraciones, en ocasiones, se producen por ser víctimas de formas de persecución propias y específicas, es decir, son perseguidas por motivos de género. Estas solicitudes de asilo abarcan, entre otros, «actos de violencia sexual, violencia familiar, planificación familiar obligatoria, mutilación genital femenina, [...] y homosexualidad»⁽⁷⁾...

Las cifras de estos actos son abrumadoras. Se estima que el 30% de las mujeres y niñas han sufrido violencia física y/o sexual a lo largo de su vida⁽⁸⁾. Igualmente, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) calcula que al menos 200 millones de mujeres han sido víctimas de mutilación genital⁽⁹⁾ y calcula que 15 millones de niñas son obligadas a casarse anualmente⁽¹⁰⁾. En cualquier caso, más de la mitad de los feminicidios registrados son ejecutados por sus familias⁽¹¹⁾.

El objetivo de este artículo es analizar los mecanismos específicos existentes tanto en el derecho internacional universal como europeo y español para proteger a las mujeres que huyen de estas prácticas y exponer cuál es su alcance.

II. LA PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL UNIVERSAL

1. La protección internacional: el concepto de refugiado y la ausencia de mención al género

Las instituciones que ofrece el derecho internacional universal para abordar las situaciones de persecución son el asilo y el refugio⁽¹²⁾. Precisamente, es la figura de

(7) ACNUR, *Persecución por motivos de género. Posición del ACNUR*, ACNUR, 1999, pág. 1.

(8) Organización Mundial de la Salud, *Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer: prevalencia y efectos sobre la salud de la violencia de pareja y la violencia sexual*, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2013, pág. 16. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85239/9789241564625_eng.pdf?sequence=1.

(9) UNICEF, *Informe Mutilación Genital Femenina/ Ablación: una preocupación global*, UNICEF, CIUDAD, 2016, págs. 4-5. Disponible en: https://data.unicef.org/wp-content/uploads/2016/04/FGMC-2016-brochure_250.pdf.

(10) UNICEF, *Revista de UNICEF Comité español contigo llegamos más lejos, diciembre de 2017, número 226. Matrimonio infantil: ni esposas ni madres ¡solo niñas!*, UNICEF, 2017, pág. 4. Disponible en: <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/REVISTA-UNICEF-226.pdf>.

(11) En concreto, en 2017 se registraron un total de 87.000 feminicidios (137 diarios). Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Estudio global en homicidios. Asesinatos de mujeres y niñas por motivos de género*, Naciones Unidas, Viena, 2018, pág. 10. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/GSH2018/GSH18_Gender-related_killing_of_women_and_girls.pdf.

(12) DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., "Capítulo XXVI: el derecho de asilo como institución protectora de la vida y libertad humanas. Asilo territorial y refugiados. El asilo diplomático. La lucha contra las prácticas odiosas", *Instituciones de derecho internacional público* (Escobar Hernández, C. coord.), Tecnos, Madrid, reimpresión decimosexta edición, 2008, págs. 622-623.

asilo territorial la que se examinará a lo largo de este ensayo ya que es la protección que presta un Estado a las personas perseguidas que llegan a sus territorios⁽¹³⁾. El derecho de asilo es considerado un derecho de la persona humana y no únicamente una gracia concedida por un Estado⁽¹⁴⁾, pues figura en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁽¹⁵⁾ y ACNUR ha recordado que el derecho de asilo está vinculado al ejercicio de otros derechos humanos⁽¹⁶⁾.

Aun así, hoy en día no existe una normativa convencional referida al derecho de asilo, si bien es cierto que existe la Declaración sobre el asilo territorial, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967, que únicamente consta con 4 artículos y en la que no se hace ningún tipo de referencia al género⁽¹⁷⁾. Además, esta regulación apenas ha sido objeto de modificaciones jurídicamente vinculantes, destacando así por sus insuficiencias⁽¹⁸⁾.

Por este motivo, la figura relevante en el derecho internacional universal desde la perspectiva de este artículo es la de refugiado. Esta institución está recogida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 que fue modificada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 (en adelante Convención o CER). Estos textos constituyen el centro del Derecho internacional de los refugiados ya que la mayoría de las legislaciones nacionales se remiten a sus disposiciones y otorgan una protección común⁽¹⁹⁾.

El concepto de refugiado está definido en el art. 1 A de la Convención como aquella persona que «debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad [...]residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él». En este sentido, para que una persona sea considerada refugiada debe: tener un temor fundado de ser perseguida, que no haya una protección estatal, que no haya posibilidad de huida interna (y que se encuentre en otro Estado) y que la persecución sea debida a alguno de los cinco motivos previstos en el propio artículo (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a

(13) ACNUR, *El derecho de asilo y el mandato del ACNUR*, 2006, pág. 2. Documento disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4100.pdf>.

(14) DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., "Capítulo XXVI: el derecho de asilo como institución protectora de la vida y libertad humanas. Asilo territorial y refugiados. El asilo diplomático. La lucha contra las prácticas odiosas", *op. cit.*, pág. 625.

(15) Artículo 14 de la DUDH.

(16) ACNUR, *El derecho de asilo y el mandato del ACNUR*, *doc. cit.*, págs. 2-3.

(17) Es importante tener presente que los términos género y sexo no son sinónimos. El sexo está determinado por las condiciones biológicas. Sin embargo, el género hace referencia a la construcción social de las características asignadas a un sexo, por tanto, el género es un concepto que no es estático. ACNUR, HCR/GIP/02/01.

(18) LA SPINA, E., MERINO I SANCHO, V., "Capítulo II: Dilemas en el tratamiento jurídico del asilo por violencia de género", *Limitando derechos: la reagrupación familiar y el asilo por violencia de género*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2012, págs. 84-102.

(19) *Ibidem*, pág. 84.

determinado grupo social u opiniones políticas), por esta razón, estos se configuran como un *numerus clausus*⁽²⁰⁾.

Esta definición se centra en el «refugiado por antonomasia», es decir, un disidente político varón, europeo y heterosexual, por tanto, este concepto está concebido desde una perspectiva masculina y heteronormativa⁽²¹⁾. La Convención no contempla el género o la identidad de género en ninguna ocasión, ni siquiera en el art. 3 relativo a la prohibición de la discriminación. En consecuencia, habría conductas ejercidas contra las mujeres que no podrían encuadrarse dentro de los motivos, por ejemplo, la violencia de género (en adelante VDG)⁽²²⁾.

Verdaderamente, dado que la Convención no obliga a los Estados a proteger a las personas refugiadas, el estatuto del refugiado no suele ser objeto de interés por estos aunque haya servido de inspiración para sus legislaciones internas⁽²³⁾. No obstante, el principio de *non refoulement* o no devolución (art. 33 CER), impone a los Estados la obligación de no devolver a los solicitantes a los Estados de los que huyen. Este principio forma parte del derecho internacional consuetudinario, así pues, los Estados que no son parte de la CER también deben respetarlo⁽²⁴⁾.

A pesar de lo anterior, es innegable que a lo largo del siglo XX el derecho internacional se ha ido actualizando y ha aceptado la necesidad de una interpretación con una perspectiva de género, por lo que paulatinamente se ha ido feminizando⁽²⁵⁾. Algunas posturas, siguiendo estos razonamientos, estiman que la persecución por motivos de género está incluida en la Convención. En este aspecto, resultan fundamentales las directrices de ACNUR (que son instrumentos de *soft law*) sobre la persecución por motivos de género y sobre la pertenencia a un determinado grupo social⁽²⁶⁾.

(20) MIGUEL JUAN, C., *Pandataria: una mirada feminista al Derecho Internacional de los derechos humanos y al Derecho Internacional de las personas refugiadas*, Tesis doctoral, defendida en 2014 en la Universidad de Valencia, págs. 93-107, 298. Disponible en: http://www.feministas.org/IMG/pdf/tesis_carmen_miguel_juan.pdf.

(21) PEÑA DÍAZ, F.D. "Credibilidad de los solicitantes de asilo y estereotipos heterosexistas: en busca del Refugiado LGTBI por antonomasia". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2019, págs. 277-278.

(22) LA SPINA, E., MERINO I SANCHO, V., "Capítulo II: Dilemas en el tratamiento jurídico del asilo por violencia de género", *op. cit.*, págs. 98-101.

(23) DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., "Capítulo XXVI: el derecho de asilo como institución protectora de la vida y libertad humanas. Asilo territorial y refugiados. El asilo diplomático. La lucha contra las prácticas odiosas", *op. cit.*, págs. 625-626.

(24) KAHALE CARRILLO, D. T., *El derecho de asilo frente a la violencia de género*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, págs. 74-77.

(25) DÍEZ PERALTA, E., "Los derechos de la mujer en el derecho internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII/2, 2011, págs. 116-118.

(26) JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., "La persecución de género en el derecho internacional de los refugiados: nuevas perspectivas", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 33, 2017, págs. 11-15.

2. El reconocimiento de la persecución por motivos de género mediante la interpretación de la Convención de Ginebra

Los rasgos básicos que definen el refugio son una ruptura en la protección otorgada en el Estado del que es nacional o reside el refugiado y que llega a cruzar una frontera, situándose así en otro Estado. Siempre deben concurrir dos elementos, un elemento objetivo (la persecución) y un elemento subjetivo (el temor fundado)⁽²⁷⁾. La persecución por motivos de género no está expresamente prevista en la CER, ahora bien, gracias a diversas interpretaciones sí se podría encuadrar esta persecución en la Convención. Aun así, antes de abordar en detalle estas interpretaciones, es necesario entender la realidad fáctica que subyace a esta problemática.

La determinación de las formas de persecución sigue interpretaciones «forzosamente dispares» puesto que es un concepto muy amplio⁽²⁸⁾. Con todo, ACNUR establece que las formas de persecución por motivos de género abarcan actos de violencia sexual y familiar, mutilación genital femenina (en adelante MGF), planificación familiar forzada, crímenes relacionados con la dote, castigo por transgredir costumbres y valores morales, así como, la discriminación (incluyendo también la discriminación contra homosexuales)⁽²⁹⁾. También se consideran que las terapias de hormonación o electroshock forzosas son formas de persecución contra las personas LGTBI⁽³⁰⁾.

La trata de personas para la explotación sexual forzada constituye igualmente una forma de persecución de género⁽³¹⁾. Sin embargo, en muchos casos la trata se examina desde una perspectiva penal o migratoria, obviando la posibilidad de otorgar el estatuto de refugiado. Además, las víctimas se enfrentan a problemas probatorios adicionales. La trata es considerada por varios Estados y organismos como una forma de esclavitud, por lo que siendo la prohibición de la esclavitud una norma de *ius cogens*, parece que no otorgar el refugio a una víctima de trata no es la forma más adecuada de actuar frente a esta práctica⁽³²⁾.

(27) MERCADO CARMONA, C., *La protección de la integridad física y moral de la mujer en el derecho internacional contemporáneo*, Tesis doctoral, defendida en 2019 en la Universidad de Málaga, pág. 313, disponible en: https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/19016/TD_MERCADO_CARMONA_Maria_del_Carmen.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

(28) ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, doc. cit., pág. 21.

(29) HCR/GIP/02/01, ACNUR, *Directrices sobre protección internacional n.º 1: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, doc. cit., págs. 2-3.

(30) HCR/IP/12/09, ACNUR, *Directrices sobre protección internacional N.º 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*, doc. cit., pág. 13.

(31) *Ibidem*, págs. 4, 6.

(32) MIGUEL JUAN, C., *Pandataria: una mirada feminista al Derecho Internacional de los derechos humanos y al Derecho Internacional de las personas refugiadas*, op. cit., págs. 346-356.

Siguiendo las directrices de ACNUR, las solicitudes de refugio por persecución por motivos de género «pueden ser presentadas por hombres o mujeres, aunque debido a determinadas formas de persecución, por lo general son planteadas por mujeres»⁽³³⁾. Las mujeres que estarían protegidas serían aquellas que sufren la persecución en su país de origen (no durante el trayecto de una migración) realizada tanto por agentes estatales como no estatales. Esta última circunstancia dificulta el reconocimiento sobre todo en lo relativo a los aspectos probatorios⁽³⁴⁾.

Cuando la persecución se realiza por un agente no estatal, el perseguido debe probar que el Estado no proporciona una protección eficaz⁽³⁵⁾. Esta idea se conoce como «teoría de la protección interna». La persecución por motivos de género suele producirse por agentes no estatales (familia o comunidad) en un ámbito privado. Por ello, las víctimas no solo deben demostrar que tienen un temor fundado de sufrir una persecución, sino que también deben justificar que el Estado no puede o no quiere otorgar protección en todo el territorio nacional. Por consiguiente, adoptar el enfoque de diligencia debida (el Estado posee una obligación positiva de proteger a los perseguidos) es esencial para poder declarar a un Estado como responsable de la violencia contra las mujeres⁽³⁶⁾.

Para obtener la condición de refugiado es necesario que la persecución se produzca por alguno de los motivos previstos, es decir, debe existir un nexo causal. El género no está previsto como uno ellos y, debido a ello, las solicitudes por razón de género se fundan en alguno de los cinco motivos de la CER. Normalmente suelen encuadrarse dentro de la noción de pertenencia a grupo social determinado, si bien, pueden fundarse en cualquier otro. De hecho, en muchas ocasiones es difícil determinar con exactitud el motivo⁽³⁷⁾. De todo ello nos ocuparemos a continuación.

ACNUR en el 2002 define un grupo social determinado como «un grupo de personas que comparten una característica en común distinta al hecho de ser perseguidas, o que son percibidas como grupo por la sociedad»⁽³⁸⁾. Se deben añadir tres matices para complementar tal definición: la pertenencia a un grupo social determinado no

(33) HCR/GIP/02/01, ACNUR, *Directrices sobre protección internacional n.º 1: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, doc. cit., pág. 1.

(34) JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., "La persecución de género en el derecho internacional de los refugiados: nuevas perspectivas", *op. cit.*, págs. 4-6.

(35) HCR/GIP/02/01, ACNUR, *Directrices sobre protección internacional n.º 1: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, doc. cit., pág. 6.

(36) MIGUEL JUAN, C., *Pandataria: una mirada feminista al Derecho Internacional de los derechos humanos y al Derecho Internacional de las personas refugiadas*, *op. cit.* págs. 291-296, 399.

(37) KAHALE CARRILLO, D.T., *El derecho de asilo frente a la violencia de género*, *op. cit.*, págs. 125-127.

(38) HCR/GIP/02/01, ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, doc. cit., pág. 9.

es condición necesaria y suficiente para poder obtener la condición de refugiado⁽³⁹⁾; un grupo social no requiere de cohesión o unión entre sus miembros; y el tamaño de este es irrelevante. Por su parte, ACNUR establece que para que un solicitante sea beneficiario de la concesión del refugio no debe demostrar que todos los integrantes del grupo sufren el riesgo de ser perseguidos⁽⁴⁰⁾. Gracias a dicha definición se permite englobar tanto a las mujeres como a las personas LGTBI en un grupo social determinado⁽⁴¹⁾.

Continuando con la inclusión de las personas LGTBI como un grupo social, es necesario valorar dos aspectos bastante relevantes: que la percepción del género y la orientación sexual de una persona no es inmutable⁽⁴²⁾ y que, en muchas ocasiones, las personas LGTBI mantienen en secreto estos aspectos de sus vidas y se debe evitar caer en estereotipos relacionados con características físicas o psíquicas, por ejemplo, la promiscuidad o el tipo de vestimenta⁽⁴³⁾.

A la hora de interpretar el resto de los motivos también se debe considerar las formas específicas de persecución. Por ejemplo, en el motivo de la raza las mujeres se enfrentan a actos de control de la reproducción⁽⁴⁴⁾; en el motivo de religión, sigue sucediendo la quema o lapidación de «brujas»⁽⁴⁵⁾. Eventualmente, la petición de refugio por motivos de nacionalidad también puede producirse por aquellos supuestos en los que en la mujer pierde la nacionalidad tras haber contraído matrimonio con una persona no nacional⁽⁴⁶⁾.

Finalmente, el último motivo que se debe analizar es la opinión política. Este es bastante susceptible a los roles de género ya que, en ocasiones, las mujeres son

(39) ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, ACNUR, Ginebra, 2019, pág. 24.

(40) HCR/GIP/02/02, ACNUR, *Directrices sobre la protección internacional: "Pertenencia a un determinado grupo social" en el contexto del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, doc. cit., págs. 5-6.

(41) ACNUR en el párrafo 3.º de la HCR/GIP/02/01 establece que "el sexo puede ser subsumido en la categoría de grupo social", siendo las mujeres un claro ejemplo de subgrupo social definido por características innatas e inmutables, y que por lo general recibe un trato diferenciado al de hombres. Sus características también las identifican como grupo ante la sociedad, la cual las somete a diferentes tratos y normas en algunos países. Esta definición también abarca a homosexuales, transexuales y travestidos".

(42) HCR/IP/12/09, ACNUR, *Directrices sobre protección internacional N.º 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*, 2012, pág. 24.

(43) DÍAZ LAFUENTE, J., *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*, op. cit., págs. 93-95.

(44) HCR/GIP/02/01, ACNUR, *Directrices sobre protección internacional n.º 1: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, doc. cit., pág. 7.

(45) MIGUEL JUAN, C., *Pandataria: una mirada feminista al Derecho Internacional de los derechos humanos y al Derecho Internacional de las personas refugiadas*, op. cit., pág. 305.

(46) *Ibidem*, págs. 302-304.

excluidas de la participación política, se les atribuye las opiniones de sus familias o ejercen (o se niegan a realizar) labores de cuidado, reclutamiento o distribución de panfletos⁽⁴⁷⁾.

La razón por la que la persecución por motivos de género regularmente se subsume en la pertenencia a un grupo social determinado obedece a que es más fácil lograr la aceptación por un mayor número de tribunales, al no suponer una ruptura entre el ámbito público y privado. Realmente, la mayoría de estas persecuciones se realizan por agentes no estatales en un ámbito privado (por ejemplo, la VDG). Esta realidad se contrapone a la concepción original del refugiado como un varón perseguido por un agente estatal en un ámbito público. Pese a ello, si solamente se atiende a esa realidad, se corre el riesgo de considerar a la mujer únicamente como una víctima vulnerable dentro de ese ámbito privado. En consecuencia, es esencial reconocer que la mujer también actúa en el ámbito público y que posee opiniones políticas, de hecho, ser feminista o no seguir los roles de género es mostrar una opinión política⁽⁴⁸⁾. Por ello, es importante evitar reforzar los estereotipos de la mujer como víctima vulnerable, de modo que no todas las peticiones de refugio de las mujeres se engloben en la pertenencia a un grupo social determinado⁽⁴⁹⁾.

Por último, el temor fundado de ser perseguido también es un requisito sensible al género⁽⁵⁰⁾. Por ejemplo, ACNUR admite que el temor lo exprese el cuidador en casos de niñas víctimas de MGF⁽⁵¹⁾. Igualmente, ha establecido que existen leyes «persecutorias en sí y por sí mismas» siempre que sigan vigentes y se apliquen en la práctica⁽⁵²⁾, entre otras, las ordenanzas *Hudood* en Pakistán⁽⁵³⁾ y también incluye aquellas leyes que impongan métodos de aplicación excesivamente lesivos como las prácticas de esterilización forzosa o el aborto provocado⁽⁵⁴⁾.

(47) HCR/GIP/02/01, ACNUR, *Directrices sobre protección internacional n.º 1: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, doc. cit., pág. 10.

(48) CONCHA HERRILLO, S., *El derecho estático de las personas en movimiento: derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual*, op. cit., págs. 115-117.

(49) VEGA GUTIÉRREZ, A.M., "Discriminación y violencia de género en las solicitudes de asilo por motivos religiosos", op. cit., pág. 28.

(50) ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, doc. cit., págs. 19-21.

(51) ACNUR, *Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina*, ACNUR, Ginebra, 2009, pág. 8.

(52) HCR/GIP/02/01, ACNUR, *Directrices sobre protección internacional n.º 1: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, doc. cit., págs. 4-5.

(53) MIGUEL JUAN, C., *Pandataria: una mirada feminista al Derecho Internacional de los derechos humanos y al Derecho Internacional de las personas refugiadas*, op. cit., págs. 283-291.

(54) HCR/GIP/02/01, ACNUR, *Directrices sobre protección internacional n.º 1: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, doc. cit., pág. 4-5.

3. Más allá de la interpretación: ¿se debe incluir el género como sexto motivo?

Existe una discusión doctrinal que versa sobre la necesidad de modificar la Convención para incluir el género como un sexto motivo, por ejemplo, a través de la aprobación de un Protocolo. Al respecto, se defienden dos posiciones.

Por un lado, en la llamada «teoría de la interpretación» se mantiene que no se debería modificar la CER al ya existir una interpretación que incluye esta persecución. En esta línea se ha manifestado ACNUR puesto que considera que es «un principio básico que la definición de refugiado se debe interpretar con una perspectiva de género»⁽⁵⁵⁾. Resulta esencial lograr un principio de igualdad y prohibición de la discriminación que permitan incluir las múltiples identidades e injusticias que se producen actualmente⁽⁵⁶⁾. Como es sabido, la Convención se debe interpretar conforme al artículo 31.3 c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de manera que también se debe interpretar conforme todos los instrumentos internacionales que prohíban la discriminación por cuestión de sexo y que consoliden los derechos de las mujeres. Esta teoría es defendida por otros Estados como Canadá, Estados Unidos o Reino Unido⁽⁵⁷⁾.

Por otro lado, la «teoría de la modificación» considera que la única forma de otorgar una protección real es incluyendo un sexto motivo de persecución en la Convención, de esta forma, la concesión del refugio no dependería de la interpretación de cada Estado⁽⁵⁸⁾. La Convención debe ser reformada y actualizada para incluir el género y la orientación sexual como motivos de persecución ya que es la única forma de garantizar su protección. Además, es fundamental la diligencia debida de los Estados en la prevención, estudio y reparación de los daños producidos⁽⁵⁹⁾.

III. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO EN EUROPA

En el presente apartado se abordará la protección que se otorga a las víctimas de persecución por motivos de género en Europa. Por ello, se tratará inicialmente esta cuestión en el marco del Consejo de Europa y se finalizará con el tratamiento en la esfera de la Unión Europea.

(55) *Ibidem*, págs. 1-2.

(56) MIGUEL JUAN, C., *Pandataria: una mirada feminista al Derecho Internacional de los derechos humanos y al Derecho Internacional de las personas refugiadas*, op. cit., págs. 386-403.

(57) Concha Horrillo, S., *El derecho estático de las personas en movimiento: derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual*, op. cit., págs. 129-138.

(58) *Ibidem*.

(59) Mercado Carmona, C., *La protección de la integridad física y moral de la mujer en el derecho internacional contemporáneo*, op. cit., págs. 326-327.

1. La protección en el ámbito del Consejo de Europa

La tradición de protección de los derechos humanos en el ámbito del Consejo de Europa se proyecta también en el asilo y refugio. No obstante, ni el Convenio europeo para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales (en adelante CEDH) ni sus protocolos contemplan el derecho de asilo⁽⁶⁰⁾. En cambio, la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) interpretando el CEDH ha resultado fundamental.

Esta labor comenzó con el caso *Soering c. Reino Unido* (1989) pues abrió las puertas a considerar que la expulsión de refugiados a Estados donde puedan ser sometidos a tratos prohibidos es contraria al CEDH, en concreto, al artículo 3 CEDH que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos⁽⁶¹⁾. Más tarde, el TEDH iría precisando su doctrina que incluye *de facto* el *non refoulement* y que incluso reconoce la «vulnerabilidad especial» de los demandantes de asilo⁽⁶²⁾.

En las dos últimas décadas, el TEDH se ha pronunciado sobre el asilo por motivos de género (también sobre los motivos de orientación sexual e identidad de género). Los asuntos se han planteado alegando, especialmente, la vulneración de la prohibición de la tortura y tratos degradantes (art. 3 CEDH), el derecho de libertad y seguridad (art. 5 CEDH), el respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y el derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH)⁽⁶³⁾. A continuación, se abordarán las sentencias más destacadas.

Uno de los primeros supuestos planteados que resuelve una persecución por motivos de género fue el caso *Jabari c. Turquía* (2000). En este proceso, una mujer iraní se enfrentaba a una condena de cien latigazos al haber cometido adulterio⁽⁶⁴⁾. El TEDH se reafirma en su jurisprudencia, pues reconoce que el art. 3 CEDH incluye el *non refoulement* y que al prohibir la tortura se debe «efectuar un examen riguroso de la queja». Siguiendo este razonamiento y considerando la situación real de las mujeres en Irán, dictamina que no haber realizado un examen sobre la solicitud de asilo, escudándose en que la actora había presentado la solicitud fuera de un plazo «tan corto»⁽⁶⁵⁾, supone una violación de dicho artículo. Igualmente, dado que la demanda se inadmitió sin posibilidad de recurso y sin entrar a valorar sobre el fondo del asunto, también considera que se vulneró el derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH)⁽⁶⁶⁾.

(60) *Ibidem*, págs. 151-155.

(61) MORGADES GIL, S., "La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 37, 2010, págs. 801-803.

(62) JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., "La persecución de género en el derecho internacional de los refugiados: nuevas perspectivas", *op. cit.*, pág. 18.

(63) DÍAZ LAFUENTE, J., *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*, *op. cit.*, págs. 197-215.

(64) Caso *Jabari contra Turquía*, demanda n.º 40035/1998, STEDH de 11 de julio de 2000, apdos. 9-21, 31.

(65) El plazo legal era de tan solo cinco días.

(66) Caso *Jabari contra Turquía*, *doc. cit.*, apdos. 38-40, 42, 48-50.

En el 2010 el TEDH resuelve el caso *Ahmadpour c. Turquía* y considera que la devolución de una solicitante de asilo por violencia doméstica supone una vulneración del art. 3 CEDH⁽⁶⁷⁾. El Tribunal se manifiesta de forma similar en el caso *Affaire R.D. c. Francia* (2016). En esta sentencia, relativa a un crimen contra el honor, el Tribunal dictamina que debe ser el gobierno quien corra con la carga de la prueba para demostrar que la mujer en caso de retorno a su país no sufriría actos contrarios al art. 3 CEDH. De igual modo, dado el riesgo y la incapacidad del gobierno para garantizar una protección efectiva de la solicitante, considera que la devolución supondría una vulneración del artículo⁽⁶⁸⁾.

Los casos más recientes que versan sobre estas cuestiones son sentencias del 2018, concretamente: el caso *N.T.P y otros c. Francia* y el caso *Bistieva y otros c. Polonia*. En el primero, no se aprecia vulneración del CEDH⁽⁶⁹⁾ y en el segundo existe una violación del artículo 8 CEDH ya que el gobierno había ordenado el internamiento de una familia en un centro de acogida durante más de cinco meses por un riesgo de fuga (no apreciado por el TEDH)⁽⁷⁰⁾.

En relación con la MGF, existen varias sentencias relevantes. En el caso *Collins y Akaziebie c. Suecia* estima que esta práctica es contraria al art. 3 CEDH. Además, reconoce la vulnerabilidad especial de las solicitantes de asilo por motivos de género y que es comprensible la alteración de los testimonios, de hecho, reconoce que se les debe otorgar «el beneficio de la duda». Sin embargo, cuando existen pruebas fehacientes que contradicen el testimonio no se debe considerar válido⁽⁷¹⁾. El TEDH considera en el caso *Agbotain y otra c. Suecia* y el caso *Lunguli c. Suecia* que existe un riesgo de sufrir un daño irreparable por lo que sin lugar a duda opta por conceder las medidas cautelares en virtud de la Regla 39 de las Reglas de Procedimiento. Ahora bien, no llegó a sentenciar sobre el fondo del asunto, pues una vez interpuesta la demanda en el TEDH, el gobierno decidió otorgar el asilo⁽⁷²⁾. En esta misma línea se ha manifestado también en el caso *R.B.A.B y otros c. Países Bajos* (2016)⁽⁷³⁾.

(67) Caso *Ahmadpour contra Turquía*, demanda n.º 12717/2008, STEDH 15 de junio de 2010, apdos. 7-22, 39-41, 48-49.

(68) Caso *Affaire R.D. contra Francia*, demanda n.º 34648/14, STEDH de 16 de junio de 2016, apdos. 6-14, 37-45.

(69) Caso *N.T.P y otros contra Francia*, demanda n.º 68862/2013, STEDH de 24 de mayo de 2018, apdos. 29-32, 42-44.

(70) Caso *Bistieva y otros contra Polonia*, demanda n.º 75157/2014, STEDH de 10 de abril de 2018, apdos. 86-88.

(71) Caso *Emily Collins y Ashley Akaziebie contra Suecia*, demanda n.º 23944/05, Decisión TEDH 8 de marzo de 2007, apdos. 3-15, 45-60.

(72) MIGUEL JUAN, C., "La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional". *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, número 17, 2008, págs. 9-11. Asimismo, destacan las decisiones del TEDH en el caso *M.B. c. España* (2015) y *E.S. c. España* (2016) ya que se interponen las demandas ante el TEDH para lograr las medidas cautelares estando aún pendiente la resolución de los recursos contra las solicitudes de asilo. Precisamente, dado que no se habían agotado las vías de recurso internas, el TEDH no llega a valorar el fondo del asunto.

(73) Caso *R.B.A.B y otros c. Países Bajos*, demanda n.º 7211/06, STEDH 7 de junio de 2016, apdos. 51-59.

Llama la atención cómo en ocasiones el TEDH no se pronuncia sobre estas cuestiones puesto que una vez presentada la demanda en el tribunal, el Estado que había denegado la concesión de asilo finalmente la otorga. Esto se puede observar en varios casos, no solo los ya mencionados, sino también, por ejemplo, en el caso *A.S.B. c. Países Bajos* y el caso *M.E. c. Suecia*. Ambos versaban sobre la devolución de personas homosexuales a países donde se criminaliza esta orientación sexual⁽⁷⁴⁾.

Una vez analizada la jurisprudencia más significativa, se debe traer a colación, dada su especial transcendencia, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica⁽⁷⁵⁾, más conocido como el Convenio de Estambul, que entró en vigor en 2014 y en el que España es parte⁽⁷⁶⁾. Este es el primer instrumento europeo vinculante que trata sobre la violencia contra las mujeres e incluye un capítulo dedicado a la migración y el asilo de las mujeres⁽⁷⁷⁾. Se trata del «Capítulo VII-Migración y asilo», que aborda tres cuestiones fundamentales para las mujeres perseguidas por motivos de género: el estatuto de residente, el asilo basado en el género y el principio de no devolución (arts. 59 y ss.)⁽⁷⁸⁾.

El primer mecanismo, el «estatuto de residente» (art. 59), establece la obligación de las Partes de introducir aquellas medidas necesarias para otorgar un permiso de residencia autónomo a las mujeres divorciadas en «situaciones particularmente difíciles» del cónyuge o su pareja de hecho cuando su estatuto de residente dependa de estos.

En el artículo 60 se regulan las «solicitudes de asilo basadas en el género» y se impone la obligación de adoptar aquellas medidas necesarias para que la violencia contra las mujeres se reconozca como una forma de persecución «en el sentido del

(74) DÍAZ LAFUENTE, J., *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*, op. cit., págs. 197-200.

(75) Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 2011. Instrumento de ratificación de España de 18 de marzo de 2014, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014. La Comisión Europea propuso el 4 de marzo de 2016 la adhesión de la UE a este Convenio. Igualmente, el Parlamento Europeo a través de la Resolución 2019/2855 (RSP) "pide al Consejo que lleve a término con carácter de urgencia la ratificación del Convenio de Estambul sobre la base de una amplia adhesión sin restricciones".

(76) Cabe mencionar que el Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (GREVIO) en su vigésimo encuentro realizado en Estrasburgo el 4 y 5 de marzo de 2020 adopta como decisión aprobar el informe de España realizando ciertas modificaciones. Disponible en: <https://rm.coe.int/list-of-decisions-of-the-20th-meeting/pdfa/16809e33c8>. Igualmente, en el informe, que aún no ha sido publicado, se destaca el desarrollo que ha seguido España. En concreto se reconoce que se adopta un tratamiento diferenciado y un enfoque de género a la hora de tramitar las solicitudes, págs. 66-67. Disponible en: <https://rm.coe.int/state-report-from-spain/16809313e0>.

(77) MERCADO CARMONA, C., "La erradicación de la violencia contra la mujer por tratado: un análisis comparado del Convenio de Estambul y de la Convención de Belém do Pará", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, número 30, 2017, págs. 214-222, 235-238.

(78) LOUSADA AROCHENA, J.F., "El convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, número 35, 2014, pág. 14.

artículo 1, A (2) del Convenio [...] de 1951» y de que los procedimientos sean sensibles al género⁽⁷⁹⁾. Este artículo puede considerarse esencial ya que aporta cierta seguridad jurídica a la interpretación de la Convención en tanto que se obliga a los Estados Parte a considerar la violencia contra las mujeres como una forma de persecución y a adoptar una interpretación sensible al género. Pese a todo, dada la falta de exhaustividad del Convenio de Estambul, la interpretación de ACNUR sobre la Convención sigue resultando vital.

Finalmente, el artículo 61 regula «la no devolución» y prevé que, en caso de víctimas de violencia contra las mujeres, independientemente de su condición o lugar de residencia, no podrán ser devueltas a un país en el que su vida corra peligro o puedan ser «víctimas de tortura o de tratos o daños inhumanos o degradantes».

A pesar de que este reconocimiento es fundamental, es necesario un mayor desarrollo para lograr una implementación más adecuada. Es cierto que el objeto a tratar es complejo, pero las situaciones de riesgo y vulnerabilidad a las que se encuentran sujetas las solicitantes exigen un tratamiento más elaborado y cuidadoso. Aun así, es incuestionable que la concesión del asilo y el principio de no devolución constituyen un elemento crucial para proteger a estas mujeres⁽⁸⁰⁾.

2. La protección en la Unión Europea

Es indudable la complejidad jurídico-política a la hora de tratar el derecho de asilo en el ámbito de la Unión Europea ya que se trata de buscar una política común en lo relativo a este derecho, lo que no es fácil, y más si se trata en especial del asilo por motivos de género. De hecho, el derecho de asilo no está contemplado expresamente en el derecho comunitario originario. El sistema se caracterizaba inicialmente por tres elementos: ausencia de regulación material, remisión a las normas de derecho internacional público y confusión entre las figuras de asilo y refugio, precisamente, por esa remisión⁽⁸¹⁾. Con posterioridad, se ha producido una larga evolución tendente a la creación de una política común de asilo⁽⁸²⁾.

Con la aprobación del Tratado de Ámsterdam se logró incluir el asilo e iniciar así un proceso de comunitarización que culminaría en 1999 con la realización del Sistema Europeo Común de Asilo (en adelante SECA), concretado por el Consejo Europeo en Tampere. A partir de entonces, se distinguen dos etapas de creación normativa

(79) MERCADO CARMONA, C., "La erradicación de la violencia contra la mujer por tratado': un análisis comparado del Convenio de Estambul y de la Convención de Belém do Pará", *op cit.*, págs. 222-223.

(80) LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ, S., "El Convenio de Estambul en la lucha contra la violencia de género: análisis crítico", *op. cit.*, págs. 209-210.

(81) KAHALE CARRILLO, D.T., *El derecho de asilo frente a la violencia de género*, *op. cit.*, págs. 80-89.

(82) Objetivo definido por el Consejo Europeo de Estrasburgo de 8 y 9 de diciembre de 1990 y desarrollado por el Consejo Europeo de Maastricht de 9 y 10 de diciembre de 1991 y por el Consejo Europeo de Bruselas de 10 y 11 de diciembre de 1993, así como en la Comunicación de la Comisión sobre las políticas de inmigración y de asilo, de 23 de febrero de 1994, COM (94) 23 final.

(que en todo caso se corresponde con competencias compartidas), la primera etapa comprende los años 2000 a 2004 y la segunda abarca los años 2011 a 2013⁽⁸³⁾.

En cuanto a la normativa de la primera etapa, en relación con el objeto de estudio de este ensayo, destaca la Directiva 2004/83/CE del Consejo⁽⁸⁴⁾. Es relevante en tanto que en su artículo 4.3.c) se establece que para evaluar una solicitud de protección internacional se debe tener en cuenta la situación particular y las circunstancias personales del solicitante, entre ellos, el sexo. Igualmente, en el apartado 5 del citado artículo se prevé que, bajo ciertas condiciones, las afirmaciones de los solicitantes no necesitan ser probados.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) no ha detallado el alcance de este artículo en relación con las solicitudes de asilo por motivos de género, pero sí por motivos de orientación sexual⁽⁸⁵⁾, en concreto, en el *Caso A, B y C c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*. En este proceso las solicitudes se habían desestimado por falta de verosimilitud⁽⁸⁶⁾. El TJUE dictamina que la solicitud se debe valorar individualmente considerando las circunstancias personales como el pasado, sexo y edad. Seguidamente concreta que la orientación sexual de una persona, si no se cuenta con pruebas, puede ser comprobada bajo ciertas condiciones⁽⁸⁷⁾.

En esta sentencia se reconoce la utilidad de los exámenes o interrogatorios basados en estereotipos. Con todo, el TJUE se opone a que estos se basen únicamente en dichos estereotipos y sentencia que exigir información detallada sobre las prácticas sexuales es contrario al derecho al respeto de la vida privada y familiar (art.7 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en adelante CDFUE). Esta es la razón por la que si el solicitante no responde a estas cuestiones no habría un motivo suficiente para concluir la falta de credibilidad de sus manifestaciones⁽⁸⁸⁾.

El TJUE también se pronuncia sobre dos aspectos procesales importantes, la aceptación de grabaciones sexuales y la no revelación desde un inicio de la orientación sexual. En relación con la aceptación de la aportación de grabaciones de actos íntimos, la sentencia concluye que «no tienen necesariamente valor probatorio» y

(83) MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *La Política Europea de Protección Internacional Sistema Europeo Común de Asilo*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Pamplona, 2018, págs. 33-44.

(84) Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, DO L 304/12, de 30/09/2004.

(85) No existen sentencias del TJUE sobre la persecución por motivos de género y únicamente hay tres decisiones sobre la persecución por orientación sexual. Realmente, esta regulación apenas ha sido interpretada debido al régimen particular de la cuestión prejudicial en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia vigente hasta el Tratado de Lisboa.

(86) STJUE de 2 de diciembre de 2014, *A, B y C c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406, apdos. 2, 22-29.

(87) Estas condiciones son los requisitos acumulativos previstos en el art. 4.5 de la Directiva. *Ibidem*, apdos. 55, 57-58.

(88) *Ibidem*, apdos. 62-64, 73.

«que pueden menoscabar la dignidad humana» garantizada en el art.1 CDFUE, por ello, no se pueden presentar en un pleito⁽⁸⁹⁾. Finalmente, con respecto a no haber invocado la orientación sexual desde un inicio, dada la delicadeza, la vulnerabilidad y las circunstancias personales, el hecho de no hacerlo desde un principio, no implica que se deba concluir automáticamente la falta de verosimilitud del demandante⁽⁹⁰⁾.

La Directiva 2004/83/CE incluye en el artículo 9 los actos de violencia sexual o naturaleza sexual y los procesamientos, penas o denegación de la tutela judicial por motivos discriminatorios como formas de persecución. En el artículo 10.1.d) define el grupo social estableciendo que «podría» incluirse el sexo y la orientación sexual como una característica común. El empleo del verbo «podría» supone que dicha interpretación dependa de cada Estado, creándose así inseguridad jurídica y falta de homogeneidad⁽⁹¹⁾. Además, no reconoce el sexo como un grupo social por sí mismo, sin embargo, sí se debe tener en cuenta en el momento en el que se determina⁽⁹²⁾.

Por otro lado, el TJUE en los casos *Minister voor Immigratie en Asiel y Otros c. X y Otros* aborda la interpretación de estos dos artículos en relación con la persecución por orientación sexual en países donde la homosexualidad está tipificada como delito⁽⁹³⁾. El Tribunal considera que las leyes que tipifiquen como delito los actos homosexuales, siempre que se apliquen, son «una sanción desproporcionada o discriminatoria y constituye, por tanto, un acto de persecución»⁽⁹⁴⁾. Al mismo tiempo, concluye que la orientación sexual es una característica innata y que, dado que la legislación penal está destinada específicamente a las personas homosexuales, estas poseen una identidad diferenciada. De ahí que puedan considerarse un determinado grupo social⁽⁹⁵⁾. Finalmente, sentencia que, dado que la orientación sexual es irrenunciable, las autoridades no pueden exigir que el solicitante que haya tenido que renunciar a su orientación sexual o emplear «una discreción mayor que la de una persona heterosexual»⁽⁹⁶⁾.

(89) *Ibidem*, apdos. 65-66, 73.

(90) *Ibidem*, apdos. 67-71, 73.

(91) JIMÉNEZ SÁNCHEZ C., "Artículo 18. Derecho de asilo. Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea", MONEREO PÉREZ J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, págs. 425-427.

(92) CONCHA HERRILLO, S., *El derecho estático de las personas en movimiento: derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual*, op. cit., pág. 185.

(93) STJUE de 7 de noviembre de 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel y Otros c. X y Otros*, asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12, ECLI:EU:C:2013:720, apdos. 1, 24-26.

(94) STJUE de 7 de noviembre de 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel y Otros contra X y Otros*, doc. cit., apdo. 61.

(95) STJUE de 7 de noviembre de 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel y Otros contra X y Otros*, doc. cit., apdos. 45-49, 79.

(96) *Ibidem*, apdos. 65-75, 79.

Actualmente, el SECA se articula a través de diversos mecanismos jurídicos⁽⁹⁷⁾. Este artículo versa sobre la persecución por motivos de género, por este motivo, se centrará en abordar las particularidades del asilo en este aspecto, sin tratar el SECA en su totalidad. Desde este punto de vista, es fundamental la Directiva 2011/95/UE que regula la concesión de la protección internacional⁽⁹⁸⁾.

En el artículo 13 se concibe el estatuto de refugiado como un derecho subjetivo cuyo reconocimiento produce más efectos que el mero principio de no devolución, por ello, algunos autores denominan el SECA como *Geneva-plus regime*⁽⁹⁹⁾. Sea como fuere, esta Directiva aproxima los beneficios de la protección subsidiaria al estatuto del refugiado⁽¹⁰⁰⁾ y mejora la protección otorgada por la Convención⁽¹⁰¹⁾.

La Directiva 2011/95/UE deroga la anterior Directiva 2004/83/CE (escasamente interpretada por el TJUE, como hemos visto), consolida el respeto a la dignidad humana y mejora las posiciones jurídico-subjetivas de los solicitantes⁽¹⁰²⁾. Igualmente, aborda con mayor profundidad la cuestión de género⁽¹⁰³⁾, lo cual ha sido valorado satisfactoriamente por ACNUR en tanto que se refleja su propia interpretación⁽¹⁰⁴⁾.

Es importante destacar que en el artículo 5.2 se prevé que los fundados temores a ser perseguido pueden basarse en actividades que sucedan una vez después de que el solicitante haya abandonado su país de origen. Llama la atención puesto que, a diferencia de la protección otorgada por la Convención de Ginebra, supone

(97) Reglamento (UE) N.º 604/2013, DO L 180/31, de 29/06/2013.

Directiva 2011/95/UE, DO L 337/9, de 20/12/2011.

Directiva 2013/32/UE, DO L 180/60, de 29/06/2013.

Directiva 2013/33/UE, DO L 180/96 de 29/06/2013.

Reglamento (UE) N.º 603/2013, DO L 180/1, de 29/06/2013.

(98) Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), DO L 337/9 de 20/12/2011.

(99) MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *La Política Europea de Protección Internacional Sistema Europeo Común de Asilo*, op. cit., págs. 139-142.

(100) El estatuto de protección subsidiaria se concede a aquellas personas nacionales de terceros estados o apátridas que, no reuniendo todos los requisitos para ser refugiados, poseen motivos fundados para temer que en caso de regresar a su país a tendrán un riesgo de sufrir daños graves, por ejemplo, en casos de conflicto armado. Igualmente, el contenido de la protección internacional está previsto en el Capítulo VII de la Directiva (arts. 20 y ss.) y se aplica tanto a refugiados como beneficiarios de la protección subsidiaria, salvo indicación en contrario.

(101) PORRAS RAMÍREZ, J.M., "El sistema europeo común de asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización", *Revista de Estudios Políticos*, número 175, 2017, págs. 216-217.

(102) Ver considerandos 18, 28 y 38 y artículos 2 j) y 31 de la Directiva 2011/95/93UE.

(103) MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *La Política Europea de Protección Internacional Sistema Europeo Común de Asilo*, op. cit., págs. 137-139.

(104) ACNUR, *Avanzando hacia un Sistema europeo común de asilo. Declaración del ACNUR sobre el paquete legislativo de la Unión Europea de junio de 2013*, doc. cit., págs. 3-4.

que podría otorgarse la protección a las mujeres que sufran persecuciones tras haber huido de su país. Por su parte, en el art. 8 se determina que los Estados pueden establecer que un solicitante no posee protección interna, así pues, evaluar la concurrencia de la alternativa de huida interna se configura como una facultad discrecional de los Estados.

En relación con el artículo 9, relativo a las formas de persecución, se observa que se incluye en el apartado f) los «actos dirigidos contra las personas por razón de su sexo», es decir, se mencionan expresamente los actos persecutorios por motivos de género⁽¹⁰⁵⁾. En todo caso, los actos de persecución de género pueden subsumirse en las categorías a) actos de violencia física o psíquica (incluyéndose los actos de violencia sexual), b) normas que sean o se apliquen discriminatoriamente y f) actos dirigidos contra las personas por razón del sexo⁽¹⁰⁶⁾.

Una de las principales novedades se percibe en relación con la pertenencia a un grupo social determinado, pues se añade que tanto el sexo como la identidad de género «se tendrán debidamente en cuenta» para establecer la pertenencia a un grupo social determinado, obviando la orientación sexual (art. 10.1 d)). Al respecto, se debe recordar que en la Directiva 2004/83/CE se empleaba el término «podría» tanto para el sexo como para la orientación sexual sin mencionar explícitamente la identidad de género. Sin embargo, se aprecia un avance en la concesión de protección internacional por motivos de género al admitir que tanto el sexo como la identidad de género se deben tener en cuenta para determinar la pertenencia a un grupo social determinado y que pueden constituir un grupo social por sí mismo⁽¹⁰⁷⁾.

Cabe destacar que no se contempla una protección específica para las mujeres víctimas de trata de seres humanos⁽¹⁰⁸⁾. Pese a lo anterior, en el artículo 19.3 se reconoce que para interpretar el contenido de la protección internacional se debe reparar en la situación específica de las personas vulnerables, como las víctimas de trata de seres humanos y mujeres embarazadas.

El reconocimiento de todos estos aspectos en relación con los motivos de género ha supuesto un avance importante, pues ha propiciado que se conceda el estatuto de refugiado para los solicitantes. Hasta entonces en los países donde no se había

(105) CONCHA HERRILLO, S., *El derecho estático de las personas en movimiento: derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual*, op. cit., págs. 168-169.

(106) DÍEZ PERALTA, E., "El marco jurídico y político para prevenir y combatir la violencia contra la mujer en la Unión Europea: una aproximación global", *Revista General de Derecho Europeo*, número 49, 2019, págs. 159-160.

(107) MIGUEL JUAN, C., *Pandataria: una mirada feminista al Derecho Internacional de los derechos humanos y al Derecho Internacional de las personas refugiadas*, op. cit., págs. 232-233.

(108) GONZÁLEZ VEGA, J. A., "Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional (a propósito de la crisis de los refugiados)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, 2017, pág. 39.

consolidado este fenómeno (entre ellos España), se inclinaban por otorgar el régimen de protección subsidiaria, por ejemplo, a las víctimas de violencia de género o víctimas de trata sexual⁽¹⁰⁹⁾. Esta misma tendencia se observaba en las solicitudes por motivos de orientación sexual e identidad de género⁽¹¹⁰⁾.

La Directiva 2013/32/UE⁽¹¹¹⁾ regula los procedimientos de concesión o retirada de la protección internacional con el objetivo de establecer unos «estándares comunes»⁽¹¹²⁾. Esta es más sensible que la anterior a las cuestiones de género⁽¹¹³⁾, por esta razón, a continuación, se abordarán brevemente las particularidades previstas en la norma.

Se observa cómo la Directiva trata de identificar a las personas vulnerables para otorgarles garantías procesales especiales. Este «mecanismo de identificación» ha sido uno de los más debatidos por parte de los Estados pese a que constituye, a todas luces, un gran logro⁽¹¹⁴⁾. Por otra parte, a la hora de regular los requisitos para realizar el examen de las solicitudes, se dispone que el personal que examina la solicitud debe tener la posibilidad de acceder a expertos en género (art. 10). Además, en el art. 15.3.a) se prevé que las personas que realicen la entrevista deben tener en cuenta las circunstancias relativas al género, orientación sexual e identidad de género. Por otra parte, se establece que los registradores, entrevistadores e intérpretes sean del mismo sexo que el solicitante⁽¹¹⁵⁾. Aun así, en caso de que este sea una persona transgénero podría haber problemas si la autoridad no conoce de las dificultades a las que el solicitante se expone cuando declara⁽¹¹⁶⁾.

En el art. 11.3, relativo a los requisitos de las resoluciones, se prevé que respecto a las resoluciones de aquellas solicitudes presentadas por cuenta de personas a cargo o de menores, basadas en los mismos motivos⁽¹¹⁷⁾, cuando la solicitud se base en razones de género, orientación sexual o identidad de género, se debe

(109) MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *La Política Europea de Protección Internacional Sistema Europeo Común de Asilo*, op. cit., pág. 146.

(110) DÍAZ LAFUENTE, J., *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*, op. cit., pág. 149.

(111) Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), DO L 180/60 de 29/06/2013. No vincula a Irlanda ni Dinamarca, tampoco vinculaba a Reino Unido.

(112) MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *La Política Europea de Protección Internacional Sistema Europeo Común de Asilo*, op. cit., págs. 183-187; 190-193.

(113) DÍAZ LAFUENTE, J., *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*, op. cit., pág. 150.

(114) *Ibidem*, págs. 150-151.

(115) Ver considerando 35, art. 13.2 d), art. 15.3 b) y c) de la Directiva 2013/33/UE.

(116) CONCHA HORRILLO, S., *El derecho estático de las personas en movimiento: derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual*, op. cit., pág. 174.

(117) Estas pueden ser resueltas con una resolución única.

dictar una resolución separada para esa persona afectada específicamente. Por tanto, al exigir una resolución individualizada, se observa una garantía adicional para estas personas.

La Directiva 2013/33/UE⁽¹¹⁸⁾ regula y mejora las condiciones de acogida y los estándares de protección de los solicitantes en relación con la regulación anterior⁽¹¹⁹⁾. Establece que los Estados miembros deben velar para que las mujeres solicitantes de asilo estén separadas de los hombres en los alojamientos, salvo que sean miembros de su familia (art. 11.5). Asimismo, obliga a considerar el género y la vulnerabilidad de las personas dentro de los centros de acogida y los locales empleados para alojar a los solicitantes (art. 18) y a adoptar las medidas necesarias para «prevenir el acoso y los actos de violencia de género, incluida la violencia y el acoso sexual en los locales o centros de acogida». Por último, destaca el Capítulo IV en el que se establecen las disposiciones sobre personas vulnerables como las mujeres embarazadas, las personas víctimas de trata de seres humanos o víctimas de la MGF (esta mención tan explícita no figura en el resto de las normativas).

El TJUE, al igual que con la Directiva 2004/83/CE, tampoco ha interpretado la regulación actual en relación con la persecución por motivos de género. Pese a ello, existe una sentencia en relación con la persecución por motivos de orientación sexual con trascendencia en cuestiones probatorias (interpreta el art. 4 Directiva 2011/95/UE⁽¹²⁰⁾ en relación con la Directiva 2013/32/UE). Reitera que la orientación sexual permite acreditar la pertenencia a un grupo social determinado, es más, cuando el agente de persecución asocia esta característica al perseguido, considera irrelevante que el solicitante sea o no homosexual. Igualmente, corresponde a la autoridad nacional valorar las pruebas y también debe garantizar el acceso del personal a expertos en cuestiones de género. Sentadas estas bases, el TJUE concluye que las autoridades pueden ordenar la obtención de un dictamen pericial para valorar los hechos y circunstancias relativas a la orientación sexual, siempre y cuando dicho dictamen no vulnere los derechos fundamentales previstos en la CDFUE. De hecho, considera que los informes psicológicos (en concreto, los test de personalidad proyectivos) constituyen una injerencia a la vida privada y que no pueden ser indispensables para confirmar el relato del solicitante ya que tienen un carácter aproximativo⁽¹²¹⁾.

(118) *Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido)*, DO L 180/96 de 29/06/2013.

(119) El art. 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no se refiere explícitamente al desarrollo de unas normas de procedimiento, pues a lo sumo se limita a establecer que el SECA comprende "normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo o de protección subsidiaria".

(120) Es prácticamente idéntico al art. 4 de la Directiva 2004/83/CE ya mencionado anteriormente.

(121) STJUE de 25 de enero de 2018, *F. c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, asunto C-473/16, ECLI:EU:C:2018:36, apdos. 30-31, 36, 39, 46, 54, 65-71.

IV. LA PROTECCIÓN EN ESPAÑA

1. La evolución de la concesión del asilo y refugio por motivos de género

El derecho de asilo no está reconocido constitucionalmente como un derecho subjetivo (art. 13.4 CE)⁽¹²²⁾, si bien, como mínimo se debe entender reconocido el *non refoulement*⁽¹²³⁾. El Tribunal Constitucional sentencia que se configura como un mandato constitucional dirigido al legislador para que determine su alcance mediante ley ordinaria⁽¹²⁴⁾. Este sería desarrollado, inicialmente, a través de la Ley 4/1984⁽¹²⁵⁾ modificada por la Ley 9/1994⁽¹²⁶⁾. Estas no contenían referencias explícitas a la persecución por motivos de género. Así pues, la actuación de los tribunales ha sido fundamental para ir reconociendo la admisión a trámite de la solicitud de asilo o su concesión.

La primera vez que se reconoce la persecución por motivos de género jurisprudencialmente es en 1999⁽¹²⁷⁾. La Audiencia Nacional (en adelante AN) otorga la permanencia en España por razones humanitarias⁽¹²⁸⁾ a una víctima de VDG⁽¹²⁹⁾, pero no otorga el asilo o refugio. De hecho, habría que esperar al 2009 para reconocer el asilo en un caso de VDG por parte de los tribunales⁽¹³⁰⁾.

En el 2004 la AN sentencia que la MGF es una forma de persecución que reviste la gravedad suficiente para ser considerada una tortura (vulnerando el art. 3 CEDH). De hecho, considera que es una «manifestación de violencia sexual específicamente dirigida contra las mujeres' o género femenino» y que, aun no estando expresamente prevista en la Convención, puede encuadrarse dentro de la persecución por pertenencia a un grupo social determinado⁽¹³¹⁾. Al año siguiente,

(122) "La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España" art. 13.4 CE. *BOE* núm. 311, de 29/12/1978.

(123) PÉREZ VERA, E., SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., "Artículo 13.4 el derecho de asilo", RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER M., y CASAS BAAMONDE M.E. (directores), *Comentarios a la Constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, págs. 320-322.

(124) STC 53/2002, de 27 de febrero (RTC 2002, 53), ECLI:ES:TC:2002:53, FJ 4 y 5.

(125) Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. *BOE* núm. 74, de 27 de marzo de 1984.

(126) Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. *BOE* núm. 122, de 23 de mayo de 1994.

(127) KAHALE CARRILLO, D. T., *El derecho de asilo frente a la violencia de género*, *op. cit.*, pág. 176.

(128) Concretamente, citando el artículo 17.2 de la Ley 5/1984 modificada por la Ley 9/1994.

(129) SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) de 12 de noviembre de 1999, ECLI:ES:AN:1999:6852, FJ 1 y FJ 3.

(130) KAHALE CARRILLO, D. T., *El derecho de asilo frente a la violencia de género*, *op. cit.*, pág. 176.

(131) SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) de 17 de marzo de 2004, ECLI:ES:AN:2004:1898, FJ 2.

se estima la admisión a trámite de varias solicitudes de asilo. Las solicitantes describieron agresiones sexuales y actos de violencia, así como, «una situación grave y continuada persecución por razón de sexo, (encuadrable sin duda entra las persecuciones sociales)»⁽¹³²⁾. En este año también se estima la admisión a trámite de una solicitud de un homosexual perseguido⁽¹³³⁾ y de una mujer víctima de MGF⁽¹³⁴⁾.

En el 2006 el Tribunal Supremo (en adelante TS) sentencia que el matrimonio forzoso constituye una persecución que «reviste carácter protegible»⁽¹³⁵⁾; este razonamiento sería retomado posteriormente⁽¹³⁶⁾. Por su parte, la AN concede el asilo a una mujer que aporta un certificado médico que dictamina que su hermana había sido víctima de MGF. Este certificado fue considerado una prueba indiciaria suficiente, decidiendo así, otorgar el asilo. Además, reitera que estas prácticas se realizan en el ámbito privado y que en ocasiones los Estados no pueden garantizar una protección efectiva a las mujeres⁽¹³⁷⁾.

En el 2007 el TS estima la admisión a trámite de una solicitud por motivos de género. El Tribunal razona que la «discriminación social y postergación laboral» que sufría la actora puede ser objeto de una «persecución por razón de género, incardinable entre las persecuciones sociales» previstas en el ordenamiento, en consecuencia, se debía admitir a trámite la solicitud.⁽¹³⁸⁾

En ese mismo año también existe un gran avance legislativo, pues se realiza la modificación en la Ley Orgánica 1/2004 mediante la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁽¹³⁹⁾. En concreto, otorgaba el reconocimiento de la condición de refugiado a las mujeres con temor fundado a

(132) STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 31 de marzo de 2005, ECLI:ES:TS:2005:3485, FJ 3, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 9 de septiembre de 2005, ECLI:ES:TS:2005:5260, FJ 3, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 10 de noviembre de 2005, ECLI:ES:TS:2005:6860, FJ 5.

(133) STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 30 de noviembre de 2005, ECLI:ES:TS:2005:7098, FJ 4.

(134) SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) de 12 de enero de 2005, ECLI:ES:AN:2005:62, FJ 2-4.

(135) STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 28 de febrero de 2006, ECLI:ES:TS:2006:1172, FJ 4.

(136) STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 31 de enero de 2008, ECLI:ES:TS:2008:277, FJ 3, 4 y 5.

(137) SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 21 de junio de 2006, ECLI:ES:AN:2006:2734, FJ 1, 3 y 4.

(138) STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 15 de febrero de 2007, ECLI:ES:TS:2007:1303, FJ 2, 3 y 6.

(139) Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *BOE* núm. 71, de 23/03/2007.

«sufrir persecución por motivos de género»⁽¹⁴⁰⁾. De esta forma, España reconocía explícitamente esta persecución en una norma con rango de ley⁽¹⁴¹⁾. Sin embargo, al estar vigente únicamente durante dos años no ha podido conocerse su alcance en profundidad⁽¹⁴²⁾.

Resulta evidente que esta modificación supuso la introducción del género como un sexto motivo. En efecto, no solo fue un reconocimiento expreso, sino que también supuso el reconocimiento del género como un motivo autónomo y no como un subtipo de la persecución por pertenencia a un grupo social determinado⁽¹⁴³⁾. De hecho, la doctrina llega a considerar que existe una restricción de derechos en la normativa vigente ya que actualmente el género se supedita a las «circunstancias imperantes en el país de origen» y no puede constituir un grupo social por sí mismo⁽¹⁴⁴⁾.

Como ya se había indicado, es en 2009 cuando se produce el cambio jurisprudencial y se reconoce por primera vez el asilo a una víctima de VDG. La sentencia reconoce que la VDG constituye una violación del art. 3 CEDH⁽¹⁴⁵⁾ y que el género es fundamental para comprender la esencia de la violencia⁽¹⁴⁶⁾. Incluso considera que apreciar un comportamiento pasivo por parte de la solicitante respecto a los malos tratos es un aspecto accesorio, pues no supone una aceptación tácita de la realidad⁽¹⁴⁷⁾. Esta sentencia fue recurrida al TS que confirma la dictada por la AN añadiendo que la persecución por motivos de género es una persecución social e identifica como sujetos protegibles aquellas mujeres «que sufren violaciones de sus derechos humanos inderogables» incluyendo la discriminación grave⁽¹⁴⁸⁾.

(140) La Disposición adicional vigésima novena de la LO 3/2007 añade una Disposición adicional a la Ley 5/1984.

(141) CONCHA HORRILLO, S., *El derecho estático de las personas en movimiento: derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual*, *op. cit.*, pág. 183.

(142) LA SPINA, E., MERINO I SANCHO, V., "Capítulo II: Dilemas en el tratamiento jurídico del asilo por violencia de género", *op. cit.*, pág. 127.

(143) CONCHA HORRILLO, S., *El derecho estático de las personas en movimiento: derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual*, *op. cit.*, pág. 186.

(144) LA SPINA, E., MERINO I SANCHO, V., "Capítulo II: Dilemas en el tratamiento jurídico del asilo por violencia de género", *op. cit.*, págs. 127-128.

(145) SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª) de 13 de enero de 2009, ECLI:ES:AN:2009:377, FJ 2 y 3.

(146) LA SPINA, E., MERINO I SANCHO, V., "Capítulo II: Dilemas en el tratamiento jurídico del asilo por violencia de género", *op. cit.*, pág. 141.

(147) SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª) de 13 de enero de 2009, ECLI:ES:AN:2009:377, FJ 5.

(148) STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 15 de junio de 2011, ECLI:ES:TS:2011:4013, FJ 4.

2. Características de la protección internacional por motivos de género en la Ley 12/2009, de 30 de octubre

La Ley 12/2009 es la vigente en materia de asilo y refugio⁽¹⁴⁹⁾ y transpone la Directiva 2004/83/CE⁽¹⁵⁰⁾. Por ello, en su artículo 4 se ha introducido la figura de la protección subsidiaria en línea con la Directiva y también equipara el contenido de ambas protecciones⁽¹⁵¹⁾.

En el artículo 3 se reconoce la condición de refugiado a aquella persona que tenga fundados temores de ser perseguida por motivos de pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual. Sin embargo, en el artículo 7, que regula los motivos de persecución, no se contempla el género ni la orientación o identidad sexual como un motivo autónomo (como se había realizado en 2007) sino como una característica del grupo social determinado.

La Ley define el grupo social de manera prácticamente idéntica a la Directiva 2011/95/UE en su artículo 7 y añade que «en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual o identidad sexual, [...] a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género y, o, edad, *sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo* ». Por tanto, se configuran como una posible característica del grupo social determinado⁽¹⁵²⁾. Esta redacción supone una restricción y discriminación respecto al resto de motivos que, del mismo modo, se puede interpretar como una falta de reconocimiento pleno de esta persecución⁽¹⁵³⁾. También se observa que la Ley opta por incluir la palabra «género» como sinónimo de la palabra «sexo» empleada por la Directiva⁽¹⁵⁴⁾.

(149) Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

(150) La transposición se realiza fuera de plazo; véase STJUE de 9 de julio de 2009, ECLI:EU:C:2009:442. Igualmente, España aún no ha realizado la transposición de la Directiva 2011/95/UE y debería haberlo realizado antes del 21 de diciembre de 2013 (art. 40). Por ello, la Comisión ha enviado a España una Carta de emplazamiento por la no transposición de la Directiva 2013/32/UE y de la Directiva 2013/33/UE (transpuesta parcialmente en la Ley de Extranjería); asimismo, ha realizado un Dictamen motivado por la no comunicación de la transposición de la Directiva 2011/95/UE. Información disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5699.

(151) KAHALE CARRILLO, D.T., *El nuevo sistema del derecho de asilo y de protección subsidiaria*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2017, págs. 62-64.

(152) MIGUEL JUAN, C., *Pandataria: una mirada feminista al Derecho Internacional de los derechos humanos y al Derecho Internacional de las personas refugiadas*, op. cit., págs. 235-236.

(153) CONCHA HERRILLO, S., *El derecho estático de las personas en movimiento: derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual*, op. cit., pág. 203. En esta misma línea se manifiesta también Díaz Lafuente, J., *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*, op. cit., pág. 232.

(154) MIGUEL JUAN, C., *Pandataria: una mirada feminista al Derecho Internacional de los derechos humanos y al Derecho Internacional de las personas refugiadas*, op. cit., págs. 235-237.

Los actos de persecución (art. 6), en línea con la normativa comunitaria, destacan por la inclusión explícita de los actos de naturaleza sexual. De esta forma, se constata que la violencia sexual no es un acto que corresponde al ámbito privado, sino que corresponde a la esfera pública porque constituye una violación grave de los derechos humanos⁽¹⁵⁵⁾. Lo mismo sucede con los agentes de persecución, es decir, sigue lo establecido en la normativa comunitaria y la jurisprudencia de años anteriores. En el artículo 13 se reconoce que la persecución se puede realizar tanto por agentes estatales como no estatales. En este último caso, también se debe probar la ausencia razonable de protección efectiva por parte del Estado⁽¹⁵⁶⁾. Así se ha manifestado la AN: «no basta para afirmar [...] que [...] ha sufrido amenazas por parte de su exmarido, sino que es necesario acreditar, al menos presunta o indiciariamente, no solo la veracidad de aquella afirmación, sino la tolerancia o pasividad de las autoridades de su país en perseguir aquel comportamiento»⁽¹⁵⁷⁾. Esta incorporación, basada en el deber de la debida diligencia del Estado, es especialmente relevante en estos casos pues la mayoría de estas persecuciones suceden en un ámbito privado⁽¹⁵⁸⁾.

La Ley de Asilo se adelantó a la normativa comunitaria e incluyó en el art. 17 la entrevista personal. Sin embargo, los requisitos de la entrevista exigidos en la normativa comunitaria actual no están previstos debido a la ausencia del reglamento que desarrolle esta ley (sigue vigente el anterior). Igualmente, en la Disposición adicional tercera se establece que la Administración debe velar por una correcta formación de los funcionarios, sin explicitar el género⁽¹⁵⁹⁾. El Defensor del Pueblo, precisamente, critica la falta de formación de los funcionarios que tramitan los expedientes relativos a cuestiones de género u orientación e identidad sexual.⁽¹⁶⁰⁾ Tampoco se observan diferencias en el procedimiento o en el contenido de la protección otorgada por cuestiones de género. Pese a todo, la Ley incide en la doble vulnerabilidad de las mujeres refugiadas víctimas de violencia de género, pues en su artículo 36.1.f) se equiparan sus derechos a los de los españoles. Este reconocimiento es un avance en relación con la Directiva 2011/95/UE ya que no existe una previsión tan específica⁽¹⁶¹⁾.

(155) LA SPINA, E., Merino i Sancho, V., "Capítulo II: Dilemas en el tratamiento jurídico del asilo por violencia de género", *op. cit.*, págs. 129-131.

(156) STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 19 de septiembre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:5927, FJ 4.

(157) SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) de 24 de enero de 2017, ECLI:ES:AN:2017:67, FJ 2.

(158) CONCHA HORRILLO, S., *El derecho estático de las personas en movimiento: derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual*, *op. cit.*, págs. 205-207.

(159) SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., *El derecho de asilo en la Unión Europea en aras de un complejo equilibrio*, *op. cit.*, págs. 111-114.

(160) Defensor del Pueblo, *Estudio sobre el Asilo en España la protección internacional y los recursos del sistema de acogida*, Defensor del pueblo, Madrid, 2016, págs. 36 y 42.

(161) MIÑARRO YANINI M., *La dimensión social del derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración socio-laboral de los "refugiados"*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2018, págs. 221-223.

En el artículo 46 se establece un régimen general de protección para las personas vulnerables, remitiéndose de nuevo al reglamento. Las víctimas de trata de seres humanos se incluyen dentro de este artículo como personas vulnerables, además, se debe subrayar que la trata es considerada como una forma de persecución de género por ACNUR. Actualmente, debido a que aún no ha habido un desarrollo reglamentario de la Ley del Asilo, la aplicación de dicho régimen es complicado. Esta es la principal razón por la cual se aplica generalizadamente el régimen previsto en la Ley de extranjería⁽¹⁶²⁾ y su reglamento⁽¹⁶³⁾. Ciertamente, dada la interacción entre ambas normativas, el Defensor del Pueblo considera necesario establecer un procedimiento específico⁽¹⁶⁴⁾ que, hasta ahora, no existe. No obstante, son normativas que se complementan en tanto que se protege del riesgo de retorno pretendiendo la colaboración de la víctima bien sea en la normativa de asilo o en la de extranjería⁽¹⁶⁵⁾.

Las solicitudes de asilo interpuestas por las víctimas de trata, en general, son denegadas por la Administración y existen reticencias por parte de los tribunales para otorgar la protección internacional a las víctimas. En este sentido, se observa cómo el TS confirma la concesión de la protección por razones humanitarias de una víctima de trata, pero deniega el asilo⁽¹⁶⁶⁾. En el 2016 concedería de nuevo esta protección.⁽¹⁶⁷⁾ Respecto a esta última sentencia, la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) considera que es acertada ya que las víctimas de trata al menos deberían ser beneficiarias de la protección internacional⁽¹⁶⁸⁾.

Finalmente, se debe mencionar que en la Disposición final tercera de la Ley se autoriza al Gobierno para que, en el plazo de seis meses, desarrolle la Ley reglamentariamente. Tras más de 10 años desde su entrada en vigor, dicho desarrollo aún no se ha producido. De hecho, el Defensor del Pueblo ha recomendado reiteradamente que se apruebe el reglamento puesto que la Ley se remite catorce veces a él⁽¹⁶⁹⁾.

(162) MONTALBÁN HUERTAS, I., *Trata sexual de mujeres: nuevas claves para el derecho de asilo*, Escuela judicial, Madrid, 2017, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/FORMACI%C3%93N%20CONTINUA/PLAN%20ESTATAL/MATERIALES%20DOCENTES/FICHERO/CU17083%201%20Montalban%20Huertas%20I.pdf> pág. 15.

(163) Artículo 142 y ss. del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. *BOE* núm. 103, de 30/04/2011.

(164) Defensor del Pueblo, *Estudio sobre el Asilo en España la protección internacional y los recursos del sistema de acogida*, doc. cit., 2016, pág. 79.

(165) MONTALBÁN HUERTAS, I., *Trata sexual de mujeres: nuevas claves para el derecho de asilo*, op. cit., pág. 17.

(166) STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 31 de mayo de 2011, ECLI:ES:TS:2011:3414, FJ 6-8.

(167) STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 26 de julio de 2016, ECLI:ES:TS:2016:3821, FJ 2.

(168) FERNÁNDEZ BURGUEÑO, B., *Boletín de jurisprudencia de protección internacional segundo semestre de 2016*, CEAR, Madrid, 2016, pág. 7.

(169) Defensor del Pueblo, *Estudio sobre el Asilo en España la protección internacional y los recursos del sistema de acogida*, doc. cit., pág. 26.

Esta inactividad, como ya se había mencionado, perjudica en especial a las personas vulnerables, entre ellas, las víctimas de trata de seres humanos⁽¹⁷⁰⁾.

3. Criterios jurisprudenciales frecuentes para denegar la solicitud de asilo

Al estudiar la jurisprudencia, se observan ciertos problemas alegados frecuentemente cuando se inadmite a trámite la solicitud de asilo o se deniega la protección internacional. Existen dos motivos principales que suelen emplearse para inadmitir a trámite la solicitud: el plazo o inverosimilitud. Una vez abierta la instrucción, el asilo suele denegarse por falta de prueba suficiente.

En la normativa se prevé que cuando una solicitud se interpone tras haber residido durante más de un mes en España se puede inadmitir, de forma motivada, al poder considerar los hechos manifiestamente falsos. Sin embargo, el TS considera que es una presunción *iuris tantum*, por tanto, cabe prueba en contrario. Así se ha manifestado en casos de demora de uno⁽¹⁷¹⁾ o seis meses⁽¹⁷²⁾. Por el contrario, cuando el lapso es superior a un año la presunción no se desvirtúa⁽¹⁷³⁾. En relación con la inverosimilitud, el TS establece como doctrina que para admitir a trámite una solicitud de asilo deben darse dos requisitos. Por un lado, debe existir una descripción de una persecución (requisito positivo) y, por otro lado, no debe observarse falsedad o inverosimilitud en el relato (requisito negativo). Más aún, estos requisitos deben deducirse del expediente; nunca se debe trasladar la carga de la prueba al solicitante y en caso de duda se debe admitir a trámite la solicitud⁽¹⁷⁴⁾. Esto hace que la doctrina considere que existe una presunción *iuris tantum* de veracidad de los hechos que manifiesta el solicitante⁽¹⁷⁵⁾.

En relación con la falta de prueba suficiente, se han establecido tres requisitos para otorgar la protección internacional: un relato coherente y detallado, aportar al

(170) GARCÍA VITORIA, I., "Una década sin Reglamento de asilo en España. Obstáculos e interpretaciones divergentes", *Anuario CIDOB de la Inmigración 2018*, 2018, págs. 120-121.

(171) STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 6 de octubre de 2006, ECLI:ES:TS:2006:5931, FJ 2-4.

(172) En concreto, se trata de "una presunción *iuris tantum* que, como tal, admite prueba en contrario; y por consiguiente: a) la presunción no entra en juego cuando lo que ya obra en el expediente administrativo hace que el temor de persecución deba tenerse por fundado, pues en este caso la presunción ya ha de tenerse por desvirtuada; b) entra en juego, pues, cuando a la vista de dicho expediente y, por ende, de lo expuesto por el solicitante moroso, haya dudas razonables sobre lo fundado del temor de ser perseguido; y c) en este caso, y a diferencia de lo que es regla general, traslada al solicitante la carga de destruir la presunción, bien justificando el retraso en su solicitud, bien despejando las dudas sobre lo fundado del temor de persecución que dice experimentar". STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 23 de junio de 2006, ECLI:ES:TS:2006:3827, FJ 2-5.

(173) STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 14 de julio de 2011, ECLI:ES:TS:2011:5063, FJ 7.

(174) STS de 31 de marzo de 2005, *doc. cit.*, FJ 3. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 12 de abril de 2005, ECLI:ES:TS:2005:2176, FJ 4.

(175) DÍAZ LAFUENTE, J., *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*, *op. cit.*, págs. pág. 261.

menos una prueba indiciaria y que lo expuesto se corrobore por la información general del país⁽¹⁷⁶⁾. De hecho, cuando se acredite la existencia de «indicios suficientes» se debe otorgar el asilo⁽¹⁷⁷⁾. En la sentencia más reciente de asilo por motivos de género precisamente se achaca a la solicitante la falta de estos tres elementos⁽¹⁷⁸⁾. El TS sostiene que, para conceder el asilo, no se exige una prueba plena, pues existe una atenuación de la carga de la misma. En verdad, el solicitante únicamente debe aportar una prueba indiciaria de sufrir una persecución⁽¹⁷⁹⁾. En general, los certificados médicos se consideran prueba indiciaria, por ejemplo, un certificado que afirma que la hermana de la solicitante había sufrido la MGF⁽¹⁸⁰⁾ o un certificado del hospital donde había sido ingresado el solicitante tras haber sido apaleado por sus vecinos por ser homosexual⁽¹⁸¹⁾.

En definitiva, los tribunales reconocen la dificultad probatoria a la que se enfrentan los solicitantes y que, por ello: a) únicamente se debe inadmitir las solicitudes manifiestamente infundadas, b) no se debe valorar la prueba hasta que se inicie la tramitación de la solicitud, c) es suficiente una prueba semiplena para conceder el asilo⁽¹⁸²⁾.

V. CONCLUSIONES

Este artículo trata de ordenar las posibilidades jurídicas a fin de afrontar la persecución que sufren las personas por motivos de género, aunque también, debido a las similitudes fácticas y jurídicas con las que se ha topado, se ha hecho referencia a la persecución por motivos de orientación sexual e identidad de género. De igual modo, no se debe olvidar que las formas de persecución que se han tratado son de una absoluta crudeza, por ejemplo, la MGF o la explotación sexual.

En el derecho internacional público el concepto de refugiado destaca por su rigidez y su masculinidad. En este marco, el único efecto que conlleva el reconocimiento del estatuto de refugiado es la aplicación del *non refoulement*. En principio, el género

(176) CONCHA HERRILLO, S., *El derecho estático de las personas en movimiento: derecho de asilo por motivo de género y orientación sexual*, op. cit., pág. 282.

(177) STS de 15 de junio de 2011, *doc. cit.*, FJ 4.

(178) SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) de 30 de enero de 2020, ECLI:ES:AN:767, FJ 3-6.

(179) STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 24 de febrero de 2010, ECLI:ES:TS:2010:1316, FJ 3 y STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 2 de noviembre de 2015, ECLI:TS:2015:4529, FJ 4.

(180) SAN de 21 de junio de 2006, *doc. cit.*, ECLI:ES:AN:2006:2734, FJ 1, 3 y 4.

(181) SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) de 16 de febrero de 2017, ECLI:ES:AN:2017:510, FJ 6.

(182) SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) de 11 de febrero de 2016, ECLI:ES:AN:583, FJ 2, 4 y 5. Este caso se llegó a plantear en el TEDH, para más información: Decisión TEDH M.B. c. España, Demanda n.º 15190/15.

no se incluye explícitamente como un motivo de persecución, sin embargo, gracias a las diversas interpretaciones realizadas, entre las cuales destaca la realizada por ACNUR, se reconoce la persecución por motivos de género, orientación sexual e identidad de género.

La realidad es que existen formas específicas de persecución y que, en muchas ocasiones, se producen por agentes no estatales. En este sentido son fundamentales cuatro aspectos: a) considerar que estas persecuciones corresponden a un «ámbito público»; b) el enfoque de diligencia debida y la responsabilidad del Estado que no ofrece una protección eficaz; c) emplear una perspectiva de género; d) enfocarlo como violaciones de derechos humanos.

A su vez, existe un debate sobre si para alcanzar una mayor seguridad jurídica debe incluirse un nuevo motivo. En este aspecto, es más práctica la teoría de la interpretación puesto que alcanzar un nuevo acuerdo referido al estatuto del refugiado que, además, tenga en cuenta las cuestiones de género, sería harto complicado a la luz de las restricciones que se están produciendo actualmente. No obstante, son innegables las insuficiencias de esta institución y, desde una perspectiva más utópica, lo lógico sería acordar un protocolo adicional o incluso una nueva Convención.

En relación con la protección otorgada en el seno del Consejo de Europa, se ha revelado que la actuación del TEDH es fundamental ya que ha incluido *de facto* el derecho de asilo, al menos el principio de no devolución. Del mismo modo ha sentenciado a favor de la existencia de la persecución por motivos de género y tiende a adoptar medidas cautelares. Adicionalmente, se observa que acudir al TEDH supone una presión positiva porque, en algunos casos, una vez el solicitante acude al Tribunal, los Estados conceden el asilo y el TEDH no llega a pronunciarse sobre el fondo del asunto al carecer de competencia.

A lo anterior se debe añadir la innovación que supone el Convenio de Estambul puesto que reconoce explícitamente que se debe reconocer la persecución por motivos de género y el principio de no devolución. Es innegable que contribuye a una mayor seguridad jurídica al configurar como una obligación de los Estados parte la necesidad de adoptar medidas para reconocer el asilo por motivos de género.

Por otro lado, la Unión Europea también ha aportado aspectos positivos al reconocer que el género, la orientación sexual y la identidad de género pueden constituir un grupo social determinado por sí mismos. Igualmente, al reconocer, por ejemplo, la violencia sexual como una forma de persecución o que esta puede provenir de agentes no estatales o la necesidad de formación de las personas que intervienen en el proceso, se observa que existe una concienciación que deriva en una mayor protección de este tipo de persecución.

En cuanto a la actitud del TJUE a la hora de interpretar la persecución por motivos de género, no se pueden realizar conclusiones al no haber sentencias sobre este aspecto. Únicamente se puede afirmar que ha sido fundamental al reconocer la persecución por motivo de orientación sexual (solo existen tres sentencias), sobre todo, en aspectos procesales.

En lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, destaca el tardío reconocimiento legislativo explícito del género como motivo de persecución y el retroceso que se produjo tras la aprobación de la Ley actual puesto que el género, la orientación o identidad sexual no pueden constituir un grupo social determinado por sí mismos. En aquel entonces, la normativa comunitaria se había transpuesto tarde y de forma incompleta y actualmente no se ha transpuesto la regulación actual del SECA. Tampoco se debe olvidar que aún no se ha desarrollado el reglamento tras haber pasado más de diez años. Al hilo de lo anterior, se debe subrayar la especial trascendencia de esta inactividad para las víctimas de trata de seres humanos. Pese a ello, destaca la actuación de los tribunales pues el reconocimiento jurisprudencial de esta persecución ha sido previo al legislativo.

Como reflexión final, independientemente del ámbito jurídico que se trate, es primordial reconocer las formas específicas de persecución, la dificultad probatoria a la que se enfrentan los solicitantes, la valoración individualizada del caso y la necesidad de formación específica de las personas que intervengan en los procedimientos. A lo anterior, se debe añadir que resulta esencial establecer mecanismos que permitan que los solicitantes se informen de sus derechos.

Diálogos jurídicos

**BIOGRAFÍAS, DIÁLOGOS JURÍDICOS
Y ENTREVISTAS**

BIOGRAFÍA DE MILAGROS CALVO IBARLUCEA

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Magistrada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (jubilada)

Dña. María Milagros Calvo Ibarlucea es una persona conocida por todos cuantos nos hemos dedicado al mundo del Derecho, y en particular al Derecho Laboral. Yo tuve la fortuna de disfrutar de su magisterio cuando durante una década compartimos destino, ella como Magistrada, yo como Letrada, en el Tribunal Supremo. Con ocasión de su jubilación no he querido perder la oportunidad de pedirle que elabore para la Revista una breve síntesis de su vida. Y es que aunque todo el mundo sabe que se convirtió en el año 2002 en la primera mujer que llegó al Tribunal Supremo en España después de 190 años de existencia de la institución, lo que no todos conocen es que esta jurista completa, ha tenido una vida increíble, plagada de un sinnúmero de sorprendentes anécdotas, de las que a continuación proporciona alguna muestra. Lógicamente, no cabe condensar en unas páginas toda la vida y la trayectoria profesional de esta excelente magistrada, desde que empezó a estudiar Derecho en 1965 cuando las mujeres aún no podían ser jueces o fiscales hasta su jubilación en 2019. Pero sí es una buena ocasión para conocer un poco mejor a quien se ha conseguido convertir en referente para todas las juristas españolas. La lectura de esas líneas permitirá al lector confirmar la visión que de seguro tenía ya de ella, la de una mujer de intensa personalidad, inteligente y ocurrente como pocas, y, doy fe de ello, divertida e ingeniosa. Quiero, por ello, comenzar ese recorrido vital recordando una frase suya cuando llegó al Alto Tribunal: «No es que me sintiera sola, es que estaba sola».

Biografía.

Enero de 1974,

Para una persona cuya vida como servidor público abarca cuarenta y cinco años desmenuzar su biografía es tanto como hacer un listado de las transformaciones experimentadas por la vida jurídica en nuestro país. Si hubiera sido médico habría que seguir las páginas de *The Lancet* y entonces tendríamos un entramado análogo. Sucede en mi caso que por la cronología producto del azar pertenezco a una generación de transición que se corresponde con otra la que se escribe con mayúsculas.

Cito la fecha de enero de 1974 porque es aquella en la que me incorporo a mi primer puesto en la función pública, Secretario de Juzgado Comarcal. El vademécum sobre el que se sostiene un programa de oposiciones hasta ese momento es el de un cuerpo de normas fundamentales compuesto, como textos a destacar, por el Fuero de los Españoles y el Fuero del Trabajo.

La legislación ordinaria básica la conforman el Código Civil de 24 de julio 1989 con escasas modificaciones, el Código Penal de 15 de noviembre de 1971 y las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1 de abril 1881 y de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882. Añadamos un Código Mercantil datado el 22 de agosto de 1885 una Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa fechada en 1956. Capítulo aparte merece la cita de las normas que regían el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, dado que en la esfera competencial de un Juzgado Comarcal carecían de aplicación.

Se trataba de mi primer contacto con la Administración de Justicia y vista desde dentro tenía un mucho de galdosiana en la visión de las estrecheces y a veces de su cómico cortejo. Compartíamos máquina de escribir y mesa portátil adjunta con el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción. De producirse sobrecarga en la red era el Juzgado Comarcal el que se quedaba sin luz. En otro Juzgado de un destino posterior, disponíamos de una estufa de butano merced a la generosidad del Colegio de Abogados al tiempo que yo, como individuo gestor de los fondos de material y gasto de luz, agua, teléfono, no olvidemos las bombonas de butano y material de imprenta, me veía en la necesidad de organizar cada trimestre una parodia de concurso de acreedores a fin de contentar a cada proveedor con el cobro parcial, muy parcial de la deuda generada. Era curioso constatar que se sentían más ofendidos por el hecho de extender recibos por triplicado que por la pérdida que suponía el retraso en el pago. Pues bien, aquel primer contacto con la realidad lejos de producirme rechazo me llevó a un acercamiento más intenso. Desconozco los mecanismos del pensamiento humano que nos impulsa a conducirnos de esa forma, contrariando la lógica, pero seguramente los expertos tendrán una explicación.

En consecuencia, decidí comenzar la preparación de las oposiciones a la Escuela Judicial que a la sazón recibía promociones conjuntas de Jueces y Fiscales. Aquel periodo de preparación culmina con la convocatoria que se desarrolló a lo largo de 1978 de suerte que en septiembre de aquel año la XXV promoción dio comienzo a sus prácticas.

Entre la publicación del programa de Secretarios de Juzgado Comarcal con mi posterior incorporación a dicho Cuerpo, el de la convocatoria para la Escuela Judicial y la finalización de los exámenes, añadiendo el ingreso en la Escuela para las prácticas, se había producido una serie de acontecimientos con incidencia en las normas de todo rango que resuelven el panorama de estudio y lo convierten en algo más parecido al circuito de Monza que al metódico seguimiento de los caminos recorridos hecho por anteriores generaciones.

El general Franco fallece en noviembre de 1975, entrando posteriormente en vigor la Ley de 8 de abril de 1976 y el Real Decreto Ley de 4 de marzo 1977, ambos reguladores de distintos aspectos de las relaciones de trabajo.

El 27 de diciembre d 1978 Su Majestad el Rey Juan Carlos I sanciona la Constitución Española y se abre una senda lógica de modificaciones. Desconozco si hemos agradecido suficientemente la dosis de adrenalina que el legislador nos ha regalado a los aplicadores de la ley, deberíamos tener asegurada la eterna juventud con todo

lo que nos ha inyectado, pero algún error de laboratorio, tal vez, ha conducido al fallo del experimento.

Finalizado el periodo de prácticas, llega el momento de la opción inclinándome por la carrera fiscal, lo que nos lleva al mes de enero de 1979 fecha de mi toma de posesión en la Fiscalía de Bilbao que se encontraba bajo la feliz dirección de Fernando Barrilero, Fiscal Jefe de inmejorable recuerdo. Allí volví a coincidir con José María Álvarez Cienfuegos, a quien había conocido en la Fiscalía de Alicante durante las prácticas, mostrándome su simpatía al presenciar la conturbación que en mi ánimo producía la perspectiva de hacer la declaración de la renta, hecho novedoso en aquella época, lo que ha llevado a algunos a decir que nunca habíamos pagado impuestos hasta la llegada del IRPF olvidando una cosa que se llamaba «las utilidades» a deducir en nuestras nóminas.

En aquella Fiscalía compartí despacho con M.^a Pilar Fernández Valcarce lo que me permitió disfrutar de su magisterio el tiempo que permanecí en el puesto, volviendo a coincidir años más tarde en el Tribunal Supremo ella como Fiscal de Sala, Penal, y yo como Magistrado de la Sala Cuarta de lo Social.

Tanto José María Álvarez Cienfuegos como José Ceva Sebastián habían iniciado la senda de la emigración hacia Cuerpo de Magistrados de Trabajo, algo que nunca me había planteado pero que suscitó mi curiosidad. En cualquier caso yo estaba lo bastante ilusionada con mi nueva función y con haber dejado atrás mis cuitas a la hora de gestionar la magra asignación administrativa como para interesarme con otra situación que me devolvería a las preocupaciones de una suerte de «gerencia doméstica» unida a las tradicionales carencias de personal. Sin embargo, al cabo de un tiempo de trabajo rutinario en el que el grueso de la actividad lo acaparaban los asuntos de tráfico y los títulos bancarios sin respaldo económico, descontando los tumultuosos juicios por aborto, esa rutina envolvente unida a la sugerencia de convertir una comisaría al completo en una rueda de reconocimiento, hicieron que las amistosas incitaciones de los compañeros migrantes hacia «otros campos de la ciencia jurídica» hicieran mella en un ánimo ya quebrantado.

Debo decir que por anodino que pueda parecer un concurso, en mi caso no lo fue porque me dio la oportunidad de conocer a Josefina Triguero Agudo, la primera mujer que ingresó en la carrera judicial. Años más tarde volvimos a coincidir en Madrid y nuevamente pude disfrutar de su bondad y sencillez, por no mencionar su talento para los epigramas que solo desplegaba bajo presión.

Así las cosas, juro mi cargo como Magistrado de Trabajo ante el célebre Profesor Alonso Olea, magna figura del Derecho del Trabajo que ostentaba con dignidad y acierto la condición de Presidente del Tribunal Central de Trabajo y me incorporo a mi primer destino, sin salir de Bilbao esta vez en la Magistratura de Trabajo N.º 3 por razones logísticas al no haber sido aún dotada de personal la N.º 6. Dudo que al legislador le interesen mis cambios de destino pero da la impresión de actuar como si así fuera consistiendo la diversión en cambiar las cosas de sitio. El panorama que nace de la comparación entre la época del programa de oposiciones y el momento en el que asumo mi nuevo cargo es francamente significativo. Así, a la Ley de Contrato

de Trabajo, aprobada por el Decreto de 26 de enero de 1944 le sustituye, de un modo bastante peculiar, la Ley 16/ 976 de Relaciones Laborales fechada el 8 de abril sumándose a dicha disposición el Real Decreto Ley de 4 de marzo de 1977 y la Ley 19/1977 de 1 de abril, regulador de las Asociaciones Sindicales. Cuando digo que la sustitución es peculiar no estoy haciendo un comentario para aportar una dosis de humor sino que estoy recomendando la lectura de la Disposición Final Segunda de la Ley 16/1976 absoluto ejemplo del más puro revival jurídico dejando en el aire preguntas tales como ¿hasta dónde? ¿en qué medida? Lo digo porque la previsión de un texto refundido incluye la mención de los Libros I y II de la Ley de Contrato de Trabajo, la Ley de Procedimiento Laboral de 1973 y la Ley de 16 de octubre de 1942 de Reglamentaciones de Trabajo, entre otros textos que hacen referencia a la Jornada Máxima Legal, Descanso Dominical, Convenios Colectivos etc., todos ellos anteriores al fallecimiento del General Franco.

Lo cierto es que yo juro mi cargo y me encuentro, teóricamente, con una serie de normas a estrenar, el BOE de 14 de marzo de 1980 había publicado la ley 8/80 de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores y el BOE de 30 de julio publicaría el Real Decreto legislativo 1568/1980 de 13 de junio por el que se aprueba la Ley de Procedimiento Laboral, todo ello «en régimen de cohabitación» con un conjunto de normas a las que se denominaba «Derecho Dispositivo». Esta sistemática daría lugar a una labor interesante para un historiador que se conoce como la operación de «cobertura de vacíos» en donde habría que incluir la etérea vigencia de las Ordenanzas de Trabajo.

Para mí se iniciaba así uno de los periodos más interesantes de mi vida profesional y al mismo tiempo en el ámbito personal. Todos tenemos desde niños una idea constante de algo que nos gusta por encima de otras cosas, en mi caso se trataba de residir en algún lugar del norte de España, cualquier lugar. En parte lo había conseguido durante el corto periodo de tiempo en el que mis padres y yo vivimos en Santander. Ya había supuesto para mí un motivo de alegría saber que mi primer destino como Abogado Fiscal sería el de Bilbao, y lo que me inquietaba al ingresar en el Cuerpo de Magistrados de Trabajo era la posibilidad de tener que salir de Bilbao. Por suerte no fue así permaneciendo allí hasta octubre de 1984. La especial situación por la que atravesaba País Vasco, hizo que quienes trabajábamos allí formáramos un grupo bastante compacto apto para compartir con fruición el tiempo que el trabajo nos dejaba libre creando un nexo de acompañamiento que ayudaba bastante dada la presión que ejercían de un lado las actuaciones terroristas, que se multiplicaban dentro y fuera del País Vasco y de otro la aceleración en los cambios que la nueva economía demandaba. Como ejemplo de lo primero cito el asesinato de dos personas a las que brevemente llegué a conocer, los ingenieros de Iberduero, Pascual y Ryan, el de este último precedido de un prolongadísimo secuestro y de lo segundo la práctica desaparición del viejo mundo industrial tal como lo habíamos conocido, las reestructuración de las empresas del acero, principales y auxiliares, el cierre de la central nuclear de Lemoniz. Las secuelas de los expedientes de Regulación de Empleo eran numerosas como lo eran sus fórmulas encubiertas y abundante su repercusión en el ámbito de las prestaciones sociales. Tuve así la oportunidad de zambullirme

en lo que yo había siempre llamado en tono de broma «el piélagos proceloso» de las normas que componen nuestro Régimen de Seguridad Social, algo que siempre me había intrigado desde mis tiempos de estudiante de Derecho. Bien, aquello ya no era una broma sino el panorama más complejo con el que me ha tocado lidiar y al que no se puede perder de vista ni durante un mes seguido so pena de perder el dominio alcanzado en el improbable caso de que eso sea cierto, con una nota inefable, la del teóricamente «extinguido» y en la práctica «inextinguible» Régimen del SOVI. Un último recuerdo risueño de la etapa bilbaína es la de mi pertenencia al club Landaxueta que aproveché para recibir clases de ballet clásico, impartidas para «damas de una cierta edad», que para mí poseían el atractivo de recordarme, mutatis mutandi, las clases de esgrima a las que me apunté en la Facultad con tal de no tener clase de gimnasia y que fueron suspendidas y nunca reanudadas a causa de un falso «me too».

La aplicación del recién estrenado Estatuto de los Trabajadores también se presentaba como un campo de minas listo para saltar por los aires en cualquier momento. La norma era muy clara a la hora de diferenciar los supuestos de despido improcedente del nulo, pero teníamos que ser creativos y así al tiempo que se denostaba la existencia del Código Civil se acudía a las fórmulas tomadas del mismo para realzar, ampliándola la figura del despido nulo. Supongo que aún existen nostálgicos de aquella nulidad radical del «despido sin causa» por ausencia del verdadero negocio jurídico. El legislador se encargaría en años posteriores de recortar el césped en torno a tan espléndida figura permitiendo que solo pudiera crecer hasta donde llegan los defectos de forma o las variantes de vulneración de derechos fundamentales.

Como no se puede vivir sin emociones que alteren el ritmo de las cosas la aparición en 1982 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT/ILO), pese a no ser ratificado hasta 1985, ocasionó una considerable turbulencia, un nuevo balcón al mar infinito se abría ante el despido nulo que así debería ser declarado si no se había seguido expediente contradictorio antes de expedir la carta de despido resultado ésta insuficiente por muy alto que fuera su nivel de cumplimiento de los requisitos estatutarios. De esta forma, un Convenio Internacional que venía a abrir un camino de garantías en países sin la menor noción de lo que ello significa, sin previsiones de forma escrita ni de medidas compensatorias y sin restricción de causas, vino al mismo tiempo a trastornar un sistema perfectamente equilibrado por el legislador que ya había recorrido el camino que ahora el Convenio pretendía instaurar allí donde era desconocido. Desconozco el número que despidos que ante el empuje de esa corriente fueron declarados nulos hasta que años más tarde la jurisprudencia vino a poner orden en aquel dislate. No sería la única vez que un ordenamiento dotado de las suficientes garantías para la parte que podía resultar perjudicada recibiría un innmerecido tirón de orejas. Años más tarde iba a ser el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que se dedicaría a dar la réplica a un ordenamiento avanzado como el español a base de las nociones adquiridas a través de las regulaciones bastantes más incompletas e incluso primitivas de otros países. En ocasiones dando pasos tambaleantes y contradiciéndose como sucedió recientemente con el cese al finalizar la interinidad.

Fue también en 1982 cuando fallece Mariano Trueba y como consecuencia tuve que hacerme cargo del Decanato, también hubo que asumir la gestión de la Magistratura Especial de Ejecuciones Gubernativas. El tiempo seguía transcurriendo con vistas a Archanda y al Pagasarri, los dos montes que rodean el Bocho nombre con el que familiarmente los autóctonos se refieren a Bilbao. Inevitable es el recuerdo de aquella Semana Grande teñida de tragedia con ocasión de la inundación que convirtió no solo Bilbao sino la mayor parte de la provincia de Vizcaya en una balsa gigantesca de la que solo tras varios días se pudo tener la medida exacta de su rastro de destrucción y muerte. Me veo a mi misma, junto a otras personas intentando recoger en una cazuela el agua que escurría por el muro que existe alrededor de la Plaza de Toros, los cortes de agua y electricidad así como la escasez de alimentos habían reducido aquella ciudad a un espacio a caballo entre el tercer mundo y la ciencia ficción apocalíptica.

No se puede avanzar en el tiempo sin dedicar un pequeño recuerdo al año 1981 que, entre otras innovaciones trajo consigo la modificación del Código Civil en aspectos tan sensibles como el Derecho de Familia. Desde luego mi programa de oposiciones no contemplaba la posibilidad del divorcio. Tampoco contemplaba el Real Decreto Ley de 4 de marzo de 1977 al que ya me he referido uno de cuyos capítulos, el I del Libro I contiene la regulación del derecho de huelga. Han pasado cuarenta y dos años desde la entrada en vigor de la Constitución Española y el texto preconstitucional es todo lo que hay en materia de huelga, salvo los preceptos que resultaron afectados por la declaración de inconstitucionalidad efectuada en la STC de 8 de abril de 1981, al tiempo que declaraba constitucional parte del articulado siempre que se supeditara su interpretación a las previsiones contenidas en la propia sentencia.

Mi estancia bilbaína resultó en conjunto muy agradable exceptuando el continuo sobresalto que para mi familia suponían las especiales circunstancias que concurrían en el lugar. Su paciencia se agotó con ocasión de una colocación de explosivos, sin víctimas, en diversos edificios públicos, entre ellos el de las Magistraturas de Trabajo, en la calle Bombero Echaniz. Por otra parte también el tiempo avanzaba para mis padres mediando ente ellos y yo una distancia de más de 800 Km. Todavía recuerdo los 24 de diciembre saliendo de Bilbao por la mañana en mi 127, camino de Alicante donde ellos vivían, por las carreteras de la época, con una sola autovía de Bilbao a Miranda de Ebro, para llega justamente a sentarme para la cena que mi madre había estado preparando y por supuesto sin móvil. Había que acortar la distancia y en el mes de octubre de 1984 tomaba posesión de mi nueva Magistratura, la N.º 1 de Madrid en el edificio de oficinas y viviendas situado en la Calle Orense. Se trataba de más de lo mismo pero cambiando de sitio, un cambio que se repetiría al trasladarnos a la Calle Hernani, pero algo no cambiaba, la quías rutina de los avisos de colocación de bomba que nos trastornaba el día interrumpiendo las vistas, alterando la actividad toda.

En julio de 1988 se produjo un cambio de enorme trascendencia para mí, la incorporación al Tribunal Central de Trabajo que inaugura la etapa más fructífera de

mi evolución profesional. El día de mi toma de posesión junto a otros compañeros se produjo una anécdota que me sirvió para prender que no se debe juzgar a nadie por las apariencias. Durante los años de ejercicio en la magistratura de Madrid tuve que coincidir con las actuaciones del escritor y letrado Fernando Vizcaíno Casas al que desde el primer momento atribuí la condición de machista. Aquel día de julio de 1988 estábamos los «misacantanos» listos para la pequeña ceremonia cuando se hace visible Vizcaíno Casas provisto de una orquídea, me dice enhorabuena señorita y con las mismas desaparece. Además de las personas que formaban el Tribunal Central no recibí ninguna otra felicitación. Lección aprendida.

Como ya he dicho antes, valoro el interés de cada fase en función del aprendizaje y en el Tribunal Central tuve la mayor y la mejor de las oportunidades sencillamente debido a la calidad humana e intelectual de las personas que lo integraban, allí encontré a mis mejores maestros. No solo aprendí Derecho sino el peculiar funcionamiento de un órgano colegiado. Conducir una deliberación o simplemente participar en ella no es algo que pueda dejarse en manos de aficionados, histéricos o personas aquejadas de un divismo desproporcionado. Recibí las lecciones necesarias de la mano de mis mejores maestros, allí estaban José María Marín Correa y Santiago Varela de la Escalera con quienes coincidiría más adelante en el Tribunal Supremo, Francisco De Armas Andrés, Julián Avilés, Manuel Ávila Romero, José Luis Nombela, Francisco Carrión Navarro, Eustasio de la Fuente, Tomás Pereda Amán, Alejandro Corniero, nuestro «poeta de Sala», Luis Fernando Roa Rico, Juan Cruz Requejo, Marcelino Murillo y quienes nos presidieron: Antonio Ruiz Jarabo, Fernando Hernández Gil y Julio de la Cueva. Qué magnífico recuerdo y que gran aprendizaje a su lado. Mi agradecimiento me acompañará mientras viva.

Como consecuencia de la Ley Orgánica del Poder judicial de 1985 el Tribunal Central de Trabajo tenía los días contados. Otra consecuencia fue la pérdida de la carrera fiscal para quienes permanecíamos en el Cuerpo de Magistrados de Trabajo al perder la condición de supernumerarios, ya que para nosotros no se arbitró la posibilidad de excedencia en servicios especiales, algo que sí se preveía para quienes desempeñen cargos diversos de índole política o técnica.

Se produjo algo así como la transubstanciación del Tribunal Central de Trabajo en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de nueva creación, permaneciendo con los mismos cuerpos y edificios que tuvimos. Algo se había perdido en el «teletransporte», la competencia, que de nacional pasaba a ser autonómica. La modificación orgánica que afectó a la Planta Judicial trajo consigo modificaciones procesales para conectar la cadena impugnatoria entre los nuevos Tribunales Superiores y el Tribunal Supremo ya que hasta entonces éste y el Tribunal Central encabezaban cada uno un punto final de la vía para recurrir. De esta forma aparece la figura del recurso de casación para la unificación de doctrina.

En cuanto a la sociología litigiosa aquellos fueron los años de las reclamaciones relativas a las secuelas que el tráfico del aceite de colza desnaturalizado había dejado tras de sí. También se iniciaba el camino para la definición de las consecuencias en la salud de los trabajadores de su proximidad al asbesto y al amianto y de los sujetos

responsables en el caso del daño para la salud dado lo tardío del conocimiento de su peligrosidad.

Es precisamente en el ámbito de la reparación sanitaria donde se operó un cambio competencia que la jurisdicción laboral tardó en aceptar, la asunción por lo contencioso administrativo la compensación por los daños derivados de la praxis médica.

A lo largo de toda esta etapa yo me encontraba llevando a cabo una actividad paralela que elegí como terapia de ayuda para superar pérdidas familiares, lo que me demostró la eficacia de dividir la actividad entre el terreno conocido y el que no lo es. Desde 1994 a 2000 estuve prestando servicios como profesora asociada para el Departamento de Trabajo y Seguridad Social de la Facultad de Derecho en la Universidad Complutense, bajo la égida del catedrático Alfredo Montoya Melgar, ejemplo de laboriosidad y clarividencia. Aquella época a caballo entre las aulas y el Tribunal no solo me sirvió para superar el trauma personal sino que me introdujo en un ambiente distinto del que guardo el mejor de los recuerdos, procuré dedicar un día de la semana a clases prácticas lo que me permitió acercarme más al alumnado, compartí momentos muy agradables en la Sala de Profesores y formé parte, aunque fuera como «actor secundario», del magnífico equipo que componía el Departamento, entre otros miembros M.^a Emilia Casas Bahamonde que su momento llegaría a ser la primera mujer Presidente del Tribunal Constitucional. Como grata consecuencia de aquella conexión, años más tarde, en enero de 2011, la Asociación de Antiguos Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid me otorgaba el premio que periódicamente concede a «destacadas personalidades o instituciones de especial relevancia por su aportación a la sociedad o a las diversas facetas del mundo jurídico».

También durante aquella época me dediqué a recuperar mis conocimientos de inglés, adquiridos de manera pintoresca en mi época de estudiante en la Universidad de Valladolid, cuando empeñaba mis vacaciones en trabajos bien de Au Pair, bien en la hostelería en Inglaterra a donde llegué por primera vez en el verano de 1968. El trayecto no podía ser más sencillo, cogía un tren en Valladolid, nos deteníamos en Irún, –Hendaya, seguíamos hasta París, estación de Austerlitz, la estación de los españoles, nos despedíamos del tren y nos trasladábamos a la estación de Saint Lazare de donde salían los trenes en dirección a la costa norte en este caso a Boulogne. Una vez allí embarcamos en una cáscara de nuez para los tiempos en que nos encontrábamos para atravesar un Paso de Calais que ese día tenía «tiempo recio», mala suerte. Los estudiantes españoles que hacíamos la travesía nos dedicábamos a pasarnos de unos a otros 50 libras a fin de demostrar al policía de fronteras que gentilmente nos acompañaba en el buque que éramos unos simpáticos turistas con abundantes medios de subsistencia sin necesidad de acudir a la mendicidad. En mi caso yo tenía además la carta de la Agencia de Au Pairs con la dirección de la familia de mis empleadores a los que no había visto en mi vida, a quienes debía esperar al pie de la garita de inmigración en la Estación Victoria, donde acaba el trayecto del tren que debíamos tomar en Folkestone. Una comedia parecida a bordo de otros barquitos por el estilo tuvo lugar en los dos años siguientes, un año haciendo de Kelly

en el Eccleston, aquello tenía categoría y el último esparciendo porridge sobre los resignados clientes del Pontin's.

Lo cierto es que mi afición por tan endemoniada lengua carecía entonces para mí de todo interés práctico, pensé que era la lengua del futuro y mirar hacia él es lo más optimista que nos cabe hacer pero se trataba de una mirada sin sentido. Años más tarde resultó que no lo era tanto, gracias a aquella formación recibida en forma tan caprichosa pude defenderme, más o menos, en las reuniones de Jueces Laborales Europeos, cuyas sesiones se desarrollaban exclusivamente en inglés en Estocolmo, Oslo, Budapest y Madrid así como los trabajos preparatorios y otras convocatorias internacionales como las de Nicosia, Luxemburgo o de la Universidad de Leiden, o el intercambio de la Red de Magistrados de Cortes Supremas de la Unión Europea del 12 al 23 de octubre de 2015, con el Tribunal Supremo de Reino Unido, una quincena que me sirvió para dejar atrás cualquier complejo de inferioridad que un juez español pueda tener respecto a sus colegas europeos, actividades todas ellas desarrolladas durante mi permanencia en el Tribunal Supremo. Y como no, tales antecedentes supongo que resultaron definitivos para que yo fuera uno de los sujetos entrevistados por la «troika» que visitó España con ocasión de las turbulencias vividas con ocasión de la crisis y los rescates. Acontecimientos todos posteriores a mi incorporación al Tribunal Supremo por lo que debemos retroceder en el tiempo.

Llegamos al 18 de febrero de 2002, fecha de mi toma de posesión en el Tribunal Supremo. Mucho ruido mediático y pocas nueces. Con lo primero de refero al revuelo organizado con motivo de ser la primera mujer que accedía al Tribunal de Casación, con lo segundo a una reflexión que ya hice con motivo de mi traslado a Madrid. Ya conocía la experiencia de trabajar en un órgano colegiado y las mejores lecciones sobre el particular las había recibido de mis maestros, a los que ya he hecho mención.

Lo anterior no impide que hubiera momentos de interés como fue la participación en las diferentes Salas de Conflicto en las que había que entrar en contacto con otras disciplinas, algo que aliviaba la prolongada relación con el Derecho Laboral. Por muy interesante que nos resulte una materia hay un momento en que es necesario un cierto grado de ventilación dejando entrar una brizna de «sabidurías» ajenas al campo de batalla habitual. De ahí que resultara de lo más oportuno la novedosa aparición de la Ley de Partidos Políticos, lo que nos dio la posibilidad a quienes nos correspondía por aplicación del reformado artículo 61 de la ley Orgánica del Poder Judicial formar parte de la Sala que se conoce con ese nombre de intervenir en los procesos de ilegalización de diversas formaciones políticas. La experiencia no podía ser más interesante, algo así como participar en un trabajo científico con un tubo de ensayo en mano. Nunca se había hecho nada semejante y se estaba abriendo un energético camino en defensa de la democracia que debería servir para alejar la idea de su debilidad natural mostrando así la existencia de armas transparentes, sin intrigas ni violencias complicadas de justificar, que la sitúan en posición de defenderse positivamente de sus enemigos.

Además de la pertenencia a las Salas Especiales de a LOPJ, también he de participar como miembro electo en la Sala de Gobierno, lo que tampoco era novedoso

por haber desempeñado idéntica función en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid años atrás.

Así las cosas, resulta que cuando más atropellada era mi actividad por lo variado de los frentes abiertos, menos confortable resultaba la logística que me acompañaba ya que se tardó seis meses en asignarme un despacho y ya me veía resignada a repartir mi tiempo entre la Sala de deliberación cuando no estaba ocupada y permanecer de pie con los papeles en brazos frente a los servicios cuando Leonardo Bris Montes tuvo la generosa idea de compartir conmigo su despacho junto nuestra Sala de Plenos. De esta forma, la orfandad de despacho que debería haber sido un inconveniente se convirtió en la enorme ventaja de compartir un sinfín de momentos con el miembro más brillante de la Sala, capaz de amalgamar en su implacable cerebro que no dejaba nada fuera de su alcance, el Derecho en cualquiera de sus disciplinas, la Filosofía y los campos más impensables de la cultura. Un regalo que me hizo reflexionar acerca de lo que todo el mundo sabe, por muy mal que le quieran poner a uno los comienzos, algo bueno acaba saliendo de todo ello. Inevitablemente, el recuerdo de Leonardo Bris Montes me lleva al de otros compañeros que también intentaron facilitar mi iniciación en el nuevo ambiente, Juan Francisco García Sánchez, José María Botana y Jesús González Peña con la delicadeza de su trato y Antonio Martín Valverde con su incondicional puesta a disposición ofreciéndome toda su biblioteca. También de aquella época data el recuerdo de quien era Presidente del Tribunal, ante el que juré el cargo, Francisco José Hernando de Santiago y el de quien más adelante sería Presidente de la Sala Cuarta y posteriormente del Tribunal Supremo, Gonzalo Moliner Tamborero, modelo de rigor jurídico y de lealtad hacia la legalidad, huyendo de experimentos que abierta o disimuladamente la bordean.

Una consecuencia curiosa de que a uno le nombren para algo que motive su aparición en los medios es la de que todo el mundo le requiera para hablar de las cosas más variopintas entre las que predominaba, como no, la cuestión femenina. Pero también surgieron temas curiosos como ocurrió con los pregones de los que llegué a dar tres en total, a una cofradía, en las fiestas del pueblo de mi padre y con ocasión del día de la provincia de Palencia de donde procedían mis padres. Guardo un recuerdo especialmente agradable de algunos de aquellos eventos como el de la conferencia que di patrocinada por la Real Sociedad Económica Matritense que tuvo lugar en Madrid en el Palacio de los Lujanes, en donde estuvo prisionero Francisco I de Francia, la que tenía por objeto «La Proyección del Derecho en Castilla y León» en un lugar tan magnífico como la Sala Capitular de Monasterio de San Juan en Burgos y mi intervención en la presentación de un libro sobre el Campo Grande, el parque en el que discurrió parte de mi infancia en Valladolid, mi ciudad natal.

Volviendo a lo estrictamente profesional, hubo otras novedades legislativas interesantes como las leyes de 2004 y 2007 que en forma integral decidieron abordar las cuestiones que afectaban a la mujer en su integridad física y en su posición de sujeto vulnerable ante la posibilidad de discriminación y que a su vez impregnaron otras muchas normas, la novedosa regulación de las parejas de hecho de especial trascendencia en las prestaciones de Seguridad Social. Indirectamente daría lugar

a una ampliación de las prestaciones, por la vía jurisprudencial, en el caso de la maternidad subrogada.

Pero quizá en esa etapa la perla de la corona fuera la reforma laboral que se inicia en 2010 con el gobierno de Rodríguez Zapatero y prosigue con los de Rajoy Brey. A lo largo de sucesivos pasos se describe una senda que, con éxito o sin él, intenta flexibilizar los mecanismos de alteración de la relación laboral como recurso a la evitación del despido y modifica la tramitación de éste cuando se produce en forma colectiva. La consecuencia más inmediata fue el aluvión de procedimientos que inundaron la Sala Cuarta, fueron días de Plenos de infinita duración a los largo de los cuales se desarrolló una jurisprudencia que pulió los extremos problemáticos de los Reales Decretos 10/2010 de 16 de junio, Ley 3/2012 de 6 de julio, Ley 1/2014 de 25 de febrero y desde luego el Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre, este último de especial interés por la labor jurisprudencial desplegada en interpretación de sus preceptos, en particular al menos para mí, acerca del significado del concepto «negociar de buena fe» que con repetido esfuerzo creo que se logró perfilar dejando escaso margen a la duda.

Si regresamos a las actuaciones paralelas, no jurisdiccionales, de nuevo me veo viajando como propagandista de la «buena nueva feminista», en foros destinados al efecto. Me estoy refiriendo a la invitación cursada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico para asistir a la reunión de mujeres magistrado de altos Tribunales que tuvo lugar en Dublín en 2003, así como a la toma de posesión de la Primera mujer designada para ostentar el cargo de Presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico, como observador en representación del Reino de España en los encuentros «Por una Justicia de Género» en Iberoamérica, que tuvieron lugar en Cancún, Cartagena de Indias Quito y Cádiz.

Para otras cuestiones más variadas se puede contar con la participación en las jornadas organizadas por la Universidad de Verano del Escorial, las denominadas Derecho Vivo del Trabajo que periódicamente se trasladaban de Madrid a Santiago de Compostela, Universidad de Verano de Castilla-León, Universidad de Alicante, I.C.A.D.E de Madrid, Pompeu Fabra de Barcelona y Universidad Europea de Madrid, Congresos Nacionales organizados por la Asociación de Derecho Sanitario, por la Asociación Nacional de Detectives Privados, Cursos de Formación organizados por el Consejo General del Poder Judicial como el Aula Iberoamericana a lo largo de varios años, el Plan Territorial de, de Especialización. Como resultado del Convenio suscrito por el Consejo General del Poder Judicial con la CEOE me cupo la satisfacción de dirigir unas veces y de codirigir otras a lo largo de 2016, 2017, 2018 y 2019 los encuentros así auspiciados entre los diversos sectores de operadores jurídicos.

Nos acercamos al término de la función y ésta lleva premio, el que me concedió Confitegal, también a una trayectoria, así que el apagón final me llegó bajo las luces del Hotel Palace en un precioso salón y en el día de mi santo, 27 de noviembre, corría el año 2019 y no teníamos ni idea de lo que se nos venía encima.

Como quiera esta historia llega a su fin resulta obligado hacer un balance de la presencia femenina en el Tribunal Supremo desde el momento en que yo me

incorporo, sin que nadie me hubiera precedido y el de mi jubilación momento en el que ascendía a diecisiete con desigual reparto entre las diferentes Salas. Como parte de ese avance me cupo la satisfacción de «coamadrinar», junto a Jacobo López Barja de Quiroga, a la que iba a ser nuestra nueva compañera, María Luz García Paredes, que años más tarde encabezaría la iniciativa y el comité organizador de mi despedida del Tribunal el 15 de enero de 2020 con la inestimable cooperación de las restantes compañeras no solo de nuestra Sala sino de las demás salas, como lo demuestra la solicitud dirigida a la Sala de Gobierno por nuestra nueva flamante miembro de la misma, Susana Polo, a fin de que mi toga pase a formar parte del elenco de objetos que se conserva en el pequeño Museo del Tribunal.

Yo nací en el número 7 de la C/San Ignacio, detrás de la iglesia de San Benito el Real, en Valladolid. Me contaron que el edificio había sido palacio, convento, cárcel, cuartel y por último una colmenilla en la que vivían vecinos de toda clase y extracción, yo por ejemplo. La casa fue derribada y en su lugar se ha levantado un pequeño complejo residencial, en él han tenido la buena idea de conservar algunos elementos arquitectónicos originales como son las columnitas rematadas en capitel en hojas de acanto ¿o eran volutas jónicas? como para acordarme, que adornaban el viejo patio renacentista, excelente idea. Detrás se yergue, si es que continua, el tejo milenario. Suena bien eh? Fui bautizada en la iglesia de San Miguel San Julián y Santa Basilisa, vulgo iglesia de las cadenas. El lugar en el que se encuentra la pila bautismal tiene, o al menos tenía, unas cortinitas que producían la impresión de un teatrillo, seguro que mi afición por el teatro viene de ahí.

Supongo que nacer en una casa nómada, que no cambia de sitio pero sí de función, me ha predisposto favorablemente a un cierto nomadismo de las dos clases. Con mis padres cambié de ciudad de residencia cinco veces, ocho de casa y tres de colegio. En mi vida independiente fueron cuatro veces y siempre cumplí con el deber de residir en el lugar de destino y me inserté en la vida de cada lugar. He asumido diferentes trabajos y mi vida intelectual, la que se conoce y la que no, se ha desarrollado a caballo de dos lenguas a cuál más distintas, conservando un espacio de respeto para la tercera por ser la que correspondía en el bachillerato de mi época. Me considero afortunada por el tiempo y las circunstancias que me tocó vivir y doy gracias por ello.

Madrid, 24 de octubre de 2020, año del Covid.

DIÁLOGO ENTRE JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA, PROFESOR DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, Y LEONOR SUÁREZ LLANOS, PROFESORA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA SIMÓN

*Profesor de Filosofía del Derecho, UNED, y Leonor Suárez Llanos, profesora de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Oviedo*

LEONOR SUÁREZ LLANOS:

Querido José Luis,

Está claro que algunos lujos académicos son gratis, y uno de ellos es dialogar contigo y contrastar nuestros planteamientos. Entre otras cosas por tu capacidad para tratar críticamente conceptos fuertes, como subjetividad, identidad o género, en la consciencia, mía también, de que quedan pocas viejas verdades y muchas realidades a la sombra de la caverna que merecen ser reconsideradas bajo una nueva luz que, esperemos, no sea «la luz que no podamos ver».

Como sé de tu afán por el rigor, afán que comparto, me encantaría discutir contigo algunos conceptos problemáticos que, a pesar de su utilidad, la epistemología, la dogmática, la igualdad, etc., contemplo ahora, respecto de la sociedad y las personas reales, aquejados de dolencias que retan su corrección y capacidad de incidencia.

Y te propongo hacerlo en torno a los múltiples «post» –postidentidad, pospositivismo, el posmodernismo jurídico, posvalidez, etc., y la posverdad que todo ello puede implicar– que sobrevuelan nuestra capacidad de juicio y frente a los que solemos esgrimir nuestro prejuicio por su impostura, nihilismo y huida hacia el abismo, especialmente cuando se trata de un ámbito que, como el jurídico, es tan relevante y tan buen tino, solidez y seguridad requiere.

Empiezo por el pospositivismo, que me parece un recurso importante para la teoría, la metodología y la dogmática jurídicas frente a un cierto iuspositivismo normativista, no todos, protegido y protector de una claves ideológicas que se pertrechan en una estructura nomológicamente perfecta, objetiva y vinculante que, a su vez, puede ser descrita estructural, neutral y asépticamente al margen de toda alteridad, vacío o ajusticiamiento valorativo.

Y es que, al entender lo anterior y luego plantearme tanto qué quiere y qué dice el iuspositivismo cuando afirma que el Derecho es lo que es —afirmación obviamente

innegable—, cuanto cómo afronta el colorista ramillete de objeciones al que sirve de lazada, me doy cuenta, afortunadamente con más estupor que temblores, que algunos iuspositivismos, a veces, no quieren lo que deben y/o tampoco dicen lo que es (sea lo que sea), a veces por silencio y otras por su afán de construir un inexpugnable torreón científico jurídico ajeno al lenguaje de los mortales y a sus intereses, controversias, narraciones «reales» y sentido del Derecho.

En este contexto, tengo en mente un trabajo tuyo lúcido, erudito y crítico, es fantástico cuando las tres condiciones se juntan, sobre el concepto y sustancia del derecho subjetivo que yo creo que da buena cuenta de los límites y la ideología de la construcción iuspositivista y de cuán necesaria en la consciencia de tales límites. Al fin y al cabo, la estructura del derecho subjetivo, señalas bien, es el resultado de las fuerzas e intereses que desplazan y cargan o descargan los elementos del derecho subjetivo.

Te pregunto incluso, si no late en ese trabajo tuyo una consciencia crítica pospositivista y posmoderna —muy desconfiada de la neutralidad, asepsia, objetividad y formalismo o formalidad de conceptos tan esenciales como el de derecho subjetivo— que ya ni objeta los contenidos ante la evidencia de que los mismos suceden al *tertium* formal cientifista del modelaje iuspositivista.

En términos de gran reducción, diría que el imprescindible iuspositivismo se proyecta a través de dos perspectivas hermanas que, como los gemelos Rómulo y Remo, terminan enfrentadas por el poder, en nuestro caso, epistemológico, ideológico y, también, material. De un lado, la perspectiva estática cientifista para la que el Derecho es un objeto a identificar conforme a las claves formales de conocimiento. De otro, la que le reconoce relevancia conceptual a la naturaleza compleja, ideológica, material y cultural de un Derecho formado por una concatenación de decisiones y motivaciones y que aspira a un cierto tipo de corrección. Esta segunda perspectiva conduce a modelos de iuspositivismo blando y/o inclusionista que, entre otras cosas, se cuestionan la contingencia/necesidad de la relación entre la moral y el Derecho.

No sé si a ti te pasa, pero tiendo a concebir las distintas teorías jurídicas como maquetas alternativas que anhelan la perfecta proyección de lo que el Derecho es, reproduciendo a escala de racionalidad humana su objeto, el Derecho, para ayudar a describirlo, comprenderlo, manejarlo y, algunas veces, también, a mejorarlo.

Como esas maquetas precisan una realidad previa (positiva, fáctica, real, no moral, ni justificativa, ni metafísica) a la que «describir» a escala, para no inventarla, la teoría iuspositivista debe afrontar el problema de que el Derecho que es y que será no tiene una correspondencia simple con un objeto físico o lógico demostrable y predecible, sino que consiste en práctica social expresada lingüísticamente y de naturaleza compleja, interpretativa y cambiante. Y es que, escalar métricamente un garbanzo aislado, comprobar la temperatura del cocido o determinar la composición de la peridotita del manto de la geosfera es asunto muy distinto del de describir la semiótica jurídica —su sintáctica, su gramática y su semántica— asépticamente, pues el lenguaje integra elementos narrativos, significativos y valorativos en sus pretensiones

normativas que pueden poner en riesgo la acción epistemológica formal iuspositivista, higiénica y neutralizadora.

De hecho, ya de partida, el iuspositivista podría estar sirviéndose de un «prejuicio conceptual» acerca del Derecho como un hecho acabado y cerrado en la normación que emana de ciertas autoridades, y pudiera ser que fuera sobre él que construyera científicamente el concepto de validez. Se daría algo así como una «falacia positivista»: a partir de la observación de lo particular se alcanza un juicio de juridicidad, verdad jurídica, de validez jurídica, de normatividad institucionalizada, de coactividad legalizada, etc., de un interés frente al resto de alternativas posibles; p.ej. las condiciones de nulidad de un contrato, el valor jurídico de la necesidad, el modelo de responsabilidad causal, las exigencia del género, la persona para el Derecho, la causa, justificación y finalidad de las obligaciones, de las sanciones, del castigo, etc.

El iuspositivista responde enseguida, claro, que su elección del objeto no es arbitraria, ni asume una teoría del poder, sino que resulta de la tesis de las fuentes sociales y de la misma creencia social en la identificación y significación del Derecho como sistema de inteligibilidad específico; tal sería la conciencia interna del Derecho.

Sin embargo, contemplado el asunto desde una crítica postrera a la iusmodernidad, una crítica voy a decir pospositivista, poscrítica, quizá incluso iusposmoderna, me parece que la relevancia de que el objeto jurídico tenga una naturaleza no-científica ni objetivable es grande y puede anegar esa presuposición anterior de que existe verdaderamente una homogénea y aséptica conciencia interna del Derecho. Porque aunque la blandura del objeto parece resistirlo todo, incluidas las construcciones formales y conceptualizadoras tan verdaderas como el Derecho que refieren, permanece la cuestión de los intereses que protege el Derecho.

Llegados a este punto, claro, el normativista formalista reclamará que se haga el favor de no andar mezclando asuntos, que una cosa es la validez jurídica y que otra la justicia, y que menos mal que es así en aras de la seguridad jurídica y frente a todos los riesgos de una justicia que ya ha adoptado mil formas contradictorias y peligrosas. Cierto es.

Y aún dirá más, pues en el concepto iuspositivo formal y normativo iuspositivista caben todos los planteamientos ideológicos incluidos los más aceptables de la justicia centrada en los derechos y la democracia. También es muy cierto.

De hecho, la evidencia de que el gobernante tiende a absolutizar su poder, sus privilegios y sus beneficios sirvió para imponer desde mediados del siglo pasado los nuevos modelos constitucionales positivos y sus dos límites orientados a evitar nuevas dictaduras y recortes de derechos y del bienestar de los socialmente vulnerables: que lo que legaliza al legislador y su poder es la democracia, pero lo que legítima sus decisiones normativas es la protección de los derechos de cada persona habida cuenta sus diferencias de muy distinto tipo.

Pues bien, hechos los dos favores anteriores de reconocimiento positivo, lo que toca reivindicar en los mismos términos positivos en que ella se proclama, es que la democracia no es un mero expediente de legitimación del poder; que debe

desarrollarse positivamente en favor de su función principal de proteger a la persona de la fuerza, los intereses, las ideologías y la ambición de las mayorías; y que este desarrollo es una condición sustantiva, crítica y normativa que actúa formalmente sobre el concepto de validez normativa, es decir, es una exigencia del recuento descriptivo iuspositivista.

Claro, afirmar esto es problemático por distintas razones, entre ellas, porque se altera la concepción ontológico-formal del Derecho en favor del contenido normativo y porque se enmienda la plana a la coherencia lógica y formal en favor de la adecuación material a un criterio sustantivo, lo que acerca al ordenamiento jurídico a los sistemas normativos estáticos de unidad de contenidos, poniéndose en entredicho la diferenciación estricta entre el Derecho positivo y el Derecho y lo correcto.

Y digerir esto conceptualmente para dar cuenta de una vinculación de contenidos de las normas formalmente válidas a contenidos materiales diversos y variables que se infiltran por todo el ordenamiento jurídico es difícil. Pues podría estarse abriendo la puerta a los iusnaturalismos, iusmoralismos, no-positivismos ponderativos, etc., y es que, se dice, una cosa sería lo iuspositivo válido y otra la moral, y pueden darse la una sin la otra y viceversa

Por su parte, quienes intentan la síntesis entre la corrección formal y material, acusados/as por «no-iuspositivistas» andamos pensando que los ideólogos que más se arriesgan a extremar sus contenidos pueden ser quienes excluyen de la maqueta descriptiva la valoración, pues esta, siempre, es positivamente constitutiva de la realidad jurídica, por lo que es preciso saber describirla para poder criticarla y justificarla o, en otro caso, no será controlable. De tal forma que, claro que se puede conceptualizar por separado Derecho y justicia, faltaría más, pero si el concepto de Derecho y de validez quiere acertar con su objeto descrito debe incorporar, en ocasiones, la justicia, la corrección, no solo como una condición, sino también como una característica del Derecho.

Es verdad que así el pospositivismo jurídico genera una especie de «espiral de psicodelia crítica» que agita el contexto práctico y el especulativo sirviéndose, o aprovechándose, de un contexto «neoconstitucional». Pero es igualmente cierto que tal espiral se orienta a la crítica normativa y la justificación en un nuevo escenario de derechos, justicia y valores constitucionales que arroyan en cascada sobre todos los ejes jurídicos de definición multiplicándose la fuerza sustantiva que ya imponía la cláusula Radbruch.

En efecto, y en términos sintéticos, la aspiración a la justicia es ya un patrón descriptivo de la positividad, pero también crítico y justificativo de la misma. Y, en consecuencia, y esto es fundamental, aunque el iuspositivismo permanezca incuestionable, sus tres tesis definicionales se conmueven de forma representativa, pero no porque el teórico se empeñe en ello, sino porque algunas de las características básicas del Derecho y de cómo lo entendemos se han modificado y es deber de los conceptos y sus teorías dar cuenta de ello. En concreto: la condición de la interpretación para la aplicación se redefine en favor de los valores y principios constitucionales incrementándose las posibilidades argumentativas; se complementa la subsunción

lógica en favor de la subsunción ponderativa y se altera la naturaleza de la decisión, que ya no es solo válida, también aspira a ser correcta.

Así las cosas, apremia reconocer un pos-positivismo crítico e inclusivo que procure definir adecuadamente las relaciones existentes entre el orden del Derecho positivo coactivo y el orden de la justicia gracias a un nuevo modelo teórico institucional, dinámico y que circule, en tránsitos de ida y vuelta, entre los niveles legislativos, judicial, dogmático y teórico reforzando, así, la perspectiva crítica de fundamentación a tiempo constante

Para ello se precisa un modelo asentado sobre una racionalidad crítica que supere el enfrentamiento entre la forma y el contenido y permita representar y manejar el continuo que integran la normación y la decisión; huir de la visión estática y petrificadora del Derecho «realmente existente» en todos sus niveles; e «incorporar» las dimensiones de justificación y crítica del Derecho positivamente establecido. En este sentido es fundamental la idea de que la coherencia de contenidos no excluye, diversamente, precisa de parámetros de razonamientos predeterminados y controlables conforme a claves de justificación de argumentación racional y también del razonamiento deductivo, de la lógica formal, etc.

De hecho, la perspectiva dinámica del inclusionismo, permite entender, atender, encauzar y asumir, a mi juicio, una «revolución práctica» del Derecho que conduce a cuestionar y reformular todas las categorías jurídico-dogmáticas y jurídico-fácticas, todas, y también obliga a abandonar la metafísica ontologizadora de la norma como un hecho acabado asumiendo su concepto dinámico. Es entonces cuando la interpretación gana espacio en el concepto de validez, que se renueva, para aunar la autoridad de la tesis de la producción con la determinación crítica (y cambiante) de su significación. Esta «retrointegración del concepto de validez», o permanente redefinición de sentido que debe guiar la labor teórica, permite una constante incorporación de elementos significativos que fortalece el vínculo entre la teoría del Derecho, su metodología de la aplicación, la realidad pragmática, la práctica y las reivindicaciones sociales, y de todo ello con la justicia poscrítica como ideal programático. Y, por tanto, nos permite buscar la justicia, la corrección del Derecho positivo encauzándola, en una medida importante, gracias a un poder judicial que recobre la independencia que primero le hurtó el modelo legicéntrico y, más tarde, so excusa de protección el Estado del bienestar, el ejecutivo.

Y todo ello sin desatender la seguridad jurídica. Claro que, ahora, entendida esta en un sentido reforzado dinámico, complejo, racionalizador y más razonable.

JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA:

Comienzo, querida Leonor (vaya alegría y vaya lujo, reencontrarnos tras tantos años, en un ámbito tan grato como este), contestando a la pregunta más explícita: el trabajo al que te referes sobre el derecho subjetivo, en el cual analicé las posiciones más potentes de la dogmática decimonónica alemana en punto a su fundamentación, es, desde luego, postpositivista. Pero en modo alguno posmoderno, sino más bien –escribo este término con precaución– de inspiración aristotélica. Sé que, en la clasificación

de Habermas, eso me sitúa, en principio, entre los *viejos conservadores*. No lo creo; no creo que esta sea una posición reaccionaria porque no impugno la modernidad, al menos en su *pathos* (instrucción pública, lucha contra la dominación de reyes y dioses), sino solo el empobrecimiento que durante dos siglos generó en el lenguaje jurídico, en el lenguaje en general, y su propensión a una neoescolástica huera. Por otra parte, hay teóricos de gran lucidez que impugnan con dureza las reducciones modernas sin renunciar a la modernidad; en particular, conservo una impagable deuda con los frankfurtianos Adorno y Horkheimer (tributarios de Hegel y Freud, autores no sospechosos de reaccionarios) y Pietro Barcellona, con el ataque feroz de todos ellos al modo en que la modernidad ha instaurado, totalitariamente, un lenguaje unívoco y autorreferente capaz de secar el contacto con la realidad por mero temor a lo inaprehensible, lo misterioso, lo religioso (lo dice un agnóstico). Wittgenstein, incuestionablemente moderno pero hombre lleno de espiritualidad, reconoció la importancia de este reducto inabordable en la proposición final del *Tractatus*.

Por eso has hecho bien en mencionar el enfrentamiento entre descriptivismo y voluntarismo en la ciencia jurídica, aunque sea respecto al positivismo *soft* o débil que rescata la importancia de la decisión. Eso me ha traído a colación a Schmitt, cuya polémica con Kelsen va para centenaria. Me interesa particularmente este punto, que traté con cierto detenimiento hace un par de años. Pues bien, creo que este es otro punto en que no nos remontamos lo suficiente a la raíz. Si algo hace Schmitt, al invocar el legislador extraordinario *ratione necessitatis* de Weimar, es reprocharle a Kelsen que un voluntarismo nominalista extremo como el suyo no puede ser sino decisionista. «Sea usted coherentemente voluntarista», es la frase que podría resumirlo. Todo voluntarismo indiferente con respecto a los contenidos mínimos seca las fuentes de la decisión racional. Y henos aquí, superadores del formalismo y ante un neoconstitucionalismo lleno de asunciones valorativas, que nos sitúa ante lo que mi amigo Joaquín Esteban llama *la condena hermenéutica*. No hay total equivalencia, siempre se asume mucho más de lo que se elige y eso es bueno; la fantasía de una vida (re)construible cotidianamente desde la elección plena de la identidad solo es, como nos han recordado los comunitaristas, eso, una fantasía.

LEONOR SUÁREZ LLANOS:

Comenzamos ya de la mejor manera, dejando bien sentado un punto importante de acuerdo en relación con un asunto teórico mayor, nuestra disposición postpositivista y de apertura realista a la corrección en un contexto que, como bien señalas, está plagado de asunciones valorativas.

Por lo demás, apuntas asuntos que me plantean alguna duda.

Estamos de acuerdo en que acierta el planteamiento posmoderno en posponer a la modernidad por su afán uniformante, por su ideología de clase y capital, género, raza, etc. y por su correspondiente invención del sujeto. La condena hermenéutica que apuntas, estoy de acuerdo, no es otra que la expresión del reconocimiento de las crisis significativas de la positividad moderna y la consiguiente apertura al sentido de lo posible, y que agradece la guía y el ánimo de la teoría crítica que pones en valor de Adorno y Horkheimer, aunque ahora ya, destaco yo, en conexión con una

sociedad extensa, fluida, cambiante e hiper-formada/informada de personas que jerarquizan sus propios modelos de virtud y ansían el reconocimiento horizontal, y no el vertical aristotélico, como la más importante puesta en valor de la identidad relevante para cada cual y no para cada sociedad en particular.

En este sentido, dices bien, no hay que temer a la realidad. Pero, si me permites, sí hay que cuestionarse el afán de los frentes conservadores comunitaristas por convencernos de que la vida no es (re)construible desde la elección plena de la identidad de cada cual. Y es que, afirmaciones de este tipo no solo nos alejan del proyecto de dignidad conforme al que cada cual puede elaborar y perseguir su propia concepción del bien y de la vida buena, también nos imponen, tal es la terquedad de la sustancia ínsita en las formas del lenguaje, que lo real es que la vida se reconstruya conforme a la elección de otros sobre mi persona, esta era la biopolítica, cuando esos otros, me temo, siempre son quienes detentan el poder y las claves de dominio que secundan a su persona, posición, intereses, sexo, clase, formación, etc.

Sé bien que lo posmoderno tiene «mala prensa» porque es disruptivo y muchas veces, como tú señalas bien, extiende su nihilismo totalitario sobre toda forma de construcción y conocimiento sin proponer alternativa, temeroso de caer confinado en planteamientos racionales estructurales universales. Pero también hay un posmodernismo reconstructivo que se centra en la proyección actualizada de la teoría crítica que manejas, quizá estaría menos prejuiciado el término de «teoría poscrítica» en su afán por desmontar todo entramado conceptual, incluido el de clase, tal como intentara con afán reconstructivo Habermas frente a Adorno.

Llegados a este punto y desde él, te propongo hablar de la posverdad, la postidentidad, cultural y de género, en las que has profundizado, y en otro «concepto» que anda siempre cercano a todos los post, del que tú ya te has ocupado y que me provoca dudas, luces y más dudas en su aplicación al campo político-jurídico, lo «queer».

Si te parece, empezamos por la «posverdad», porque tras la victoria del cientifismo en todos los ámbitos, la seguridad y las garantías que aporta este modelo de conocimiento dieron lugar a epistemologías exigentes que centraban la construcción de su objetiva verdad en torno a la positividad de su objeto y las leyes causales a que estaría sometido.

El problema llega cuando se procura trasladar el modelo de verdad a espacios en los que lo que se conoce ya incorpora las particularidades del sujeto que conoce, es decir, cuando nos encontramos ante realidades que no tienen una consistencia verdadera en el sentido de ser universalmente demostrables y predecibles, demostrándose su naturaleza débilmente objetiva en tanto vinculada a los prejuicios, sesgos, criterios de valor, intereses, creencias, etc.

Y digo que es un problema, no porque no se pueda avanzar en el conocimiento de todo aquello que involucra nuestras creencias, prejuicios, pasiones, etc., claro que se puede avanzar, dando razones que actúen a modo de temporales y tentativas justificaciones. Es un problema, porque en muchas ocasiones, en demasiadas, enturbiamos la verdadera naturaleza compleja, dinámica, argumentativa, etc., de lo

que conocemos envolviéndolo en el papel de la científicidad objetiva, demostrable y predecible, es decir, en el de la «verdad».

Sin embargo, en nuestro ámbito, Derecho, economía, sociología, psicología, política, etc., el modelo de conocimiento podrá ser coherente, razonable, convincente... pero no verdadero. Podrá incorporar afirmaciones físicas, matemáticas, descripciones de acontecimientos comprobables que actúen como conectores, pero se trata de modelos de conocer en los que el sujeto que conoce ya está dentro del objeto conocido, remplazándose la causalidad científico por la imputación voluntarista sujeta a razones. Y la consecuencia es que ni su conocimiento, el del Derecho, ni su mismo objeto son verdaderos como tal. Dependen de cómo los construyamos, interpretemos y manejeamos. Por eso debemos ser humildes respecto de lo que sabemos. Pero, por eso también especialmente ambiciosos en nuestras garantías de conocimiento, proponiendo dinámicamente todos los procedimientos de comprobación y justificación a tiempo constante.

Pues bien, en este contexto y, en realidad, respecto de todo lo que hablemos en el sentido más jurídico formal, voluntarista, sustantivo, hermenéutico, de clase... es donde tiene bastante que decir la teoría proscritica y, quizá en un cierto sentido, aunque sea muy reducido, también el mismo concepto de «posverdad».

JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA:

Pues sí, como fondo de todo esto, está la verdad, ese concepto inquietante, el acceso al cual hoy se nos niega tenazmente, tanto como si lo concebimos como correspondencia como si lo hacemos bajo el modo de la adecuación. Los viejos formalistas le negaron el acceso al campo jurídico, los nuevos niegan el propio concepto disolviéndolo en el discurso. No sería capaz de afirmar qué es la verdad, pero, como hermenéutico, prefiero ir buscando las pequeñas verdades que resultan de poner fin a la absolutización (moderna o posmoderna) del lenguaje, a examinar analógicamente los diferentes modos de hablar sobre las cosas. Quizá es solo por miedo. Temo a un mundo en el que se niegue la posibilidad de toda verdad: cuando las verdades desaparecen, solo resta el poder. *Nomina nuda tenemus.*

LEONOR SUÁREZ LLANOS:

Estoy muy de acuerdo contigo. Los viejos formalistas parecían renegar de contenidos verdaderos y los nuevos críticos objetan el concepto mismo de verdad en el conocer. Y con tanto hurto a la verdad, necesitadas y necesitados como somos y estamos de algún tipo de seguridad en la existencia y en el conocimiento, no eran otras las seguridades que nos ofrecían los mitos, dices tú y dices bien, que prefieres buscar las pequeñas verdades que surgen del cuestionamiento de los planteamientos uniformes y totales.

Solo te matizaría una cosa, y creo que no tendrás problema en aceptarla, el viejo formalismo no renunció a la verdad de sus formas, solo a la de sus contenidos; el problema es que también se impuso como verdad que la forma estaba al margen de los contenidos, y fue entonces cuando la verdad de las formas válidas mostró su efectiva capacidad para petrificar unos contenidos muy sustantivos y valorativos que pasaron a concebirse como verdaderos.

Por lo demás bastaría con traducir la búsqueda de las pequeñas verdades de las que hablas como una investigar la calidad de las razones que adornan nuestras disputas de intereses para que, quizá, acordásemos también en lo relevante de un concepto de posverdad.

Hace cuatro años el *Oxford Dictionary* proclamó palabra del año a una «posverdad» que insistía en lo «relativo o referido a circunstancias en las que los hechos objetivos son menos influyentes en la opinión pública que las emociones y las creencias personales».

Contemplada esta definición desde una cierta perspectiva, y desde otra claramente no, nos advertiría de que muchos conocimientos están determinados por las consideraciones personales y, en este sentido, la posverdad vendría a dar cuenta de un concepto neutral que nos recordaría cuanto de valorativo e interesado hay en muchos conceptos de conocimiento referido a un objeto no susceptible de comprobación científica. Reclamar la posverdad, en este sentido restringido al que acabo de apuntar, exigiría un ejercicio de responsabilidad crítica frente al dogma y la afirmación de una verdad monolítica promocionada por los grupos de interés y poder político, económico, legal, periodísticos, religioso, etc.

Sin embargo, el término se ha convertido sin remisión en una diana a la que los amantes de los modelos científicos de verdades aplicables a los objetos sociales lanzan dardos desde todas las distancias. Y yo me pregunto si no será porque no acaban de aceptar que deben exponerse a la luz los intereses recubiertos de científicidad, causalidad, objetividad y necesidad. Y si será por eso que acusan a la posverdad de lo mismo que a Sócrates, a las brujas y a los herejes: de preguntar hasta al cielo y la tierra, de cuestionar las verdades establecidas, y de corromper a los jóvenes para que crean en cosas de su propia invención, en vez de los dioses de la polis. En particular, la forma actual que se ha dado a esta acusación denuncia que la posverdad se genera y desarrolla en medios de comunicación y redes de alcance masivo generando un conocimiento falso.

En síntesis, que un concepto que podría haberse empleado en su función crítica para actuar de filtro frente al riesgo historicista, culturalista y dogmatizante parece haberse convertido en el enemigo a batir.

Frente a tales acusaciones, la posverdad insiste en que la verdad jurídica moderna no es de verdad verdadera, porque es indemostrable y, además, indeterminada y representa los intereses de los grupos de poder. Y que la única verdad que ya nos queda es nuestra constitutiva debilidad histórica para adquirir un estado de argumentación y decisión razonable.

Ultima la caracterización de la posverdad la RAE que desde 2017 define la posverdad como la «(d)istorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales. Los demagogos son maestros de la posverdad». Caracterización de la posverdad que mantuvo en intervenciones y discursos el actual director de la RAE que identifica, explícitamente, la posverdad con una afirmación falsa, y pone el ejemplo de una

televisión francófona de *Bélgica* que anuncia en un informativo que Flandes había proclamado su independencia de forma unilateral. Pues, señala, siendo una prueba, una broma, mucha gente se lo creyó.

Ahora bien, si se trata de eso podemos también pensar en que en el día de los inocentes se gastan bromas y se dicen mentiras a diestro y siniestro, a veces hasta juegan los políticos y televisiones. Y si la mentira está bien hecha pues nos la creemos, pero eso no convierte al bromista en posverdadero, permanece como bromista o mentiroso. Igual que cuando se comete «cohecho», «blanquean» o el asesino miente sobre sus actos, la mentira o difundirla masivamente no les convierte en posverdaderos ni a sus acciones en posverdades, son actos inaceptables conforme al sistema de control establecido y a los ojos de la norma merecen una sanción.

Sin embargo, igual que nada hay de posverdadero en mentir, engañar, robar o cometer fraude, esas son prácticas preverdaderamente antiguas, si hay una falacia antigua que consiste en construir un enemigo de paja al que lanzar unas críticas que hagan parecer justificadas afirmaciones muy cuestionables. P.ej., señalaba una persona importante en la RAE que son muestras de posverdad las afirmaciones de los catalanes que sostenían «que la Cataluña independiente iba a formar parte de la UE, de la OTAN, que proliferarían las empresas deseando radicarse allí y que la aplicación del artículo 155 de la Constitución fue un golpe de Estado». Y que la palabra que él elegiría como término del año frente a tanta posverdad sería Constitución.

Pues bien, hay aquí cierta interpretación política y cierta creencia ideológica que podemos compartir y con buenas razones de justificación, pero no veo lo posverdadero del discurso, es antiguo y tradicional y esgrime pretensiones ideológicas y de interés enfrentadas a las del orden establecido que no encaja en la visión de muchos juristas pero sí en la de otros. Igual que sucede cuando hablamos de si es aceptable la limitación de la variabilidad de los tipos de interés, que para unos lo es, para otros no y para los terceros depende de que ciertas condiciones se den total o parcialmente.

Insisto, la mentira, la manipulación y las *fake news* son estafas informativas que participan en muchas ocasiones y de forma consciente de una voluntad de engañar al otro que merece ser jurídicamente perseguida.

Pero la democratización de la información, su multiplicación en redes y la confianza en la formación y capacidad de información de cada persona y en sus necesidades y creencias, lo que ofrecen es visibilidad de la fragmentación y la diferencia, que siempre existió y que la limitación de medios de información y comunicación redujo a alineamientos más estereotipados, uniformes e inopinados que sí favorecían la falsificación de la realidad realmente existente.

Cuestión distinta es que esta democratización de la información y de la opinión nos sorprenda y nos moleste por su insurgencia, o porque nos demuestra cuán fácilmente manipulables somos por las ideologías, intereses, la pose social requerida etc. Es muy cierto. Pero en eso consiste la libertad, la de expresión y la de información, tanto de emisión como de recepción. Y en eso consiste nuestra constitución como personas autónomas y responsables. El problema de algunos es que creen que hay algunas personas fácilmente ¿manipulables?, pero ¿en relación con qué tipo de ideología?

Y, si me lo permites, y por concluir con este asunto, creo que abunda en lo anterior el sofocón que muchos han sufrido con la Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, del PSOE, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional. Sofocón porque la Orden recuerda ahora a los grupos políticos de la oposición y a muchos medios de comunicación que es muy peligroso que un órgano del gobierno, su Ministerio de la Verdad, controle la «verdad» de las afirmaciones cuando no hay una verdad en las ciencias sociales.

Pues bien, insisto, es la posverdad la que nos viene advirtiéndolo de que la verdad social es múltiple, dependiente, diversa, dinámica, ideológica, valorativa... y de que hay que diferenciar esa divergencia del engaño, la mentira consciente, el afán dogmático respecto de lo bueno correcto o la misma historia de la justicia y la corrección. Por eso, para la posverdad, el Ministerio de la Verdad orwelliano lo ocupan hoy quienes reniegan de la crítica, temen la democratización y diversidad que traen las redes y se empeñan en que hay una historia única, un presente solo de unos y un futuro proyectado sobre este presente y que debe ser uniforme para todos los demás.

La apuntada Orden se sustenta en el Plan Europeo contra la desinformación de la Comisión Europea del 2018, que se plantea como propósito perseguir las mentiras y las estafas que se difunden con carácter público con ánimo de lucro y con la finalidad de engañar y dañar determinados bienes que son considerados esenciales, y que el Plan Europeo cifra en: «la salud, al medio ambiente o a la seguridad de los ciudadanos de la Unión»; aunque la desinformación «no incluye errores inadvertido, sátira y parodia o noticias claramente partidistas e interesadas».

Por eso, ni la orden ni el Plan sobre el que se apoya son enemigos de la posverdad, al contrario, pero sí lo son y deben serlo del engaño y de las *fakes* masivas.

Cuestión distinta es si la Orden articula bien, y no la hace, un procedimiento y unas condiciones apropiadas para la finalidad que se propone. Para conseguirlo debe justificarse y articularse concienzudamente la organización y persecución de tales acciones y tener claramente tipificados los bienes a proteger —igual que se han regulado la calumnia e injurias, la apología de delitos graves, los delitos contra la libertad religiosa y de conciencia, la incitación al odio, la discriminación y la violencia, etc.— evitando sanciones predelictuales y censuras ideológicas de las que en España ya tenemos diversas pruebas de tendencia, entre ellas, quizá, LO Protección de la Seguridad Ciudadana del 2015, la «Ley Mordaza», esta del PP, que mantiene una tensa relación con la libertad de expresión, información, reunión pacífica y asociación.

Conforme a estas prevenciones, el control de la transmisión de datos a la población podrá abordarse vía legislativa y sometida a la intervención judicial y al control garantista de los órganos internacionales, y quizá haya que habilitar unidades específicas de expertos y expertas en redes, algoritmos, manipulación de datos, invasión monopolítica de información con finalidad fraudulenta, etc. Ahora bien, más allá del apuntado control de estafas y del resto de tipos apuntados, la democratización de la información y de la libertad de expresión nos obliga a aceptar ideologías contrarias a la nuestra, eso ya lo sabíamos, y más, porque lo que ahora tenemos que entender

es que eso que no nos gusta puede extenderse masivamente en medios y redes, por lo que, seguramente, nos gustará aún menos. Incluso esa libertad de expresión puede expresarse con mal gusto, poca clase y con una vehemencia o instrumentos que nos disgusten... es el precio de la libertad. Cuando esa libertad debe limitarse por fraude, uso de información privada, fraudes conscientes en los datos y quizá todo ello potenciado por los valores algorítmicos expertos y su empleo de redes deberá explicitarse claramente dónde están los límites y que órganos independientes y responsables fijarán los excesos y correspondientes sanciones con todas las garantías que son propias a un derecho fundamental. Y, una vez reducidos los límites de la libertad al extremo positivo de lo inaceptable, reforzar la crítica que ejerce la posverdad frente a las pretensiones de imposición de criterios particulares de interés.

Porque estoy convencida de que el nombre de la rosa guarda muchas razones, que son las que a cada cual la rosa provoca, aunque están todas insertas en el nombre, y tenemos la responsabilidad de descubrirlas a sabiendas de que no parecerá a todos tan bella una espina como un pétalo y que esa belleza pertenece a una estética de anclaje emocional, etc.

JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA:

A cada cual lo suyo: no yerran los postmodernos al denunciar que la evolución de ese lenguaje moderno ha sido siempre tramposa, en particular en la constitución de la subjetividad liberal. Seamos más precisos: la modernidad consagró una visión unívoca del todo bajo construcciones tramposas (los *entia moralia* de Pufendorf), unificadoras, precisamente porque partía de la hipótesis nominalista del estado natural, de la total equivocidad del lenguaje, la incomunicabilidad de los intereses e ideales, la equivalencia de cualquier derecho subjetivo que se invoque. Por decirlo con contundencia, la modernidad secó las fuentes sociales de la subjetividad para diseñar un sujeto a la escala de lo único que hubo siempre: la plutocracia burguesa, su mercado falsamente igualitario. Y cada vez que los modernos intentaron recuperar la comunidad, el *nosotros*, actuaron de modo idealista y tramposo, multiplicando entes: con Rousseau, bajo la forma de una macrovoluntad autonormativa, una ficción para resolver otra. Con Hegel, bajo la forma de la eticidad que lleva... al Estado prusiano. Las fuentes griegas estaban cegadas, la modernidad no podía acceder a ese acervo porque lo había hecho imposible.

En este panorama que nos agita, tras el advenimiento de una postmodernidad que no ha hecho sino apurar los vicios de la modernidad hasta el paroxismo, solo queda un yo modelado narcisistamente, porque cualquier *nosotros* se considera tramposo. Pero, ¿acaso el *yo* no puede serlo? ¿No lo fue con esas reificaciones impresionantes del idealismo alemán? A quien dude de ese carácter narcisista del yo contemporáneo, habrá que recordarle que el derecho subjetivo, uno de los grandes hallazgos de la humanidad, ha explotado, alcanzando una máxima extensión a cambio de una intensidad mínima (la tabla de derechos de la declaración de Monterrey, 2007 lo hizo entrar definitivamente en el infierno de las buenas intenciones).

No seré injusto: en los últimos cincuenta años se ha abordado, cómo no, una crítica importante de la subjetividad moderna, de su dualismo exacerbado, su facilidad

para multiplicar los conceptos, su servidumbre última al sistema capitalista y al colonialismo. Había, sí, que criticar a los derechos abstractos de los ilustrados, que ya Marx vio, en «La cuestión judía», como un instrumento conceptual al servicio de los poderosos. Pero de la crítica *post* ha desaparecido toda teleología relacionada con la aspiración al bien común, con la vida buena y la ciudadanía virtuosa, y eso ha alentado el despliegue de subjetividades ficcionales e inanes, *supra* y subhumanas (la Madre Tierra, los animales). Hay derechos hasta debajo de las piedras y las generaciones de ellos se suceden, mientras los de segunda generación son cada día más cuestionados por el sistema. ¿Dónde han colocado los neonominalistas la máxima ockhamiana de que los conceptos no deben multiplicarse sin necesidad? Todo lo que nos parece bueno pasa a ser sujeto de un nuevo derecho, aunque sea un simple delirio de nuestra mente.

Por eso, aunque no dejo de reconocer en la crítica postmoderna, que es un epifenómeno de las filosofías de la sospecha, la valiosa aportación de su denuncia contra la univocidad del lenguaje moderno, creo que su afán de multiplicar identidades y derechos tiene trampa. Mi problema con esto está en que para ciertos viajes no hacen falta alforjas, porque nos conducen al punto de partida. Modernos y postmodernos comparten lo que llamo la *abstracción del mundo*, que es típica del nominalismo filosófico y se caracteriza por la concepción utópica de los seres humanos como entes discretos, no cruzados por sustancia alguna ni sometidos a una matriz social. Y eso, que se percibe en el estado de naturaleza hobbesiano, vuelve en nuestros días con el identitarismo *queer* o con las *posiciones de sujeto* de Mouffe. La diferencia es que los modernos articulaban este nominalismo abstractivo en clave unívoca, escotista, llenando todo de sujetos morales (como el Estado) capaces de dar unidad a lo que de por sí carecía de ella, y los postmodernos han retornado a la equívocidad nominalista del comienzo: los *significantes vacíos* de Laclau.

Eso, hoy en día, va más allá de la justa pretensión de reconocimiento y de la aspiración a que cada cual construya su modo de vida; supone, más bien, el fin de toda causa común contra el modelo capitalista, porque nada cruza transversalmente las posiciones contrahegemónicas salvo la famosa *articulación* de Mouffe, que es un procedimiento lingüístico. Esto es como reducir todo a una plétora de múltiples «¿qué hay de lo mío?», confiando en que se articulen (ojalá les vaya mejor que a las mareas), de modo siempre provisional, para hacer frente al sistema que se lo traga todo. Soplar contra el huracán. Pero vale para lo que vale: de hecho, la falsa izquierda socialdemócrata ha obtenido grandes réditos electorales de su habilidad para regar y abonar ese campo de las expectativas identitarias potencialmente ilimitadas, centradas en la autopercepción como autorrealización. Al sistema no le importa, porque la socialdemocracia forma parte de él.

Echo de menos aquí un principio de realidad, que hoy en día veo presente solo en el marxismo y en la hermenéutica (y, menos que en nadie, en quien los conjuga tan tramposamente como Vattimo). En particular, me irrita esa eliminación, con fines cosméticos, de los conceptos fuertes del marxismo que ha realizado la llamada izquierda postmoderna: fetichismo de la mercancía, clases sociales, proletariado, alienación, valor de cambio, plusvalía, estructura (ahora, gracias a una interpretación

torcida de Gramsci, todo es superestructural, cultural en el sentido más inquietante). Mientras tanto, el capitalismo está más envalentonado que nunca, el mundo se le ha rendido. Hay genocidios por todas partes, neocolonialismo, especulación con la enfermedad y el hambre de los pobres, ecocidios, expulsión de poblaciones, destrucción de culturas, hacinamiento suburbano; pero a ciertas mentes preclaras parece que todo ello les resulta secundario en relación con la imperiosa necesidad de eliminar la distinción varón-mujer en el DNI. ¿A quién favorece esto? Mucho me temo que a los de siempre. Nancy Fraser, a quien cada vez admiro más por su impresionante lucidez (aunque acepta el término «populismo», que detesto), nos avisa en cada uno de sus libros sobre los riesgos de este identitarismo sexual.

En fin, Leonor, me he despachado mucho con cuestiones de tipo político, pero uno va aprendiendo, como tú, que lo jurídico apenas tiene autonomía, que sigue a su tiempo con algún retraso; que lo jurídico es un instrumento, como has dicho certeramente, una maqueta de lo real, y hoy la realidad es la de un mundo al servicio de menos del uno por ciento de la población. Ahora, como dices, no parece haber una dogmática positivista entregada a la tarea de describir el sistema jurídico. ¿Quién quiere describir, como pretendían esos teóricos de la vieja dogmática, si el poder creador de las palabras hace innecesaria la realidad? Los derechos subjetivos, en su multiplicación nominal y nominalista, no hacen sino desviar la mirada de la mayor injusticia, la realmente estructural, de la cual derivan las demás: la opresión de un modelo económico, el capitalismo neoliberal, que está destruyendo el mundo con celeridad. Acaso el modelo más homicida que ha producido la raza humana. En la periferia del sistema-mundo no son respetados ni los derechos civiles. La juridicidad postmoderna me parece parte cosmética de su despliegue insidioso: al multiplicar los frentes, aparta la vista del frente. En las guerras lo llaman operaciones de diversión. Pero mi objeción no es fundamentalmente estratégica, sino epistemológica. ¿Cuándo –Lyotard es un síntoma de la némesis, no la némesis misma– los académicos decidimos dar por bueno que todo es lenguaje y que, por eso mismo, el lenguaje no sirve para entendernos? Cuando pienso en la justicia distributiva, no dejo de pensar que ese concepto aparece con la *Ética a Nicómaco* y, pese a esa antigüedad de más de veintitrés siglos, sigue valiendo frente a quienes invocan la mera igualdad, concepto vacío, porque está absolutizado, porque carece de un criterio.

LEONOR SUÁREZ LLANOS.

Me explicas tan bien tus argumentos que no puede decirte que no, aunque al final tenga razones de peso para mantener contigo en este asunto algún desacuerdo.

Reconoces la razón de las razones posmodernas para objetar tanto las visiones modernas unívocas, del yo nominal e incomunicado, cuanto la equivalencia de los derechos subjetivos a fin de, me gusta esta forma de expresarlo, secar las fuentes sociales de la subjetividad, de tal forma que cada vez que la modernidad busca un *nosotros* se topa con una comunidad idealista y tramposa. Sobre esta base reconoces la fuerza de la crítica al colonialismo y al capitalismo y a la instrumentación de los derechos en favor de los poderosos.

Pero tras estos reconocimientos, y manteniéndome expectante, asumes la acción de regreso a un anhelado bien común, a un nosotros homogéneo, a unas fuentes sociales y a una reacción anticapitalista que no identificas en la crítica posmoderna.

Creo que llevas razón en mucho de lo que le objetas a la crítica posmoderna aunque también me parece que en algunos puntos esa crítica se sostiene sobre afirmaciones frecuentemente articuladas por ciertos detractores de la crítica posmoderna que se empeñan en transformar algunas de sus manifestaciones en el planteamiento y el proyecto al completo. Y me explico, la comprensión posmoderna del Derecho que nace en los sesenta y, bebiendo de diferentes fuentes se fortalece en los 70, 80 y en adelante, dio cuenta inicialmente, y quizá durante demasiado tiempo, de una labor crítica amplísima y mucho mayor que la acción positiva a la que podía haber orientado. Esto ya en los 80 lo contaba bien De Sousa Santos. Desequilibrio que se acrecentó por la propia naturaleza hipercrítica de una empresa que consiste, para unos, en la revisión meticulosa de todo concepto, incluido el del concepto mismo y, para otros, en un nihilismo pesimista que nos aboca al «y ahora qué», «cómo seguir adelante».

Sin embargo, esto no legitima convertir en todo alguna de las partes. Hay que reconocer que hay una crítica posmoderna orientada a la reconstrucción y que nada tiene que ver con el enemigo de paja que el objetor pretende y que alerta frente al sentido opresor de la cerilla como expresión capitalista del poder, la enfermedad, el capital y la deforestación destructiva se acaba prendiendo fuego en busca de la liberación de la alienación que supone todo el humano comercio del fuego.

No me cabe duda de que la teoría crítica posmoderna busca los conceptos de persona, de nosotros, de bien común, de fuente social de significación, etc. Ahora bien, lo hace de una manera distinta y reclamando poner por delante la evidencia de la persona frente a un nosotros homogéneo y autoritario. Pero no por egoísmo, ni por una excelsa preocupación por el qué hay de lo mío, sino porque el nosotros no es una sublimación, ni un colectivo esencial aristotélico o hegeliano, no es un ente de sentido que se pueda superponer a la persona, sino que debe articularse como un especial activo de reconocimiento del otro que ha sido excluido de significación y valor significación por todos los nosotros virtuosos sencidos, esenciales y asentados en los dictados que impone quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad en favor de una ley que dirige toda acción y todo movimiento. El nosotros como comunidad de afinidades, no religiosas ni estatales, de libre entrada y salida e integrado por muchos nosotros acomodados convencionalmente a un formato jurídico que posibilite una definición relevante de la dignidad de cada cual para poder elaborar y perseguir su propia concepción de vida buena.

De esta forma ni se abstrae el mundo ni se desatiende la matriz social; al contrario, se reivindican como elementos constitutivos del bien común. Aunque eso sí, ahora la matriz social no es la establecida con apoyatura sociológica por quienes detentan las formas claves del poder social. La matriz social es el encaje vital en que cada cual encuentra y reconoce el modelo de definición propia y el de todos los demás, al margen su clase, religión, género, color o capital. El nosotros deja de ser un yo hiperdimensionado para incorporarnos sin exigencias de normalización,

e homogenización y sin las correlativas consecuencias de expulsión y de herencia social de los márgenes.

Fíjate, Jose Luis, que creo que también podríamos acordar en esto, sobre todo cuando leo tus líneas últimas en las que proclamas tu lucha contra el colonialismo, el hambre de los pobres, los ecodidios, la expulsión de poblaciones, el hacinamiento suburbano.... Y me pregunto, por qué entonces objetas la multiplicación de los frentes, ¿no podremos con todo ello facilitar una victoria más razonable frente a un enemigo colonial, de clase y capitalista, como dices tú, que impregna el mundo en horizontal y nuestra vertical identidad?

Para mí, el reclamo de una perspectiva crítica con la que observar el Derecho, su conocimiento y sus reclamos, desde luego, tiene por finalidad advertir de que la científicidad, la descripción, y los conceptos neutrales, persona, razón, diligencia, consentimiento, etc. pueden estar incorporando una significación normativa densa y, a su vez, limitante.

En particular, me parece que la revisión crítica del concepto de derecho subjetivo advierte de la presión sistémica a la que se ve sometido con la finalidad de empoderar y proteger una concreta posición de clase, política, de cultura, de etnia, de origen, de género, etc. priorizando un conjunto de opciones limitadas de modelos vitales y de conciencia y anegando la dignidad de cada una de las diferentes formas de personalidad en un modelo homogéneo y universal que, como tú insistes en destacar muy bien, está impregnado por el capital y el interés de la clase dominante.

JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA:

Lo has expresado muy bien, casi poéticamente, al referirte a «...la lógica humana' del sentido valorativo de las acciones y los resultados en relación con la persona y el mundo». Aunque no voy a aludir al humanismo (esa expresión me produce cierta desconfianza por lo que tiene de apropiación grandilocuente), es estimulante que aún se desee ver un sentido en el todo; más aún en un tiempo en que cualquier totalidad tiende a explicarse como un conjunto, siempre precariamente ensamblado, de fragmentos, de «posiciones de sujeto», como las llama Mouffe, a las que nada cruza trascendentalmente salvo una mera articulación lingüística que llene provisionalmente de sentido los significantes vacíos. ¿Dónde quedaron la lucha de clases, la plusvalía (por centrarme solo en dos conceptos propios de la izquierda marxiana), en un país donde el salario más frecuente apenas supera los mil doscientos euros mensuales? Al final, Leonor, parece que siempre acabamos volviendo a la cuestión iusnaturalista: si lo jurídico tiene un contenido mínimo necesario, ¿lo llamamos derecho natural para simplificar, en vez de justicia, naturaleza de las cosas, lógica de lo razonable, estructuras lógico-objetivas, etc.? Creo que no, que debemos eludir ese término, pero no por simple estrategia. El iusnaturalismo tal y como lo vemos no es sino un producto cultural concreto de la modernidad, por muchos motivos, y no puedo dejar de dar la razón en esto a los *post* y, en general, a las filosofías de la sospecha. Porque, contra lo que se suele pensar, en su versión continental, la más próxima a nosotros, no arranca de una enumeración de derechos naturales sino de deberes, esto es, del positivismo teónomo, del mandato (esto se ve muy bien en Pufendorf); pero,

también y sobre todo, porque evacua lo real, en favor de un método lógico-deductivo donde lo general lleva a lo particular de modo necesario. Aquí tenemos otra vez motivos para recordar a Adorno: la modernidad –Pufendorf no es aún un ilustrado, pero los prefigura– seca lo real para conseguir su soñado lenguaje unívoco. Para qué hablar de su correlato, esa ontología wolffiana que parece destinada a una tediosa taxonomía del todo y que ha tomado mucho de la escolástica; todo menos lo mejor, la concepción analógica, que es precisamente lo que tienen los escolásticos de más actual por cuanto se presta, en un modo hermenéutico, a nociones tan sensatas y actuales como *ponderación*.

Este es un mundo de voluntad desahogada y autorreferente, pero no deberíamos pensar que eso equivale a un mundo libre. Es todo lo contrario. Déjame que comparta contigo esta perplejidad: el encadenamiento de las proposiciones jurídicas, de las más generales a las particulares, que es propio de la escolástica (*derivatio per modum determinationis*) tiene más similitud aparente con el nomodinámico kelseniano que con el iusnaturalista moderno, pues no opera de modo lógico-deductivo, sino llenando el marco general de la norma superior en función de las circunstancias de cada comunidad. Esto parece una nomodinámica del XIII, pero la similitud es solo aparente: aunque no haya deducción automática, como en el derecho natural moderno, el medio para esta determinación es en Kelsen la voluntad y en los escolásticos la razón. ¿Por qué? Porque un voluntarista no puede concebir otro vínculo entre la norma superior y la inferior que la voluntad del intérprete. Por eso el kelsenismo rechazó una teoría de la interpretación: tuvo, a su pesar, eso en común con los antiformalistas de la *Freirechtsbewegung*, el voluntarismo. «Las ciencias del espíritu en fase voluntarista», como decían ellos. La controversia razón-voluntad sigue de fondo, como en la Baja edad Media; no es, creo, posible optar sin reservas por la segunda, como pretenden los nominalistas actuales, los de siempre en realidad. Hay una naturaleza, siquiera mínima (aunque sea la constatación de que existen dos sexos, determinados por la funcionalidad reproductiva trascendental a la especie, mal que le pese al pensamiento *queer*); hay posibilidad de juicios racionales y razonables de base no meramente consensual. Entiendo las razones que llevaron a Habermas a cuestionar la universalidad de la Hermenéutica, pero no las comparto. Prefiero decir, parafraseándole, que si no accedemos a esa universalidad es porque no somos suficientemente hermenéuticos. ¿No dijo él algo equivalente, desde la otra trinchera, con respecto a los males de la Ilustración?

LEONOR SUÁREZ LLANOS.

Mi convicción en la honestidad y el amplísimo alcance del desarrollo de la teoría crítica por Habermas al que tú acudes, aunque lo hagas para objetar su crítica a la universalización significativa, me sirve para retomar la cuestión de los derechos.

Uno de los aciertos de Habermas frente a concepciones alternativas fue mantener y reforzar el alcance de las luces de la teoría crítica, entre otras las de Adorno, y sus raíces marxianas, haciéndonos entender el condicionamiento que la realidad ejerce sobre la razón y la enajenación que las condiciones materiales de clase y de producción ejercen sobre las personas y los grupos tal como destaca el materialismo

histórico. Pero, adquirida esa consciencia, los tiempos de posguerra y la necesidad de nuevos modelos redistributivos garantes de los derechos exigen instrumentos de fundamentación válidos para una sociedad crecientemente formada e informada. Instrumentos que Habermas encontró en el diseño de un sujeto racional dialógico que encarna dinámicamente las aspiraciones y realidad de la persona que cada uno de nosotros y nosotras somos. Al garantizarse las condiciones dialógicas de la comunidad ideal de habla no solo se aseguran las condiciones materiales de realización de los derechos sino también la posibilidad de formular dialógicamente sus contenidos.

Creo que el planteamiento constructivo dialógico es uno de los más prometedores de la modernidad y no debe abandonarse en nombre de avanzadillas que, en su desconfianza de los derechos y de las estructuras racionales establecidas, se adelantan hacia el abismo.

Y es que, Habermas acierta en su afán por abrir los derechos a las personas, y las personas a la condición inmanente que les facilita la comprensión y las iguala, al menos en principio, respecto de las desigualdades distributivas de recursos y poder.

Ahora bien, el problema, tal como yo lo veo, fue dar algunos asuntos relevantes por buenos. Entre otros, que se dio por asumida la capacidad de comprensión y explicitación dialógica de las aspiraciones de vida; se asumió que las categorías de buena vida son suficientemente homogéneas y normativas como para sustentar un acuerdo o un afán de acuerdo; se redujeron las condiciones de realización de los derechos a sus condiciones materiales básicas desatendiendo la habilitación de las condiciones de respeto moral y racional hacia las concepciones de la vida buena no tradicionalmente victoriosas; se «reificó» al sujeto como titular homogéneo y neutro de unos derechos; se aisló, en ciertos sentidos importantes, la dimensión emotiva y psicológica de la racional; y, muy importante y expresión de lo anterior, se desatendió la dimensión conceptual, práctica y relacional fundamental del «reconocimiento» como condición de posibilidad de la identificación, concreción, articulación y reclamo de las formas personales de vida buena, la dignidad y los derechos que las sustentan.

Lo que sea el «reconocimiento», es decir, la condición normativa de la identidad constitutiva de la persona es asunto complejo, y se desplaza a través de las esferas ética, psico y sociológica y afectiva y de desarrollo. Y actúa como presupuesto de concreción y explicación de las posibilidades cognitivas, de nuestra caracterización racional, de nuestra razón práctica, y como condición de posibilidad de una identidad capacitada para la identificación y reconocimiento de sus derechos.

Y al hablar de «reconocimiento» no pienso en los modelos culturales que sustentaron, p.ej., el proyecto comunitarista de Taylor, no excesivamente preocupado ni por la correcta articulación de los derechos en comunidades cerradas, ni por las condiciones materiales de redistribución que posibilitan o impiden el ejercicio de los derechos, especialmente en un mundo consumista, asunto este que ya destacó y desarrollo muy bien Nancy Fraser. Me refiero en realidad a los modelos críticos de reconocimiento de la identidad en los niveles individual, familiar, de sociedad y de Estado, siguiendo la dialéctica hegeliana que reformula, por lo que a este aspecto se refiere, con acierto Honneth.

En este punto la disputa entre Honneth y Fraser es interesante, por lo que se porfían, pero sobre todo por lo que ambos reconocen: que la injusticia distributiva y la debilidad en el ejercicio y la protección de los derechos se vincula a los déficits de reconocimiento, de atribución de valor y estima social de grupos de interés y afinidad a los que pertenecen las personas. Lo que se disputan es el grado de esa dependencia. Pues mientras ella piensa que los movimientos sociales representativos ya dan cuenta de los déficits del reconocimiento, lo que la acerca a la línea habermasiana, es muy posible que los déficits de reconocimiento y en consecuencia de derechos provengan de las experiencias cotidianas y consolidadas de la injusticia que configuran a muchas de las identidades descolgadas del dibujo de la injusticia social.

A este respecto, es importante tanto el concepto de vulnerabilidad que nos permite dar entrada a un conjunto de condiciones materiales, simbólicas, tradicionales, culturales y afectivas que caracterizan la injustificada posibilidad de la persona de acceder en pie de igualdad a la posibilidad de crear y desarrollar su propia concepción de la vida buena y justa, de la vida digna. Cuanto indagar en alternativas más reconfortantes y prometedoras que, como las de Doyle y Tamanaha indaguen en las posibilidades de acomodación legal por grupos de afinidades que aglutinen de forma abierta, flexible y dinámica alternativas de afinidades en grupos no monolíticos, ni cerrados, ni religiosos ni nacionales.

Creo que la idea de Lipovetsky de hipermodernidad da cuenta de lo que muchas veces se confunde con la posmodernidad siendo cosas distintas. Porque aquella satura con todos sus instrumentos, recuentos y creencias económico-distributivas las aspiraciones de justicia desatendiendo la realidad de las necesidades de reconocimiento; mientras que la crítica posmoderna se orienta más bien a desvelar la incompetencia de una política total centrada en una redistribución que parte de la asimilación de las aspiraciones a ciertos modelos de vida buena. Así, mientras que el vial moderno se estrecha para evitar al enemigo externo, lo extraño, lo desconocido, al otro que pudiera invadir el territorio del consumo, del capital, de lo seguro, unitario, imparcial y universal, para las nuevas y más anchas vías se trataría justo de lo contrario; de facilitar la entrada del otro, de lo distinto, de lo particular, y no a hurtadillas en algún vagón cuya diáspora finalmente la modernidad puede tolerar selectivamente y finalmente asimilar y reconvertir, sino por derecho propio, por justicia, con toda su mercancía, sea cual sea y aunque disguste o sorprenda a los tradicionales conceptos de derecho subjetivo, propiedad, deber, privacidad, igualdad, identidad, familia, género, dignidad, etc.

JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA:

Estamos de vuelta de muchas cosas, sí. Pero, por plantear una pregunta muy radical, ¿tiene sentido tanto *post*? Por ejemplo, ¿qué quiere decir *postcolonial*, si el colonialismo no ha acabado, si solo ha mudado de rostro? Todos vivimos en colonias y, si no es así, que alguien explique la abyecta sumisión de los líderes de la UE ante el espionaje masivo o los vuelos delictivos de la CIA. La única diferencia es que antes media humanidad deseaba independizarse de su potencia colonizadora y ahora es la práctica totalidad de la especie humana la que padece un colonialismo

estupidizante, uniforme y sin matices que se experimenta, al igual que los cipayos del XIX, como si fuese un regalo.

Y es que el problema, no me canso de decirlo, está en el metalenguaje. No tengo nada contra lo *queer*; es más, creo que está cumpliendo un papel inestimable para abordar muchas de las formas del sufrimiento humano, mediante la asunción de la propia condición por los seres marginados. Y menos aún al ver que quien más ardientemente lo defiende en nuestro peculiar gremio es alguien como Daniel García, a quien he tratado muy poco, pero que me parece un tipo tan inteligente como buena persona. Entiendo todos los *post* porque creo que la Ilustración tiene más efectos especiales que una película de Tarantino, pero me opongo a una teoría jurídica *post* (postcolonial, postestructuralista, postmoderna) porque creo que debemos buscar cuanto las crisis revelan de ausencias, trampas y pretericiones injustas, pero no podemos construir un modelo a partir de crisis. Antes te referiste, muy sensatamente, a la necesaria libertad para diseñar proyectos de vida, y eso me parece fundamental. Pero el metalenguaje *queer*, el empeño de reconstruir la filosofía política o la teoría del derecho bajo la égida de lo *queer*, encierra, creo, un proyecto individualista que muchas feministas han denunciado y que, a mi entender, resulta incompatible con cualquier vindicación emancipatoria. En esa tentación, como denunció Mark Lilla, ha caído gozosamente el partido demócrata estadounidense: Ellos saben bien que, si no quieres cambiar la estructura económica del sistema, lo mejor es jugar a progre con las guerras identitarias. Salen gratis.

¿Qué reúne al colonialismo, al estructuralismo, a la modernidad? El capitalismo. Ese es el objetivo, no sus modulaciones. Esa banda de carcas identitarios (los otros identitarios) que estigmatizan a Soros deberían dirigir sus invectivas contra el capitalismo que lo alumbró: a ellos, curiosamente, solo les molesta un capitalista que les parece progre, no el sistema que lo genera. En el capitalismo cabe lo *post*, pero solo como pretexto justificador: no podemos ser postcapitalistas porque el sistema tiene más vigor que nunca, pese a los delirios de Žizek. Quizá ese vigor, como dice Fraser, se deba a que sus adversarios siempre yerran el golpe. Los *post* no tienen un modelo, sino una acumulación de vindicaciones, la mayoría legítimas; y sobre meras vindicaciones que no admiten un lenguaje común (recordemos, solo articulaciones provisionales), es difícil construir nada.

Es entonces cuando, sin saberlo, el ahondamiento continuo en la diferencia –a veces, como diría Freud, en el narcisismo de las pequeñas diferencias– nos lleva al mercado de las identidades autorrepresentadas. ¿Por qué nunca se menciona entre ellas la de clase? Porque la mayoría sueña con pertenecer a una clase que no es la suya, la famosa clase media aspiracional. A muchos les gusta pelear por lo que nos diferencia, no por cuanto nos une, la alienación. Bernabé nos lo ha recordado hace poco, con un libro lúcido y valiente. Y esa pulsión ocultadora, genuinamente liberal, hace que las resistencias –meras resistencias: ya no hay revoluciones sino seudorrevoluciones de diseño, puro *flower power* postmoderno que refuerza el sistema– se conviertan en mercancía inane. La cocaína del pueblo. Las vindicaciones se anulan entre sí, se diluyen, se pierden. Del 15M a los ministros de Podemos aplaudiendo al

rey en nombre del republicanismo –como los *monárquicos juancarlistas* de antaño– han pasado apenas nueve años. Siempre pienso en el surrealismo, que se pretendía revolucionario y ha acabado decorando discos editados por multinacionales. Dalí nunca estuvo en esa guerra, pero Ernst y Magritte sí, y mira cómo acabaron. En cualquier caso, antes el sistema –en lo jurídico-político como en lo artístico– corrompía lo auténtico para defenderse y ahora fabrica inautenticidad para justificarse. La diferencia entre el orinal de Duchamp (1917) y el tiburón de Hirst (1992) es que el primero exploraba los límites del proyecto moderno y el segundo explora solo los del mercado del arte. La *ampliación de derechos* de Rodríguez Zapatero conquistó a mucha gente, pero su política fue *mainstream* con correcciones. El sistema lo digiere todo. Y seguirá haciéndolo hasta que tenga frente a él un lenguaje fuerte, que rehúya la equivocidad sin caer en la nivelación totalitaria.

Y me temo que ni tenemos eso ni estamos en condiciones de producirlo. En el texto que acabo de publicar en *Diálogos...* trato esta cuestión: el equivocismo jurídico postmoderno es, vaya sorpresa, formalista. Y eso se refiere, a mi entender, a todas las formas de identitarismo: derechos de los animales, de la Madre Tierra, del ámbito *queer*. Nadie lo ha explicado tan bien como Jorge Riechmann, que argumenta a favor de los primeros invocando a Kelsen. Y, en efecto, esto es impecable: cuando se niega que el derecho tenga un contenido necesario, sea o no por eludir la bestia negra del iusnaturalismo, en él, y esto lo sabemos muy bien los de nuestra generación, cabe todo. Hasta animales o paisajes convertidos en personas. ¿Dónde quedó la teoría del bien jurídico protegido? Esta abstracción innecesaria ha sido siempre una de las principales objeciones contra el formalismo, además de su olvido de lo real en favor de las construcciones, las ficciones y las hipótesis *ad hoc* destinadas a mantenerlas. Pues bien, lo *queer* también eleva a las ficciones jurídicas desde su condición de instrumento útil hasta la categoría suprema de su concepción de lo jurídico. No menor similitud hay en la capacidad de ambos para volver del revés el sistema conceptual: Kelsen negó las dualidades como derecho subjetivo y objetivo, derecho y Estado, persona física y persona jurídica; los partidarios de una teoría jurídica *queer*, siguiendo a Butler, refutan la distinción entre varón y mujer, entre sexo y género, entre lo público y lo privado.

El nuevo formalismo, jurídico o no, erige un mundo donde la realidad es una construcción y el medio habitual para entender todo es la ficción: pensemos en el yo ensimismado necesario para la ficción del contrato social, al que acabo de referirme. Y uno se pregunta si no deberíamos evitar anegar todo de ficciones, si no es mejor que atacemos (hermenéuticamente) las interpretaciones discriminatorias y opresivas de la diferenciación sexual en vez de pretender eliminarla en favor de la ficción de que cada cual elige su sexo. En fin, si siempre que se vacía el balde de agua sucia hay que arrojar también al niño.

Porque, dejémoslo claro, la multiplicación de identidades ficcionales no elimina las asunciones valorativas: la teoría *queer* tiene las suyas propias y las mantiene con mucha firmeza. Hace poco, la secretaria de Estado de Diversidad Sexual, Beatriz Gimeno, se manifestó radicalmente en contra de los vientres de alquiler y, por tanto,

en contra de un derecho correlativo. Es libre de hacerlo, pero acaso olvidó en ese momento que, desde un planteamiento jurídico *queer*, no hay criterio para preferir, por ejemplo, la prostitución al matrimonio, ya que ambas son opciones personales, y por tanto tampoco debería haberlo para preferir un tipo de reproducción a otro entre adultos que consienten, puesto que tales elecciones generan sufrimiento y sensación de exclusión. Si el derecho no puede marcar la preferibilidad de plan de vida alguno, me pregunto cómo sostener esta postura.

LEONOR SUÁREZ LLANOS:

Comienzas señalando que estamos, es verdad, de vuelta de muchas cosas. Y creo que ese es el sentido de todos los post, la vuelta a las razones y la renuncia a una razón homogénea que parecía que no era de nadie porque era de todos y resultó que sí era de algunos pocos que señalaban que por tanto no era de todos los demás. Pero la novedad ahora es que vivimos en un mundo global, conectado formado e informado que nos hace conscientes del engaño y nos ofrece los recursos para identificarlo y retarlo en todas sus formas de un modo en que nunca se había dado antes, cuando las élites culturales, sociales y económicas configuraban en su paseo de las 5 o en su baile de las 10 el pasado, presente y futuro primero de sus sirvientes y esclavos, luego de sus súbditos y ahora de sus ciudadanos muy claramente «clasificados» entre ciudadanos colmados y felices y ciudadanos y no ciudadanos no reconocidos e insatisfechos.

Y continuas preguntando qué pretende el postmoderno de las realidades capitalistas, modernas, coloniales que aún se mantienen vivas. Y la pregunta es muy pertinente porque permite identificar el final antes del término (de terminar). Pues cuando algo no ha acabado, el post nos permite verbalizar una crítica no pensada no esgrimida por los vencedores con anterioridad, porque todo el elenco de objeciones higiénicas de nuestros conceptos victoriosos vienen medidas y hormadas por y respecto quien vence. Lo poscolonial no es tanto lo que viene después cuanto lo que hay detrás es un instrumento de justicia crítica y redistributiva, pero también de reconocimiento, no de reconocimiento de valores tradicionales de aquí o allí, sino de las narrativas individuales y de las necesidades que no entendemos.

En este punto, y frente a tanto post, destacas la impostura de lo *queer*, aunque me entran dudas de si lo objetas por tratar de construir un modelo a partir de la crisis agrupando un montón de vindicaciones sin explicitar modo homogéneo que las articule, o si lo criticas por exaltar «el narcisismo de las diferencias» cayendo en esa pulsión, dices, genuinamente liberal y alienante.

Si se trata de lo primero te señalaría, muy humildemente, pues sé que este asunto lo manejas con fluidez, que no se trata tanto de reducir a la modernidad a los escombros de sus crisis, porque tal esfuerzo ni es certero ni efectivo. Lo que se propone es contemplar a esas crisis a través de un prisma, de una perspectiva diferencia y vinculada a los intereses y las narraciones de las personas excluidas del modelo respecto del que la mirada tradicional identifica crisis y soluciones homogéneas y siempre favorables al mismo titular que describe la crisis, la solución y el mantenimiento nuevamente de la estructura reforzada por nuevos instrumentos.

Si se trata reposar la objeción sobre el narcisismo de las diferencias, un hermenéutico como tú sabe que una analítica como yo le cuestionará cuál es el canon que identifica las diferencias, qué valor otorga a la diferencia frente a la diversidad y por qué la liberación de quien nunca fue reconocido por el sistema es un ejercicio narcisista y no emancipador de una macroestructura de clase capital, color y género a la que todas y todos nos vemos sometidos desde el momento del nacer. Utilizo aquí el masculino y femenino a sabiendas de lo poco que gusta a nuestra «hormada» y normativa RAE el juego, precisamente, para destacar que quien no puede disfrutar del proyecto de vida digna de perseguir su concepto de vida buena, porque todas sus condiciones de partida enclaustran su acción y decisión en nuestra estructura de desigualdades, difícilmente puede ser acusado/a de «narcisismo», esto es, de padecer un trastorno de personalidad conforme al que las personas tienen un sentido desmesurado de su propia importancia y una necesidad excesiva de que los demás les profesen admiración y que trae causa del desprecio inconsciente que siente hacia sí mismos –un trastorno de la personalidad del grupo B de la DSM-IV (trastornos o desórdenes dramáticos, emocionales, o erráticos)–. A este respecto tengo que reconocerte, y enseguida volveré a ello, que no tengo razón alguna para pensar que quien reclama su derecho a ser protegido o protegida en su identidad de género no tenga derecho a amarse tanto como asimismo lo hacen los demás a sí mismos; de eso trataba el nosotros, el bien común y la protección por la matriz social, ¿no?

Y, en este contexto creo que también llevas razón cuando señalas que una crítica tan radical en perspectiva como la posmoderna puede modificar constructivamente instituciones jurídicas al completo; así es, porque se muestra y porque se necesita, p.ej., la revisión profunda de conceptos importantes para el derecho del trabajo, como la medida de la cosificación de la persona, el modelo productivista, la división por sexos del concepto amplio y simbólico (hombre) o restringido e instrumental (mujer) del trabajo; pero también la del mismo nexo causal de la responsabilidad no unitaria o en proporción a la probabilidad de haber perdido una cierta oportunidad; el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo género; la igualdad entre la baja maternal y paternal; muy importante, la reconceptualización de la racionalización de nuestra relación con el medio, para descentrarnos como explotadores que parecen solo aspirar a la eficiencia y reubicarnos como medios o instrumentos de desarrollo de la vida ecosistémica, que no supone cosa distinta al reconocimiento de los derechos de nuestros congéneres, etc.

Igualmente entiendo, como señalas, que la coherencia exige a la concepción crítica posmoderna abrirse a la discusión y la argumentación sobre temas hiperproblemáticos y de gran alcance, como la prostitución, porque aquí no está en juego la vieja moral, están en juego las personas entendidas conforme a una concepción densa de su dignidad. El espacio me impide abordar aquí esta materia sobre la que acabamos de publicar un libro colectivo que incorpora las distintas perspectivas jurídicas más allá del mito, las falacias y la ficción.

En todo caso, si antes señalaba que la rehabilitación de los derechos pasa por el concepto problemática del «reconocimiento», me importa ahora destacar que este depende del concepto mismo de persona que manejamos, porque es este concepto

el que permite o condona las posibilidades de que cada cual sea lo que sea al margen de qué sea eso. Y es que, igual que la casa de la Barbie necesita una muñeca de características fijas para poder escalar el todo y los múltiples accesorios que contiene, el Derecho precisó un sujeto universal garante de su diseño imparcial; un sujeto estable, homogéneo, identificable por idéntico a sí mismo, autorresponsable y legalmente vinculado al que referirse y hacer responsable. El problema es que cuando ese sujeto instrumental se proyecta también como el sujeto único de los derechos individuales que puede ser protegido por las normas, entonces puede pasar que en el centro de la protección de los derechos quede ya solo quien tiene lo mismo y las mismas características que quien tiene el poder para dictar las normas protegiendo sus intereses frente a los de sus rivales.

La cuestión es que, contempladas las cosas desde cierta perspectiva, tan homogéneo reflejo del individuo racional universal puede que simplemente no se materialice, pues las personas estén muy condicionadas por las relaciones y situaciones sociales, su subjetividad segmentada en diversas voces e identidades y su voluntad constreñida por lo que no dominan. Asunto esencial respecto del racionalismo significativo al cuestionar tanto la concepción cartesiana del individuo dueño y señor del significado de las cosas, cuanto las categorías estables del pueblo que toma la palabra, el trabajador, el pobre, el rico, la mujer, etc.

Y, claro, esto arrastra por una pendiente resbaladiza a la categoría jurídica y política del sujeto que habita y da sentido tanto a la letra negra de la ley cuanto, a la doctrina jurídica y la decisión judicial que estarían encadenando «neutralmente» al «individuo atomizado» a la normatividad jurídica y a sus categorías valorativas binarias –público/privado, hombre/mujer, razón/emoción, blanco/negro, rico/pobre, verdadero/relativo, reglas/principios, cis/trans, etc.—, en vez de liberarlo en función de sus derechos.

En síntesis, que el valorado derecho de libertad, justicia e igualdad del sujeto político moderno podría traducirse en un derecho a asimilarse al modelo de corrección de los primeros términos de los apuntados binomios. Pero ni los segundos son los primeros, ni ninguno de ellos participa de los privilegios del modelo que estableció la clasificación.

En este sentido, el ejemplo que manejas del «derecho a la identidad de género» puede ser representativo de cómo el Derecho impone el modelo de identidad de las personas que no encajan en el género que corresponde al sexo que la biología les otorga y que el Derecho asume como jurídica, social y políticamente relevante. Realmente, el modelo biologicista, en un cierto sentido, «confisca» el sexo (género) total, físico, psicológico y vital relacional y sobre él se ha ido construyendo todo un entramado social, político, jurídico, económico, religioso, ideológico, etc. (Butler) que sustenta la macroestructura normativa de definición de una identidad normalizada de género que opera en todos los niveles y sectores, sean públicos, privados, individuales, grupales, internos, externos, etc. y que «sanciona» la divergencia como una actuación antisocial, antijurídica, patológica, menos rentable, antitradicional, menos valiosa, etc.

Entiendo que la clasificación sexual es muy importante en determinados sentidos, p.ej., de salud, de instrumento de clasificación contra la violencia de género asentada en el sexo como concepto ya también cultural, de recuento estadístico de la desigualdad, etc. Ahora bien, utilizar esa relevancia instrumental para justificar un modelo clasificatorio de la racionalidad y la virtud puede no estar justificado. A este asunto se añade que la cuestión de identidad de género es personalísima y no daña a terceros en un contexto jurídico que, como el nuestro, está al servicio del pluralismo y la libertad. Otra cosa, claro, es plantearme que, aun sin daño directo a nadie, no todo lo que alguien quiera deba ser permitido o merezca ser impulsado por el Derecho.

Creo que en este punto es fundamental explicitar y limitar las justificaciones de un paternalismo estatal y jurídico denso afiliado a un modelo de Estado objetivista y moralizante, que no es el nuestro. Ante lo injustificable de un paternalismo denso cabría pensar en la posibilidad de articular alguna forma de paternalismo débil conforme al que, aunque no se dañe a terceros, el Estado puede actuar, esto ya lo desarrollaron muy bien Garzón Valdés y Alemany, si la persona tiene limitada su consciencia y capacidad de consentimiento, por ejemplo por adicciones, por limitación temporal o permanente de las facultades, o cuando el hábito genera conductas que la persona no duda en reconocer como causante de un peligro fácilmente eludible con una medida normativa que consentirían en general; p.ej., ponerse el cinturón en el coche o el casco en la moto. Sin embargo, decidir libremente desarrollar la personalidad ni parte ni termina en forma alguna de incompetencia, por lo que no es fácil justificar un paternalismo que, aunque débil, prohíba o que exija reasignación física o prueba psicológica de estabilidad en la concreción de la identidad propia, etc.

Y cabe recordar aquí, querido José Luís, algunos extremos que tú conoces bien en relación con esta cuestión en nuestro ordenamiento. Sintéticamente expuesto, la apuntada asimilación a la identidad única primero se buscó a través de la sanción, porque sí o para curar. Después, pasados unos años de desarrollo constitucional de los derechos, en 1983, se dejó de sancionar la intervención quirúrgica de las personas transexuales. Y, a partir de ahí, el legislador optó por una omisión legislativa de la que se ocupó el TS que, en su búsqueda de la asimilación anatómica y psicológica, asienta el criterio, en 1987, de «ficción de hembra». Con ello, el TS acepta el cambio de identidad si hay reasignación sexual quirúrgica y tratamiento hormonal, aunque al entenderlo como una transformación ficticia y no cromosómica limitaba el derecho al matrimonio y los relacionados con «las limitaciones deducidas de la naturaleza física humana».

El asunto de la identidad del titular de los derechos queda claro; se es igual en derechos mientras que se sea igual a lo normal, a las personas normales. Y, si no se es, si al menos lo parece, esto es, si la persona parece asimilada a una identidad homogénea reconocible.

Finalmente, «solo» veinte años después de aquella STS 1987, presionado por distintos frentes y porque ya parecía excesivo exigir la agresión a la integridad física para mantener el estatus de persona libre e igual, y lo dijo el TEDH, el legislador en

2007 eliminó la condición cirugía; pero mantuvo y mantiene la exigencia de asimilación al requerir informe psicológico de disonancia estable con el sexo biológico y tratamiento hormonal de dos años.

Bien es cierto que seis meses después de publicarse en marzo del 2007 la Ley 3 reguladora de la rectificación registral y que suprime la exigencia de cirugía, el TS parecía «reconocer» su error formalista: por no haber atendido a la jurisprudencia del TEDH tras Goodwin y que antepone psique y rol frente al fenotípico y cromosómico; por no haber oído a las Audiencias rebeldes; y por desatender la doctrina constante de la DGRN (FJ. 4).

En síntesis, la concepción positiva y segura de nuestro ordenamiento impuso una interpretación de la identidad conforme a las categorías establecidas del sujeto y el objeto de sus derechos. E incluso cuando decidió, en favor de esos derechos, alterar la concepción normal normativa se encontró con sus propios fantasmas científicos. De hecho, la identidad del Derecho sigue obstaculizando, 34 años después de eliminarse la tipicidad de la cirugía de reasignación, un derecho a la identidad de género más fluido y vinculado a necesidades reales amplias, diversas y dinámicas, para reforzar, así, los derechos a la protección de la salud (art. 43.1 CE), la integridad física y moral (art. 15 CE), la intimidad y la propia imagen (art. 18.1 CE), a ser protegido frente a tratos discriminatorios (STC, 22-12-2008) y a beneficiarse de las medidas que eliminan los obstáculos de realización material de los derechos (art. 9.2 CE).

Vuelvo, así ya, a lo que ya señalaba antes, que la visión crítica posmoderna de la identidad no objeta los derechos como instrumentos al servicio de la dignidad de las personas, sino que les exige el «reconocimiento» de la efectiva realidad y vivencia de la persona para que pueda desarrollar en pie de igualdad su propia concepción de vida buena al margen de los patrones tradicionalmente establecidos.

La ruptura de las categorías tradicionales y el fondo abisal que se nos abre al cuestionar las claves jurídicas tradicionales establecidas, hablamos ahora de la identidad, pero también de la propiedad, de lo público y de lo privado, del matrimonio, de la familia, del concepto mismo de trabajo, etc. advierte de uno de los asuntos que tan encendidas polémicas ha suscitado en los más diversos sectores; me refiero a la *Rara Avis* de la teoría *queer*, tan impolítica e improbable y tan centrada en lo decible y no en lo dicho, en lo que no se puede decir porque nunca se dejó ser dicho pero que no se puede callar; ni intento decirlo y explicarlo mejor de cómo lo hace mi querido Daniel García López. Y es que, las luces *queer*, además de facilitarnos la identificación de incorrecciones, falacias y sesgos que no por acostumbradas se hacen más valiosos, nos enfrentan a la cuestión de la radical anormalidad y de una resistencia frontal a una normatividad que solo emprende sus tolerantes reformas so excusa de su propio mantenimiento. Lo «normal» en lo jurídico, la legalidad, por muy bienintencionada que pueda ser, está viciada por los dispositivos del poder jurídico y político orientados al control del cuerpo de la persona, por los dispositivos biopolíticos, que diría Foucault. En una amplia medida, la teoría *queer* pretende afinar la mirada no para juzgar a los que discriminan, sino para observarlos y entender y explicarnos que sus razones son malas porque responden a una perspectiva equivocada que confunde

la pretensión de la objetividad con la limitación y las actuaciones tradicionalmente victoriosas, porque lo real es en realidad lo ideal.

Si mantenemos los derechos al margen de la perspectiva poscrítica que enjuicia sus condiciones y contenidos en función de la diversidad esencial de los sujetos, los convertimos en instrumentos de disciplina, decía Foucault, favoreciendo una única narración, distribuyendo riqueza y miseria según la abundancia o falta de reconocimiento de ciertos grupos.

En síntesis, esta consciencia crítica relativa a los derechos no tiene por qué concebirse en un sentido nihilista final, al contrario, la parte más vital de la poscrítica —posmoderna— solo es nihilista de todos los absolutos, pero quiere ser reconstructiva de una concepción más humilde y más exigente de la justicia y la racionalidad, en todos los niveles, que sirve para explicitar y controlar la axiología de su normatividad y las frecuentes disforias, prejuicios, sesgos, falacias y limitaciones normativas injustificadas frente a los derechos.

Gracias por este rato de diálogo, José Luis, me haces repensar cosas importantes de las que sé que seguiremos hablando.

JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA:

Un placer, Leonor, que estas reflexiones vean la luz en tan buena compañía.

DIÁLOGO-ENTREVISTA CON FERNANDO GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ

JOSÉ M^a ROCA MARTÍNEZ

Catedrático de Universidad de Derecho Procesal, Juez y Abogado

Fernando Gómez de Liaño desempeñó la Catedra de Derecho Procesal en la Universidad de Oviedo durante cinco lustros hasta su jubilación hace casi una década; con anterioridad ejerció la abogacía y antes la judicatura. Ha puesto cuerpo y alma al servicio del Derecho durante más de medio siglo. Se considera a sí mismo un jurista inquieto (en el año 2018 publicó lo que puede considerarse una parte de sus memorias: *Vuelos en libertad. Memorias desordenadas de un jurista inquieto*), algo fácilmente contrastable a través de sus publicaciones, porque más allá de los centenares de trabajos académicos propios de su disciplina, acostumbra a ofrecernos una personal y crítica visión acerca de cuántas variadas y controvertidas cuestiones jurídicas ofrece la actualidad (a la publicación en 2015 de *Casos y Cosas del Derecho. Crónica de un tiempo*, han de unirse sus múltiples colaboraciones en medios de comunicación).

De su mano me incorporé a la Universidad de Oviedo pocos meses después de su llegada y con su estímulo fui desarrollando mi carrera universitaria; asumo el riesgo de que mi objetividad pueda resultar cuestionada, pero, por el contrario, creo conocerlo bien y sé que, aparte de inquieto, es valiente e, incluso, provocador. Intentaré que dé muestras de ello.

José M.^a Roca. Fernando, estudiaste Derecho en la histórica Universidad de Salamanca, cuna de grandes maestros. ¿Quiénes han sido los que más te han marcado en tus años de estudiante?

Fernando Gómez de Liaño. Reconozco que fui muy afortunado. El profesor De la Concha (que luego fue catedrático en Oviedo), no solo me habló del Fuero Juzgo, sino de algo tan importante como el estilo universitario. El *viejo profesor* Tierno Galván, durante dos cursos hizo auténtico encaje de bolillos para hacernos llegar sus doctrinas *progresistas* en medio del periodo franquista. Recuerdo especialmente a D. José Beltrán de Heredia, un auténtico maestro en la docencia universitaria, peripatético y sin *chuletas*; y, por supuesto, al profesor Gordillo, responsable de mi inclinación por el Derecho Procesal, que tuvo la virtud de hacer amena una disciplina que puede llegar a ser terriblemente árida. Ambos terminaron de magistrados del Tribunal Supremo, al que también accedió en plena juventud D. José Antón Oneca (creo que ha sido quien lo hecho a más joven edad), fundador de una gran escuela

de penalistas. El profesor Menéndez fue un auténtico maestro en la abogacía; con él di luego largos paseos por el muro de San Lorenzo en nuestro querido Gijón; D. Aurelio me ofreció en varias ocasiones integrarme en su prestigioso bufete que regentaba con Uría, a lo que siempre me excusé por su rigor laboral. No puedo olvidar a García Trevijano, exponente de la nueva escuela del Derecho Administrativo. De todos ellos, quienes más me marcaron fueron Gordillo y Menéndez.

JRM. Accediste a la carrera judicial, ejerciste la abogacía y desempeñaste la cátedra universitaria. ¿Qué hay de bueno y malo en cada una?

FGL. Los tiempos de juez constituyeron una gran experiencia de la que me he valido después para insistir en las reformas sobre el acceso a la carrera judicial y la necesidad de especialización. Los poderes públicos, sin embargo, solo siguen mostrando interés por los puestos de *altura*, dando un espectáculo vergonzoso; pese a la insistencia desde muchos sectores, parece que les preocupa más *colocar a los suyos* que mejorar el sistema.

La abogacía me proporcionó grandes satisfacciones en la *lucha por el Derecho* de la que nos habló Ihering, pero tuve que pagar un alto precio por el deterioro progresivo de la profesión debido, sobre todo, a su descontrolada masificación.

En todo caso, la docencia está por encima de ambas, ya que penetra en la grandeza de enseñar. Cuando me reincorporé después de una larga enfermedad, mis alumnos me recibieron con una gran ovación, puestos en pie, manteniendo el aplauso durante varios minutos; me embargó tal emoción que jamás olvidaré ese momento. Coincidió con D. Aurelio que de sus múltiples e importantes responsabilidades (Ministerio incluido), cuando le preguntaron cuál que todas ellas le había producido más satisfacciones, no lo dudó: la docencia. Después de tantos años en ella, son numerosos los alumnos que encuentro, en muy diferentes ámbitos, trabajos y actividades; me saludan con respeto y hasta me llaman maestro, en una relación que el tiempo no ha interrumpido y que me hace muy feliz.

JRM. La Universidad de Oviedo te llamó a comienzos de los años 70 de la mano de Serra Domínguez pero con su marcha también te fuiste tú; volviste en 1987. ¿Casualidad o Asturias *te tiraba*?

FGL. Elegí Asturias para mi primer destino judicial (Ribadesella) y luego para otro ulterior a consecuencia de un ascenso (Mieres). En este segundo fue cuando me llamó la Universidad a través, en efecto, de D. Manuel Serra; me animó a hacer la tesis doctoral e incorporarme a la carrera universitaria. Soy, pues, doctor por la Universidad de Oviedo.

Pasados los años accedí a la cátedra universitaria en esta Facultad de Derecho en un concurso complicado, con recurso contencioso-administrativo por medio y algunas manos negras en un tortuoso camino. Pero Asturias me atrapó por sus gentes, su clima, su gastronomía, el mar y la montaña. No me faltaron tentaciones de volver a Salamanca al poco tiempo, incluso a Madrid más tarde, ambas desechadas. Mi hija Teresa trabaja en Madrid pero se crió en Asturias; su mayor aspiración reside en poder volver a esta tierra. Yo mismo conservo un piso a la orilla del mar al que voy

siempre que puedo, sin que haya faltado a la cita ningún verano. La mayor parte de mi vida la he pasado en Asturias y ahí han quedado mis numerosos discípulos con los que me reúno al menos dos veces al año. Tengo muchos y grandes recuerdos de amigos, familiares y sentimentales. Toda una vida entre Oviedo y Gijón, peleando con los partidarios de una y otra localidad, que no saben lo que se pierden por no disfrutar de ambas.

JRM. Sé que no eres persona de perder el tiempo con rencillas y rencores, pero ya que refieres el episodio de tu acceso a la Cátedra ¿son habituales los *colegas* centinelas de lo ajeno, condescendientes con lo propio?

FGL. D. José Caso, que fue rector de esta Universidad, en su discurso con ocasión de la apertura de curso, creo que en 1989, se despachó diciendo: «En la Universidad no hay más envidias y malas intenciones», ocupando al día siguiente titulares en *La Nueva España*. Me parece que hay mucho desocupado pendiente de lo que hacen los demás, con la única intención de criticarlo. Yo fui objeto de numerosas críticas porque, decían, publicaba mucho y mal; curiosamente, lo decía quien jamás había sido capaz de escribir nada. También se me criticó por ejercer la profesión de abogado, algo que estaba al alcance de quienes lo criticaban, si hubieran querido. Lo cierto es que, pese a cobrar la mitad del sueldo por estar a tiempo parcial, mi dedicación fue mucho más completa que la de algunos críticos, por no mencionar la beneficiosa experiencia que suponía para los alumnos. Como anécdota diré que, en una ocasión, un alumno se dirigió a mí diciendo que prefería que las clases prácticas se las diera un abogado; cuando le dije que tenía uno delante de él con 20 años de ejercicio no tuvo más remedio que callarse.

Personalmente nunca tuve buena prensa entre esos centinelas de lo ajeno, a pesar de haber levantado una disciplina que, a mi llegada, encontré sin un solo profesor numerario, dejándola con siete u ocho. Como he tenido la oportunidad de *pastar* en otros ámbitos jurídicos, puedo asegurar que esas calidades que denunciaba el entonces Rector Caso, no son exclusivas de la Academia y también existen en la abogacía y en la judicatura.

JRM. Seguimos con la Universidad. Con el actual sistema de acceso a los cuerpos docentes, con frecuencia se da la circunstancia de que en muchas áreas hay hasta tres y cuatro veces más catedráticos que profesores titulares. Ahora desde la distancia ¿Qué piensas de ello?

FGL. Ha sido un error que ya está produciendo consecuencias negativas. La unidad de dirección ha de ser una constante exigida en cualquier tipo de organización, ya sea un tribunal, un colegio profesional, una academia. Se ha seguido una política universitaria demencial y sin rumbo, que sin saber lo que es una Universidad las ha ido creando sin sentido ni conocimiento de lo que significan. Tuve ocasión de acudir a las de Extremadura, León o Gerona, instalada ésta en un barracón militar, y las otras *funcionando* (por decir algo) sin profesorado, sin biblioteca y sin instalaciones. Ahora creo que son 82, algunas de ellas con más profesores que alumnos. Ya me referí al principio a la Universidad que yo conocí, con grandes Maestros (con mayúscula), como la de Oviedo con su tradición y profesorado. Creo que la Universidad

española está en caída libre; planes y más planes que ignoran el principal objetivo, que es el de una formación cultural sobre la que luego han de basarse las diferentes profesiones. Una universidad nunca formó profesionales, ni es su misión, ni está en condiciones de hacerlo. Y ahora catedráticos a pares. ¿Quién dirige la docencia? Todos quieren destacar. Me apena comprobar lo que ha sido de instituciones tan queridas y prestigiosas. Me temo que ese prestigio se esté perdiendo. Lo noto, lo percibo, lo palpo en los medios sociales.

JRM. Vamos con la Justicia. Te he oído en infinidad de ocasiones que mucho más importante que obsesionarse con aprobar nuevas leyes es cuidar la selección y formación de los jueces. El tercer turno se eliminó y el cuarto y el quinto no sé si aportan lo que de ellos se espera. ¿Qué opinas?

FGL. Otra calamidad. Conocí en Valladolid y luego en Oviedo las Audiencias Territoriales, con magistrados curtidos y formados que imponían una disciplina doctrinal en su territorio. Los jueces permanecían al menos una década formándose y adquiriendo experiencia en partidos judiciales con poco trabajo, lo cual les permitía estudiar y aprender *el oficio* para luego ascender a magistrados. Ahora un juez de nuevo ingreso, sin experiencia, puede resolver sin posibilidad de recurso asuntos que no excedan de 3.000 € (medio millón de pesetas) en la jurisdicción civil y de 30.000 € (cinco millones de pesetas) en la jurisdicción contenciosa, aumentando la distancia de siempre entre pobres y ricos.

Claro que me has oído hablar de la selección y formación de los jueces, porque yo padecí el sistema que, por inercia y estulticia oficial, ahí sigue. No hay que saber derecho, hay que decirlo en diez minutos. La preparación consiste en «cantar» temas. Yo recito todavía artículos del código penal que aprendíamos de memoria sin otra finalidad que *machacar al personal*. No se prevé una elemental entrevista personal, ni se exige un breve dictamen que permite comprobar cómo razona el aspirante; algo sí establecido para otros funcionarios de mucha menor transcendencia social ¿para qué hacerlo con los aspirantes a Juez? Además, se le presumen conocimientos enciclopédicos y, aunque algo se está avanzando en la especialización, un juez todavía puede, si lo desea, pasearse por todas las jurisdicciones dejando contento a los ciudadanos; al menos así era hasta hace poco. Un cuarto turno en condiciones nos acercaría al prestigio de la magistratura inglesa, pero eso exige una remuneración en consonancia con la grandeza de la función. Mis últimas experiencias han sido sencillamente desastrosas. Pero eso ¿a quién importa?

JRM. Y ¿qué me dices de los medios materiales? Hacienda sabe absolutamente todo de nosotros; sin embargo, la investigación patrimonial de un deudor moroso en un juzgado no suele dar los frutos deseados. ¿es la Justicia la hermana pobre?

FGL. Siempre fue la hermana pobre. Te podría hablar de sentencias ilegibles en papeles de calco, de estufas de leña en la secretaría, de goteras en el techo. Aunque ha mejorado, falta mucho para llegar al nivel correspondiente a los tiempos actuales, e incluso algunas de las medidas adoptados no funcionan adecuadamente. Yo creo que el Juzgado, teóricamente, tiene medios para acceder a la investigación patrimonial

no solo de morosos, sino también de personas pendientes de algún embargo. Es muy posible que las causas haya que buscarlas en otros lugares.

JRM. Conozco tus esfuerzos como procesalista para alejar la disciplina de las concepciones tradicionales, en exceso formalistas. No es infrecuente escuchar cómo se refieren al Derecho Procesal como *eso de los plazos y los requisitos*. ¿Cuánto hemos avanzado?

FGL. En una ocasión, el profesor Ramos Méndez y yo nos referimos a los 50.000 procesalistas existentes en este país. El Derecho Procesal está *invadido* por abajo por aquellos que efectivamente se fijan en plazos y formas, y por arriba por los teóricos incapaces de desprenderse de las trasnochadas doctrinas sobre la acción, la jurisdicción y el proceso, que contribuyen a alejar a los alumnos de la disciplina. Estamos, pues, atrapados en el medio de dos fuerzas que nos oprimen e impiden la auténtica concepción de la disciplina, que ha de descansar sobre las reglas que empujan al derecho material que se ejercita hasta el final del proceso, eliminando los obstáculos formales que puedan presentarse. El problema reside en que los *operadores* e intérpretes siguen anclados en planteamientos formalistas, mientras los docentes se aferran a doctrinas que, con su frondoso follaje, impiden ver el bosque de la realidad. Conocerás aquel caso que he citado tantas veces de la sentencia de TC (con Gloria Begué como ponente), que anuló la sentencia de un Juzgado que tuvo por desistido al demandante que no se presentó al juicio, inadmitiendo la causa de la inasistencia planteada al día siguiente. Otras han rechazado el eventual derecho del recurrente amparándose en motivos formales absolutamente inadmisibles en el siglo XXI. Hemos avanzado, pero muy poco; el derecho procesal se sigue ocupando de los obstáculos a salvar hasta conseguir una sentencia.

JMR. No cabe duda que el TC ha desempeñado un importante papel en la actualización del Derecho Procesal. Las cuestiones procesales tienen una significativa relevancia, tanto cuantitativa como cualitativa, en sus pronunciamientos. Sin embargo, tras más de cuatro décadas, solo un procesalista ha sido Magistrado. ¿Te parece que no sabemos «vendernos» como otras disciplinas.

FGL. El nombramiento de los magistrados del TC no obedece a sus conocimientos jurídicos, sino a su relación o proximidad a las fuentes del poder, como son el gobierno y las cámaras legislativas. El Derecho Procesal para una buena parte de ellos es el gran desconocido, con pronunciamientos sonrojantes; llegaron a afirmar en una sentencia firmada por cinco Magistrados, que sentencia definitiva era la que al fin resultaba *definitivamente* ejecutada; en otra ocasión, el TC anuló toda la instrucción de un proceso penal porque la orden de entrada y registro no estaba bien *razonada*, dando muestras de un absoluto desconocimiento acerca de la mecánica de la expedición de esas órdenes, originando, y ello es lo verdaderamente grave, la excarcelación de varios integrantes de una importante red de narcotraficantes. No voy a discutir la relevancia de alguna de sus doctrinas, pero, en general, su actuación ha sido, es y me temo que será (salvo que mucho cambie el *chip*) sencillamente lamentable. Es una canonjía que permite seguir cobrando un sueldo sustancioso aún después de la edad de jubilación.

Los años no han atenuado el espíritu crítico de Fernando Gómez de Liaño, algo más que necesario (imprescindible, en mi opinión) en el ámbito jurídico. Ese espíritu crítico es fruto de una dilatada experiencia de más de medio siglo en distintas *trincheras*, como él acostumbra a decir. Para quienes le conocemos, sus palabras corroboran lo que hemos oído en numerosas ocasiones; para el lector que no le conoce, le acercarán a su personalidad.

Querido Fernando, ha sido, como siempre, un placer charlar contigo. Solo me queda trasladarte el agradecimiento de la Facultad de Derecho por tu participación en su Anuario.

ENTREVISTA A EUSEBIO FERNÁNDEZ

BENJAMÍN RIVAYA

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo

I. Querría comenzar preguntándote por tus maestros. En «Teoría de la justicia y derechos humanos» (1984) no sólo hay una dedicatoria a Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba en la que les reconoces la condición de maestros, sino que al comienzo del libro citas a un buen número de intelectuales, y profesores universitarios, y de la forma en que lo haces deduzco que son o fueron maestros tuyos: «Joaquín Ruiz-Giménez, Gregorio Peces-Barba, José Luis López Aranguren, Elías Díaz, Javier Muguerza, Antonio Enrique Pérez Luño».

En la formación y trayectoria (incluida la obra escrita) de todo profesor universitario ocupan un lugar muy importante las personas a las que uno debe su vocación y las raíces de sus conocimientos. En mi caso, efectivamente, he tenido la suerte de contar con el apoyo de un notable y peculiar número de profesores universitarios que me han acompañado durante los cuarenta y seis años que llevo en la Universidad. A ellos les debo casi todo, exceptuando mi propio trabajo y esfuerzo, que creo, sinceramente, que tiene un valor relativo. Coinciden, básicamente con los que aparecen citados en la pregunta, aunque no debería olvidar las lecturas, los debates y las conversaciones con otros de España y del extranjero. Entre los consagrados señalaría la perspicacia y claridad de H.L.A. Hart (que fue mi tutor en la Universidad de Oxford, gracias a una beca del British Council en 1985), los saberes enciclopédicos de N. Bobbio o la generosidad, intelectual y humana, de R. Treves (de quien fui padrino de su Doctorado Honoris Causa en la Universidad Carlos III de Madrid, en enero de 1991). La nómina de los compañeros de generación o próximos, que de alguna manera también me han aportado bastante, es muy amplia y tendría que incluir a profesores españoles, principalmente de la Universidad Autónoma de Madrid, en cuyo Departamento de Filosofía del Derecho permanecí seis fructíferos años, y de las Universidades de Cantabria, donde accedí a la cátedra y me mantuve tres años (con la ayuda muy estimable de José María Sauca), y Carlos III, en la que estoy desde su creación en 1989. Sin olvidar a colegas de Universidades mexicanas (a destacar Rodolfo Vázquez), argentinas (la impaciencia intelectual de C.S. Nino me impresionó desde que lo conocí) o colombianas. En este capítulo de agradecimientos teóricos y humanos no ha de faltar el impulso y estímulo recibido por los/as alumnos/as, principalmente los/las de postgrado y especialmente los/as diecinueve que han elaborado sus tesis doctorales conmigo y que, en su mayoría, se han dedicado a la enseñanza universitaria. Son Ángel Pelayo (*Consentimiento y obligación política*,

1992), José María Sauca (*La ciencia de la asociación en Tocqueville*, 1994), José Ignacio Solar (*La teoría de la tolerancia de J. Locke*, 1994), Javier Santamaría (*Los valores superiores de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 1996), María Olga Sánchez (*La huelga ante el Derecho*, 1997), Andrea Greppi (*Teoría e ideología de N. Bobbio*, 1998), Miguel Ángel Ramiro (*Derecho y Utopía*, 2001), María Isabel Wences (*Adam Ferguson y el pensamiento ilustrado escocés*, 2003), José Antonio Guevara (*Los secretos de Estado*, 2003), Óscar Pérez de la Fuente (*Pluralismo cultural y derecho de las minorías*, 2003), Rafael Leónidas Benítez (*El papel del poder judicial en la consolidación de la democracia en El Salvador*, 2004), Gilmer Alarcón (*El Estado de Derecho en la filosofía jurídico-política de Elías Díaz*, 2006), Silvana Ribotta (*Un estudio desde el igualitarismo contemporáneo*, 2006), Gregorio Saravia (*Tres lecturas contemporáneas de la Teoría política de T. Hobbes*, 2010), Carlos Patricio Dorn (*La crisis civilizadora e ilustrada de las bases democráticas de la justicia política*, 2015), Edgardo Gonzalo Rodríguez (*Guerra justa y derechos humanos*, 2016), Jesús Víctor A. Contreras (*Poder, valores y derechos humanos*, 2016) y Jesús Ignacio Delgado Rojas (*Ciudadanía liberal y moralismo legal*, 2019).

Pero, y ahora repito, los que se citan en la pregunta son los más directos y significativos, pero lo son de distinta manera y en grados no iguales. De distinta manera porque mi primer contacto con la Filosofía del Derecho se produce por medio de las clases de la asignatura de Derecho Natural (así era su nombre administrativo en el Plan de 1953 vigente para la licenciatura de Derecho de todas las Universidades españolas, aunque se trataba de una Introducción a la Teoría del Derecho) impartidas por Gregorio Peces-Barba en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, de quien fui alumno durante el curso 1972-1973. Cuando esto ocurre, estaba al mismo tiempo estudiando cuarto curso de la especialidad, llamada Filosofía Pura, en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Madrid. El magisterio de los seis profesores citados lo es en grados no iguales porque de ellos recibí únicamente clases de licenciatura de Gregorio Peces-Barba. De los demás, su influencia se ha desarrollado a través de sus escritos, cursos y conferencias o por haber trabajado con ellos o por haber sido su ayudante universitario (de ello se hablará en la respuesta a otras preguntas posteriores), pero, con todos y por una o varias razones, he tenido un contacto muy estrecho y fructífero.

Quizá sea necesario señalar, y ello ayuda a la comprensión de esta respuesta, que de los referidos, Joaquín Ruiz-Giménez, Gregorio Peces-Barba, José Luis López Aranguren y Elías Díaz, en algún lugar de sus escritos, me presentan como discípulo de ellos, lo cual considero un gran honor. La dedicatoria de mi libro *Teoría de la justicia y derechos humanos* está dirigida, como se apunta en la pregunta, a Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba, «con el respeto del discípulo y el aprecio del amigo», y creo que expresa muy bien la realidad de una profunda relación durante décadas. Una verdadera suerte que me ha deparado el destino. Como lo es el haber conocido, leído y tratado a personajes de la talla de Joaquín Ruiz-Giménez o José Luis López Aranguren. O haber tenido el soporte filosófico, haber colaborado con él en la organización de varias aventuras intelectuales y haberme aprovechado de la grandeza de ánimo y del saber de Javier Muguerza. Con Antonio Enrique Pérez Luño he tenido una relación intelectual

constante (más que propiamente de discipulado) desde que lo conocí, porque formaba parte del tribunal examinador, en las oposiciones a Profesor Adjunto Numerario de Derecho Natural y Filosofía del Derecho en junio de 1980 (un concurso-oposición que era correcto como método de selección del profesorado y mucho más justo, igualitario y exigente que las pruebas que le han sustituido en la actualidad). Ha sido siempre generoso y sumamente benévolo en sus juicios sobre mi trabajo intelectual.

II. Pero tengo que preguntarte por el ambiente que te encontraste al empezar a dedicarte a la filosofía del Derecho: ¿cómo era la filosofía del Derecho de entonces? Por cierto, ¿cabría comparar la filosofía jurídica de entonces y la de ahora?

En octubre de 1974, gracias a la intervención de Gregorio Peces-Barba y a la aceptación de Joaquín Ruiz-Giménez que era el catedrático y jefe de ambos (Gregorio Peces-Barba obtuvo la plaza de Adjunto Numerario en la oposiciones que tuvieron lugar unos meses más tarde, en enero de 1975) firmé un contrato de Profesor Ayudante de Derecho Natural y Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Mi cometido era dar clases prácticas en los grupos que D. Joaquín y Gregorio tenían asignados y también acompañaba a Ruiz-Giménez en las clases teóricas (me sentaba a su lado y cuando incluía un nombre en el desarrollo de sus explicaciones, lo cual era muy frecuente, debía escribirlo en la pizarra). El Departamento de Filosofía del Derecho del edificio antiguo de la Facultad constaba de una buena biblioteca y de dos despachos, uno correspondía a la Cátedra de Luis Legaz y Lacambra y el otro a la de Joaquín Ruiz-Giménez. Había un tercer catedrático, Eustaquio Galán y Gutiérrez, que tenía una situación administrativa personal y peculiar, producto de un temperamento dado a la enemistad, y cuyo despacho se encontraba alejado del Departamento. Desde el punto de vista personal el ambiente humano era bueno, generalmente los profesores nos intercambiábamos informaciones bibliográficas y todos seguíamos las novedades acerca de la situación política con mucho interés y compromiso. Recuerdo con especial cariño que los miércoles nos reuníamos a comer, en el comedor de la Facultad, profesores pertenecientes a la Federación de Trabajadores de la enseñanza de la UGT, y era un verdadero placer compartir mesa con Ángel Latorre, Francisco Rubio Llorente, Luis García San Miguel, María Gómez Mendoza, a veces Francisco Bustedo o Carmina Virgili y Gregorio Peces-Barba (organizador de estos almuerzos con sobremesa incluida).

Por otro lado, mantenía contacto con el Departamento de Filosofía y Sociología del Derecho de la Universidad Autónoma, desde octubre de 1973, gracias a que un antiguo y excelente profesor de Ética y Filosofía del Lenguaje, José Hierro Sánchez-Pescador, interesado por mi futuro académico, aunque no muy optimista sobre la Filosofía del Derecho española (había elaborado su tesis sobre el Derecho en Ortega y Gasset, dirigida por Luis Legaz y después había ampliado estudios de Lógica y Filosofía analítica en la Universidad de Oxford, con R.M. Hare) me llevó a la sede del Departamento y me presentó a Francisco Laporta, Liborio Hierro y Virgilio Zapatero. Allí conocí también a Alfonso Ruiz Miguel que estaba terminando la licenciatura en Derecho, mientras hacía el servicio militar en El Goloso, cerca de la Autónoma, y por las tardes colaboraba en el Departamento. Me invitó a que

fichara con él el Socialista correspondiente a los años de la Primera Guerra Mundial y acepté muy complacido, pues me venía muy bien para la tesis de licenciatura que proyectaba hacer en Filosofía.

Una vez hechas estas explicaciones de carácter personal aludiré a la respuesta a la pregunta acerca del ambiente que encontré en 1974, cuando empecé a dedicarme a la Filosofía del Derecho. Se podría resumir en dos palabras: no especialmente traumatizante y esperanzador, puesto que había muchas cosas por hacer.

En 1974 existía una situación general de continuidad atenuada con la evolución de la Filosofía del Derecho desde la postguerra, como no podía ser de otra manera, dado el contexto político y de la política universitaria en España. En los últimos años han aparecido libros y trabajos acerca de este tema que me permiten pasar por alto referencias necesarias, pero ya básicamente estudiadas (me remito a *La Filosofía de los derechos humanos durante el franquismo*, 1996, de Ricardo García Manrique; a *Filosofía del Derecho y primer franquismo (1937-1945)*, 1998, de Benjamín Rivaya; y a *Una historia de la Filosofía del Derecho española del siglo XX*, 2010, también de Benjamín Rivaya).

Hasta el momento había persistido, y tenía predominio todavía entre los catedráticos (no en otras categorías de profesorado), un iusnaturalismo tradicionalista de inspiración tomista, muy alejado del renacimiento del iusnaturalismo que tiene lugar en algunos países democráticos a partir del final de la Segunda Guerra Mundial. Este iusnaturalismo había convivido perfectamente con el nacional-catolicismo y con el régimen franquista, hasta el punto de que varios catedráticos de Filosofía del Derecho ocuparon cargos políticos importantes durante esa época (pueden consultarse los trabajos de Juan José Gil Cremades, *Filosofía del Derecho en España (1960-1985)*, 1985; José Delgado Pinto, *Breves notas sobre la evolución de la Filosofía del Derecho española entre 1960 y 1984*, 2002; Eusebio Fernández, *Felipe González Vicén: la soledad de la conciencia individual y la obediencia al Derecho*, 2016).

Pero, en 1974, daba la impresión de que este predominio tenía los días contados, pues la evolución de la Filosofía del Derecho española iba pareja a la evolución social y política en España. Hasta el punto de que Benjamín Rivaya habla del resquebrajamiento de la filosofía jurídica del franquismo (*Una historia de la Filosofía del Derecho española en el siglo XX*, capítulo 4.º, apartado 3.º). Y hay un dato que no podemos pasar por alto: el resultado final de las surrealistas oposiciones que ganan Elías Díaz y Juan José Gil Cremades, en 1974, frente al poder total sobre la asignatura y sus oposiciones que habían tenido, desde los años sesenta, Francisco Elías de Tejada. Este dato le permite expresar a Benjamín Rivaya que «señala el fin del franquismo iusfilosófico». (Puede consultarse Eusebio Fernández, *La política desde una asignatura: el Derecho Natural*, 2004).

Respecto a la segunda parte de la pregunta, de si cabría comparar la filosofía jurídica de entonces y la de ahora, siempre se pueden comparar situaciones, pero en este caso concreto se puede hablar de cambios muy relevantes que han afectado menos al concepto, naturaleza y funciones de la Filosofía del Derecho y más al número y tipo de cuestiones que se consideran que deben ser objeto de la reflexión

iusfilosófica. Y, por supuesto, también ha habido cambios en la consideración de la metodología apropiada para tratar esas cuestiones, es decir, una metodología que no es únicamente jurídica, sino también moral y política y en estrecha conexión con los resultados de las ciencias particulares, no únicamente, aunque sí tienen primacía, las ciencias sociales, sino también las biológico-naturales y las ciencias formales. Todo un reto que convierte la profesión del filósofo del Derecho en algo más difícil que antaño, pero quizá, también, más atractivo y útil.

Para quien desee conocer, y comprender, esta trayectoria puede seguir la pista que le brinda la publicación de dos números de revistas de Filosofía del Derecho, con diez años de diferencia, y echar una ojeada a las cuestiones que hoy tratan los filósofos del Derecho en sus escritos.

Me refiero, en primer lugar, a la publicación del número 15, correspondiente a 1975, de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, dirigido por Nicolás López Calera, filósofo del Derecho notable, que debe ser estudiado, necesariamente, para comprender la Filosofía del Derecho española reciente. Es, además, un buen ejemplo de un iusfilósofo que sufre una clara evolución, por esta época de la primera mitad de los años setenta, desde planteamientos filosóficos iusnaturalistas ortodoxos y políticamente tradicionalistas a planteamientos teóricos pluralistas y políticamente progresistas. En este número de los *Anales* están recogidas las opiniones de iusfilósofos que podemos distinguir, de manera un tanto simple, por su adscripción al pasado o al presente. No en vano López Calera considera «un logro muy positivo» haber conseguido que «casi» todos los profesores de Filosofía del Derecho expongan sus reflexiones acerca del sentido y función de la Filosofía del Derecho en aquellos momentos, en un número monográfico que aparece con el título *La Filosofía del Derecho en España*.

La segunda parada corresponde a la publicación del primer número de la revista *Doxa*, en 1984, dirigida hasta la actualidad por Manuel Atienza. El número se presenta bajo el título *Problemas abiertos en Filosofía del Derecho* y su contenido alberga las opiniones de varios filósofos del Derecho españoles (algunos repiten, otros desaparecen y hay añadidos en relación con la nómina del monográfico de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1975). Estas opiniones responden a dos preguntas previas elaboradas por la dirección de la revista. La primera alude a la trayectoria como investigador en Filosofía del Derecho de cada uno de los encuestados, a las áreas trabajadas y a la consideración de las propias aportaciones. La segunda a los problemas que se estiman más necesarios y previsibles a tratar por la Filosofía del Derecho en el futuro inmediato y a las vías más fecundas para hacerlo.

El resultado tiene mucho interés y nos da una idea bastante exacta de la Filosofía del Derecho del momento. Además, si comparamos las respuestas de los iusfilósofos españoles con la de los autores extranjeros podemos comprobar que las afinidades, planteamientos, objetivos y metodología tienen muchas similitudes. Como en el caso del sistema político y sus instituciones jurídicas, la Filosofía del Derecho española ya no era un caso aparte en Europa.

Hasta el punto de que en los años recientes se ha logrado conseguir un puesto de las que corresponden a la primera fila, en dedicación, número de profesores y resultados de sus investigaciones y publicaciones. A pesar de que, quizá de manera irremediable, seguimos siendo muy dependientes de lo que se hace y publica en ciertas Universidades de Inglaterra, Alemania o Estados Unidos y de una cierta dispersión en los temas que a veces olvida la importancia de las cuestiones básicas, tradicionales y específicas de la Filosofía del Derecho. Respecto a este riesgo, para mi evidencia, de dispersión hay que tener en cuenta que las publicaciones e investigaciones de los filósofos del Derecho españoles, y las tesis doctorales que se elaboran dentro de esta Área académica, no sólo incluyen asuntos más teóricos, como la interpretación y argumentación jurídica, las relaciones entre la moral y el Derecho, las teorías de la Justicia o la obediencia al Derecho, sino también otros problemas más prácticos como el feminismo, la justicia transicional, los nuevos derechos y los nuevos sujetos de derechos, las migraciones, la bioética, los nuevos medios de comunicación o las consecuencias jurídicas de la globalización económica. Estos últimos temas señalados no son asunto exclusivo de la Filosofía del Derecho, aunque esta disciplina pueda aportar un punto de vista interesante y útil para su tratamiento y a la hora de dar soluciones dignas (es decir, respetuosas del valor de cada ser humano). Y no únicamente está por medio el contenido y funciones de la Filosofía del Derecho, sino también un cambio de perspectiva en la formación de los juristas y en el papel que les corresponde en las sociedades actuales. Lo que hay que evitar es que una prédica, pensada en función del activismo social, sustituya a la reflexión y al debate teórico, mucho más matizado y crítico.

III. En cierta forma, por tanto, eres un filósofo del Derecho de la transición, ¿no crees? Cuando muere Franco eres un joven que había terminado hacía poco la carrera y tus maestros son significados intelectuales que participaron en la oposición democrática al franquismo y que contribuyeron a transformar los saberes a los que se dedicaron. Comencemos, si te parece, por Joaquín Ruiz-Giménez, cuya actitud va a preparar el paso de una filosofía jurídica «autoritaria» a otra «democrática». Aunque la utilización de esos adjetivos pueda criticarse, creo que se entiende a qué quiero referirme. ¿Nos harías una semblanza de Ruiz-Giménez?

Me resulta imposible, aquí y ahora, hacer una semblanza de Ruiz-Giménez, ya se entienda como un bosquejo biográfico, ya lo sea como una descripción fiel de su persona y obra. Porque la dilatada vida de D. Joaquín (1913-2009), muy rica en experiencias políticas, académicas y culturales, pero también en elementos psicológicos y religiosos, exigen un espacio que excede el marco de la respuesta a una pregunta en una entrevista. Se hace necesario, por consiguiente, priorizar y seleccionar y tener claro con qué criterios se llevan a cabo esas operaciones. Y, en definitiva, es imprescindible matizar constantemente si se quiere describir fielmente a una persona tan multidimensional en su evolución política desde el falangismo católico y el autoritarismo nacional-católico a una democracia liberal, pero con fuerte contenido social. O en la transformación de una Filosofía del Derecho iusnaturalista, de signo tomista, a una Filosofía del Derecho asentada sobre el reconocimiento y protección

de los derechos humanos fundamentales. Si a ello se añaden datos tan interesantes como que siempre mantuvo unas profundas creencias religiosas con obediencia (a veces resignada) a la doctrina de la Iglesia Católica y de los distintos Papas, pero muy influido por el espíritu abierto del Concilio Vaticano Segundo; o el difícil equilibrio que quiso mantener, supongo que por motivos de coherencia moral, entre un progresivo distanciamiento y un claro rechazo, mediados de los años sesenta, del régimen franquista y una cierta fidelidad personal a Franco, se agrandan las dificultades.

Debido a ello he decidido combinar las respuestas a la pregunta con aquellos escritos míos sobre Ruiz-Giménez elaborados con motivo de haber sido su padrino, y por tanto autor de su *Laudatio*, en la ceremonia de investidura del grado de Doctor Honoris Causa por la Universidad Carlos III de Madrid (finales de septiembre de 1997), y de un homenaje a su vida y obra, ya fallecido, organizado por el Rector Gregorio Peces-Barba, también en la sede de la Universidad Carlos III, con asistencia de su viuda y familia e intervención de sus discípulos.

Efectivamente, y como se indica en el texto del primer interrogante de la pregunta, puedo ser considerado como un filósofo del Derecho de la Transición porque mis primeros pasos en la Filosofía del Derecho comienzan con un contrato de Profesor Ayudante, en octubre de 1974, en la Cátedra de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, regentada por Ruiz-Giménez desde 1960. Más tarde se reinician y profundizan con la preparación de las oposiciones de Adjunto Numerario, que gano en junio de 1980 junto con queridos compañeros y colegas como Francisco Laporta, Albert Calsamiglia, Manuel Atienza o Virgilio Zapatero.

A partir de ese momento, con mi incorporación al Departamento de Filosofía del Derecho de la Autónoma, vivo ese periodo de Transición política, que no podía dejar de influir en los trabajos teóricos de esa época y ya mi dedicación ha sido, hasta la actualidad, a esa disciplina. En definitiva, en los comienzos hay una relación directa con Ruiz-Giménez, pues era ayudante suyo, que no se rompe durante los tres años que fui ayudante de José Luis López Aranguren (1976-1979) y que se mantiene cuando saco la plaza de la Autónoma, entre otras cosas, porque él como Director y Gregorio Peces-Barba como Secretario General crean el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, en 1981, y formo parte de su Consejo Académico y de su profesorado.

En todo caso, creo que puedo señalar motivadamente que la relación más estrecha, la más interesante y la más impactante es la que tiene lugar como ayudante, a partir de 1974. En los años previos a su carrera política, iniciada en 1946, con su nombramiento de Director del Instituto de Cultura Hispánica, que corresponden a la elaboración de su tesis doctoral, a la preparación de las oposiciones a la Cátedra y a los primeros años de su desempeño, no cabe ninguna duda de que D. Joaquín lleva a cabo un trabajo teórico enorme, desde una perspectiva filosófica inspirada en el iusnaturalismo tomista más tradicional. De los trabajos de esta época y de la inmediatamente posterior a su cese como Ministro de Educación Nacional, en 1956, y su regreso a la cátedra en Salamanca y después en Madrid señalé en la *Laudatio*

de 1997 lo siguiente: «Las primeras obras (...) son deudoras de unos planteamientos filosóficos muy tradicionales, dentro de la más ortodoxa observancia del tomismo. Comparadas estas obras con los escritos y trabajos de los años sesenta y posteriores la diferencia es muy grande (...). Sin embargo, creo que se trata de libros rigurosos y bien trabajados y escritos, importantes para quien desee conocer la cultura y la filosofía jurídica de la época...». (Puede encontrarse, junto con la muy interesante respuesta de Ruiz-Giménez, en *Diez años de autonomía universitaria y libertad académica*, 2003).

Y ¿cómo era el nivel de las clases universitarias que impartía en 1974 y a las que le acompañaba? Existía una importante diferencia entre las correspondientes al primer curso, Derecho Natural, y las de quinto curso, Filosofía del Derecho. Y esa diferencia ha existido siempre y estuvo generalizada hasta el cambio reciente de planes de estudio. Y no se debe al contenido del temario sino a la actitud de los alumnos, más receptiva en primer curso, más distanciada en quinto. En el caso específico de las clases de D. Joaquín, las clases de primer curso eran seguidas por los alumnos con auténtico interés ya que manejaba muy bien las formas y contenidos. En las de quinto curso los alumnos estaban menos estimulados. Tanto en uno como en el otro caso los contenidos eran muy satisfactorios, se exponían teorías y conceptos, que conocía muy bien, aunque alguna vez aparecían deficiencias en cuanto al esquema a seguir. Pienso que la razón de esto último se debía al poco tiempo que tenía D. Joaquín para dedicarle a la Universidad, involucrado en mil asuntos de su despacho de abogado y de sus actividades políticas, viajes y conferencias. No hay más que echar un vistazo a los tres tomos publicados bajo el título *Diarios de una vida* que transcurren entre 1967 y 1998, para darse cuenta de ello. En los años que me correspondió preparar, como miembro de la Comisión editora de estos Diarios, no podía dejar de sentir una sensación de verdadero vértigo al leer las numerosas actividades, de todo tipo, que D. Joaquín desarrollaba a lo largo de un día normal. En cambio, en esos mismos diarios, la referencia a libros leídos o debates teóricos referidos a Filosofía del Derecho es poco frecuente. Sin embargo, en ningún caso creo que es correcta la opinión que da Javier Padilla en un exitoso libro titulado *A finales de enero. La historia de amor más trágica de la Transición*, cuando señala que «Ruiz-Giménez no era específicamente versado en las materias de Filosofía del Derecho» (p. 46), a pesar de que añade en nota (p. 338) que sigue el testimonio de Juan Ruiz (supongo que Juan Ruiz Manero, querido amigo y colega). Quizá Ruiz-Giménez no estaba al día en novedades bibliográficas y corrientes iusfilosóficas de esta época, porque no debía dedicar mucho tiempo al estudio, pero de ahí a aceptar literalmente el contenido de la cita hay un gran trecho.

En definitiva, el caso de Ruiz-Giménez, como otros que podría citar, es una prueba de la difícil compatibilidad entre la dedicación adecuada a la Universidad y el entregarse a otros tipos de actividades profesionales o políticas que también exigen su tiempo y energías. No estoy manteniendo que el profesor jurista no deba tener actividad práctica (necesaria en las disciplinas de Derecho positivo), sino que estoy abogando por una distribución adecuada del tiempo y dedicación. Otro asunto distinto es el de los profesores que dejan la Universidad (cuando ya tienen el puesto

asegurado) para desempeñar, exclusivamente, un cargo político (sea por mayor reconocimiento social, sea por razones económicas, pues no creo que el motivo se encuentre en un cambio radical de vocación o que piensen que son imprescindibles para que la patria vaya bien). En estos casos la legislación permite la vuelta a la misma plaza en el supuesto de decisión del afectado, de cese en el puesto político o de que no haya sido elegido como representante político. Se trata de un privilegio de los profesores-políticos que no parece que tenga mucha justificación y que daña las expectativas de profesores/as jóvenes que sí quieren hacer carrera universitaria.

En cuanto a la siguiente idea de la pregunta, la de que su actitud va a preparar el paso de una filosofía jurídica autoritaria a otra democrática, creo que puede aceptarse sin especiales problemas, aunque la primera fue desarrollada de manera sistemática en libros, mientras que la segunda hay que buscarla en artículos, trabajos y textos de conferencias, muchas veces se encuentra en ciernes y, en algunos puntos, hay que esperar a la obra de sus discípulos más directos, como es el caso de Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba. Por otro lado, impulsó y dirigió tesis doctorales, dejando total libertad a los doctorandos. Pero entre esas dos etapas tiene lugar la asunción por Joaquín Ruiz-Giménez de tres cargos políticos de responsabilidad dentro del régimen franquista y contando con la confianza de Franco y en clara identificación con los valores del Movimiento Nacional. En un artículo denominado *La filosofía jurídica y política de Ruiz-Giménez: de la seducción de Siracusa a la filosofía de la reconciliación y el diálogo*, texto que utilicé en mi intervención en el homenaje a que antes se hizo mención (2010) hice uso de la comparación entre su triple andadura política y los tres viajes que hizo Platón a Siracusa, ilusionado por la posibilidad de llevar allí la aplicación de su Filosofía Política, pero que acaban en decepción, aunque también en una perspectiva más madura acerca de la política, según nos narra magistralmente él mismo en el contenido de la Carta Séptima. Los tres cargos que D. Joaquín desempeña fueron el de Director del Instituto de Cultura Hispánica en 1946, de Embajador de España cerca de la Santa Sede en 1948 y de Ministro de Educación Nacional entre 1951 y 1956. Su etapa de Ministro fue brillante y, aunque dentro del marco de lo que podía permitir el franquismo, flexibilizó actitudes con el exilio y los profesores represaliados políticamente, a la vez que posibilitó ámbitos de apertura intelectual. Hasta que ocurren los conocidos hechos de 1956 y es cesado por Franco. Los siguientes años de vuelta a la cátedra de Salamanca, hasta 1960 que obtiene la de la Universidad Central en Madrid, fueron años de dedicación universitaria y de reflexión personal. Y tengo la impresión fuerte de que la evolución en planteamientos religiosos, posiblemente sobre la necesidad de la reconciliación y del dialogo entre españoles, fue lo que puso los cimientos de una nueva filosofía jurídica y política en torno a los derechos humanos y sobre la necesidad de un sistema democrático con participación libre e igual. Y el asunto se trasladó desde la conciencia individual hasta esa auténtica realidad que fue la creación de *Cuadernos para el Diálogo* en 1963, promovida, creada e inicialmente dirigida por él. En la revista mensual y en los centenares de libros y folletos, y hasta en sus secuestros y sanciones, podemos encontrar el germen, por supuesto no el único, de la oposición a la dictadura y de la cultura política de la Transición española a la democracia. Y como ha señalado

Elías Díaz: «En las listas de quienes colaboraron en/con Cuadernos para el Diálogo están no pocos de los que serían después futuros protagonistas de ella y de la elaboración de la propia Constitución» (*De la Institución a la Constitución. Política y cultura en la España del siglo XX*). (Pueden consultarse los libros de Javier Muñoz Soro *Cuadernos para el Diálogo (1963-1976). Una historia cultural del segundo franquismo*, 2006, y Félix Santos *Cuadernos para el Diálogo y la morada colectiva. Memorias*, 2019).

IV. El caso de Aranguren en la Ética no es exactamente igual al de Ruiz Giménez en la Filosofía del Derecho, aunque quizás haya cierta similitud. En su juventud, ambos se sintieron vinculados al franquismo, pero con el paso del tiempo los dos adoptaron una postura crítica, que en el caso de Aranguren acabó con la expulsión de la cátedra, nada menos. Si no estoy equivocado, cuando retorna a la Universidad, tú ingresas en la Cátedra de Ética de la Universidad Complutense, en la que elaboras bajo su dirección tu tesis doctoral, «Marxismo y positivismo» en *el socialismo español*. Pero no querría ahora que te centraras en la tesis sino en Aranguren, en el papel que jugó en la filosofía española. Por cierto, que siempre que aparece Aranguren me vienen a la cabeza «Nueve cartas a Berta», de Martín Patino, y el artículo que escribió (en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, si mal no recuerdo) a principios de la década de los sesenta sobre el Derecho natural.

Pues bien, sí pienso que se dan ciertas similitudes entre Ruiz-Giménez y Aranguren. Las similitudes pueden encontrarse en su origen social y familiar, de clase acomodada y de derechas, que encuentra su lugar, sin problema, en el régimen político instaurado por el bando sublevado y vencedor de la guerra civil. Ambos tienen vinculación con el falangismo, aunque no en su versión radical fascista e incluso pronazi, con la que, durante la guerra y en la inmediata postguerra, tendrán relación amigos comunes, como Dionisio Ridruejo, Pedro Laín Entralgo o Antonio Tovar. Este pasado franquista es mucho mayor y más dilatado en el caso de Ruiz-Giménez, por razones que ya se han señalado. Los dos adoptan, en un determinado momento, una postura crítica que, en el caso de Aranguren es bastante temprana, si tomamos como referencia la historia del franquismo, y además claramente de ruptura y rechazo. Lo sabían muy bien quienes lo expulsan de la Cátedra de Ética y Sociología, ganada en 1955, en 1965. También existe un nexo que les une, aunque también les diferencia: sus creencias religiosas. En el caso de Ruiz-Giménez se trata de un dato fundamental que discurre a lo largo de toda su vida; de un catolicismo preconciliar, sin fisuras, a un catolicismo postconciliar, sin poner en duda la autoridad de la Iglesia y de los Papas. Con respeto a Pío XII y con muy buena relación con Juan XXIII y Pablo VI. Sus Diarios están llenos de referencias religiosas y eclesíásticas. Hasta sus pequeñas dudas en algún aspecto y las reflexiones tensas sobre la situación de sus dos hijos religiosos se ven apagadas enseguida por respeto a la institución y llamadas a la fe. No he encontrado nada parecido en Aranguren, ni en sus escritos ni en las conversaciones continuas que tuvimos (sobre todo) durante tres años (conversaciones en las que solía estar presente José Luis Colomer) y que me aportaron enseñanzas imborrables. Aunque al final del Prólogo a su manual de *Ética*, libro importante, insertado en la tradición de Aristóteles, Santo

Tomás y Zubiri, declare que «Directa o indirectamente (...) todas mis obras son, y si Dios quiere, seguirán siendo *acción católica* », esta actitud se va desvaneciendo y atenuando con el tiempo. El estudio sobre el hecho religioso le interesó a Aranguren a lo largo de toda su vida, pero cada vez más su catolicismo se fue alimentando de posturas heterodoxas. Las tres últimas respuestas que aparecen en la entrevista que le hizo Javier Muguerza *Del aprendizaje al magisterio de la insumisión (encuentro con José Luis López Aranguren)* son sumamente elocuentes al respecto.

Por tanto, hasta las similitudes son matizables. Y hay una diferencia muy grande entre ambos: la experiencia política personal, el compromiso y la misma actitud ante la política. Desde muy joven Ruiz-Giménez se compromete políticamente con el franquismo, llega a ser un ideólogo de ese sistema, acepta emocionado y desempeña con pleno convencimiento puestos políticos de gran responsabilidad. Posteriormente, tras el cese como ministro en 1956, sigue haciendo política, en un primer momento la de un político franquista reformista, después la de un político de la oposición, más tarde como una de las figuras más relevantes de la Transición política a la democracia. Curiosamente, el partido que lideraba José María Gil Robles, Izquierda Democrática (democracia cristiana de izquierdas, realmente) no obtiene ningún escaño en las primeras elecciones democráticas del 15 de junio de 1977. Algunos dirigentes del partido en el gobierno, la UCD, ponen obstáculos a su nombramiento para cargo institucional de importancia hasta que el PSOE, en el poder desde el 28 de octubre de 1982, le propone y apoya para Defensor del Pueblo. La política directa o la actividad pública le acompañó durante su vida, también de catedrático universitario y de abogado en ejercicio. En cambio, nada similar se produce en Aranguren. Ni en la época de ese franquismo y falangismo originario, que da la impresión, en sus escritos de ese momento, de ser medianamente convincente y poco exultante, desempeñó ningún cargo político, ni lo deseó ni buscó, ni en el franquismo ni con la democracia. Nunca dejó de ser un observador y un estudioso de la política y de sus implicaciones éticas. Nunca negó la importancia de la política democrática, pero jamás se comprometió en una acción militante de partido. Su idea de democracia como moral y, en general, sus reflexiones políticas tienen un carácter normativo que expresa un claro distanciamiento de la política real. Incluso en relación con otro concepto utilizado, el de democracia establecida, no se ahorró críticas punzantes que –me consta– a los políticos de izquierda no solían gustarles (¡tampoco a los de derechas!). Su idea del intelectual y su función social son incompatibles con la vinculación práctica a la política y con la pertenencia a un partido político. El intelectual es y debe constituir la conciencia moral de la sociedad. Es alguien «solidariamente solitario» y «solitariamente solidario». Todo ello no es mínimamente una propuesta sino, que en el caso de Aranguren, conformó su vida cotidiana. Algunas cosas de éstas intenté resaltar en la Laudatio que, como su padrino, tuve que exponer en el acto de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Carlos III a finales de enero de 1993 (puede consultarse José Luis López Aranguren *Filosofía y vida intelectual. Textos fundamentales*, edición de Carlos Gómez, 2010. Mi Laudatio y la contestación de Aranguren están recogidas en *Diez años de autonomía universitaria y de libertad académica*, Universidad Carlos III, 2003).

Creo que tiene razón Javier Muguerza cuando ha repetido, en varias ocasiones y en diferentes escritos suyos, que a Aranguren le corresponde el honor y debe ser tenido con justicia como el padre de la Ética contemporánea en España. A ello, yo añadiría, que la labor de Aranguren ha influido también en la creación de una nueva materia, la Filosofía Política, de la que me he visto obligado a ser uno de sus pioneros en España, a partir del comienzo de los años noventa, porque no existía previamente ni en las Facultades de Filosofía, ni Ciencias Políticas ni Derecho (a excepción del Plan de Estudios de la especialidad de Filosofía de la UNED, aprobado, si no recuerdo mal, en la segunda mitad de los años ochenta). Y, por supuesto, varios profesores de Filosofía del Derecho, desde Elías Díaz y Luis García San Miguel hasta varios de mi generación, al menos, nos hemos visto influidos por los trabajos y enseñanzas de Aranguren.

En mi caso concreto y con ello inicio la contestación a la segunda parte de la pregunta, porque había leído con interés escritos y entrevistas suyas siendo alumno de Preuniversitario en el Colegio La Salle de Santander, donde estudié, como alumno interno, el ingreso y todo el bachillerato (en total fueron ocho años).

Cuando vine a Madrid en octubre de 1970 a estudiar la especialidad llamada de Filosofía Pura de la recién creada Universidad Autónoma, tuve la, para mí, magnífica oportunidad de conocer físicamente a Aranguren en alguna ocasión que Javier Muguerza, antes de obtener la Agregación de Filosofía y marchar a la Universidad de La Laguna a desempeñarla, le invitó a dar alguna charla sobre Ética a los alumnos de la especialidad. También asistí a varias conferencias que Aranguren daba, o le permitía dar la autoridad competente, durante los seis meses que permanecía en España (los otros seis estaba de profesor en la Universidad de Santa Bárbara, California). Por ello cuando le devuelven (o restituyen en) la Cátedra de Ética y Sociología en el verano de 1976, el segundo gobierno de la democracia, presidido por Adolfo Suárez y siendo ministro de Educación Aurelio Menéndez (lo mismo hacen con Enrique Tierno Galván y Agustín García Calvo), algún buen amigo, sabiendo de mi querencia por Aranguren, me insiste en que quizá precise de algún ayudante para poder desempeñar su cometido. (He narrado esto y el retorno de Aranguren a la Cátedra en el número 15 de *Isegoría*, dedicado a Aranguren por su fallecimiento y en el libro *Aranguren. Filosofía en la vida y vida en la filosofía*, publicado con motivo del centenario de su nacimiento en 2009). Gregorio Peces-Barba, en un acto de generosidad que le honra, organizó una cena, en casa de Pedro Altares, director de *Cuadernos para el Diálogo*, y allí tuve la oportunidad de plantear lo de la ayudantía a Aranguren y le pido que sea mi director de tesis doctoral. Aranguren accede a ambas cosas, el Rectorado de la Complutense no pone ningún reparo (acababa de firmar un contrato de Ayudante en Filosofía del Derecho) y rápidamente me convierto, muy ilusionado, en el «ayudante de Aranguren», hasta su jubilación en junio de 1979.

Ya en la época de estudiante universitario había leído con mucho interés el libro *Ética y política*, publicado en 1963. Se encuentra entre la lista de libros recomendados por Gregorio Peces-Barba en su Programa de Derecho Natural y había hecho, ese mismo curso, una intervención sobre su contenido en la asignatura de Ética, que

estaba en el cuarto curso de la especialidad de Filosofía, en la Universidad Autónoma. El capítulo segundo de la sección primera está dedicado a «La ética política y el Derecho Natural» y no me pasó desapercibido sino todo lo contrario, me ha servido de inspiración en mis planteamientos iusfilosóficos. Su contenido coincide con el del artículo que un año antes, 1962, publica Aranguren en el *Anuario de Filosofía del Derecho* bajo el título *Un concepto funcional del llamado Derecho Natural*. De ese artículo ha comentado José Delgado Pinto: «Creo que el primer trabajo en el que abiertamente se criticó el iusnaturalismo defendido de forma predominante fue el artículo de J. L. López Aranguren» (el iusnaturalismo defendido de forma predominante es el iusnaturalismo tradicional, premoderno, tomista y ontológico. La cita está sacada de su trabajo *Breves notas sobre la evolución de la Filosofía del Derecho española entre 1960 y 1984*).

No únicamente la idea de un Derecho Natural entendido como Ética jurídica la he tomado, básicamente, de Aranguren, sino que su importante distinción entre la moral como estructura y la moral como contenido, a la que más tarde añadió la moral como actitud, me han sido muy útiles a la hora de estudiar las relaciones entre el Derecho y la moral (la primera distinción la recibe de Xavier Zubiri; ver *Ética*, 1958, y *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, 1988).

V. Al referirnos a Aranguren hay que citar tu tesis, pues te la dirigió, «Marxismo y positivismo en el socialismo español», publicada por el Centro de Estudios Constitucionales en 1981. Por cierto, ¿es/fue marxista el socialismo español? Quizás al lector le pueda parecer simple esta pregunta, pero en buena medida es a la que da respuesta tu tesis, o a una de las que da respuesta tu tesis.

El libro *Marxismo y positivismo en el socialismo español* aparece en la primavera de 1981, dedicado a Aranguren, y recoge, más o menos, la mitad de la tesis doctoral que defendí, el 9 de junio de 1978, en la Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educación de la Universidad Complutense, ante un tribunal presidido por José Luis López Aranguren y conformado por José Luis Abellán, Enrique López Castellón, Javier Muguerza y José Luis Pinillos. Obtuvo la calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad, pero no el premio extraordinario, pues en la comisión que los otorgaba, un miembro de ella, el catedrático de Lógica, Leopoldo Eulogio Palacios, antiguo miembro de Acción Española en la República y tradicionalista convencido y beligerante durante el franquismo, adujo el peregrino argumento de que en caso de tener interés el tema del marxismo y del positivismo debería haber elegido la figura de Julián Besteiro, catedrático de Lógica, socialista conocido y profesor suyo antes de la guerra civil. Según él no se había estudiado aún, pues desconocía que en 1973 había aparecido el libro de Emilio Lamo de Espinosa *Filosofía y política en Julián Besteiro*, fruto también de una tesis doctoral elaborada en el marco de la cátedra de Ruiz-Giménez y dirigida por Elías Díaz.

El libro inició una nueva colección del Centro de Estudios Constitucionales y su publicación contó con el apoyo de Francisco Rubio Llorente y Manuel Aragón. El título de la tesis era *Ideología y Ciencia: la influencia del positivismo, del evolucionismo spenceriano y del darwinismo en el pensamiento socialista español y sus*

consecuencias (Historia de una manipulación ideológica). El contenido de estudio era las características del pensamiento socialista de la 2.^a Internacional y su reflejo en la misma época en el socialismo español. Esos rasgos giraban en torno a la idea de un socialismo entendido como verdadera, y no ideológica, ciencia de la sociedad (por eso echa mano del positivismo, del evolucionismo y, sobre todo, del darwinismo, para convertirse en un darwinismo social de izquierdas). Le acompaña una visión fatalmente evolucionista de la sociedad, con elementos economicistas que la condicionan irremediamente y una filosofía de la historia claramente determinista. Previamente al pensamiento socialista de la 2.^a Internacional había estudiado, en el capítulo primero, las influencias sociales y políticas del positivismo, el darwinismo social y la interesante polémica que se da en Europa (también se discute el tema en los Estados Unidos) sobre las relaciones entre el darwinismo y el socialismo.

Sin embargo mi interés teórico era más ambicioso pues el estudio de la historia de las ideas me sirvió como pretexto para comprobar el alcance de algunas corrientes de metodología de las ciencias sociales. Por aquella época, y creo que también hoy, tenía una acentuada predilección por las aportaciones a la Filosofía de la Ciencia de las obras de K. Popper y de T. Kuhn, y de alguna manera deseaba ver qué daban de sí, o en que podían ser modificadas, si se tomaba como ejemplo a analizar ese extenso e importante capítulo de la historia del pensamiento político. Aunque tenía bastante claro que las perspectivas y metodología de las ciencias naturales no se podían aplicar, sin más ni más, al campo estudiado por las ciencias sociales. Ese era el defecto que quería denunciar en mi tesis, y de ahí que en su título apareciera un paréntesis que rezaba *Historia de una manipulación ideológica*. El asunto tiene bastantes aplicaciones en la actualidad, pues me parece que asistimos a una progresiva influencia de un renovado darwinismo social en ámbitos sociales, políticos y económicos. Visto el tema estudiado y visto este nuevo renacer del darwinismo social me parece que tiene mucho sentido plantearse, como se hace al principio de la tesis, las relaciones entre ciencia e ideología. En los años posteriores a la tesis, y ya asentado como Profesor Numerario, muchas veces me ha tentado la idea de aplicar estas cosas, o dirigir estas preguntas, también al ámbito del pensamiento jurídico y de su historia. Pero, por distintas razones, he tenido que dar prioridad a otros asuntos teóricos. Además en el último año de la licenciatura en Filosofía cursé la materia de Sociología del conocimiento que me pareció muy atractiva y útil. Ahora ya jubilado de las prácticas docentes voy a retomar estos temas que me atrajeron al comienzo de mi carrera universitaria e intentar trabajar sobre Teorías de la ciencia jurídica.

El interrogante que aparece en el cuestionario de esta pregunta número cinco ¿es/ fue marxista el socialismo español? parece simple, pero no lo es, pues lleva aparejada la de si esa influencia tuvo buenos resultados en las políticas realizadas. Es decir, la tesis doctoral me lleva al campo de la Filosofía Política normativa y de la Ética política. ¿Fue marxista el socialismo español desde el momento de la fundación del PSOE (2 de mayo de 1879) hasta el triunfo del franquismo? Sí lo fue, en medida similar a como lo fue la socialdemocracia alemana (el partido más importante de la Segunda Internacional y el más rico e importante en teorías), el socialismo francés, belga o italiano (el laborismo inglés tiene una muy pequeña influencia marxista). La

inspiración teórica más fuerte, aunque no la exclusiva, es la del pensamiento marxista de la época, eso al menos se proclama y se encuentra en sus programas y en sus ideólogos. Sin embargo, si nos trasladamos al campo de sus teóricos, el revisionismo apareció enseguida y los debates propiciados tuvieron seguidores y altura intelectual (piénsese en los socialistas neokantianos o en la polémica revisionista en Alemania. Aunque la incidencia en España fue muy limitada). Por otro lado, y este dato tienen una singular importancia política, aunque se mantiene un evolucionismo mecanicista y un determinismo histórico que viene a decir que hagamos lo que hagamos los seres humanos, el socialismo es inevitable, los partidos socialistas defienden, en general, la profundización social y económica de la democracia política liberal y, en esa línea, políticas reformistas y no rupturistas. El determinismo teórico se compatibiliza con la lucha política de cada día, obteniendo mejoras democráticas que se dirijan al objetivo final: una sociedad socialista. Esa es la gran diferencia con el anarquismo español y lo será también con la ruptura que creó en 1921 el Partido Comunista Obrero Español. En la época de la República y durante la guerra civil la polémica sobre las relaciones entre el socialismo y el marxismo se viven entre los teóricos del socialismo español y los militantes de base, con infinidad de consecuencias políticas prácticas, no todas ellas buenas ni deseables.

Si la pregunta desea interrogarme sobre si el socialismo español hoy es marxista, no estoy capacitado para responder puesto que no tengo ninguna relación de militancia con el PSOE desde hace muchos años (concretamente, desde enero de 1981 cuando me planteé que tenía que elegir entre la Universidad y la política, pues cada vez veía más clara la imposibilidad de hacerlas compatibles dado que los requisitos, la forma de ser y de actuar y el carácter del académico están muy distanciados del comportamiento del político convencional. En ese momento coordinaba la Comisión de Educación del Grupo Parlamentario Socialista y cuando dimití me sustituyeron Alfredo Pérez Rubalcaba y Joaquín Arango), y esa posible relación daría mayor exactitud a mi respuesta. A pesar de esta notable limitación, tengo la impresión de que el socialismo español no es marxista como tampoco ningún partido socialista, laborista o socialdemócrata europeo en la actualidad.

Sin embargo, aún no he respondido a toda la pregunta. Hay que tener en cuenta que la tesis se elabora en el marco cronológico de la Transición política española a la democracia y coincidiendo con años muy relevantes de ella. Y su autor es un joven profesor que además milita en el PSOE desde 1973 sin especiales cuestionamientos ni obstáculos, aunque sí riesgos, sobre todo en la época de la clandestinidad. Y en ese sentido, deseaba que mi trabajo histórico fuera útil para el presente del socialismo en la Transición y para el futuro (una sociedad producto de un socialismo liberal y democrático).

De la tesis doctoral se podían sacar fácilmente las consecuencias teóricas que negaban la identificación entre socialismo y marxismo y resquebrajaban las bases sustentadoras de dos creencias muy comunes en el socialismo de la calle: la del socialismo científico y la del socialismo inevitable. Y ello me parecía que era importante para el tipo de socialismo y de teoría socialista que se necesitaba en España en la Transición y en los años posteriores. (Creo que en el Prólogo que Gregorio

Peces-Barba escribe para el libro y en una de las recensiones y críticas de que fue objeto, la de Francisco Laporta en el número 45 de la Revista *Sistema*, noviembre de 1981, con el título *El riesgo del socialismo improbable*, se insiste en aspectos que me parecían cruciales).

VI. Aprovecho para preguntarte por el marxismo porque, aunque sé que te reconoces partidario de un «socialismo democrático de corte liberal», supongo que en línea con Gregorio Peces-Barba y Elías Díaz, por el marxismo has sentido interés, sin duda. ¿Sigue teniendo sentido el marxismo como cosmovisión, como filosofía, o es una ideología naufragada de la que ya sólo quedan restos?

En la Introducción al libro que recoge parte de la tesis doctoral, *Marxismo y positivismo en el socialismo español*, se alude a una frase de M. Duverger, en un libro titulado *Carta abierta a los socialistas* (es el momento, finales de los años setenta del siglo XX, en que los socialistas franceses podían ganar las elecciones Presidenciales y parlamentarias) donde les aconseja librarse de ilusiones acerca del socialismo, como primera condición para construir, dice él, un socialismo auténtico. Sin duda entre esas ilusiones me parecía que las de un socialismo científico y las de la inevitabilidad del socialismo ocupaban un puesto importante. Y ello es tan válido para la historia del socialismo como para la historia del marxismo. Siguiendo ese consejo del conocido politólogo aproveché para hacer una propuesta sobre las características de un socialismo «aún por realizar y construir», es decir, pensando en aquél presente. Estas son las de un socialismo posible, la de un socialismo ético y utópico, la de un socialismo plural, la de un socialismo crítico y la de un socialismo democrático.

La de un socialismo crítico valora como normal y consecuente con una actitud racional (y científica) el revisionismo. Cabe siempre preguntarse si ese tipo de socialismo (que incluya esas características) ha estado presente en la teoría y en la práctica políticas de los partidos marxistas, laboristas y socialdemócratas desde aquella época en que está escrita la Introducción, 1980, y hoy.

Por lo que a mí respecta, y respondiendo a la pregunta, efectivamente me reconozco partidario de un «socialismo democrático de corte liberal», en la línea de Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba, no en vano hemos escrito y debatido entre nosotros en varias ocasiones sobre esto. Ni la postura entre ellos es igual ni la mía es equivalente a la de ellos en su totalidad. Algo que me enseñaron ambos es que las ideas y convicciones de cada uno no deben tomarse como dogmas. Para lo que aquí importa, añadir los calificativos de democrático y liberal al sustantivo socialismo me parece algo necesario e indiscutible si queremos, por un lado, desconectarnos de las prácticas del socialismo real de los sistemas comunistas en el poder y, por otro, evitar que puedan repetirse. A veces he utilizado en mis trabajos de Filosofía Política en lugar de socialismo democrático de corte liberal los términos socialismo liberal, liberalismo socialista o liberalismo igualitario. Forman parte de la misma familia, aunque no tienen que significar lo mismo en su integridad. Además, la falta de delimitación clara se debe a que he bebido de fuentes distintas. Debería citar a J. Rawls, J. Habermas, N. Bobbio (hace dos años, con motivo de un sabático, estuve en

Turín rastreando las fuentes, desarrollo y actualidad del socialismo liberal en Italia), Tony Judt o Zygmunt Bauman. En definitiva, una propuesta de un socialismo democrático de corte liberal me parece la opción política menos mala (es decir, para el momento actual, la mejor) frente a los graves problemas que plantea la paz mundial, la seguridad nacional e internacional, el mantenimiento de una democracia plural, las enormes e injustas desigualdades sociales y económicas, en cada Estado y entre Estados, y la lucha frente a la pobreza. Teniendo en cuenta que esta opción es una opción abierta, donde sus componentes, los valores del liberalismo y del socialismo, no pueden convivir en perfecta armonía (los valores son plurales y luchan entre ellos; a la hora de elegir siempre sacrificamos algo de alguno. Aquí la referencia a I. Berlín es obligada). Una vez leí una entrevista a D. Bell, donde este inteligente sociólogo neoconservador respondía a la pregunta sobre sus ideas políticas que le ocurría que en política era liberal, en economía socialista y conservador desde el punto de vista cultural. A mí, a veces, me pasa algo parecido...

Como se indica en la pregunta he sentido, y sigo sintiendo, interés por C. Marx y el marxismo. Para estudiar el tema objeto de la tesis doctoral era imprescindible y posteriormente, como autor del capítulo de *Los Derechos Humanos en el pensamiento socialista de la Segunda Internacional* en uno de los volúmenes dedicados al siglo XIX y *El marxismo y los derechos humanos durante el siglo XX* en otro de los volúmenes correspondientes al siglo XX, en la monumental *Historia de los derechos fundamentales*, ha sido irremediable. Y lo he hecho con gusto y curiosidad intelectual, sin tener convicciones marxistas ni utilizar su metodología. Y es muy difícil trabajar actualmente en los campos de la Filosofía jurídica y política o de las ciencias sociales en general y pasar por alto las contribuciones del marxismo, aunque sea para dialogar con él, rechazarlo o criticarlo, pero siempre con un conocimiento adecuado y riguroso. La justificación de lo que acabo de señalar la podemos encontrar en un trabajo que el profesor y eminente marxólogo británico, David McLellan, escribió para un número extraordinario de *Revista de Occidente*, aparecido en 1983, con el que se deseaba conmemorar los cien años de la muerte de C. Marx y los mismos años del nacimiento de J.M. Keynes y J. Schumpeter, que comienza así: «Hace un cuarto de siglo, el filósofo francés Jean-Paul Sartre definía al marxismo como la filosofía de nuestro tiempo'. Y de hecho, un tercio de la población del mundo vive bajo regímenes que se autodenominan marxistas. Pero no es sólo en los estados marxistas donde las ideas de Marx han tenido influencia. Estemos de acuerdo con él o no, Marx ha dado una nueva forma a nuestras ideas acerca de la sociedad».

Hoy, casi cuarenta años después, la situación ha cambiado mucho. Los regímenes políticos marxistas se han reducido espectacularmente en número y algunos, como China, representan una situación muy peculiar. En las universidades europeas se pueden contar con los dedos de las manos los profesores y autores marxistas, aunque hay una corriente de marxismo analítico que merece la pena estudiar (G.A. Cohen, J. Elster, Robert Brenner o E. Olin Wright son algunos de sus representantes. Ver el 5.º capítulo de la obra de Will Kymlicka *Filosofía política contemporánea. Una introducción*).

Tomando como base esos datos no creo que el marxismo pueda hoy tomarse como una cosmovisión, sí como una corriente filosófica, en el buen entendimiento de que, además, no creo que ningún tipo de filosofía actualmente pueda erigirse en una concepción del mundo. ¿Es una ideología naufragada de la que ya sólo quedan restos? No creo que el naufragio sea total, ya que he encontrado autores marxistas y seguidores políticos de esta ideología en Latinoamérica. Y si únicamente quedaran restos puede que sean útiles a la hora de hablar de Teorías de la justicia o del concepto de Derecho y de las Teorías sobre el Estado o de los derechos humanos. Y parece ser, según últimos y escasos estudios, que, al final de su vida, Marx abogaba por propuestas a favor de una comunidad rural arcaica (ver Gareth Stedman Jones *Karl Marx. Ilusión y grandeza*, 2018), lo que daría lugar a un interesante debate sobre el futuro de las sociedades postcapitalistas.

VII. Ya que nos referimos al marxismo, te pediría que explicaras lo que dices en la Laudatio a Aranguren: «en los inicios de mi carrera como profesor universitario tuve que sufrir las mezquindades de una ‘cierta izquierda’ universitaria que en cuanto a procedimientos nada tenía que envidiar a la de distinto signo político que gobernó la Universidad en mis años de estudiante». No es simple curiosidad (también) sino que quizás pueda servir para entender aquella época.

Me resulta curioso que el autor de la pregunta haya conectado, quizá inconscientemente, mi desahogo en el Acto de investidura de Aranguren como Doctor Honoris Causa por la Universidad Carlos III con el marxismo. Algo hay de ello pues a la hora de hablar de «cierta izquierda universitaria» me estaba refiriendo a personas pertenecientes al Partido Comunista de España y a grupos a su izquierda, a las que se debe suponer que eran marxistas, pero también podrían entrar en la historia anarquistas, a los que no sabría adscribir a un grupo concreto, y que no eran marxistas ya que les supongo la coherencia teórica. Es un caso personal de los orígenes de mi trabajo en la Universidad, que me dejó durante un tiempo malas sensaciones y recuerdos, aunque también me demostró la amistad y apoyo de profesores, compañeros y alumnos/as. Lo que más me afectó negativamente fueron los procedimientos. El hecho de que utilizara la Laudatio de Aranguren para recordar este mal trato pretendía ser un agradecimiento hacia él, que me apoyó y comprendió en este caso, que se produce unos meses antes de mi incorporación a su Cátedra y también un gesto de reconocimiento a Gregorio Peces-Barba, Rector que presidía el Acto de investidura, que había protestado a Carlos París, Director del Departamento de Filosofía de la Autónoma, que me buscó acomodo en la Facultad de Derecho y que aceptó, generosamente pero a regañadientes, que me fuera de ayudante de Aranguren a la Facultad de enfrente (aunque seguí como profesor colaborador en el Departamento de Filosofía del Derecho).

Al acabar mi licenciatura de Filosofía en la Facultad de Filosofía y Letras en la Universidad Autónoma (fui alumno de la segunda promoción) en junio de 1974, elaboré durante ese verano la tesis de licenciatura (por la que podía ser contratado como Ayudante), la aprobé con la máxima calificación (fue la primera que se leyó en el Departamento de Filosofía) y me concedieron, más tarde, el Premio Extraordinario de Licenciatura. Recordemos que al comienzo del curso 1972-73 el Ministerio de

Educación y Ciencia y el Rectorado de la Autónoma, y como consecuencia de los conflictos y huelgas que habían tenido lugar a finales del curso anterior (mayo-junio de 1972), deciden no renovar el contrato y expulsar de la Universidad a varios profesores, sobre todo de Letras y la mayoría del Departamento de Filosofía. Los alumnos determinamos ponernos en huelga como protesta. El Rectorado, en manos del recordado Julio Rodríguez Martínez (Ministro por unos meses del Gabinete presidido por el almirante Carrero Blanco) decide cerrar el Departamento de Filosofía, cesar a su director y sancionarnos a los alumnos con la suspensión de las clases durante todo el curso (en mayo de 1973 nos anuncian que podemos examinarnos en la convocatoria de junio de las asignaturas de las que estábamos matriculados).

Yo tenía la intención de entrar en el Departamento de Filosofía, preferiblemente con una beca de investigación para poder seguir haciendo paralelamente la licenciatura de Derecho, que había iniciado estando en cuarto curso de Filosofía. Ya mi objetivo se encontraba en la Filosofía del Derecho o en Ética. Unas semanas después de leer la tesis de licenciatura (1974) me llamó Carlos París para decirme que había plazas en el Departamento de Filosofía (debido a que el Rectorado mantenía la negativa a contratar a los profesores expulsados) pero que no existían puestos de Ayudante. Tenía que impartir dos encargos de curso (similares a lo que hoy son los falsos asociados) que incluían docencia total. Días antes me había salido la posibilidad de ser ayudante de clases prácticas de Derecho Natural y Filosofía del Derecho en la Universidad Complutense en régimen de dedicación plena (a tiempo parcial). Como el contrato de la Autónoma y el de la Complutense eran a tiempo parcial, no existía incompatibilidad legal y, tras consultas y consejos, acepté, con exceso de audacia y poco sentido de la realidad. Pude cumplir con las horas que exigían los dos porque mientras que en la Facultad de Derecho de la Complutense, durante el curso 1974-75, hubo clases normalmente, en la Facultad de Filosofía y Letras de la Autónoma tuvimos varias huelgas, unas veces de alumnos y otras de P.N.N. (Profesores No Numerarios). El curso siguiente, 1975-76, el Director del Departamento de Filosofía, Carlos París, y ante la negativa reiterada del Rectorado a contratar a Fernando Fernández Savater (uno de los expulsados) como profesor de Ética, me invita a que me haga cargo de esa materia con un nombramiento de Adjunto Interino, en dedicación exclusiva. Acepto y solicito la baja en el segundo año de Ayudante de clases prácticas de la Facultad de Derecho, siguiendo como colaborador.

El curso de Ética transcurrió sin novedad, haciendo un enorme esfuerzo, pues la materia estaba en cuarto curso, sin ningún problema con los alumnos, que participaban mucho y a algunos los conocía porque habíamos compartido asignaturas optativas en cuarto y quinto de mi licenciatura. Al final de ese curso Carlos París, que ya no era el único Director del Departamento ni la Ética era de su competencia, sino de un nuevo catedrático de Estética, Francisco León Tello, que dirigía un nuevo Departamento de Filosofía Práctica, vuelve a reiterar al Rectorado la solicitud de vuelta de los expulsados pensando que la nueva situación política lo propiciaba. Y como la suma de los que habíamos entrado últimamente, nombrados por él y con el apoyo del Rectorado, más los expedientados y expulsados, era superior a las plazas, toma la resolución de crear una Comisión paritaria de profesores numerarios y

doctores y de representantes de los alumnos que examine a los profesores no doctores y determine su permanencia. En mi caso la Comisión decidió que se me diera un contrato de curso tipo A (un grupo) o una beca de investigación (otros profesores quedaron fuera) pero esta solución no fue admitida por el Decanato. El Decano de la Facultad, Pedro Martínez Montávez, y el director de mi Departamento (recién creado) apoyaron que yo siguiera en la plaza de Adjunto Interino de Ética, pero cuando tuve conocimiento de los tejemanejes e irregularidades que habían tenido lugar para constituir la comisión, cómo se había desarrollado la sesión, el sectarismo y la falta de cualquier mínima garantía ni posibilidad de hablar con los profesores implicados, todo ello me produjo asco y pocas ganas de seguir allí.

Años después, cuando volví a la Autónoma como Adjunto Numerario de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, dos alumnos representantes en la Comisión, que pertenecían, pero en ese momento no, al P.C. me pidieron disculpas y me dijeron que se habían visto presionados en contra mía por un profesor que además concursaba a las plazas y que era también del P.C. En ese momento también estaba muy próximo Carlos París. Anteriormente también profesores me habían apoyado y se habían excusado por su pasividad. En definitiva, yo soy el primero que sentía que no hubiera una plaza de Ayudante sin clases teóricas o una beca, porque era consciente de que se me pedía un esfuerzo muy superior al que se puede hacer a los 23 años y dos años después de terminada la carrera. Entre mis clases y las de Fernando Savater tenía que haber, lógicamente, mucha diferencia a su favor y yo, de tener que elegir, hubiera elegido indudablemente a Savater. Lo que me dolió y decepcionó fue la utilización de un procedimiento no solo ilegal sino injusto, que la izquierda universitaria cayera en esa parcialidad, que no se creara ningún mecanismo garantista para evitar arbitrariedades y que esa misma izquierda pensara que era un tema secundario, que no se contara ni se escuchara a los afectados y que Carlos París, principal responsable de la Comisión irregular, lo permitiera y apoyara.

Tardé bastante en olvidar aquella pesadilla, pero todo esto me ha servido después para mirar con lupa y distanciamiento, como Vicedecano y Vicerrector, en la Autónoma y en la Universidad de Cantabria y en la Universidad Carlos III como director de Departamento, esos posibles pactos entre alumnos demasiado organizados (de todos los colores políticos) y profesores, sin escrúpulos, manipuladores de los alumnos.

Y hablando, aunque en otro contexto, de mezquindades universitarias y de despiadados procedimientos (estalinistas) de una cierta izquierda universitaria tengo que hacer mención a otro hecho ocurrido más recientemente, del que fui víctima de prácticas similares, pero renovadas. Tuvo lugar cuando la huelga general universitaria de octubre de 2013, convocada originariamente por el Sindicato de Estudiantes. Aunque estaba en desacuerdo con la convocatoria y su oportunidad decidí dejar en manos de los alumnos el que hubiera clase o no. Sin embargo, lo que más me irritó es que se formara un piquete de profesores (integrado, entre otros, por algunos profesores de mi Área) que evitaron o interrumpieron (entrando en el aula) el desarrollo de la clase de profesores (en algún caso de buenos profesores de izquierdas) que estaban en desacuerdo con la huelga y querían ejercer su derecho a no seguirla. Al siguiente día afeé esta actitud, que me pareció irrespetuosa y cobarde, a los profesores de mi

Área que habían estado de piquete. La llamada por respuesta. Bueno, no. Días después les llegó a algunos profesores del Área y, al mismo tiempo del Instituto de Derechos Humanos, a algunos miembros del Consejo Académico del mismo Instituto y al Rector un anónimo injurioso y calumnioso hacia mi persona, firmado por un inexistente antiguo alumno. No fue difícil saber enseguida de la presunta autoría del escrito. Mientras tanto, conté con el apoyo e interés de la mayoría de los compañeros/as, con la comodidad/indiferencia de alguno/a y con la pasividad (¿negligente complicidad?) de otro/a hoy en la política activa, representando a un partido de izquierda. (Antes y ahora, el sentido peyorativo que tiene la expresión «una cierta izquierda universitaria» va dirigido a ciertos componentes de partidos de izquierdas, a su actuación, no a partidos considerados en su totalidad ni a su política universitaria).

VIII. Aprovecho para preguntarte también por Javier Muguerza. Parece que en tu formación y en tu dedicación a la filosofía hay dos vertientes, la jurídica y la moral, y puesto que acabamos de hablar de Aranguren, si seguimos por esa línea aparece Muguerza. ¿Influyó sobre tí? ¿Qué papel jugó en la Ética española?

Más que dos vertientes, en mi dedicación al estudio de la filosofía y en las clases universitarias que he impartido, hay tres vertientes: la jurídica, la moral y la política. Desde que obtuve por oposición, en 1980, la plaza de profesor Adjunto de Derecho Natural y de Filosofía del Derecho, mi dedicación se ha desarrollado básicamente en el marco académico de las materias que corresponden al Área de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho o de Ciencias Sociales y Jurídicas. En el segundo curso de la Universidad Carlos III (1990) Gregorio Peces-Barba me dijo que tenía que montar una asignatura de Filosofía Política, como asignatura optativa en Derecho, pero también de libre elección para otros grados de Humanidades, Periodismo, Empresariales y Economía. Y así se ha mantenido, en líneas generales, hasta hoy. En cuanto a la Ética o Filosofía moral, cuento con la experiencia antes citada del Departamento de Filosofía de la Autónoma y los tres años que me desempeñé como ayudante de Aranguren en su Cátedra de Ética y Sociología. He vuelto a reflexionar, académicamente, sobre aspectos éticos, con motivo de la inclusión «frustrada» de la materia de *Ética para la ciudadanía y los derechos humanos* en la Enseñanza primaria y secundaria y porque organizamos en la Carlos III un curso de especialización, pensado para los profesores de esa nueva y controvertida disciplina. Por tanto, los cuarenta y seis años de dedicación exclusiva a la Universidad los he destinado, desde el punto de vista académico, a impartir clases de Filosofía del Derecho, básica y fundamentalmente, seguida por Filosofía Política (asignatura que no estudié, porque no existía, ni en la carrera de Derecho ni en Filosofía) y, en mucho menor grado de Ética (cuyas cátedras llevaban incorporada la Sociología. Incluso, al jubilarse Aranguren me enviaron, durante un curso, a impartir Sociología de la Educación a Pedagogía, pues la Facultad era ya de Filosofía y Ciencias de la Educación).

Mis trabajos y publicaciones, durante todo este tiempo, han respondido a esas materias, intentando profundizar en algunas cuestiones, tanto por interés personal o porque aparecían en algún debate, congreso o seminario en el que me invitaban a participar.

Pero, independiente de las obligaciones académicas pertinentes, creo que no se puede hacer hoy Filosofía del Derecho de espaldas a la Filosofía Política y a la Ética o Filosofía moral. Y esa advertencia es válida para el filósofo político en relación con la Filosofía del Derecho y la Ética y para el filósofo moral en relación con la Filosofía Política y Filosofía del Derecho. No se trata de confundir campos de estudio y reflexión, que deben permanecer claramente delimitados, sino de una perspectiva de análisis y una metodología apropiada que nos lleva de la Ética al Derecho y de ahí al poder político. Porque una vez descrito el concepto y funcionamiento del poder político y las características de esa actividad que llamamos política, y una vez admitido que el poder político actúa socialmente a través de reglas, surgen preguntas referidas a la legitimidad y justicia de uno y otro y a la necesidad y justificación de la autoridad política, junto a la de las razones para la obediencia al Derecho. Y esas últimas preguntas son preguntas de Ética práctica trasladadas al ámbito de la política y al Derecho.

Y, volviendo a los interrogantes que incluye la pregunta. Javier Muguerza no únicamente influyó en mi formación filosófica sino que durante todos estos años ha sido mi principal interlocutor filosófico, además de un excelente y añorado amigo. Por eso le considero uno de mis maestros. Y, como en el caso de Aranguren, algunos de los temas reflexionados por ellos los he trasladado al campo de la Filosofía del Derecho. Y en cuanto a la pregunta sobre qué papel jugó en la Ética española no se puede contestar, en mi opinión, otra cosa que la de que ejerció un papel esencial. Esencial por sus propias perspectivas teóricas, esencial en cuanto a su proyección, esencial en cuanto a la formación de profesores de Ética en la Universidad y en la Enseñanza Secundaria, esencial a la hora de organizar empresas intelectuales y encuentros donde se debatía hasta la saciedad y esencial por las relaciones establecidas con profesores extranjeros y, muy especialmente, con filósofos iberoamericanos. Estuvo detrás de los primeros Encuentros de Ética y Filosofía Política, hispano-mexicano el primero (1985) e hispano-latinoamericano el segundo (1986), patrocinados por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y en cuya organización tuve el gusto de participar con él (también con Carlos Thiebaut y José María González). Creó y dirigió la importante revista *Isegoría* y tuvo mucho que ver con la fundación del Instituto de Filosofía del CSIC, del que fue su primer director y siempre principal mantenedor, lo mismo que con la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Su impulso y su perseverancia lograron la creación de la especialidad de Filosofía en la Universidad de La Laguna y en la UNED.

Cuando llegué en octubre de 1970 a la Universidad Autónoma de Madrid, aun no inaugurado su campus de Cantoblanco, con el fin de estudiar la especialidad de Filosofía (debido a que me pareció que su Plan de Estudios era muy atractivo, innovador y bastante interdisciplinar) Javier Muguerza era el profesor estrella del Departamento de Filosofía (tenía 34 años). Su dedicación, en esos años, fue principalmente la Lógica matemática o formal, la Filosofía de la ciencia y, en general, la Filosofía analítica (sus largos y excelentes prólogos a la selección *La concepción analítica de la filosofía de la filosofía* o a la traducción del libro editado por I. Lakatos y A. Musgrave *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, lo mismo que

la traducción con su mujer Conchita López-Noguera de la *Historia de la lógica* de M. y W. Kneale, lo atestiguan). Unos años antes, en 1968, había aparecido la traducción, también de Conchita López-Noguera del libro de Mary Warnock *Ética contemporánea* con una presentación de Javier Muguerza, pero sus dos obras más importantes de Filosofía moral (aunque desde una perspectiva más amplia que la corriente) son bastante posteriores: *La razón sin esperanza* es de 1977 y *Desde la perplejidad* de 1990.

De Javier Muguerza se comentaba que era el discípulo predilecto de José Luis López Aranguren y su ayudante hasta la expulsión en 1965. No obstante, su director de tesis, por motivos que me comentó el propio Aranguren, había sido Ángel González Álvarez, catedrático de Metafísica. Esa conexión de maestro-discípulo y de amistad (a pesar de que nunca se tutelaron) se mantuvo después de la expulsión de la cátedra de Aranguren, durante la época en que fue profesor de la Universidad de Santa Bárbara (California), y en todos los años posteriores hasta su muerte en 1996.

La aportación extensa y profunda de Javier Muguerza a la Filosofía española contemporánea, en general, y a la Ética, en particular es, pues, un hecho incontestable. En cuanto al impacto de su obra, pero también de sus debates y complicidad con y en la Filosofía del Derecho, pueden dar fe las cinco colaboraciones de filósofos del Derecho que aparecen en el homenaje de *Isegoría* por su 80 cumpleaños, editado por R. Rodríguez Aramayo, J.F. Álvarez, F. Maseda y Concha Roldán, bajo el título *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual*, 2016.

En su colaboración, Manuel Atienza, señala una serie de trabajos y actuaciones en debates, donde se puede comprobar la influencia de Javier Muguerza en la Filosofía del Derecho contemporánea, y hasta el desempeño (legitimidad tuvo como filósofo, ¿quién más apropiado?) del papel de filósofo del Derecho, aunque sea desde la perspectiva de la Ética y la Filosofía Política.

Los voy a citar, por orden cronológico, aunque sin comentarlos pues ello me llevaría a dedicar un largo espacio de esta respuesta. En todo caso, en ese debate continuado con algunos filósofos del Derecho tendría primacía siempre la relación, también por motivos generacionales, con Elías Díaz. El primero sería su intervención en la polémica sobre la existencia o no de una obligación moral de obedecer al Derecho, que impulsó la publicación, en 1979, del artículo de Felipe González Vicén *La obediencia al Derecho*. En segundo lugar se hallaría su conferencia sobre la fundamentación de los derechos humanos, titulada *La alternativa del disenso*. (*En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos*), una Tanner Lecture impartida, en la primavera de 1988, en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, por invitación de Gregorio Peces-Barba y con el apoyo de H.L.A. Hart. Aquí Javier Muguerza defendió una fundamentación disensual de los derechos humanos, inicio de un planteamiento que más tarde desarrollará con la tesis del imperativo de la disidencia, que contó con la respuesta, generalmente crítica, de varios filósofos del Derecho y de la moral allí reunidos (todo ello recogido en el libro Javier Muguerza y otros autores *El fundamento de los derechos humanos*, edición preparada por Gregorio Peces-Barba, 1989). El tercero sería el texto de la

conferencia, impartida en el Consejo General del Poder Judicial, sobre *El Tribunal de la conciencia y la conciencia del Tribunal (una reflexión ético-jurídica sobre la ley y la conciencia)*, una sugerente aportación a la ética judicial, tema que junto a la deontología profesional ha sido objeto de atención por los filósofos del Derecho (lo he analizado en mi artículo *Los jueces buenos y los buenos jueces. Algunas sencillas reflexiones y dudas sobre la ética judicial*, 2008).

En cuarto lugar se encontraría el artículo *La lucha por los derechos. Un ensayo de relectura libertaria de un viejo texto liberal*, una reflexión, desde el imperativo de la disidencia, del librito de Rudolf von Ihering *La lucha por el Derecho*, 2000. Este punto de vista ético de Javier Muguerza, en el que da la impresión de que el disenso importa más que el acuerdo y la desobediencia tiene primacía sobre la obediencia (incluso la justificada) no deja de ser una concepción problemática, arriesgada y cuestionada por filósofos del Derecho, que normalmente partimos del punto de vista contrario. Pero sin duda es un reto teórico y moral atractivo. Y, en lo que tiene de kantiano, puede ser la base de una discusión en que los filósofos de la moral y los filósofos del Derecho tenemos mucho que aprender recíprocamente y debatir (la discusión entre Javier Muguerza y Ernesto Garzón Valdés, recogida en el librito *Ética, disenso y derechos humanos*, 1998, que tuve el gusto de presentar, junto con Manuel Atienza, en la Residencia de Estudiantes, es un buen ejemplo a seguir). En todo caso me quedo, sin especiales objeciones, con la defensa, que lleva a cabo Javier Muguerza, del individualismo moral (supremacía moral de la conciencia individual sobre todo lo demás; valor moral de cada persona concreta; derecho a tener derechos) como fundamento de los derechos humanos, de la autoridad del Derecho y de la legitimidad del poder político. En el buen sentido de que ello no es incompatible con la existencia de bienes comunes que hay que asegurar, de deberes humanos de solidaridad y con planteamientos cosmopolitas («sin renunciar a las raíces», defenderá en el último capítulo que aparece en el libro conjunto *La aventura de la moralidad (Paradigmas, fronteras y problemas de la ética)*, editado por él y por Carlos Gómez, 2008).

IX. En cuanto al objeto de la tesis es muy de Elías Díaz. ¿Influyó él en la decisión de la temática? Desde luego, creo que en tu obra hay un influjo de Elías; en algún momento lo reconoces, que esa veta hispanista se la debes a él.

Es cierto lo que se dice en la pregunta, sin embargo hay que hacer alguna matización y añadir información para tener una idea completa sobre el asunto.

Conocí a Elías Díaz, que ya era catedrático de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, en una cena, a comienzos de julio de 1974, organizada por Gregorio Peces-Barba con ese objetivo, a la que también asistió José Félix Tezanos, secretario de la revista *Sistema*, porque en esa velada también se habló de mi colaboración en la revista a través de reseñas de libros. En el curso recién finalizado, para mí el quinto año de la licenciatura de Filosofía (1973-1974), había seguido la asignatura de Historia de la Filosofía española, impartida por Diego Núñez, buen profesor y notable investigador como hispanista. Por esas fechas leí con mucho interés el libro de Manuel Tuñón de Lara *Medio siglo de cultura española*

(3.^a edición, 1973) que me encantó y me dio a conocer las cuestiones que, para mi desgracia y de los planes de estudio, incluidos los de Filosofía, nadie me había hablado y desconocía totalmente. La historia del krausismo en España (Elías Díaz, *La filosofía social del krausismo español*, 1973), la Institución Libre de Enseñanza y la figura de Julián Besteiro son los primeros temas que me atrajeron. A ello hay que añadir que Diego Núñez nos habló mucho en clase sobre el positivismo en España, tema de su tesis doctoral, que publicó unos meses más tarde en libro, bajo el título *La mentalidad positiva en España: desarrollo y crisis*, 1975. Para la fecha en que conocí a Elías Díaz ya le pude hablar de estas primeras lecturas y del tema de mi tesina, que me iba a dirigir Diego Núñez. La temática de la tesina y la tesis doctoral y esa veta hispanista que se señala en la pregunta tuvieron, desde ese momento, un gran estímulo y desinteresado apoyo en Elías Díaz de quien siempre he recibido amistad, ánimos y sabiduría. Guardo como oro en paño un ejemplar de la tesina con tantos comentarios, matizaciones y objeciones de Elías Díaz como páginas. Esas opiniones marcaron notablemente el contenido futuro de la tesis doctoral que, sin duda, es difícilmente comprensible sin la tutorización, ya que no dirección formal, de Elías Díaz. Todavía hoy intercambiamos información y, con frecuencia, le pido consejo o le pregunto sobre algún autor o alguna obra que me plantea dudas.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, también hay un claro influjo de Elías Díaz en mi concepto de Filosofía del Derecho, en su temática y en la metodología, es más, a él le debo que considerara como una opción académica e intelectual, el dedicarme a la Filosofía del Derecho. Y esta también tiene una sencilla explicación que paso a exponer.

Durante el verano de 1972 y recién finalizado tercero de la especialidad de Filosofía, cada vez me afirmaba más en la idea de que la Filosofía que tenía sentido, independientemente de la Historia de la Filosofía, era una Filosofía de (la Ciencia, la Religión, la Política, el Derecho, la moral, etc.) es decir, una metafilosofía que se apoyara en una disciplina concreta y que estudiara críticamente su fundamento, funciones y alcance. Estaba de acuerdo, en lo general, con la tesis mantenida por Manuel Sacristán en su librito *Sobre el lugar de la Filosofía en los estudios superiores* (1968). Como antes los veranos universitarios duraban mucho, me dio tiempo a ayudar en casa en la recogida de la hierba para las vacas (mi padre era ganadero), a preparar los exámenes de las asignaturas para septiembre (no porque hubiera suspendido, sino que en protesta por la política universitaria y por la actuación de la policía, los alumnos de muchas Facultades –no las de Derecho, ni de la Autónoma ni de la Complutense– de varias Universidades habían decidido asambleariamente hacer huelga de exámenes de la convocatoria de junio), y a comenzar a leer libros de Filosofía del Derecho. Los primeros que leí fueron el de Elías Díaz *Sociología y Filosofía del Derecho* (1971) y la *Introducción al Derecho* de Ángel Latorre (1968). Ambos me interesaron mucho y simpatiqué enseguida con lo que decían y cómo lo decían. Además en el de Elías Díaz se hablaba de asuntos que me eran familiares, ya sea de Filosofía contemporánea, ya sea de Sociología. Las páginas que se dedicaban a H. Kelsen, H.L.A. Hart y N. Bobbio me impactaron especialmente. Todo ello hizo que me planteara en serio la posibilidad de dedicarme a la Filosofía del Derecho, pues

me resultaba muy interesante y asequible. Lo siguiente fue decidirme a matricularme en la licenciatura en Derecho, a partir del próximo curso (que era el 1972-1973). No lo pude hacer en la Autónoma pues no se permitía compatibilizar dos carreras y no existía enseñanza libre, y además, como medida sancionadora se había prohibido el tránsito entre Facultades. Lo tuve que hacer en la Complutense, primero en turno de tarde y con Luis García San Miguel de profesor de Derecho Natural (sus *Notas para una crítica de la razón jurídica* me interesaron mucho) y, cuando nos sancionaron con la medida ilegal (ilegal desde el punto de vista de la legalidad franquista) de pérdida de la docencia y cierre del Departamento de Filosofía de la Autónoma, me cambié al horario de mañana, como alumno libre oyente (así se llamaba). Estuve decidiendo, casi con moneda al aire libre, entre el grupo 1.º de Derecho Natural, que impartía Joaquín Ruíz-Giménez o el grupo 2.º que lo hacía Gregorio Peces-Barba y no recuerdo por qué razón me decidí por el segundo. Me resultó fácil incorporarme cuando ya llevaba un mes de comenzado el curso, con el añadido de que Gregorio Peces-Barba utilizaba como bibliografía los libros de Ángel Latorre y Elías Díaz.

Con él mantuve una relación continua en los siguientes cursos, siendo catedrático en Oviedo y después en Valencia, pues era común que nos reuniéramos el grupo de la Autónoma de discípulos de Elías Díaz y el grupo de J. Ruíz-Giménez y Gregorio Peces-Barba de la Complutense. El trato fue más estrecho durante los seis años (1980-1986) que estuve en el Departamento que él dirigía, como Adjunto Numerario (después nos cambiaron el nombre a Profesor Titular) de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, salvo el casi un curso que desempeñó el cargo de Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (1982-83). Prosiguió ya siendo yo catedrático de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria y se ha mantenido treinta y un años más desde que soy catedrático de la Carlos III. Todo este tiempo me he aprovechado y he disfrutado de sus amplios conocimientos, de su curiosidad ilimitada y de su amistad. También he recibido algún tirón de orejas, como todos los demás compañeros que tenemos a Elías Díaz como común maestro, aunque nunca me he enemistado con él.

X. Pero quizás tu más significado maestro sea Gregorio Peces-Barba y en cierta medida eres uno de sus herederos, ¿no crees? También, claro, te pido una semblanza, aunque sé que es difícil pues en Gregorio se daban cita muchas dimensiones: el político, el intelectual, el universitario. Así, fue un padre de la Constitución y ocupó relevantes puestos políticos; se dedicó intensamente a los derechos humanos y escribió un buen número de obras, además de dirigir (contigo, Rafael de Asís y Francisco Javier Ansuátegui) una impresionante «Historia de los derechos fundamentales»; fue rector de la Universidad Carlos III.

Sí, efectivamente, mi más significado maestro, entre los que aquí vienen apareciendo, es Gregorio Peces-Barba. Quizá no sea la persona de quién más aprendí Filosofía, Filosofía del Derecho, Historia de las ideas, Filosofía Política o Historia del pensamiento español, pero sí fue el antiguo profesor que siempre estuvo ahí, que me ayudó como nadie en los difíciles comienzos de mi carrera universitaria, que me aconsejó, que confiaba en mí, que incluso me echó una mano ante inesperados sucesos y conflictos familiares y que siempre, cuando viajaba a Francia o Italia traía

para los amigos más íntimos una novedad bibliográfica que pensaba que nos venía bien para nuestros trabajos. Creo que en el mejor sentido, que recoge la tradición griega y romana, la idea de maestro, así puede ser entendida. Y en cuanto a lo de heredero, si cupiera la posibilidad, habría que preguntárselo a él, pero sí lo fui literalmente de unas decenas de libros, según fue su voluntad recogida en el testamento, junto a un grupo más bien reducido de amigos y profesores, también discípulos, en línea decreciente, en cuanto a la cantidad, según la juventud y el grado académico.

En cuanto a la semblanza que se me solicita, he sido autor de varias, con motivo de su jubilación como catedrático de la Universidad Carlos III (2008) (publicada en *Autonomía universitaria y libertad académica*, IV, Madrid, 2010), o en el volumen primero de los *Estudios* en su homenaje con motivo de ese suceso (2008), o en el Homenaje que la Universidad Carlos III organizó el 17 de octubre de 2012, después de su fallecimiento a finales de julio de ese año (el texto se puede encontrar en *Derechos y libertades*, núm. 28, 2013). También hay dos intervenciones inéditas, mías, con motivo de una celebración que tuvo lugar en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, organizada por su Rector, Salvador Ordóñez, el 28 de agosto de 2012, y una Presentación de sus *Discursos parlamentarios*, recogidos por Luis de la Peña (Madrid, 2014) que se desarrolló en el Congreso de los Diputados, el 19 de noviembre de 2014. Lo último escrito, quizá adonde enviaría a quien esté interesado en su figura, es *Gregorio Peces-Barba: ética y política de un servidor público* que ha aparecido en el tomo primero de la magna obra *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas* y que me solicitó su director, Benigno Pendás.

Pienso que el privilegio de haber conocido a Gregorio Peces-Barba y haber tratado y colaborado con él durante cuarenta años, me convierte en un testimonio bastante competente a la hora de escribir sobre él. Y aunque la amistad quizá no me permita ser totalmente objetivo, la cercanía con su trayectoria humana y profesional también pueden inclinarme a ser más exigente y crítico con él. No tiene sentido, ni ahora, a ocho años de su fallecimiento, ni en el futuro, hacer una evocación que roce la hagiografía, pero tampoco olvidar (para mejor comprender, quizá también para excusar un poco algún tipo de comportamiento no adecuado) que el hombre público debe pelear contra las debilidades de la soberbia y la vanidad. Con Gregorio Peces-Barba he conocido lo que tiene de humanamente interesante el poder político, su necesidad para la convivencia y la vida en sociedad, sus límites y peligros y esa perenne lucha y tensión entre la ética y la política. Voy a reseñar esquemáticamente algunos datos que sirven para dibujar su vida. Todos deben ser completados y puestos en relación, pues si algo tiene de sorprendente y de envidiable su biografía es el haber sabido y podido compatibilizar dimensiones que no se avienen fácilmente a ello, como son las de profesor universitario, abogado, político, intelectual y Rector.

1.º– Desde su época de estudiante universitario se interesó por la política, en un primer momento en el marco de la democracia cristiana, no la que en España colaboró con el franquismo, sino la de un cristianismo progresista, en la línea del Concilio Vaticano II y del pensamiento social y político de J. Maritain (su tesis doctoral está dedicada a este filósofo) y el personalismo de E. Mounier. Aquí fue determinante el

magisterio moral e intelectual de Joaquín Ruiz-Giménez y su dedicación a la revista y editorial *Cuadernos para el Diálogo*.

Más tarde, hacia 1972, se afilió, como otros jóvenes demócratas cristianos de izquierdas en la línea de Manuel Jiménez Fernández, al PSOE renovado, partido al que perteneció hasta su muerte. En cuanto a sus señas de identidad teóricas hallaríamos el impacto de las ideas de N. Bobbio, R. Treves y Elías Díaz.

2.º– Fue un jurista, que gozaba con la práctica del Derecho. Recién finalizada la carrera comienza a trabajar como abogado y lo hace de manera brillante, llevando casos notables de los últimos años de la dictadura. Pero en 1977, después de salir Diputado en las primeras elecciones democráticas, decide poner punto final al ejercicio de la abogacía. La explicación que siempre le oí es que había visto con suficiente claridad que el puesto de parlamentario y el mantener un bufete abierto, debido a las interferencias político-profesionales y a las presiones pertinentes (en este caso, más bien, impertinentes) clamaba por la incompatibilidad entre ambas.

3.º– Dentro del PSOE renovado llegó a ser un político muy relevante, con una influencia grande en los últimos años del franquismo, en la Transición democrática y, ya durante la etapa democrática, imprescindible en su organización y proyección social. Con mucho poder y asegurado futuro. Diputado por Valladolid en 1977, 1979 y 1982. Y Presidente del Congreso de 1982 a 1986. Al finalizar esta legislatura decide pasar a la situación de simple militante de la Asociación Socialista Universitaria y dejar los puestos de responsabilidad política. Este cambio tan importante y sorprendente lo explicaba diciendo que quería dedicarse exclusivamente a la Universidad, algo difícil de comprender en una persona que tenía asegurado un gran porvenir político.

4.º– Fue un eminente servidor público, con sentido de Estado y claramente inclinado del lado de la defensa y realización del Estado social y democrático de Derecho.

Cualquier jurista o profesor se hubiera sentido muy satisfecho con la posibilidad de ser ponente y uno de los padres de la Constitución de 1978. Sus intervenciones en la ponencia y discusión constitucional tienen mucho interés y a ello se dedicó con auténtica vocación y eficacia. Y no es extraño, y hay razones muy pertinentes para ello, que se sintiera orgulloso de este cometido.

5.º– Su papel en la creación y desarrollo de la Universidad Carlos III ha permitido escribir una página relevante en la historia española de la educación pública universitaria. Fue un Rector de los que ya no existen (y lo digo en el sentido literal), que tomó como un encargo personal y exquisito el fundar una Universidad pública de calidad en el sur de la región de Madrid (invito a que se lean en las hemerotecas los comentarios negativos de cierta prensa, a partir de la primavera de 1989 y durante los meses siguientes). Y, sin duda, lo logró, en poco tiempo, aunque al precio de identificar, opino que excesivamente, y esto siempre es un riesgo, su vida personal con el desarrollo de la Universidad.

6.º– Fue un profesor universitario, desde el final de su licenciatura en Derecho y como ayudante de J. Ruiz-Giménez y muy cercano a su adjunto Elías Díaz, hasta los meses anteriores a su fallecimiento. Nunca dejó de trabajar, publicando mucho,

organizando muchas actividades y cumpliendo con varios compromisos teóricos al mismo tiempo. Estaba sinceramente enamorado de las tareas universitarias, según nos comentó varias veces, hasta el punto de mantener que era la mejor profesión existente. Valoraba especialmente el mérito, la inteligencia y la sensibilidad a la hora de analizar las cuestiones teóricas. Estimuló y apoyó muchas vocaciones universitarias y estaba satisfecho por ello. También conoció alguna decepción y sufrió los sinsabores de esta profesión universitaria, bastante dada al autismo y a la vanidad.

Y dentro de las iniciativas universitarias que promovió merece un lugar destacado, por su importancia objetiva, aunque creo que, por el momento, no adecuadamente valorada, la publicación de la *Historia de los derechos fundamentales* que fue la idea originaria, a comienzos de los años setenta, que inició mi colaboración teórica con él (también estaba en el grupo de arranque Liborio Hierro). La *Historia* ha logrado reunir 22 volúmenes y más de ciento treinta autores. Uno de sus grandes logros es haber abierto, el de por sí amplio campo estudiado, a nuevas y futuras investigaciones. Es una obra única a escala mundial, que, incluso en sus defectos, puede ser mejorada.

7.º- Su último servicio público fue el desempeño de la Secretaria de Estado o Alto comisionado para las Víctimas del Terrorismo, puesto que compatibilizó, creo que equivocadamente, con el de Rector. Tuvo lugar durante el primer mandato de J.L. Rodríguez Zapatero, hizo una buena labor, pero también tuvo percances con alguna asociación de víctimas del terrorismo, desencuentros, disgustos (posiblemente por falta de sintonía) y recibió inmerecidas críticas políticas (quizá interesadas) del Partido Popular. Algo que, aunque poco dado a comentarlo, me parece que le afectó muy negativamente incluso en la salud.

En resumen, es muy difícil sobrellevar las tensiones entre el intelectual y el político pero, me he permitido en alguno de los escritos antes mencionados, decir que Gregorio Peces-Barba pertenece a una categoría intermedia, que es la del intelectual con vocación (en el sentido weberiano) política. Ha sido un hombre de ideas y teorías, pero siempre con la mentalidad de un hombre de acción, a quien le gustaba el poder y disfrutó de él, incluso cuando dejó la actividad política partidista. No tiene nada que ver, en ese sentido, con Aranguren; tampoco con Elías Díaz; algo más, pero con diferencias, con J. Ruiz-Giménez. Además en algún momento crucial de su trayectoria política no le importó ir por libre y mantener su independencia de criterio. El populismo y lo políticamente correcto no iban con él.

Incluso, me parece que en los años últimos había alimentado una visión también escéptica, irónica y autocriticamente sarcástica. El último viaje largo en el que le acompañé (los viajes al extranjero con Gregorio Peces-Barba siempre eran largos ya que tenía miedo al avión y los hacía en tren o en coche) fue a París, en diciembre de 2010, y tuvimos la oportunidad de charlar, como viejos amigos, de muchos asuntos y personas. Y por estas conversaciones y por anécdotas que le retrataban muy bien, me pareció que esa visión un tanto distanciada era una realidad, producto de mucha experiencia, de haber alcanzado la madurez vital y de un cierto alejamiento de lo que tenía apariencia de importante.

Y no puedo terminar esta semblanza que me piden sin hacer referencia a una faceta personal que no tiene que ver con lo anterior, pero que sirve para conocer los rasgos definitorios de una persona. Gregorio Peces-Barba fue una persona muy divertida, llena de cordialidad, amante de los placeres de la vida y que deseaba alegrar la existencia de sus amigos. Aunque diera la impresión de que era parcial cuando hablaba del Real Madrid, de la Carlos III, de su escuela filosófico-jurídica o de los cuplés o la zarzuela, nunca fue un fanático de nada. Y no conozco a nadie que haya logrado que N. Bobbio recordara algún trozo de zarzuela, que R. Dworkin probara los callos a la madrileña, que pretendiera que J. Habermas se interesara por la copla española, que llevara a Felipe González Vicén a ver *Él Último cuplé* de Olga Ramos y se la presentara, que quisiera apuntar a Aranguren al Real Madrid o que le dijera a Monseñor Fernández Golfín, anterior obispo de Getafe, delante de un plato de morcilla frita, de los que daba de aperitivo en el comedor del Rectorado: «peque Sr. Obispo, peque».

XI. Tengo que hacer referencia a una cuestión que, si omito, dirán que falta en la entrevista, la del control que ejerció Peces-Barba en el acceso a las cátedras. Para no ser complaciente, te tengo que preguntar al respecto.

Aunque responder a esta cuestión me resulta un tanto incómodo, sobre todo por el riesgo de naufragar en el intento de explicarme bien y ser acertadamente comprendido, me parece que la pregunta es perfectamente plausible y, efectivamente «dirán que falta en la entrevista» y hasta acusarán de complaciente al entrevistador si no aparece en ella, pues de manera directa o indirecta, medio en broma o con ánimo ofensivo, la queja suele hacer su aparición cuando se habla de Gregorio Peces-Barba entre personas relacionadas, también directa o indirectamente, con la Filosofía del Derecho.

Creo que la respuesta está muy condicionada por el alcance que se quiera dar a la expresión «control que ejerció en el acceso a las cátedras». Dicho esto, se podría adelantar algunas respuestas:

1.º– De existir un control este nunca fue de carácter ideológico. Aquí cabe hacer una diferencia con otros momentos de la historia de la asignatura, no muy lejanos, trufados de amenazas, presiones y discriminaciones partidistas, que todavía algunos profesores de Filosofía del Derecho pueden narrar. La preferencia por determinadas personas frente a otras se debió más bien, y siempre dando por supuesta la competencia teórica aproximada entre concursantes u opositores, a la pertenencia a la escuela, al trato continuo y la amistad. No puedo responder de manera absoluta, pero desconozco algún caso de verdadera injusticia que fuera visto como un auténtico escándalo y fuera protagonizado por Gregorio Peces-Barba en «el acceso a las cátedras».

2.º– Una cosa es el efectivo control sobre el acceso a la cátedra y otra cosa es el mero intento. La diferencia entre ambas situaciones es que la primera exige no únicamente la voluntad sino posibilidades reales, es decir, medios de ejercer el control. Y en una oposición o concurso, salvo que la elección o el sorteo haya dado mayoría a los profesores de un determinado grupo, lo normal es que, si hay varios candidatos, pertenezcan a varias escuelas. A partir de ahí entran en juego la superación de los

ejercicios por el concursante, pero también los acuerdos posteriores para otorgar la plaza.

Es una cuestión que abarca varios requisitos: la preparación intelectual, la capacidad y los méritos de los candidatos, la suerte en la elección de los miembros del tribunal, cómo se hagan los ejercicios, la preferencia justificada y no subjetiva. Y no es únicamente un asunto de voluntad sino de procedimientos claros, garantistas y públicos donde la posible arbitrariedad o la parcialidad se vean neutralizadas por las normas de actuación de los tribunales, por el acceso a los recursos pertinentes y porque esos recursos sean decididos por árbitros neutrales.

3.º– Desde que estoy en la Universidad, hace ya 46 años, he asistido a varias oposiciones y concursos y he formado parte de muchos tribunales.

Lo normal, cuando hay varios candidatos, es que los miembros del tribunal lleven la idea de apoyar a los pertenecientes a su escuela o próximos. Mientras se haga a partir de los méritos contrastados y de la superación de los ejercicios, condición inexcusable para no cometer arbitrariedad o injusticia con los candidatos, es que esta predilección se considere como un hecho normal. Además hay discusión y posterior valoración que pueden modificar la toma de posición previa.

No conozco ningún caso en el que, cumplido el requisito de valía, algún profesor, por importante, conocido o poderoso que sea, haya hecho el ejercicio masoquista de haber votado a alguien ajeno. Aunque también hay que admitir que, a veces, en concurso y oposiciones tienen lugar verdaderos descubrimientos de personas, hasta ese momento desconocidas, pero esa es una ventaja de que haya procedimientos públicos de selección.

Gregorio Peces-Barba, como todos los jefes de escuela, estimaba a sus componentes, que también eran amigos, y se volcaba en sacarles en una oposición o concurso. Exactamente igual que lo que hacían todos los demás. La diferencia es que hay quien sabe hacerlo sin que se manifieste externamente, entre cortinas o de manera prudente, y hay quien no mantiene la necesaria discreción. Podría recordar ejemplos de ambas. Y es más fácil de acusar de control a los segundos que a los primeros. Quizá Gregorio Peces-Barba no mantuvo la suficiente ni prudente discreción en alguna oposición o concurso. En todo caso, el cumplimiento de las reglas y procedimientos, la deontología profesional y la propia conciencia moral son impulsos necesarios para evitar el sectarismo.

4.º– Hay una explicación, mínimamente cabal, de por qué Gregorio Peces-Barba pudo actuar de manera indiscreta o imprudente, quizá también no siendo consciente de las consecuencias: el poder y la ceguera que puede generar.

Gregorio Peces-Barba era una persona que disfrutaba del poder, la famosa erótica del poder' cuyas pulsiones pueden sustituir otro estilo de vida más, por decirlo de alguna manera, horizontal (es curioso por qué desde pequeños concebimos y podemos llegar a justificar un mundo jerarquizado), de la misma manera que en ciertas personas la gula puede reemplazar la falta de actividad sexual. Me contaba una vez Jacobo Muñoz, insigne filósofo, de lengua afilada, divertido y primo de Gregorio

Peces-Barba, que cuando venía con sus padres de Valencia a Madrid, iban a ver a la familia de Gregorio. El juego de niños más apetecido por Peces-Barba era vestirse con batas y sombreros y representar el papel de Papas, Reyes y demás jerarquías (como también he jugado a lo mismo de pequeño, comprendo la naturalidad del asunto). Lo curioso, añadía Jacobo Muñoz, y algo que le parecía injusto, es que siempre Gregorio era quien distribuía los distintos papeles.

Y no resulta nada extraño que de adolescente, joven y en la edad adulta le privara mandar, además de verse acompañado por todos los atributos del poder, ya fueran togas, uniformes, condecoraciones y bandas varias.

No únicamente ejercía el poder sino que gustaba que otros se dieran cuenta y, por ende, hacia ostentación de ello. Incluso, en algún trabajo o intervención sobre él, con motivo de su fallecimiento o en algún acto de recuerdo, he señalado que junto a su vocación política muy clara (creo que dominada, en general, por una ética de las convicciones responsables) coexistía en él una casi infantil idea de sus manifestaciones, no exenta, al final de su vida de rasgos de ironía.

Gregorio Peces-Barba deseaba y anhelaba el poder político cuando estaba en la oposición al franquismo (no era raro escucharle frases del tipo: «cuando estemos en el poder...» o «cuando yo sea...»), más tarde, dentro del PSOE y en la política española trató al poder político real, sensación acrecentada en el momento en que ocupó el puesto de Presidente del Congreso (por cierto, mucho más independiente que todos los/as que le han seguido. Una prueba: su negativa a votar en opciones partidistas). Posteriormente, como Rector-Fundador de la Universidad Carlos III, durante muchos años, siguió siendo depositario de poder, autoridad e influencia. Y la influencia se puede convertir en influencias en el tema del presunto control de las cátedras universitarias.

Pocas personas como él han podido desempeñar, al mismo tiempo, el poder político y el poder académico. La suma tiene sus riesgos porque hay que tener en cuenta y protegerse de los excesos del poder...

5.º – Compartí varias veces con Gregorio Peces-Barba la formación de tribunales y comisiones de oposiciones y concursos a plazas universitarias. Como es normal discutimos sobre la idoneidad y prioridad de los candidatos, pero nunca intentó ni llegó a presionarme en algo parecido a un control de las plazas. Hasta el punto de que, alguna vez, votamos en sentidos diferentes.

Sí es cierto, y es la única excepción, que aunque sin formar parte de la Comisión, expresó a sus miembros su interés a favor de un protegido suyo, para una plaza de Ayudante del Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Como catedrático de la materia y Director del Departamento en ese momento tuve que presidir la Comisión y no voté a su candidato porque se presentaron dos concursantes más y me parecía que una de ellas tenía más méritos, además de ser doctora. Esta persona recurrió y el tema fue a los tribunales de lo contencioso-administrativo. La magistrada a quien correspondió el caso nos ordenó a cada uno de los miembros de la Comisión que emitiéramos un informe sobre el

desarrollo de la misma y sobre el voto emitido. Mi informe no gustó a Gregorio Peces-Barba y me pidió que lo retirara antes de que la Universidad lo enviara al juzgado. Me negué a ello y a nuestro Rector le sentó muy mal. Fue el primer, y único en cuarenta años, enfrentamiento serio y grave (pues lo convirtió en cuestión personal) que tuvimos. Lo recuerdo con mucha tristeza, como un caso parecido a los de la tragedia griega. Y mi mayor miedo era que las cosas ya no iban a ser igual. Sin embargo, la amistad de muchos años y en situaciones, a veces, difíciles, la idea de que quizá habíamos ido demasiado lejos (sobre todo él) en las consecuencias de ese accidente y una serie de razones personales que le atañían a él, hizo que las aguas volvieran a su cauce año y medio después, quizá porque ambos queríamos superar el desgarró afectivo producido.

6.º– En la semblanza de Gregorio Peces-Barba que me pidió Benigno Pendás que hiciera para la obra conjunta *España constitucional (1978-2018)*, hay un momento en el que comento un texto del libro de Juan Luis Cebrián *Primera página. Vida de un periodista. 1944-1988* donde éste señala el papel que significó Gregorio Peces-Barba de protector «paterno-filial», de líder espiritual y maestro, para él y para otros amigos. Yo añado que ese papel se puede trasladar a muchos discípulos y amigos de las varias generaciones posteriores, proponiendo un antes y un después. El antes se refiere a los tutelados en una época en que Gregorio Peces-Barba era un profesor no numerario, un abogado de la oposición política y un militante de un partido ilegal y de izquierdas; el después al Gregorio con poder e influencia política y académica. Los amigos de una y otra época se pueden sumar, pero responden a circunstancias distintas. No quiero decir que los primeros sean los buenos y los segundos los malos, no que la amistad sea sincera en el primer caso e interesada en el segundo. Aquí no vale el maniqueísmo puesto que los hay muy aceptables y buenos, personal e intelectualmente, en el antes y en el después. El problema es que es más fácil que se cuelen en la etapa de poder e influencia personas sin reparos «capaces de manipular sentimientos para lograr sus interesados propósitos». «Y es curioso, y es un defecto muy extendido –añado en mi comentario– que el poderoso se deja vencer por los halagos, perdiendo el sentido de la realidad y la necesaria autocrítica».

Creo que en los excesos, más que control, de la actuación de Gregorio Peces-Barba en el acceso a las cátedras (sobre todo al final de su vida académica), y teniendo en cuenta que por razones universitarias de proximidad mi información es bastante correcta, lo anteriormente descrito sobre dos etapas con dos tipos de amigos y protegidos, juega un papel relevante.

En definitiva, aunque la pregunta es pertinente no es adecuado dar por implícito, con carácter general y como marca de Gregorio Peces-Barba, lo del control en el acceso a las cátedras. Y los matices, aquí, son muy importantes.

Por otro lado, y para terminar la respuesta, los universitarios debemos preocuparnos en evitar que nadie pueda controlar el acceso a las cátedras, que éste esté delimitado exclusivamente por los méritos, la valía, la publicidad, los procedimientos claros y la entrada en las pruebas en igualdad de condiciones para todas las que cumplen los requisitos legales. En las actuales pruebas aprobadas por las Universidades se

ha impuesto, de manera desvergonzada, la endogamia y un trato discriminatorio para los opositores (que distingue, no formalmente, sino en realidad, entre los de dentro, que tienen la posibilidad de influir en la composición de los tribunales de los concursos, y los de fuera). Un verdadero pacto para los clanes y escuelas, no suficientemente denunciado.

XII. También tengo que preguntarte respecto a los derechos humanos, porque tanto Peces-Barba como su escuela centraron en ellos su dedicación a la filosofía del Derecho. Lo que primero me viene a la cabeza es: ¿son los derechos humanos una creencia irracional? Creo que no. Después, ¿no son los derechos humanos la continuación del Derecho natural? Por fin, ¿cuál es el fundamento de los derechos humanos?

En efecto, tanto Gregorio Peces-Barba, como su escuela, hemos centrado en los derechos humanos la dedicación a la Filosofía del Derecho, aunque no de forma exclusiva sino compatibilizando este asunto con otras cuestiones de Filosofía del Derecho. No creo que sea bueno dedicarse a un único tema, aunque el de los derechos humanos es muy amplio, con multitud de vertientes y desarrollos. En mi caso el inicio de mi relación académica con Gregorio Peces-Barba tiene lugar a través de una invitación suya a colaborar en lo que en ese momento era un proyecto, el de la Historia de los derechos humanos. Pensaba él que mi formación filosófica, en Metodología de las ciencias, en Ética y, sobre todo, en Historia del pensamiento podría ser útil. Entre otras cosas había que delimitar el objeto a historiar y definir la metodología que íbamos a seguir, pues no se trataba de una historia de las ideas políticas ni una historia del Derecho sin más. En 1975 y con renovación en 1976 logramos Gregorio Peces-Barba, Liborio Hierro y yo una beca de la Fundación Juan March que nos permitió recluarnos, alguna vez, para ir dando los primeros pasos de la historia e intercambiar lecturas y propuestas y dividirnos el trabajo. El sistema funcionó hasta las elecciones de 1977, a las que Gregorio Peces-Barba tuvo que dedicar mucho tiempo, a ellas y a todo lo que vino después, principalmente cuando fue elegido ponente Constitucional. Pero todavía, en largos veranos de 1975 y 1976 pudimos viajar a centros de investigación en París (Biblioteca Saint Genevieve, de Ciencias Políticas), Instituto G. del Vecchio de la Universidad de Roma o en el Instituto de Derechos Humanos de Estrasburgo, iniciando relaciones con profesores universitarios, examinando bibliografía y sacando muchas fotocopias.

Posteriormente, ya a comienzos de 1981, Joaquín Ruiz-Giménez y Gregorio Peces-Barba impulsaron la creación del Instituto de Derechos Humanos, en la Facultad de Derecho, que impartió un curso de especialización para graduados y también se podía elaborar la tesis doctoral dentro de su marco. Y empezaron a llegar alumnos latinoamericanos que son los que han conformado la mayor parte de las matrículas. En la Universidad Carlos III de Madrid, y durante su segundo curso de vida, refundamos el Instituto que, a partir de 1993, ya aparece como Instituto Universitario, según vienen contemplados en la L.R.U, bajo el nombre de Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, con su Programa de Doctorado, proyectos de investigación y una revista, *Derechos y libertades*. Tuve el gusto de ser su primer

Director. Desde 1993 hasta la actualidad ha mantenido un nivel de actividades crecientemente, con muchas publicaciones y numerosas tesis doctorales realizadas. Sin duda un verdadero referente mundial en docencia e investigación en derechos humanos.

Creo que lo anterior puede servir para responder a la cuestión que aparece en la pregunta, la de si ¿son los derechos humanos una creencia irracional?, pues no creo viable dedicar tanto tiempo, tantas investigaciones y el esfuerzo de tantas personas formadas y racionales, a las que hay que suponer buenas intenciones e inteligencia, a una creencia irracional. Ello nos lleva necesariamente a la pregunta por el fundamento de los derechos humanos. Y si logramos dar los primeros pasos en ese cometido es que estamos en la senda de la racionalidad. Otro es el problema, básico, inevitable, pero de difícil solución, de encontrar el último fundamento racional de los valores que fundamentan los derechos humanos. En este campo, como en el de nuestras opciones morales básicas, difícilmente hallaremos, y podemos explicar, una prueba perfectamente racional. La emotividad, la intuición y las creencias se imponen a lo intersubjetivo. Aunque todavía cabe una evidencia: aquella a la que se refirió K. Popper en *La sociedad abierta y sus enemigos* al indicar que «se aclara el campo de la ética si formulamos nuestras demandas negativamente, es decir, si pedimos la eliminación del sufrimiento más que la promoción de la felicidad». Y es evidente, si tomamos el último siglo y la actualidad como campos de prueba, que la falta de reconocimiento y protección de los derechos humanos ha promovido y sigue creando sufrimiento a los seres humanos y que podemos ponernos de acuerdo en que esa situación no únicamente es mala sino injusta (aunque siempre nos podemos encontrar, ya que la condición humana es muy variada, a autistas morales, rozando el sadismo o el masoquismo e incapaces de superar la idea de que invocar la justicia siempre es irracional). Me parece que podemos adjudicar una buena dosis de racionalidad a la idea de evitar el mal.

Algunas de estas cosas me rondaban en la cabeza cuando, en 1981, comencé a trabajar en el fundamento de los derechos humanos. Como fruto de ello apareció en el núm. 1 del *Anuario de Derechos Humanos* del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense un artículo mío titulado *El problema del fundamento de los derechos humanos*, más tarde recogido como capítulo tercero de mi libro *Teoría de la justicia y derechos humanos*. No había mucho publicado sobre este asunto y ello hizo que fuera muy leído, discutido y citado. En él se describen tres tipos de fundamentación: iusnaturalista, historicista y ética, y se defiende una fundamentación ética de los derechos humanos, por encontrarse estos fundamentos en un supervalor, la dignidad humana, y derivado de ella los valores de la autonomía, seguridad, libertad e igualdad, convertidos en el fundamento axiológico de cada tipo de derechos humanos (cívicos, políticos, económicos, sociales y culturales). La fundamentación ética de los derechos humanos da lugar al concepto de derechos humanos como derechos morales. La utilización de esta expresión fue rechazada por Gregorio Peces-Barba y dio lugar a un interesante debate en el que intervinieron otros colegas. También he disentido con Peces-Barba y con otros colegas, como Javier de Lucas o Jesús González Amuchastegui, en considerar a la solidaridad como valor fundamentador de un tipo de derechos humanos y, en el caso del primero,

además, como valor superior del ordenamiento jurídico constitucional, pues para mí, la solidaridad es un muy importante valor de la ética social y política, pero no un principio del que derivar derechos ni imposiciones políticas. Pueden estar justificados deberes morales y jurídicos de solidaridad, pero en este último caso, no porque respondan a un derecho jurídico previo a la solidaridad. Si la solidaridad es impuesta jurídicamente y no es voluntaria, se desnaturaliza su sentido y deja de ser solidaridad. Y las conductas morales responden a la autonomía de la voluntad no al miedo a la sanción penal (en la quinta semana de confinamiento por el coronavirus me resurgen estas cuestiones pues no sé si la invocación a la solidaridad lo es más a la seguridad y el derecho a la vida y a la vida sana. En todo caso, el recurrir a la solidaridad de los ciudadanos es un refuerzo moral imprescindible para que hagan más llevaderos los sacrificios impuestos).

Varias veces he vuelto sobre estos temas durante las últimas décadas, intentando aclarar preguntas y resolver dudas sobre un tema importante para la Filosofía del Derecho y más específicamente para la Teoría de la Justicia (la mayor parte de las Teorías de la Justicia defendidas en la actualidad reclaman derechos fundamentales, con sus deberes correspondientes). La diferencia entre ellas suele estribar en el tipo de derechos que incluyen, en la jerarquía entre ellos y en la manera de solucionar los conflictos en su ejercicio y protección. La última vez que he discutido y escrito sobre la cuestión ha sido con motivo de la sesión de homenaje por su jubilación hace unos años, a Francisco Laporta y Liborio Hierro (*Necesidades humanas y derechos absolutos. Una pareja inestable*, en *Doxa*, 2017). A ello hay que añadir que la ciudadanía que exigen los derechos humanos fundamentales y el tipo de democracia es una ciudadanía y una democracia cosmopolita. La dignidad humana, como ideal moral, no tiene fronteras y sus exigencias tienen una validez universal. Aunque ello no debe llevarnos a pensar que las fronteras territoriales son innecesarias y que deben ser eliminadas. Pasar del nacionalismo excluyente del Estado-nación al estado de naturaleza hobbesiano no representa ningún progreso para la humanidad, sino todo lo contrario (he tratado estos temas en mi trabajo *Democracia y ciudadanía*, en *Eunomía*, núm. 8, 2015). Por otro lado, la idea de ciudadanía cosmopolita es un fiel reflejo actual de la defensa de los derechos humanos universales que aparecen en las Declaraciones americana y francesa del siglo XVIII, lo que me sitúa en la respuesta al otro interrogante, ¿no son los derechos humanos la continuación del Derecho Natural?, que será muy breve.

Los derechos humanos de hoy tienen precedentes remotos en la idea de universalidad de la ley natural defendida por los estoicos griegos y romanos (aunque con limitada incidencia en el derecho positivo), vuelve a tener un precedente en algunas teorías de algunos representantes de la 2.^a Escolástica o Escuela española del Derecho Natural ante un hecho tan decisivo como es el descubrimiento del Nuevo Mundo (ver el libro de Antonio Enrique Pérez-Luño *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, 1992) y tiene una influencia directa y próxima del Derecho Natural racionalista (en el cap. IV de mi *Teoría de la Justicia y derechos humanos* y en el tomo 2.^o de la *Historia de los derechos fundamentales* he desarrollado esto). Sin duda, los derechos naturales, racionales y universales,

derivados del Derecho Natural racionalista tienen mucho que ver con el concepto actual de derechos humanos fundamentales. Pero hoy el fundamento no tiene que ser, necesariamente, el Derecho Natural, vale con valores éticos que puedan ser universalizados y que sean imprescindibles para garantizar la supervivencia y una vida humana digna. Actualmente la fundamentación iusnaturalista la defiende la Iglesia católica y la corriente de Filosofía del Derecho neoiusnaturalista representada, por ejemplo, por J. Finnis y Robert P. George. Y hay muchos capítulos de la historia del Derecho Natural que están escritos de espaldas, o claramente de frente, a lo que hoy se entiende por derechos humanos.

XIII. Al hilo de la referencia al Derecho natural que he hecho en la pregunta anterior, he de referirme a éste. A veces te han llamado iusnaturalista, lo que hace que me pregunte si es eso malo. La verdad es que aquí, en España, el Derecho natural está lastrado por el franquismo. En fin, ¿cabría recuperar en cierta medida ese concepto o habría que superarlo, junto con el de su antagonista, el positivismo jurídico?

Es cierto que en varias ocasiones me han llamado iusnaturalista, pero creo que los que me lo han llamado no lo decían en tono necesariamente ofensivo. Y han venido de dos frentes: los iusnaturalistas ortodoxos que piensan que mi iusnaturalismo, lo es, sí, pero demasiado suave y los anti-iusnaturalistas, entre los que encuentran los positivistas, que piensan que estoy manteniendo una postura teóricamente poco correcta o, como poco, que me estoy situando en una posición fuera de nuestro tiempo. Cuando Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta coordinaron el volumen *El Derecho y la justicia* dedicado a la Filosofía del Derecho, en la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, en el apartado de corrientes iusfilosóficas contemporáneas, me asignaron la voz iusnaturalismo. Si alguien lo lee verá que el contenido responde a una descripción del concepto de iusnaturalismo, a la crítica que ha recibido y a la pregunta final sobre qué queda del Derecho Natural hoy (lo que queda, se señala, es la idea de un derecho ideal o justo). Cuando en los años ochenta y noventa se trabajaron, entre nosotros, temas como el fundamento de los derechos humanos o la justificación y límites de la democracia (cuestiones que han resucitado hoy) mantuve que el fundamento de los derechos es previo siempre al Derecho positivo (que no fundamenta, sino que reconoce y garantiza a través de la positivación jurídica de los derechos humanos) y que las decisiones de la soberanía popular deben y pueden ser controladas no únicamente por los tribunales constitucionales sino también moralmente. También he mantenido que ciertos derechos humanos fundamentales constituyen una especie de fortaleza que se debe defender, incluso contra la mayoría. No era otra la idea de derechos naturales del iusnaturalismo racionalista recogida al comienzo de las Declaraciones norteamericana y francesa del siglo XVIII, de los derechos para B. Constant y algún parecido hay con la teoría del coto vedado de Ernesto Garzón Valdés, objeto de discusión con Elías Díaz y Javier Muguerza. Estas tomas de postura mías han sido rotuladas como iusnaturalistas por Elías Díaz, Gregorio Peces-Barba o Luis Prieto en amistosas discusiones y publicaciones, aunque no sé si el calificativo es exagerado y podría quedarse en la defensa de un fundamento y control ético de los derechos y de la democracia.

Además de lo anterior, muy al comienzo de los ochenta del siglo pasado, defendí una especie de rescate de algunas cuestiones que nos vienen de la tradición iusnaturalista; que no se olvide su estudio, pues en caso contrario, estamos amputando miembros importantes de la historia del Derecho occidental o que el Derecho Natural sea tomado en su sentido funcional, como control ético del Derecho positivo, es decir, como Ética jurídica (idea que he agarrado del trabajo de José Luis López Aranguren, de 1962, anteriormente citado). Ello ya está desarrollado en mi trabajo *Filosofía del Derecho, Teoría de la Justicia y racionalidad práctica* (publicado en 1982 en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y recogido como capítulo primero de *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, 1984), y en esa línea me he mantenido en varias publicaciones posteriores hasta la actualidad. En ellas no he ahorrado críticas a las concepciones iusnaturalistas de carácter ontológico (el Derecho Natural fija los criterios del verdadero Derecho positivo), por no responder literalmente al sentido convencional del sustantivo *Derecho* y por apropiarse de manera poco rigurosa y con selección previa del calificativo *natural*. Esas críticas creo que son teóricamente insuperables e irrefutables, por ello, si queremos recuperar algo de iusnaturalismo debe ser entendido el Derecho Natural en su sentido deontológico (como la expresión de los requisitos que debe tener el Derecho positivo para ser Derecho justo). De esta manera el Derecho Natural se transforma en una Ética jurídica material o una Teoría de la justicia, aunque no en una más entre tantas, sino en una especial pensada para el Derecho (entre sus contenidos estarían los derechos y deberes humanos más fundamentales). En este recorrido no estoy solo, me acompañan autores como G. Radbruch, E. Bloch, H. Welzel, A. Passerin D'Entreves y, entre los de la casa, el último Ruiz-Giménez, José Delgado Pinto, José María Rodríguez Paniagua y Antonio Enrique Pérez-Luño.

Me hace gracia el que alguien pueda pensar que tener a alguien por iusnaturalista sea malo o la facilidad con que se distribuyen etiquetas, generalmente, a veces, para fines injustificados. Cuando obtuve la cátedra de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria, junio de 1986, me llegó el cotilleo de que por parte de grupos tradicionalistas católicos y de extrema derecha santanderinos se había propagado el rumor acerca de la incoherencia que representaba el que el nuevo catedrático de Derecho Natural, además de un socialista discípulo de Peces-Barba, no era iusnaturalista ni iba a misa. Me pareció que lo conveniente y útil para alejar a los maledicentes era presentar mis respetos (saludar) al obispo de la diócesis, Monseñor Juan Antonio del Val, muy amigo de la familia y que me conocía desde pequeño, e invitar a comer, por medio de mi padre y con su presencia, a un conocido párroco, bastante ultramontano y belicoso él, capellán de los excombatientes y falangista, que era primo de mi abuela paterna. Por supuesto que no tuve que «abjurar» de nada, ni rendirme ante los acontecimientos ni obrar hipócritamente. Tampoco seguí el trayecto de los rumores, que me resultaron un poquito incómodos pero nada más. Me hacían hasta gracia, pues era retroceder cien años en la historia de España.

Como se señala en la pregunta, aquí, en España, la referencia al Derecho Natural está lastrada por el franquismo, cosa que no ocurrió, de la misma manera, en otros

países europeos o en los Estados Unidos. Se nota mucho en todas las generaciones de iusfilósofos posteriores al final de la guerra civil (cátedras, publicaciones, oposiciones) y todavía en la mía. En algún trabajo mío he planteado la posibilidad de un Derecho Natural renovado y de si merece la pena el esfuerzo teórico de seguir hablando de Derecho Natural, invocando que la visión de Elías Díaz, que parece reducir el iusnaturalismo al iusnaturalismo franquista o de Gregorio Peces-Barba, identificando iusnaturalismo con dogmatismo, son visiones inadecuadas por parciales (ver Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís, *Curso de Teoría del Derecho*, 1999).

La opción por un Derecho Natural deontológico, despojada de las huellas tradicionalistas y, por supuesto, franquistas, puede ser una opción teórica posible y una de las fundamentaciones de los derechos humanos (ver *El iusnaturalismo y los derechos humanos en el siglo XX*, en la *Historia de los derechos fundamentales*, tomo IV, vol. I, Libro II). Yo simpatizo con ella, aunque no me considero un militante ortodoxo, sino más escéptico y dubitativo de lo que puede permitir la total coherencia con sus planteamientos.

En cuanto a la respuesta al último interrogante de la pregunta, creo que hay que superar la visión tradicional y ortodoxa del iusnaturalismo y lo mismo del positivismo jurídico. Nos encontraríamos en una etapa postiusnaturalista y postpositivista. Desde mi viejo trabajo sobre el concepto de Filosofía del Derecho (*Filosofía del Derecho, Teoría de la Justicia y racionalidad práctica*, 1982 y 1984) vengo defendiendo una tercera vía, superadora de la contraposición iusnaturalismo-positivismo, conformada por lo que se pueda rescatar del iusnaturalismo deontológico y lo que resulte válido y útil del positivismo metodológico y conceptual. Decía allí, y lo mantengo hoy, que esta vía abre interesantes perspectivas para la Filosofía del Derecho. Creo que, básicamente, no me encuentro alejado de los puntos de vista mantenidos por Elías Díaz (*Autobiografía en fragmentos. Conversación jurídico-política con Benjamín Rivaya*, 2018) o de la concepción postpositivista del Derecho defendida por Manuel Atienza (*Filosofía del Derecho y Transformación social*, 2017). Las diferencias son terminológicas o de matices en algunos presupuestos teóricos (quizá también ideológicos) pero la sintonía es común.

XIV. Pero aún no ha aparecido Felipe González Vicén, filósofo del Derecho del que has ayudado a recuperar su obra, con el Prólogo a la reedición de su «Teoría de la revolución», y con otros estudios eruditos sobre su filosofía. En algún momento dices que algunas de sus contribuciones «se encuentran entre lo mejor de la filosofía del Derecho española del siglo XX» y, en alguna otra ocasión, que «merece ser mejor conocido». ¿Cuál es tu juicio sobre el catedrático de La Laguna?

Fue para mí un honor y una alegría que Roberto Rodríguez Aramayo me pidiera que prologara la reedición de *Teoría de la Revolución. Sistema e historia*, libro que D. Felipe González Vicén publica en 1932, en Valladolid, y que es gemelo de su tesis doctoral defendida en la Universidad Central de Madrid en 1933 (M.J. Peláez, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de

Málaga, con quién intercambié cartas sobre el tema, me preguntaba y comentaba con asombro cómo era posible que D. Felipe hubiera recibido un simple aprobado en la defensa de su tesis, y posteriormente hubiera tenido un reconocimiento tan grande entre los filósofos del Derecho. Bueno, no sé las razones que hay detrás, y me gustaría conocerlas, pero pueden ir desde que las calificaciones posibles en un momento fueran de Aprobado o Suspenso o que al tribunal no le gustó, como para darle más nota. En las muchas conversaciones que tuve con él, unas veces acompañado y otras solo, no recuerdo que saliera el tema y yo carecía de la información sobre este dato como para haberle preguntado al respecto).

Efectivamente, por su contenido, estilo y profundidad creo que sus trabajos y contribuciones se encuentran entre lo mejor de la Filosofía del Derecho española del siglo XX y que debería ser mejor conocido por los profesores jóvenes pues es un ejemplo a seguir, iusfilosóficamente hablando, en el fondo y en la forma. Su libro de 1952 *La Filosofía del Estado en Kant* debería tener mayor difusión, sobre todo en esta época de neokantismo.

Dado que hace unos años escribí un artículo, *Felipe González Vicén: la soledad de la conciencia individual y la obediencia al Derecho* (en *Eunomía*, núm. 11, 2017) y que recientemente ha aparecido un trabajo muy completo de Benjamín Rivaya, *Una biografía intelectual de Felipe González Vicén (1908-1991)*, puedo permitirme la comodidad de remitir al lector a ellos. Pero ya que se me pide un juicio sobre el catedrático de La Laguna responderé que es muy positivo como profesor y escritor y como persona, inevitablemente controvertida pero sumamente interesante.

Dionisio Ridruejo en *Casi unas memorias* (2017) habla de la Falange de Valladolid (puede correr el año 1937) y que en alguno de sus viajes y estancias en esta ciudad castellana, conoció al hermano intelectual y profesor de Luis González Vicén, médico, falangista insigne y poderoso, y parece que temido político. Hicieron buenas migas por lo que parece. Y dice de él: «Felipe González Vicén tenía una figura maciza y un espíritu agilísimo, que se le salía por los ojos. Era irónico. Procedía de la izquierda y, si bien la influencia de su hermano le dispensó de mayores males, no fue bastante para evitar que el fanático Enrique Suñer, director de la Comisión de Educación del Estado casi nonato e inquisidor implacable, le privase de la cátedra».

De las veces que estuve con él en Madrid o en La Laguna le recuerdo como un profesor peculiar inigualable. Su agilidad mental, su ironía y su mirada penetrante responden a lo que remarca Dionisio Ridruejo. Lo mismo que su erudición y cultura. Yo no he conocido a ningún catedrático, ni aquí ni en el extranjero, con un empaque similar. Además de la caballerosidad y de una educación exquisita. Y, aunque quizá quisiera disimularlo, dando la impresión de distanciamiento y de tendencia a la jerarquización, era cariñoso. Mi hermana Pili, que lo trató en La Laguna, me insistía en ello. Aún recuerdo cómo nos recibió cuando el tribunal que decidimos su sucesor (oposición un tanto reñida) le fuimos a informar de ello. Se encontraba en la cama, pero mantuvo una conversación entrañable con nosotros. Tampoco se me olvidará nunca una comida en el restaurante Lhardy con Gregorio Peces-Barba,

dramatizando el papel de la conciencia moral individual frente a la obediencia a las leyes. Algunas veces salió en las conversaciones, en pequeño grupo, su actividad durante la guerra civil y en la inmediata postguerra hasta que le devolvieron la cátedra, en la Universidad de La Laguna, en 1946. Por lo que recuerdo, llegaba un momento en que daba la impresión de contar historias fantásticas, o cosas difíciles de creer de su relación con los falangistas o con los nazis. Se convertía, así, en un personaje de buena novela (quizá de buena novela de espionaje).

XV. Especial interés tiene su tesis sobre la (des)obediencia al Derecho, a la que dedicaste un libro entero así titulado, «La obediencia al Derecho» (1987). El trabajo de González Vicén tiene muy pocas páginas y, sin embargo, produjo la mayor polémica que se recuerda en la filosofía del Derecho y moral españolas. Lo que me llama la atención es que no se tradujo a ninguna otra lengua. ¿Cómo puede ser que un corto artículo tenga tanta importancia para el pensamiento español y no sea recibido en inglés, alemán, italiano, francés, etc.? Pero bueno, supongo que es la minusvaloración que nos acompaña. Por otra parte, ¿sigues manteniendo una postura crítica ante aquella doctrina tan curiosa que decía que no había razones para obedecer el Derecho pero que sí podría haberlas para desobedecerlo?

La tesis de D. Felipe sobre la doble cuestión de la obediencia y la desobediencia al Derecho, podría dar lugar a pensar que se trata de un problema simple, solucionable y solucionado de manera sencilla. No es así porque, sin duda, salpica los temas más básicos y permanentes de la filosofía moral, política y jurídica, desde el de la relación entre el Derecho y la moral, al concepto de Derecho y la seguridad jurídica, al de la obligación política, es decir, ese nexo especial entre el ciudadano y el sistema político, que afecta a su estabilidad y a su justicia, lo mismo que al de los fundamentos de la autoridad política y jurídica.

El tratamiento que le da González Vicén, incluye varias tomas de postura y exige un esfuerzo de conocimiento de la Historia del pensamiento y de la Filosofía del Derecho contemporánea. Es, por tanto, una discusión para iniciados, aunque el asunto de la obediencia a las normas jurídicas y de las razones para desobedecer puede plantearse cualquier persona ante hechos y soluciones jurídicas tomadas en su vida cotidiana. El trabajo es bastante corto para el número de reflexiones que puede impulsar. Y, en ese sentido, su tesis, y la manera de abordarla, no tienen nada que envidiar a conocidos trabajos contemporáneos de N. Hoerster, K. Greenawalt, M.B.E. Smith o J. Raz. Y asombra por lo peculiar de su tesis, hasta el punto de que, al leerle, vamos con la idea, y el deseo, de encontrar alguna incoherencia en ella. Pero D. Felipe no se permitía guiños a la superficialidad. Además, y a pesar de la polémica, se mantuvo en su tesis originaria, sin retroceder en nada esencial. Me parece que los puntos esenciales de su propuesta giran en torno a la idea de Derecho y al concepto de obligación moral, que me parece que son esencialmente kantianos. En el caso de que objetemos o maticemos notablemente esos dos puntos podemos llegar a conclusiones distintas a la suya. Tampoco faltan en sus páginas gotas de dramatismo que pueden recordar a Hegel, Goethe o Heidegger.

El que este trabajo produjera una respuesta extraordinaria y una polémica inusitada puede deberse a varios factores, pero creo que, al menos en mi caso, y me parece que en el de otros compañeros que nos enfrentamos a su tesis, pudo jugar el factor del momento histórico español en el que nos hallábamos. Me refiero al momento paralelo e inmediatamente posterior a la aprobación de la Constitución de 1978. Que esa Constitución nos colocara en el marco de los requisitos y objetivos del Estado Social y Democrático de Derecho, después de cuarenta años de dictadura era una razón de peso y un estímulo para justificar su acatamiento. Las esperanzas que proyectó hacia el presente y el futuro ese espíritu constitucional, un adelanto del patriotismo constitucional de D. Sternberger y J. Habermas, que en modo alguno era acético, eran grandes. Por supuesto que esta actitud no era unánime, también había españoles que no la aceptaban, independentistas a los que ni la mejor Constitución les hubiera bastado y escépticos de distinto tipo. Entre estos últimos se podía colar F. González Vicén que ya había vivido los momentos gloriosos de la Constitución de 1931, sus anomalías y frustraciones posteriores, la terrible guerra civil y la cruel postguerra. Mientras que los entusiastas de la Constitución tendíamos a convertir ciertas obligaciones políticas muy importantes en obligaciones morales de todo ciudadano decente.

El que un buen trabajo en castellano no sea traducido ni comentado o debatido en inglés, francés, alemán o italiano no se debe a un problema congénito del pensamiento español (quizá sí a la existencia de prejuicios), ni a falta de calidad de su contenido sino a problemas y obstáculos que acarreamos desde hace mucho tiempo y que afectan también a la política cultural, a la difusión del pensamiento español y a la propia labor de las editoriales. Mientras que un joven doctor encuentra mil dificultades para publicar una buena tesis doctoral, las colecciones de Filosofía y Ciencias Sociales de las editoriales más conocidas no paran de publicar traducciones de obras que muchas veces no tienen rigor suficiente y sí un autor de moda. Es inconcebible, que no se afiance más el mercado editorial teniendo en cuenta la extensión y número de lectores latinoamericanos y el potencial de la lengua española. Y los que nos dedicamos a estas cosas guardamos un irracional respeto por todo lo publicado en inglés y además las comisiones universitarias de evaluaciones y complementos valoran extraordinariamente este dato. Y respondemos servilmente cuando desde los Vicerrectorados de estudios se discrimina positivamente o se tiende a imponer la enseñanza en inglés (incluso a los nativos de esa lengua, así nos aseguramos más alumnos y ese concepto malentendido que se llama internacionalización). Por tanto, no debemos rasgarnos las vestiduras si un buen trabajo en español no tiene la acogida que se merece. Es que su reino no es de este mundo, mientras que en el nuestro, dentro de unos años, hasta los universitarios hablarán un mal e híbrido castellano y habrá que crear premios y complementos para quien lo hable y escriba correctamente.

Sí, en líneas generales y básicamente, sigo manteniendo la tesis de que al mismo tiempo que pueden darse razones morales para desobedecer al Derecho, también hay razones morales a favor de su obediencia. En el buen supuesto de que no es a cualquier Derecho sino al Derecho justo, es decir al que cuenta con autoridad moral.

En publicaciones posteriores recalqué que hay que distinguir entre obligación moral y obligación política de obediencia al Derecho y más recientemente he introducido en la discusión el tema del respeto al Derecho.

También he escrito alguna cosa sobre la figura de la desobediencia civil, a la que había dedicado algunas páginas en *Teoría de la justicia y derechos humanos*, y que es un tema que ha ganado actualidad. Insisto en que, si queremos ser rigurosos y fieles con este tipo de desobediencia al Derecho, hay que distinguirlo no solamente de la objeción de conciencia sino también de la resistencia a las leyes, tanto activa como pasiva, de la desobediencia por motivos morales y de un supuesto derecho a resistirse al Derecho (ver *La desobediencia civil*, en *Derechos humanos y Constitución*, J. de Lucas y J.M Rodríguez Uribe (eds.), 2018). Dado mi interés por la historia del pensamiento clásico me ha resultado muy atractivo dedicar tiempo a un análisis pormenorizado de la Tragedia de Sófocles, *Antígona*, vista desde la perspectiva de las relaciones entre la ética y la política y de la conciencia moral como último reducto y razón inexcusable de la desobediencia al Derecho (ver *La ética de Antígona, las leyes no escritas y el error de Creonte*, en *Derechos y libertades*, núm. 34, 2016; y *El imperativo de la disidencia y Antígona (¿reaccionaria o revolucionaria?)*, en *Isegoría*, 2016).

Finalmente, he llevado los casos (razones) que aparecen en el Critón platónico, a favor de la obligación política de obedecer al Derecho, a los motivos o razones esgrimidos por parte de los independentistas catalanes (*El respeto al Derecho*, en el *Libro-homenaje a Agustín Jorge Barreiro*, 2019).

XVI. Una cuestión que has estudiado y que me resulta sugerente es la de la razón de Estado, que habitualmente se condena sin darle ninguna posibilidad de defensa. ¿Se trata de una concesión a un idealismo desorbitado y ajeno al mundo? No quiero traer a colación cuestiones espinosas, pero recuerdo que Aranguren hizo unas declaraciones sobre los GAL que resultaron muy polémicas. Habrá quien diga que erradas a todas luces; habrá quien diga que políticamente incorrectas y valientes.

El tema de la Razón de Estado es un tema esencial para cualquier estudioso de la historia del Estado. Pero también para el filósofo de la política y del Derecho actual, lo mismo que para el constitucionalista o quien se dedique al Derecho internacional. Y su interés no es de aplicación únicamente para los Estados totalitarios y autoritarios (donde la Razón de Estado lo inunda todo) sino también para el Estado de Derecho constitucional y democrático, porque también en ellos se producen esos actos que desde los primeros pasos del Estado moderno, sus teóricos denominaron Razón de Estado. Con una gran diferencia, que mientras los Estados absolutos no deben dar explicaciones, en el Estado de Derecho, el Estado, sus funcionarios y agentes, deben responder de sus conductas ilegales. El querer mantenerse al margen de este lado negativo del Estado puede deberse a un idealismo ético, ajeno al mundo, como se indica en la pregunta, o a actitudes con frecuencia cínicas e hipócritas.

La Razón de Estado supone la primacía y la autonomía de la política sobre el Derecho y la ética democrática. Cada logro de la Razón de Estado es un retroceso

para el Estado de Derecho y una clara violación de las normas éticas. Sin embargo no se trata de la conducta habitual del Estado, sino de acciones que se consideran excepcionales y necesarias para mantener al Estado y para que éste pueda cumplir con el principio que le legitima: la paz social y la seguridad de los ciudadanos. Esas medidas excepcionales y únicamente válidas para situaciones excepcionales reclaman, por parte de los que las deciden, su justificación, ya que los medios quedarían disculpados en razón del fin superior que pretenden. Y, además –y ello da lugar a una colisión nueva con la transparencia democrática y con el derecho de los ciudadanos a la información– se exige, en aras a su eficacia, el secreto.

A todo ello habría que añadir aquellas situaciones en que los agentes del Estado dicen actuar excepcionalmente porque no quede otro remedio para garantizar su permanencia y consolidación y de lo que se trata realmente es de la utilización de la Razón de Estado como pretexto para conseguir determinados logros parciales en la política o como arma política a utilizar contra los adversarios en la lucha por el poder. No es difícil encontrar ejemplos recientes de ello.

Como se ve hay muchas cuestiones que afectan a la raíz, no histórica sino de fundamentación, del Estado, a la legalidad y moralidad de sus actuaciones y a la vigencia del Estado de Derecho, que no es únicamente una pretensión ética sino un conjunto de obligaciones jurídico-constitucionales (he tocado el tema en un artículo, de 1997, publicado en la revista *Sistema*, *Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho*, donde objeto la idea de Elías Díaz de identificar el Estado de Derecho con el Estado democrático de Derecho, cometiendo el mismo reduccionismo que F. Hayek, pero, en este caso, de identificar el Estado de Derecho, exclusivamente, con el Estado liberal de Derecho. Posteriormente hubo un debate con Elías Díaz y otros colegas sobre la cuestión señalada).

Para llegar a plantearse adecuadamente, me parece, esas cuestiones hay, previamente, que compartir –con las matizaciones de la época– la idea hobbesiana de que el Estado es «ese dios mortal a quien debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y seguridad». Lo mismo que la noción weberiana de que «el Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el territorio' es elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima». Una vez admitido lo anterior habría que optar por los requisitos que impone a la configuración del Estado el Estado de Derecho y su derivación y desarrollo hacia el Estado democrático o constitucional de Derecho. A partir de este momento estaríamos capacitados a lanzar la pregunta de si cabe, en el marco del Estado de Derecho, esos comportamientos que desde los comienzos del Estado moderno se han sintetizado con la expresión Razón de Estado, es decir, medidas excepcionales (inmorales e ilegales) para mantener un Estado que está en peligro de extinción y que, por tanto, dejaría de garantizar la paz y la seguridad ciudadana.

Eso es lo que pretendí hacer en un librito aparecido en 1997 con el título *Entre la Razón de Estado y el Estado de Derecho: la racionalidad política*, con el añadido de que, aunque no entraba en el objetivo inicial, pues el tema me había empezado a interesar muchos años antes, era inevitable dar cabida (aunque fuera como mención)

al tema de los GAL y de la guerra sucia contra ETA, y de los juicios y sentencias del Tribunal Supremo, que implicaban o daban por implícito un deslizamiento de la Razón de Estado al terrorismo de Estado.

En los años posteriores intervine en seminarios y debates sobre el tema y me di cuenta de que había elegido un campo de discusión peligroso, aunque para mí sugerente y atractivo, con el continuo riesgo de ser mal interpretado e incluso manipulado. A pesar de ello, en tiempos recientes, he vuelto sobre el asunto, sobre todo al darme cuenta de que habían quedado muchos cabos sueltos pero también porque en la crítica que se ha realizado, por parte de algunos grupos políticos de izquierda a la Transición política, reapareció el tema de los GAL, con evidente falta de información y de rigor (no entro en el tema de las intencionalidades políticas) por parte de algunos de sus conocidos ideólogos. También, anteriormente, el Partido Popular había sacado el tema como arma arrojadiza contra el PSOE. Y lo he hecho en dos ocasiones. La primera en un trabajo que lleva por título *Razón de Estado y Estado de Derecho*, elaborado con motivo de unos *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, 2018. La segunda en el artículo *La Razón de Estado. Razones y excesos de una institución imprescindible*, en *Derechos y libertades*, núm. 41, 2019. En este segundo trabajo, al final, comento publicaciones de Elías Díaz y de Francisco Tomás y Valiente, donde en líneas generales se subraya que la verdadera Razón de Estado es el Estado democrático de Derecho (es decir, la negación de la mala y falsa Razón de Estado, la habitual) y que la razón del Estado de Derecho son los derechos fundamentales. Critico ambas posturas por reducir el papel del Estado al reconocimiento y garantía de los derechos e indico que este loable y legitimador fin únicamente es posible de conseguir a partir de la consecución de un papel previo del Estado, que es el de garantizar la paz social y la seguridad de los ciudadanos. La seguridad, si nos atenemos a nuestra Constitución, puede ser entendida hasta en cuatro sentidos: como seguridad con carácter general (Preámbulo), como principio jurídico (art. 9.3), como derechos de seguridad jurídica (art. 17) y como derechos económicos y sociales o seguridad social (sobre todo artículos 39 y ss.). De estos significados, me refiero a la seguridad en general (pero no abstracta sino fácilmente verificable) que hace posible la paz social y que permite que los ciudadanos nos sintamos seguros en nuestra vida cotidiana frente, por ejemplo, a la violación de nuestro domicilio o a la seguridad y a la protección frente a una pandemia. En esta situación previa de seguridad, marco necesario y condición para la realización de los derechos, es donde se convierte en imprescindible la existencia del Estado y su mantenimiento. El análisis se puede ampliar al papel del Estado y de los Estados en la lucha contra el coronavirus, única manera de garantizar la seguridad y el derecho a la vida. El asunto es amplio y complicado y lamento no poder dar más explicaciones aquí porque ya he sido víctima de algún malentendido que, contando con la paciencia del lector y, si no es el caso, disculpándome por la osadía, voy a narrar.

Este trabajo, *La Razón de Estado. Razones y excesos de una institución imprescindible*, lo envié a la revista *Eunomía*. Como es ahora costumbre, además de supuesta señal de calidad de la revista, la Dirección lo mandó a dos evaluadores anónimos que deben desconocer al autor. Uno de los evaluadores le dio la calificación de

excelente y aconsejó su publicación. El otro, desde el primer momento, desaconsejó su publicación, con varios argumentos un tanto flojos y desafortunados, ya que me han permitido dar casi como seguro quién es el autor, que ha actuado en un tema tan serio con claros prejuicios ideológicos (a veces el debate intelectual cae en manos de dogmáticos con poder). Creo que el motivo fundamental (independientemente de que el trabajo pueda tener defectos. En todo caso, lo mejor es comprobarlo tras su lectura) del rechazo se debe a que el evaluador ha pensado que en el título, la referencia a una institución imprescindible', era no al Estado, sino a la Razón de Estado, cuando de la lectura atenta del texto, además de explicarse claramente en un párrafo, se puede derivar que estoy señalando al Estado como institución imprescindible y a la Razón de Estado como un exceso. A ello hay que añadir otro motivo, que se validaría si el autor es el que pienso, y es que no cité un trabajo suyo sobre la Razón de Estado (lo había hecho ya en el librito de 1997 y ahora no venía al caso). Un tercer evaluador dio su visto bueno, pero cuando me llegó todo el «expediente», con sus recomendaciones, decidí retirar el artículo y mandarlo a *Derechos y libertades*. Aquí superó los trámites, pero uno de los evaluadores me aconsejaba, por razones de estilo, el cambio de una frase que daba la casualidad que no era mía, sino que pertenecía, y estaba claro, a una cita de la obra *Della ragione di Stato* (1589) de G. Botero.

Viene todo este descargo a cuento de que una buena práctica que, puede redundar en la calidad de un trabajo, puede tener efectos perniciosos si no se elige bien a los evaluadores y si los evaluadores no se toman en serio su trabajo. Tantas comisiones de evaluación de tantas cosas universitarias pueden, si no se actúa con rigor y escrúpulos, convertir el gremio en un ejército de vengadores, víctimas y damnificados.

En cuanto a la segunda parte de la pregunta es, como se apunta, un tema espinoso que a mí me produce profunda pena.

He buscado las declaraciones exactas de Aranguren sobre el GAL pero, estas y cómo fueron recogidas por la prensa y los comentarios a que dieron lugar, permanecen en una carpeta en la biblioteca que tengo en Santa Olalla de Molledo (mi pueblo, en Cantabria) a la que no tengo acceso por el confinamiento a que, en el momento de escribir estas páginas, estamos sometidos.

Creo que la declaración se hizo en el marco recogido de un curso de verano (no sé si fue en Canarias) y en un momento de descanso y ambiente festivo. El contenido venía a decir algo similar a que el Estado tenía derecho a defenderse del terrorismo de ETA con sus propias armas (y no estoy seguro si iba acompañada o estaba implícita la alusión al GAL y a la legítima defensa). Lo que sí puedo asegurar es que desde que se fue conociendo el tema de los GAL (puede ser 1984 o comienzos de 1985) y las veces que salió el asunto en conversaciones con o estando Aranguren delante, siempre expresó su rechazo y preocupación. La Razón de Estado no era algo que le interesara y creo que no tiene cabida en ninguno de sus escritos sobre las relaciones entre la ética y política, tampoco en sus numerosos y variados artículos de prensa.

¿A qué se debe el incidente? Pienso que se trata de algo descontextualizado o malentendido. Y a algunos guiños a la frivolidad, propios del momento, de la edad y de algún whisky. Javier Muguerza con motivo de una penosa polémica, aparecida

en el verano de 1999 y con el telón de fondo de otro curso universitario estival, entre Javier Marías y los hijos de Aranguren, en la que él también intervino, dejó escrito algo que, dado el enorme cariño hacia Aranguren (fallecido en 1996) y la sensibilidad que le caracterizaba, me impresionó, aunque ya me había pasado por la cabeza alguna vez: «Y pese a que nadie se atrevía a decírselo por temor a herirle, los cercanos a Aranguren de esa década, familiares o amigos, nos sentíamos a menudo sobresaltados por su locuacidad y veíamos con tristeza cómo en él se alternaban momentos de extraordinaria lucidez con otros en los que literalmente se le iba la cabeza, lo que le llevaba a confundir fechas y acontecimientos» (*El País*, 17 de julio de 1999).

XVII. Llegamos ya al fin. Ahora que estás próximo a la jubilación, ¿qué planes tienes para el futuro? Desde luego no creo que dejes de estudiar y escribir. ¿Tienes trabajos pendientes que ahora retomarás? Por otra parte en algún momento me comentaste que habría que ordenar e investigar el archivo que dejó Gregorio Peces-Barba. ¿Te dedicarás a esa labor?

La jubilación se produjo el 30 de septiembre de 2019, el día que se cumplían 45 años de la firma de mi primer contrato como profesor Ayudante de Derecho Natural y Filosofía del Derecho. Podía haber seguido tres años más, hasta los setenta, pero empezaba a sentir cierto cansancio y, en esos casos, creo que lo mejor es cortar. Además creo que las clases universitarias, que para mí siempre fueron un acicate y una manera de no cortar el nexo con las innovaciones y la frescura intelectual que pueda tener la gente joven interesada en el estudio, se han burocratizado demasiado (y hasta proletarizado) perdiendo para mí parte del atractivo que tenían las clases magistrales abiertas al debate. Al Consejo de Gobierno de la Universidad Carlos III le debo agradecer que me haya nombrado Profesor Emérito, con un contrato por tres años, con la obligación de desarrollar un proyecto de investigación.

Y tengo muchos planes para el futuro. Salvo impartir clases (a excepción de un seminario de lectura de pensadores políticos clásicos, para alumnos de postgrado) casi todas las demás actividades siguen igual. Sigo sacando muchas horas de estudio, siguiendo un sistema de elección de autores un tanto anárquico y me permito escribir cuando realmente me apetece o cuando me comprometo a hacerlo, como es el caso de las respuestas a esta entrevista.

Un tema que me preocupaba con mi jubilación ha sido el de no dejar desasistidos a los tres doctorandos que tenía hace un año. Pero se ha solucionado, incluso mejorado, porque tengo más tiempo para leer bibliografía sobre las cuestiones que tratan y para leer lo que van escribiendo. Una tesis, la de Jesús Ignacio Delgado, sobre *Ciudadanía liberal y moralismo legal*, se leyó en la segunda quincena de octubre, por el régimen de doctorado internacional. Ha hecho un trabajo muy riguroso y de calidad, inicio de una carrera universitaria prometedora. La segunda tesis, en elaboración, tiene por autor a David García, su tema es *La influencia del neoaristotelismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*. Dado que el asunto generalmente estudiado entre nosotros ha sido el neoaristotelismo y su relación con el comunitarismo en filosofía moral y filosofía política, el dirigir su investigación a los filósofos del Derecho, uno de ellos es Ch. Perelman, aportará nuevas perspectivas sobre todo a la teoría de la

argumentación jurídica. La tercera tesis tiene como autor a Luis Esteban, en ella va a estudiar, entre otras cosas, las bases, delimitación y obstáculos del cosmopolitismo conectándolo con la existencia y justificación de deberes positivos de solidaridad y el alcance jurídico que pudieran tener. También incluirá deberes relacionados con el medio ambiente y con los animales no humanos.

Además voy a retomar asuntos que han quedado en los últimos años en carpeta, a la espera de contar con tiempo para estudiarlos pausadamente. Hace cinco años inicié una investigación sobre *El antiliberalismo en la Filosofía jurídico-política española en el último siglo*. El periodo va desde los años veinte del siglo XX a la actualidad. Algunos de los apartados estudiados tienen que ver con la utilización de la obra de Marcelino Menéndez Pelayo (en 2005 publiqué en el núm. 8 de los *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija* el artículo *La polémica de la ciencia española (1876-1877) ¿Un debate ideológico acerca de las dos Españas?*).

También busqué las raíces del pensamiento conservador, tradicionalista y antiliberal, en el Manifiesto de los Persas (1814) (en *Tradición y libertades. El Manifiesto de los Persas y sus recuperaciones tradicionalistas*, en la *Revista de Historiografía*, núm. 20, 2014). Aún me falta estudiar a fondo la revista *Acción Española*, su papel en la República, y su conexión con la sublevación militar del 18 de julio de 1936 y los orígenes ideológicos del franquismo. Y completar el estudio con el análisis de la obra, en los años cuarenta y cincuenta, de Luis Legaz Lacambra, José Corts Grau, Francisco Elías de Tejada, Joaquín Ruiz-Giménez, Francisco Javier Conde, los influidos y corresponsales de Carl Schmitt, etc.

Con motivo del año sabático que disfruté hace tres años hice estancia en Bogotá (Universidad de los Andes), México (Instituto Tecnológico Autónomo de México), Brasil (Fundación-Universidad Getulio Vargas) y Turín (Instituto P. Gobetti, Biblioteca N. Bobbio de la Universidad de Turín). Tengo fichas y apuntes tomados en esos lugares acerca de cuestiones relacionadas con el antiliberalismo, el neoconstitucionalismo social y el activismo judicial, el liberalismo y el liberalismo igualitario, el antiparlamentarismo y el populismo, el comunismo liberal de P. Gobetti y el socialismo liberal en Italia. En general está por completar, organizar y escribir algo sobre ello.

El tema del proyecto de investigación a elaborar, con motivo del contrato de Profesor Emérito en la Carlos III, se llama *De la Filosofía de la Transición a la transición de la Filosofía del Derecho*. Es un trabajo de historia de las ideas, también de Sociología del conocimiento, de indudable actualidad, que pretende conectar los pasos más significativos de la Transición política española con el desarrollo de la Filosofía jurídico-política y sus distintos cambios. Como se puede fácilmente percibir hay puntos de conexión entre las cuestiones tratadas, contenidas o por trabajar en los tres proyectos.

Al margen de ello me gustaría mantener en la Universidad un seminario de autores clásicos de la Filosofía del Derecho y la Filosofía Política (lo inicié con un trabajo sobre *Justicia y amistad en Aristóteles*, publicado con motivo del homenaje a Jorge Caffarena, catedrático de Derecho civil en mi Universidad, 2017) y se está

desarrollando durante este curso 2019-2020, gracias a la buena organización y selección de autores llevada a cabo por Sebastián Ibarra.

Finalmente me gustaría retomar, porque me parece que se trata no solo de un tema para estudiar, sino también algo sobre lo que la ciudadanía debe meditar y decidir: el modelo económico y empresarial vigente, sus beneficios y perjuicios. Gregorio Peces-Barba tuvo la buena idea, y contó para ello con el patrocinio del propio Emilio Botín y del Banco Santander, de crear una Cátedra de Ética de la empresa y de las organizaciones. Resultó un acierto, pues pudimos organizar conferencias, debates y seminarios, donde la opinión de los profesionales de la banca y empresas se manifestó necesaria y muy útil. Fui Director de esa Cátedra el tiempo que se mantuvo (hasta más o menos el fallecimiento de G. Peces-Barba) y fruto de ello fueron los trabajos *Valores y empresa* (en *Doxa*, 35, 2012) y *Mercado, filantropía y Estado social de Derecho* (en *Estudios en homenaje a Tomás de la Quadra Salcedo*, 2017).

Respecto a la parte final de esta pregunta: las tardes de los últimos tres meses del 2019 los he dedicado a leer los papeles que se mantenían en la casa de Gregorio Peces-Barba, que este no había entregado originariamente al Archivo que existe en la Universidad, quizá por tratarse de documentación más personal, y que ahora la familia ha adjudicado a la Fundación Gregorio Peces-Barba y el Patronato de la Fundación me ha responsabilizado de su ordenación. En ellos hay muchos datos sobre Gregorio Peces-Barba: de su carrera académica, de su evolución religiosa, de su actividad política, correspondencia variada con juicios sobre personajes, cartas de petición de recomendaciones, amistades, etc., pero también hay apuntes muy importantes de la historia contemporánea de España. Estos papeles, junto a los que ya tiene la Universidad, recogidos en un despacho próximo a la Biblioteca del Campus de Colmenarejo, bien custodiados por unas magníficas bibliotecarias, precisan de una organización general, ya iniciada, y personal dedicado a ello, pues, entre otras cosas, conforman un fondo muy valioso para jóvenes investigadores. Aunque se han publicado dos libros (uno de ellos tesis doctoral en su origen) sobre Gregorio Peces-Barba (de Reynaldo Bustamente y de José Manuel Rodríguez Uribe) éstos inciden en el Gregorio más conocido y adulto. Falta una buena biografía, intelectual y política, a la inglesa, que sirva para recordar a un personaje ilustre, pero también a toda una generación de la que, queramos o no, somos sus herederos.

XVIII. Llegados a la jubilación tengo que pedirte que mires atrás: ¿qué queda de «un joven tan conformista» como tú eras tras la dedicación a la filosofía del Derecho? La definición de joven conformista es tuya.

Sí, la definición de joven conformista es mía. Y me ha costado un poco encontrarla. Pensaba que podía haberla utilizado, irónicamente, en alguna de esas polémicas, frecuentes en nuestro gremio, donde siempre hay alguien que quiere aparentar más progresismo que nadie. Por fin, he dado con ella en la *Laudatio* que sustenté con motivo de la investidura de Aranguren como Doctor Honoris Causa por la Universidad Carlos III, en septiembre de 1992. Y se trata de un comentario sobre el choque que me produjo la lectura del libro de Aranguren *La crisis del catolicismo* (1968) en la época en que era estudiante de Preuniversitario en el Colegio La Salle de Santander.

Lo transcribo: «a un joven tan conformista, como yo era, me produjo dudas, es decir ocurrió lo peor que podía haber ocurrido». Por razones familiares, por la educación recibida y por el estilo de vida, tenía sentido que fuera conformista. No todos mis compañeros del colegio lo eran, con lo cual no podemos pensar que esos condicionamientos sociales eran insuperables. Una minoría, y más por la disciplina de un internado, se rebelaba, pero yo no. No significaba una actitud de docilidad, pero el orden (y sus ritos), que entrañaba, entre otras cosas, que siempre estábamos ocupados (ni en aquella época ni después he sentido algo parecido al aburrimiento) y la racional distribución del tiempo me gustaban (aunque, de vez en cuando, necesitaba romper la monotonía). La lectura del libro de Aranguren sobre un asunto que me interesaba vitalmente, como las que había hecho un poco antes de las *Lecciones de Metafísica* de Ortega y Gasset (Ortega es el responsable de mi vocación filosófica) y el verano anterior pasado en Le Puy en Velay (Francia) –es el verano de 1968, después del famoso mayo, el del Estado de excepción en España, todo ello me hacía comparar y contrastar– no podían hacer otra cosa que crear vacilaciones dentro de ese conformismo de los 15 y 16 años. La escalada a través de las dudas aumentó en el siguiente año, el primero de Universidad, que transcurrió en la Universidad de Valladolid. Residía en el Colegio Mayor Santa Cruz, perteneciente al Rectorado de dicha Universidad, y centro que albergaba a los catedráticos y profesores que eran de otras provincias, pero habían obtenido la plaza allí, y alumnos con excelentes expedientes, de todas las carreras y de todos los distritos universitarios de España, con lo cual el nivel intelectual del Colegio era muy bueno (además de crítico y poco dócil). También durante ese curso tuve una breve relación con miembros del Opus Dei. Me invitaron a ir a estudiar al piso que tenían en Valladolid, pero mi presencia allí se interrumpió cuando me confiscaron el libro de J.P. Sartre *El existencialismo es un humanismo*, advirtiéndome de que debía pedir permiso al Director y al capellán de la casa antes de leer a ciertos autores. Siempre me había parecido una necedad y una falta de confianza en el pensamiento humano la existencia de censura, pero este conflicto me reforzó en esa actitud. Posteriormente, siempre que he tenido la posibilidad, he defendido que el derecho a la libertad de creencias, pensamiento y expresión es uno de los derechos humanos más básicos y una de las señas de identidad de una persona libre y de una sociedad civilizada.

Y el mayor impacto para ese conformismo tuvo lugar cuando vine a Madrid, a la recién creada Universidad Autónoma (la sede de Cantoblanco no se inauguró hasta el curso siguiente). Me costó unos meses aclimatarme porque las novedades eran muchas y aparecían continuamente, ya en el terreno personal (viví en una pensión en la calle Atocha, de patrona, como se decía en aquella época, y aprendí muchas cosas de la vida), ya en el universitario y en el político. Valga todo lo anterior para explicar que cuando se inicia mi dedicación a la Filosofía del Derecho era joven pero no ya el joven tan conformista. El desarrollo posterior, políticamente hablando, ha respondido, sin cambios esenciales desde aquella época, de mediados de los setenta hasta la actualidad, a impulsos liberales en lo político y socialistas democráticos (socialdemócratas) en lo económico. Y quizá en aspectos de usos sociales, estéticos o culturales es donde no puedo negar cierto conservadurismo. Pero en toda esa

evolución he intentado que no hubiera desajustes entre la vida, personal y social, y el pensamiento. De alguna manera la Filosofía del Derecho me ha ayudado en la necesidad de comprender lo que me rodea.

Quizá el estudio de la Filosofía jurídico-política me ha reforzado en una actitud que tiene más de optimista que de pesimista. Creo que la condición humana –en cuanto a su naturaleza, necesidades, entusiasmos, sentimientos– se ha mantenido, históricamente, bastante similar en aspectos básicos, pero que las oportunidades de todo tipo y la educación pueden hacer mucho por mejorarla. En ese sentido, compartiría con K. Popper la idea de que: «A pesar de todo, y aunque hemos tenido tantos fracasos, nosotros, los ciudadanos de las democracias occidentales, vivimos en un orden social que es mejor (porque está más favorablemente dispuesto a la reforma) y más justo que cualquier otro de la historia conocida» (*En busca de un mundo mejor*, 1994). Sin olvidar, a pesar de lo anterior, que existen retos que no admiten excusas ni pausas: la instauración de la paz y la lucha contra la violencia (nacional e internacional), la disminución de las desigualdades sociales y económicas, la erradicación del hambre y una respuesta humana a los desafíos ecológicos.

Sin embargo, y ya para finalizar esta respuesta, también el estudio de la Filosofía jurídico-política, y en este caso de su historia, me ha ayudado a sacar algunas conclusiones, pues el conocimiento de la historia es sabiduría, y estas conclusiones alimentan en mí una actitud o talante conservador, quizá un guiño al joven conformista que fui. Entendiendo por conservador no lo que se entiende habitualmente por conservadurismo político ni la defensa del mantenimiento del orden social y económico vigente, sencillamente injusto, sino esa actitud vital que, según Michael Oakeshott, consiste «en preferir lo familiar a lo desconocido, lo contrastado a lo no probado, los hechos al misterio, lo real a lo posible, lo limitado a lo ilimitado, lo cercano a lo distante, lo suficiente a lo superabundante, lo conveniente a lo perfecto, la felicidad presente a la dicha utópica» (*La actitud conservadora*, 2007).

XIX. Por último, Eusebio, ¿qué obras recomendarías que leyera a quien esté interesado en la filosofía del Derecho? O quizás se puede preguntar de otra forma: ¿qué libros son los que más influyeron en tu pensamiento?

La Filosofía del Derecho es una disciplina de naturaleza híbrida. Su contenido son preguntas de carácter filosófico dirigidas al Derecho y su perspectiva es básicamente filosófica. Además en las Universidades europeas se imparte, desde hace mucho tiempo, en las Facultades de Derecho y conforma el currículum académico de los futuros juristas. Ese debate, que inició hace ya décadas N. Bobbio y que se sigue repitiendo entre nosotros acerca de la primacía de la Filosofía del Derecho de los juristas sobre la Filosofía del Derecho de los filósofos, es un debate inane pues son casi inexistentes los filósofos que hacen Filosofía del Derecho dentro de las Facultades de Filosofía (lo cual es un defecto de los planes de estudio de Filosofía). Doy por supuesto que la Filosofía del Derecho es una asignatura esencial para la formación de los juristas, sobre todo en momentos, como el actual, donde la función integradora de la Universidad ha dejado paso a estudios específicos y especializados, imprescindibles, pero insuficientes. La diferencia entre la Universidad tradicional

y sus funciones y las Academias profesionales se mantiene. La Universidad debe responder, e incluso adelantarse, a los problemas de la sociedad, pero no deben ser los intereses del mercado los que determinen la formación de los universitarios.

A ello hay que añadir que el filósofo del Derecho de hoy enseguida se da cuenta que la Filosofía del Derecho no se puede hacer de manera aislada, al margen de la Ética o Filosofía moral y de la Filosofía política, pues no existe Derecho independiente del Poder ni desconectado de la Ética. Y metodológicamente, no se puede ignorar las Teorías de la ciencia contemporánea. El filósofo del Derecho debe conocer su objeto (conceptos, instituciones, funcionamiento del Derecho positivo), pero debe saber Filosofía pues de ahí va a surgir la perspectiva de análisis y valoración del ordenamiento jurídico. La forma de hacerlo de manera correcta y útil es algo que debe permitir la configuración de los planes de estudio y decidir el propio futuro filósofo del Derecho, bien aconsejado.

Aceptada la justificación y necesidad de la Filosofía del Derecho, el siguiente paso sería responder a la pregunta de cómo formar adecuadamente a los filósofos del Derecho. En el número 5 de *Doxa* (1988) aparece una entrevista con H.L.A. Hart. Preguntado por Juan Ramón de Páramo sobre qué problemas filosóficos consideraba que deberían incluirse en los planes de estudio de una Facultad de Derecho, respondió: «Desearía que se incluyeran en los programas exigidos, tanto para ser profesor como abogado en ejercicio, un curso breve y elemental de lógica simbólica moderna y un curso algo más extenso sobre problemas básicos de la filosofía moral y política». Creo que es una buena respuesta que nos da pistas sobre la configuración del currículum académico de un futuro filósofo del Derecho.

Hay también dos cualidades, virtudes, que me parece que deben acompañar al filósofo del Derecho. Lo que Piero Calamandrei denominó Fe en el Derecho y la idea de Rudolf Ihering de lo que significa la lucha por el Derecho.

En cuanto a las recomendaciones de lecturas, una lista (necesariamente incompleta) incluiría: Platón (*Critón*, *Apología*, *la República*), Aristóteles (*Ética a Nicómaco*, *Política*), Sto. Tomás (*Suma Teológica*, I. II., cuestiones 90-97), Hobbes (*Leviatán*), J. Locke (*Ensayos sobre el gobierno civil*), Montesquieu (*El Espíritu de las leyes*), J.J. Rousseau (*Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, *Contrato social*), I. Kant (*Crítica de la razón práctica*, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, *La Paz Perpetua*), F. Hegel (*Filosofía del Derecho*), C. Marx (*Manifiesto Comunista*, *La ideología alemana*), J.S. Mill (*Sobre la libertad*), M. Weber (*El político y el científico*, *Economía y sociedad*), H. Kelsen (*Teoría pura del Derecho*, *Qué es justicia*), A. Ross (*Sobre el Derecho y la justicia*), H. Arendt (*Los orígenes del totalitarismo*), H.L.A. Hart (*El concepto de Derecho*), I. Berlín (*El fuste torcido de la humanidad*), N. Bobbio (*Teoría general del Derecho*, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, *El futuro de la democracia*, *Autobiografía*), J. Rawls (*Teoría de la justicia*, *Liberalismo político*), R. Dworkin (*Los derechos en serio*, *Justicia para erizos*) y J. Habermas (*Facticidad y validez*, *Ensayos políticos*).

En cuanto a los libros que más influyeron en mi pensamiento, unos (o sus autores) han salido a lo largo de mis respuestas, otros los acabo de citar. Y en cuanto a la

valoración de su vida (además de su obra) aconsejaría conocer a M. de Montaigne (sus *Ensayos* son una fuente de serenidad en momentos como los actuales, que tomamos conciencia de la fragilidad humana), B. Spinoza (por su coherencia ética y su defensa de la libertad de pensamiento) y L. Wittgenstein (porque fue un verdadero filósofo, insobornable y difícil de encajar).

Diálogos jurídicos

MISCELÁNEA

Diálogos jurídicos

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

**RECENSIÓN DE «DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS»,
OBRA COLECTIVA DE LA FACULTAD DE DERECHO
COORDINADA POR EL PROF. LUIS FERNÁNDEZ
VILLAZÓN, THOMSON REUTERS/UNIVERSIDAD DE
OVIEDO, 2020**

JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo

LUIS ANTONIO FERNÁNDEZ VILLAZÓN

Coordinador de la obra

Una Facultad, más allá de un espacio físico, es una comunidad social, un punto de encuentro entre personas muy diferentes que colaboran en un proyecto común. Desgraciadamente, en las últimas décadas, la relevancia de estos centros universitarios tiende a minorarse. Si bien, se mantienen como punto de referencia para el alumnado, el vínculo con el personal docente e investigador se ha ido desdibujando paulatinamente en favor de áreas y departamentos. En este contexto, la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo viene realizando desde hace tiempo un importante esfuerzo para recuperar ese papel protagonista y coordinar a todos sus profesores y profesoras en un proyecto investigador común, a través de la realización de obras colectivas sobre distintos temas de interés general. En particular se ha impulsado la realización de tres obras colectivas. La primera, dirigida por los profesores Ramón Punset Banco y Leonardo Álvarez, titulada «Cuatro décadas de una Constitución normativa». La segunda, coordinada por la profesora Paz Andrés Sáenz de Santamaría, con el título «Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica». Y la tercera, que ahora presentamos, «Derecho y nuevas tecnologías», bajo la coordinación del profesor Luis Antonio Fernández Villazón. Creemos que todo ello es una gran expresión de una comunidad universitaria viva, activa y dinámica.

El tema elegido para esta nueva entrega, la relación del Derecho con la tecnología, no puede ser más acertado. Por un lado, es materia que permite analizar la completa evolución de la ciencia jurídica. Dado que las normas y la jurisprudencia son un reflejo de la sociedad en la que se desarrollan, no cabe duda de que la historia del ordenamiento consiste en una continua adaptación a las realidades que van surgiendo, muchas de ellas de orden tecnológico. Por otro, es un objeto de indiscutible actualidad. La velocidad con la que se desarrollan las nuevas tecnologías se ha incrementado

exponencialmente con el paso de los años, lo que ha ensanchado enormemente la brecha entre lo legislado y aplicado y la realidad regulada. De ahí la imprescindible reacción del Derecho frente a esa situación se ha convertido en tema recurrente en las últimas décadas. Es además un fenómeno que la grave crisis sanitaria mundial que atravesamos no ha hecho sino incrementar. Finalmente, se trata de un objeto de estudio que, no sólo se presta, sino que exige, un análisis desde la perspectiva de casi todas las disciplinas jurídicas. Esa es precisamente una de las fortalezas de la obra colectiva: permite ofrecer una panorámica muy completa y multidisciplinar de la materia.

Debemos resaltar, además, que el libro ha supuesto un ejemplo de esfuerzo y resistencia por parte de la comunidad universitaria de la Facultad de Derecho. Buena parte de su realización ha tenido que efectuarse, precisamente, en medio de la primera ola de la pandemia. Con las bibliotecas cerradas, el personal confinado y los libros propios encerrados en despachos clausurados, este trabajo no hubiera podido llegar a buen puerto sin las nuevas tecnologías que precisamente analiza. Las revistas electrónicas, las bibliotecas virtuales y, por supuesto, las conexiones a Internet han sido de vital importancia para rematar el trabajo. Debemos resaltar también que la respuesta de los profesores y profesoras ha sido ejemplar. Todos ellos han tratado de adaptarse y sacar adelante sus aportaciones, sorteando en ocasiones situaciones personales complejas y enfrentándose a un contexto social de inseguridad, miedo y frustración que no era precisamente favorable a la reflexión pausada y la meticulosidad que deben caracterizar el trabajo universitario.

El resultado, muy satisfactorio, se concreta en 26 capítulos, realizados por 27 autores, que se han agrupado en cinco grandes apartados. El primero reúne diversas reflexiones de carácter general. Una primera, hecha desde la Filosofía del Derecho, sobre el ser humano, la robótica y la inteligencia artificial. Una segunda, sobre el impacto de la tecnología en la actividad profesional de los abogados. Finalmente, una tercera sobre su incidencia en el Derecho Internacional, especialmente sobre la protección de los llamados bienes globales, el uso de la fuerza en la comunidad internacional y sobre la protección de los derechos humanos en el mismo ámbito.

El segundo bloque se dedica a legislación de protección de datos. Es esta, sin duda, como se sugiere en el título de dicho apartado, un «viejo desconocido». Son ya muchas décadas las que lleva este conjunto normativo entre nosotros, pese a lo cual sigue apreciándose en instituciones, empresas y ciudadanos particulares un profundo desconocimiento de su funcionamiento. Y ello pese a que la importancia del derecho a la libertad informática no ha hecho sino incrementarse con el paso de los años. Los capítulos de este apartado se centran en los nuevos «derechos digitales» que han ido incorporándose a la normativa positiva, como el testamento digital, el derecho al olvido, la portabilidad o los derechos digitales de trabajadores y funcionarios. Se dedica un espacio también a la protección del menor, a las identidades digitales en

el ámbito público y a la protección de datos en los sistemas de información de la salud, tema este último de candente actualidad.

No es posible abordar, hoy por hoy, un estudio sobre el Derecho y las nuevas tecnologías sin dedicar un espacio a internet y a las redes sociales. Si la protección de datos es el viejo desconocido, las redes se constituyen en ese recién conocido, con el que parece que llevamos relacionándonos toda la vida, debido a su extraordinaria expansión e incidencia en todos los ámbitos sociales. De ellas se ocupa el tercer apartado. Desgraciadamente, las redes generan serios retos para el Derecho Penal y la persecución de delitos como la pornografía y el acoso infantil o las distintas formas de violencia de género. Pero también suscitan incógnitas respecto a la protección del anonimato, la libertad de expresión y los derechos de autor; y a la vez también para el desarrollo de las relaciones laborales. Esos son los temas que centran los seis capítulos que componen el apartado.

Finalmente, las nuevas tecnologías obligan a empresas y organismos públicos a adaptar su funcionamiento a las nuevas realidades y, obviamente, a las nuevas normativas. Ese es el aspecto sobre el que centran su atención los dos últimos apartados de la obra colectiva. El número cuatro está dedicado a las empresas y aquí la llamada economía de plataformas adquiere un protagonismo evidente, objeto de estudio en los dos primeros capítulos: ¿Son éstas simples empresas tecnológicas o se trata de proveedores de servicios profesionales?, ¿implican un replanteamiento del concepto de relación de trabajo? Especial atención merecen también la nueva regulación europea sobre suministro de contenidos y servicios digitales y la futura conformación de un mercado único digital europeo, analizadas en los dos siguientes capítulos. Las implicaciones legales de la elaboración de perfiles en el mercado de seguros y la incidencia de las novedades tecnológicas en el Derecho Financiero y Tributario cierran este apartado.

El quinto y último está dedicado a la administración y a la justicia digital, sin duda dos ámbitos en los que las transformaciones se habían acelerado enormemente ya antes de la pandemia, pero que han recibido un impulso de primer orden como consecuencia de ésta. En la obra se reflexiona sobre la posible introducción del voto electrónico en la legislación española, sobre el procedimiento administrativo electrónico (con especial mención a los procedimientos tributarios), sobre la utilización de las nuevas tecnologías en la investigación penal y acerca de la eficacia probatoria de elementos como los mensajes de WhatsApp.

Salta a la vista que han quedado cuestiones en el tintero. La riqueza del fenómeno es tal, que, pese a la extensión del proyecto, nos hemos visto obligados a hacer una selección de los múltiples temas que podían ser incluidos en él. Que una obra de 745 páginas no sea suficiente para incluir todas las vertientes del problema, da idea de la complejidad, intensidad y variedad de los retos que las nuevas tecnologías plantean al Derecho. Sólo queda esperar que los lectores y lectoras consideren nuestra selección adecuada.

Terminamos esta presentación con un reconocimiento y un deseo. El reconocimiento es para José María Roca Martínez, Decano bajo cuyo mandato se impulsó esta obra colectiva, continuada después con entusiasmo por el actual equipo decanal. El deseo, es para toda la comunidad universitaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo: Que tengamos la fuerza y decisión suficientes para continuar esta magnífica experiencia y podamos llevar adelante una cuarta obra colectiva, con el mismo nivel de compromiso y equivalente exitoso resultado. Ánimo y suerte para el próximo coordinador o coordinadora.

UNA OBRA INDISPENSABLE PARA COMPRENDER LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA. RECENSIÓN DEL LIBRO PÓSTUMO «HISTORIA CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA» DEL PROF. JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, EDITADA POR EL PROF. IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA, MARCIAL PONS, 2020

JORGE PÉREZ ALONSO

Abogado. Investigador del Seminario Martínez Marina de Historia Constitucional

I

El día 1 de febrero de 2018, fallecía Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, derrotado finalmente por una larga y penosa enfermedad con la que venía luchando heroicamente durante casi una década. Ese óbito ponía fin a cuatro décadas de vinculación con la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, primero como Profesor Ayudante, después como Profesor Titular y, finalmente, rematando el *cursus honorum*, alcanzando en 1990 la Cátedra de Derecho Constitucional, que ocupó durante casi tres décadas. Una vinculación ésta con la Universidad de Oviedo que corre totalmente pareja a su dedicación a la materia por la que Joaquín fue y será universalmente conocido, cual es la *Historia constitucional*, tanto española como comparada. Ello no quiere decir que orillase o permaneciese ajeno al Derecho constitucional vigente, pero en este punto su acercamiento a la materia quedó circunscrita a la docencia y a alguna colaboración muy puntual, como su análisis institucional del Defensor del Pueblo (publicado en 1983 la *Revista Española de Derecho Constitucional*, que por entonces acababa de iniciar su andadura); su análisis de la designación y estatuto jurídico del Presidente del Principado de Asturias (incluida en los *Estudios sobre el Proyecto de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias*, publicado en 1981 por la Junta General del Principado de Asturias); los temas de teoría del Estado incorporados al *Cuestionario comentado de Derecho Constitucional* (que publicó junto a sus compañeros Francisco Bastida y Ramón Punset como una herramienta de estudio para los alumnos de Derecho Constitucional) y, ya más desde el punto de vista práctico que científico, su informe sobre la Reforma constitucional del Senado, que elaboró en 2004. No obstante, esas puntuales incursiones en el Derecho Constitucional positivo constituyeron la excepción, dado que lo que ocupó y preocupó a Joaquín Varela fueron sus estudios dedicados a la Historia Constitucional española y comparada.

Exponer lo que significó Joaquín Varela Suanzes para la Historia Constitucional es una tarea tan amplia que ciertamente excedería de los límites del presente trabajo. Baste decir que son legendarios e imprescindibles sus estudios dedicados al sistema británico, que condensó magistralmente en su *Sistema de gobierno y partidos políticos: de Locke a Park* (publicado en el año 2002 en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), y que su dedicación no se limitó a la simple elaboración de monografías, sino que tuvo incursiones en la vertiente editora al ser precisamente Joaquín Varela el responsable de rescatar del olvido precisamente a John James Park, cuya obra de referencia, *Los dogmas de la Constitución*, logró publicar por vez primera en castellano, y aun cuando su primera edición (en el año 1999, en editorial Itsmo) pasó casi desapercibida, la segunda, aparecida en 2015 en una colección mucho más prestigiosa (la colección Clásicos del Pensamiento, de la editorial Tecnos) logró estar a la altura de la importancia que no ya la obra, sino el magnífico estudio preliminar que el propio Varela antepuso a la misma merecía. Además, Joaquín Varela fue el responsable de la prestigiosa colección Clásicos Políticos del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, y bajo su dirección se publicaron obras indispensables para la historia del pensamiento histórico-constitucional.

Pero junto a esa labor investigadora, Joaquín Varela logró algo todavía mucho más importante, cual fue crear un ámbito o punto de encuentro para que personas de varias disciplinas ligadas a la Historia Constitucional pudiesen aportar sus visiones y puntos de vista sobre la materia. Prácticamente huérfano de medios, supliendo con una ilusión sin límites la carencia de elementos materiales, Joaquín Varela dejó tres grandes legados a la materia a la que tanto y tan bueno aportó. En primer lugar, un *método*, que explicó de forma didáctica en un imprescindible trabajo cuya versión definitiva incluyó como capítulo introductorio en el libro *Historia e Historiografía Constitucionales*, publicado en 2015 en la editorial Tecnos. En segundo lugar, una publicación, la Revista Electrónica de Historia Constitucional, cuyo primer número vio la luz en septiembre del año 2000 convirtiéndose en un hito al tratarse de la primera revista sobre la materia que se publicó en soporte exclusivamente digital. Y, por último, un lugar o punto de encuentro, el *Seminario* (hoy Cátedra) *Martínez Marina de Historia Constitucional*, un ámbito donde estudiosos procedentes de diversos campos aúnan sus esfuerzos y ponen en común sus visiones en la materia. El seminario cuenta, a su vez, como una de sus auténticas joyas, con una biblioteca virtual de acceso totalmente gratuito donde el lector interesado puede acceder a obras de culto para la Historia Constitucional. Lo cual acredita no sólo que en ocasiones la voluntad puede suplir la carencia de medios, sino la auténtica pasión y entrega de Joaquín Varela a la disciplina.

II

El fallecimiento de Joaquín Varela dejó inconclusos varios proyectos, entre ellos uno al que había aludido en varias ocasiones (*La monarquía en el pensamiento constitucional europeo*), que es de esperar vean la luz en una futura edición de sus *Obras completas*. Entre esos trabajos sin culminar, se encontraba el que Varela consideraba, y con razón, que sería su obra cumbre, con la que remataría las casi cuatro décadas

de entrega a la disciplina: un manual de Historia Constitucional española. La obra quedó prácticamente finalizada, a falta de leves remates y alguna pequeña adición en algún capítulo. No obstante, Joaquín Varela era una persona tan metódica y rigurosa que, consciente de la posibilidad de que no pudiera finiquitar personalmente su estudio, dejó previsto que fuese su discípulo y amigo, Ignacio Fernández Sarasola, quien se encargase de dar los retoques finales al mismo. Así, en mayo del presente año 2020 vio la luz, editado por Marcial Pons, la *Historia Constitucional de España. Instituciones, normas, doctrinas*. Y la labor de Ignacio Fernández Sarasola ha sido tan impresionante y tanta la compenetración con su amigo y mentor que incluso al lector advertido y avezado le es imposible identificar en qué lugares de la obra la mano de éste finaliza lo que comenzó Joaquín.

La verdad es que la *Historia Constitucional de España* viene a ser una especie de hermana siamesa de otra publicación anterior, *Política y Constitución en España (1808-1978)*, aunque su finalidad y metodología son ciertamente distintas, de ahí que la lectura de ambas deba entenderse complementaria, y no excluyente. Mientras la segunda es una simple recopilación de estudios varios que poseen una misma unidad temática (la historia constitucional española) el segundo es una publicación concebida ya desde su inicio como una unidad conceptual, donde el autor sistematiza su conocimiento y dominio de una materia que desgrana magistralmente a lo largo de los capítulos. *Historia Constitucional de España*, está llamada a convertirse en obra de referencia en la disciplina, puesto que se hace eco de la bibliografía más reciente sobre el tema y, por tanto, supera ampliamente a las hasta el momento dos obras de consulta obligada, la *Breve historia del constitucionalismo español*, de Joaquín Tomás Villarroya (más bien una exposición cronológica de textos constitucionales, exponiendo de forma sintética –como el propio título de la obra explícita ya de entrada– el procedimiento de elaboración y acercándose de forma muy limitada a sus partes orgánica y sistemática) y la *Historia del Constitucionalismo Español*, de Luis Sánchez Agesta, que con ser meritoria padecía ya cierto agotamiento tanto por razones cronológicas (se redactó a mediados de los años sesenta, sin ser actualizada desde entonces) como metodológicas (su contenido es más bien una historia política que constitucional). Además, en su *Historia Constitucional de España* Joaquín Varela se adentra la misma siendo fiel a su metodología, es decir, no limitándose a un análisis dogmático de las constituciones históricas, sino aunando pensamiento político y análisis constitucional, todo ello, además, debidamente contextualizado desde el punto de vista histórico, sin caer en lo que él mismo había denominado *presentismo*, es decir, un análisis de instituciones o hechos pretéritos desde la óptica actual.

III

Joaquín Varela tituló uno de sus trabajos *Las cuatro etapas de la historia constitucional comparada*, en el cual exponía a grandes rasgos las cuatro fases del constitucionalismo: los inicios (1688-1776), el constitucionalismo revolucionario (1789-1815), el constitucionalismo decimonónico (1815-1918) y el constitucionalismo de entreguerras (1919-1939). Pues bien, si uno se adentra en la lectura de la *Historia Constitucional de España* puede observar que el mismo sigue un mismo

esquema que puede igualmente dividirse en cuatro etapas: inicios o balbucesos iniciales (1788-1808), el constitucionalismo revolucionario (1808-1812 y 1820-1823), el constitucionalismo decimonónico (1833-1931) y el constitucionalismo de entreguerras (1931-1936). *Historia Constitucional de España*, a diferencia de lo que ocurría con su obra siamesa, aborda el análisis de periodos históricos y etapas políticas no recogidas en ésta (como es el caso de la Constitución de Bayona o las Leyes Fundamentales del régimen franquista), llegando incluso al texto vigente, al que simplemente dedica unas páginas para engarzar el mismo con el constitucionalismo histórico español, es decir, para ilustrar sobre el legado que la historia constitucional española aporta el texto de 1978.

La etapa inicial del constitucionalismo español nos retrotrae al siglo XVIII, cuando los primeros borbones intentaron homogeneizar jurídicamente el sistema político en toda la península sobre las bases del derecho castellano, mucho más propicio al absolutismo que el ordenamiento existente en la antigua Corona de Aragón. Varela nos acerca brevemente a la España dieciochesca, puesto que, de un mismo tronco, el de la ilustración (es decir, el de aquellos autores que defendían una monarquía absoluta, sí, pero «ilustrada» o moderada por las «luces»), arrancan paradójicamente las dos grandes ramas doctrinales, una de partidarios y otra de opositores de la monarquía constitucional. El peso de la Corona fue tal que ni el desprestigio que la institución sufrió durante el reinado de Carlos IV y María Luisa y con el valimiento de Godoy, logró poner en marcha un proceso constituyente, algo para lo cual hubo de esperarse de forma harto paradójica nada menos que a la invasión militar francesa. Y más que la invasión propiamente dicha, la penosa actuación tanto de Carlos IV como de Fernando VII al doblegarse cobardemente ante Napoleón. Como bien dijo en su día el recientemente fallecido Carlos Seco Serrano en su magnífica introducción a *La España de Fernando VII* del también ha poco desaparecido Miguel Artola: «*La máquina política y administrativa del Estado borbónico estaba tan perfectamente ligada que, al fallar su pieza maestra – la Corona – cedió en el mismo sentido todo el complejo organismo representado por las autoridades centrales y locales...*» Al ceder el sistema institucional dieciochesco, era preciso sustituirlo por algo más acorde con los tiempos. Y eso, y no otra cosa, va a suceder con los dos textos que van a suponer el punto de partida del constitucionalismo español.

En efecto, durante la guerra de la independencia, se aprobaron dos textos que respondían a principios muy dispares: el de Bayona (1808) y su «*réplica patriótica*» gaditana (1812), llenando ambos la etapa o fase inicial del constitucionalismo hispánico. Varela analiza pormenorizadamente el segundo de ellos, cuyos principios estructurales y funcionamiento conocía a la perfección al haberle dedicado su tesis doctoral (ulteriormente publicada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en 1983 con el título *Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico*, obra reeditada con alguna modificación menor en 2012 con motivo del bicentenario) y la mucho más reciente *La monarquía doceañista* (publicada por Marcial Pons en 2013) obras éstas que se sintetizan de forma magistral en uno de los capítulos de *Historia Constitucional de España*. Pero la novedad fundamental es el estudio de la Constitución de Bayona, donde, en un impagable

ejemplo de interacción entre maestro y discípulo, Varela recoge en su análisis del texto de 1808 los estudios que sobre el tema efectuó Ignacio Fernández Sarasola, cuyo estudio preliminar a la *Constitución de Bayona* en la edición publicada por Justel es de consulta obligada. No deja de ser curioso que, teniendo en cuenta los condicionantes socioeconómicos de la España de principios del siglo XIX, fuese mucho más adecuado a tal realidad fáctica el texto de Bayona que el gaditano, con el añadido que este último pretendía trasladar a nuestro país un modelo fracasado veinte años antes en el país vecino. Y es que el modelo «gaditano», que se separa de los principios del constitucionalismo español imperante a lo largo del siglo XIX, se inspiraba en una interpretación ciertamente peculiar del principio de división de poderes, puesto que en el sistema articulado en dicho texto el auténtico «*nervio del estado*» no era el monarca, sino unas Cortes unicamerales que no sólo ostentaban el poder legislativo sino que ostentaban un papel no desdeñable en la dirección política, reduciendo al monarca a un «órgano constituido» limitado a la simple ejecución de las leyes y dotado de un veto meramente suspensivo. Precisamente esa separación tan rígida entre los dos grandes poderes del estado que llamaba al conflicto sin que el texto constitucional estableciese mecanismos para solventarlo, unido a que el grueso de la población (como reconoce acertadamente Varela) se mostró no ya distante, sino abiertamente hostil a la Constitución, no facilitó precisamente el éxito del sistema gaditano y explica en gran medida su fracaso. La desastrosa experiencia del trienio, donde se llegó a extremos tan graves como a un enfrentamiento directo entre las Cortes y el Rey en el cual ambas instituciones manipularon la situación en su propio beneficio, dio la puntilla al sistema. Así, mientras el monarca negociaba secretamente con las monarquías europeas para que acudiesen en su auxilio, un sector del liberalismo no dudó en azuzar a las masas contra el rey, con el celeberrimo y conocido «*trágala*». Ya durante la etapa comprendida entre 1820 y 1823 se produjeron intentos de reforma constitucional para adecuar el texto a las nuevas coordenadas del liberalismo europeo, más anglófilo y menos abstracto, que se explican pormenorizadamente en el capítulo dedicado al Trienio Constitucional. Pero la intervención de los Cien Mil Hijos de San Luis y el restablecimiento de Fernando VII en la plenitud de la soberanía implicaron la vuelta al absolutismo político.

IV

La muerte de Fernando VII el 29 de septiembre de 1833 marcó definitivamente el fin del absolutismo en nuestro país. Da comienzo así el constitucionalismo decimonónico, que se inicia con un texto que, como el de Bayona, es más una carta otorgada que una norma constitucional propiamente dicha: el Estatuto Real de 1834, obra del gran político y literato Francisco Martínez de la Rosa.

Joaquín Varela, que había expuesto la mutación de las coordenadas ideológicas del liberalismo español para asimilarse a la altura de los nuevos postulados del europeo, dedica varios capítulos al constitucionalismo español del siglo XIX y a sus características básicas, cuya línea fundamental es el abandono del sistema o modelo gaditano para aceptar un reforzamiento de los poderes del monarca (a quien se dota de un veto absoluto y del derecho de disolución) y la introducción del sistema

bicameral. En otras palabras: existía un consenso básico a fin de transitar de una monarquía absoluta a una monarquía constitucional. No obstante, las coincidencias entre las dos grandes corrientes del liberalismo cesan ahí, bifurcándose éste en los dos grandes modelos que, con variaciones en su nomenclatura, permanecerán hasta el primer tercio del siglo XX. Por una parte, el liberalismo progresista, que defiende la soberanía nacional, y una división de poderes donde el Senado fuese una cámara electiva; por otro, el conservador, basado en las tesis de la «*constitución histórica*» que, con raíces en Jovellanos, permanecieron inspirando las tesis del Partido Moderado y ulteriormente del Liberal-Conservador. Aun cuando ambas tendencias lograron en circunstancias extremas (la lucha contra el carlismo, enemigo común) llegar a un entendimiento que propició la elaboración de un texto constitucional consensuado, la Constitución de 1837, lo cierto es que la falta de altura de miras de ambos partidos cercenó la posibilidad de articular un sistema constitucional duradero. Y es que, en efecto, como bien señala Joaquín Varela, el texto de 1837 pudo haber sido un documento estable que permitiera la convivencia pacífica de ambas facciones. No obstante, el vergonzoso *affaire* Olózaga (exhaustivamente desgranado por Alejandro Nieto en su obra *Los sucesos de Palacio de 28 de noviembre de 1843*), donde se acusó al dirigente progresista de forzar la voluntad de la reina Isabel II para obtener el decreto de disolución de las Cortes, así como la reforma de la Constitución den 1845 en sentido de acentuar los aspectos más afines al moderantismo, cercenaron toda posible estabilidad constitucional.

Gran parte de *Historia Constitucional de España* se dedica a analizar de forma exhaustiva, profunda y, sobre todo, intelectualmente honesta, la época isabelina y el sexenio mal llamado democrático, época durante la cual no hubo ruptura, sino más bien continuidad de un modelo, el del liberalismo decimonónico, sin otra variación que la alternancia de sus dos submodelos, el progresista (con el proyecto de reforma constitucional de 1856 y el texto de 1869) y el conservador (1845). Un periodo rico en debates de altura donde brillaron personalidades como Pacheco, Donoso Cortés y Posada, pero cuya brillantez intelectual no lograba ocultar la verdadera lacra del sistema, cual era la carencia de una base social que sustentase el liberalismo, lo que forzó a los partidos a echarse en manos del estamento militar, dando lugar así a lo que Jesús Pabón denominó «*régimen de los generales*». Buscar el amparo de un general no era, contra lo que se suele decir, algo exclusivo de una facción, pues si el Partido Moderado tenía en Ramón María Narváez a su gran valedor, el Partido Progresista se arrojó en manos de generales como Espartero, Serrano y Prim. Fue precisamente bajo la presidencia de un general, Leopoldo O'Donnell cuando tuvo lugar la etapa política de más estabilidad durante la época isabelina, cual fue el gobierno largo con apoyo de la Unión Liberal (1858-1863).

Tan sólo durante el fugaz periodo de once meses transcurridos entre el 11 de febrero de 1873 y el 3 de enero de 1874, es decir, durante la Primera República, se produce una quiebra de los principios del liberalismo decimonónico. Y ello no sólo por romper con la monarquía, sino porque el proyecto constitucional de 1873 pretendió instituir una república federal que, curiosamente, no pretendía romper la nación (su primer artículo establecía que «*componen la nación española los Estados*

de...» pasando a enumerar por orden alfabético las distintas regiones trasmutadas institucionalmente en estados), sino que incluso mantuvo («con buen criterio», apunta Joaquín Varela), la bandera tradicional rojigualda. Un modelo que no ocultaba claramente la filiación estadounidense que inspiraba las líneas maestras del sistema, como se explicita, por ejemplo, en la articulación de un verdadero control de constitucionalidad en manos del Tribunal Supremo, quien *ex* artículo 77, tenía la facultad de suspender los efectos de una norma con rango legal contraria a la Constitución. No obstante, la nula estabilidad política del sistema, que hubo de hacer frente en menos de un año nada menos que a cuatro presidentes (el primero de los cuales, Estanislao Figueras, huyó literalmente del cargo) y a una situación de triple guerra civil (a la carlista y a la cubana se sumó la insurrección cantonal) propició la caída del sistema.

Tras la desastrosa experiencia republicana, y el breve paréntesis de la dictadura del general Serrano, que se prolongó durante todo el año 1874, el 30 de diciembre de dicho año el pronunciamiento del general Arsenio Martínez Campos proclamando como monarca a Alfonso XII (adelantándose a los deseos de Cánovas, que pretendía la instauración de dicho monarca a través de un amplio movimiento de naturaleza civil) vuelve a los principios del liberalismo decimonónico, entroncando nuevamente con los postulados del liberalismo conservador y la doctrina de la «*constitución histórica*». Joaquín Varela analiza este periodo histórico en dos capítulos distintos, separados por el «*desastre del 98*» a modo de cesura. El sexto capítulo aborda un profundo análisis del texto constitucional de 1876 (el que, por ahora, continúa siendo el que más años ha estado vigente, aunque la actual Constitución de 1978 está a punto de alcanzarle), su procedimiento de elaboración, sus principios inspiradores, y la posición constitucional de las Cortes, del Monarca, del Gobierno y del poder judicial, así como el funcionamiento en la práctica de la misma. Aspectos estos que Joaquín Varela conocía perfectamente, pues no en vano fue el encargado de elaborar el estudio preliminar a la Constitución de 1876 en la edición de Iustel.

Varios fueron los motivos que propiciaron la crisis del sistema canovista, que Varela intenta sintetizar en el séptimo capítulo. Habitualmente se suele centrar el fracaso exclusivamente en el rey Alfonso XIII, pero ello es algo tan injusto como incierto, y el rigor y la honestidad intelectual de Joaquín Varela le impiden caer en ese reduccionismo, apuntando a otras cuestiones: la ausencia de liderazgo en los Partidos Liberal y Conservador tras la desaparición física de Cánovas (asesinado en 1897) y Sagasta (fallecido en 1903) con su inevitable consecuencia de la liquidación del turno pacífico (una de las bases para mantener la estabilidad política); la incapacidad del sistema para evolucionar desde una monarquía constitucional hacia una parlamentaria, y el rebrote de un militarismo que Cánovas había intentado subordinar al poder civil y que, a la postre, acabaría desembocando en la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930). Tras la dimisión de éste, la monarquía terminaría cayendo «*como cáscara muerta*» (según afortunada expresión de José Antonio Primo de Rivera, primogénito del general) en unas elecciones municipales que tanto republicanos como monárquicos tomaron como un plebiscito sobre la monarquía, y en la que, pese a la victoria global de las candidaturas monárquicas, la victoria de las republicanistas en las grandes ciudades fue interpretada como un rechazo a Alfonso

XIII. Algo, en cierta medida bastante injusto, por cuanto el Partido Socialista no es que hubiese colaborado explícitamente con Primo de Rivera, sino que incluso fue beneficiario de esa participación al desplegar plenamente su actividad durante todo el periodo 1923-1930 mientras que sus rivales, los sindicatos y fuerzas anarquistas eran perseguidas, los socialistas estaban integrados en el aparato del sistema.

No obstante, durante el largo periodo de vigencia del texto constitucional de 1876 la teoría política no permaneció silente, sino que se produjeron intentos serios de presentar una alternativa que pasaba por la superación de la monarquía constitucional a una monarquía parlamentaria similar a la existente en el Reino Unido. Joaquín Varela expone y analiza esas alternativas, fundamentalmente la auspiciada por Gumersindo de Azcárate en sus obras. Pero también aborda, sin caer en maniqueísmos, en las carencias internas del régimen constitucional, así como los ataques externos al mismo.

La etapa de la Segunda República supone la liquidación definitiva del modelo liberal decimonónico (prolongado de forma artificial hasta 1931) y, como se muestra en el octavo capítulo de *Historia Constitucional de España*, el entronque del constitucionalismo español con el europeo de entreguerras y las denominadas «*constituciones de los profesores*», como la alemana de 1919 y la austríaca de 1920, en la que tanto influyeron respectivamente Hugo Preuss y Hans Kelsen. Transitar por este periodo histórico no es ciertamente una tarea cómoda, debido a que el periodo republicano constituye, en acertadísimas palabras de otro gran iuspublicista como Francisco Sosa Wagner: «*unos pocos años que tanta nostalgia producen en la actualidad en ambientes que podríamos llamar tiernos en materia de saberes y lecturas*». En efecto, a la tétrica e injusta leyenda negra que sobre el sistema pesó durante la época de Franco, ha sucedido la meliflua y empalagosa leyenda blanca tan falsa como aquélla, lo que hace ciertamente difícil aproximarse a un análisis de dicho periodo de forma objetiva. No obstante, pese a lo difícil del empeño, Joaquín Varela logra adentrarse tanto en el sistema constitucional como en el desarrollo de la política en el periodo republicano con una equidistancia y valentía digna de elogio. Por una parte, no escatima las merecidas alabanzas que el sistema merece, fundamentalmente a la hora de exponer los innegables avances para implantar derechos de contenido social, el intento de dar cauce a las reivindicaciones de los partidos nacionalistas o el intento de transformar la Constitución en una norma jurídica que vinculase al propio legislador. Pero tampoco se esconde el autor a la hora de exponer juicios muy severos cuando la situación lo demanda, como, por ejemplo, al referirse al jacobinismo de Azaña en contra de una verdadera independencia de los jueces, o como la deficiente articulación de un régimen que, como indicó en su día Joaquín Tomás Villarroya en los artículos dedicados a este periodo, no se configuraba como una república estrictamente presidencialista, pero tampoco estrictamente parlamentaria, logrando así aunar los vicios de ambos sistemas. El «*colapso de la República*» (por utilizar el título de un célebre estudio de Stanley G. Payne) no se debió en exclusiva a una sublevación militar, que no fue sino el desencadenante; en realidad tiene causas mucho más complejas, tanto endógenas como exógenas, que Varela narra minuciosamente en un capítulo realmente magistral.

La guerra civil y la victoria del bando liderado por Francisco Franco implicaron la instauración de un régimen que, si bien en principio hubo quienes lo contemplaron como una fase transitoria, terminó prolongándose hasta 1975. Es evidente que, aun cuando articulado institucionalmente a través de un sistema de Leyes Fundamentales, no puede calificarse de constitucional un sistema inspirados en el principio de «*unidad de poder y división de funciones*». Pese a ello, en la obra comentada se analizan de forma somera las líneas maestras del sistema político franquista no sólo para que el lector pueda tener una visión general del mismo, sino para que no exista una ruptura cronológica y pueda hablarse de una auténtica «*historia*» sin quiebra alguna. Una historia que termina con la segunda restauración y con la aprobación del texto constitucional de 1978, el actualmente en vigor, pese a los serios y muy preocupantes nubarrones que sobre el mismo se ciernen. El noveno capítulo de *Historia Constitucional de España* finaliza el recorrido por nuestro constitucionalismo histórico ofreciendo unas pinceladas sobre la Constitución de 1978 pero, dado que no nos encontramos propiamente ante «*historia constitucional*», sino «*derecho constitucional*» vigente, Joaquín Varela opta, de forma acertada, más que por ofrecer una síntesis de los principios estructurales y organizativos, mostrar el engarce o entronque del texto con los que le precedieron.

V

En la breve presentación que antecede al libro, Ignacio Fernández Sarasola apunta con total acierto que en el libro podemos encontrar a Joaquín Varela muy vivo en sus páginas. En efecto, para quienes tuvimos la suerte de ser sus alumnos, el privilegio de tenerle como maestro y el honor de ser sus amigos, adentrarnos en las páginas de *Historia Constitucional de España* es como volver a escuchar la voz de Joaquín. Y para quienes no tuvieron la posibilidad de conocerle, la lectura de *Historia Constitucional de España* le permitirá adentrarse en la misma de la mano de un extraordinario *cicerone*.

En definitiva, estamos ante una obra que, sin duda alguna, está destinada a convertirse en referencia absoluta en la disciplina. No es para menos.

RECENSIÓN DE LA OBRA «LA REGULACIÓN DE LOS ALGORITMOS», DIRIGIDA POR EL PROFESOR A. HUERGO LORA Y COORDINADA POR EL PROF. G. M. DÍAZ GONZÁLEZ, EDITORIAL ARANZADI, 2020

OLAYA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

*Graduada en Derecho y Administración y Dirección de empresas por la Universidad de Oviedo.
Estudiante de Máster en Abogacía*

Este libro, que constituye el resultado del Congreso que con el mismo nombre se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo en octubre de 2019, pretende explicar el actual fenómeno de los algoritmos y su repercusión sobre distintas áreas del derecho.

Muchos estaremos de acuerdo en que, a priori, algoritmo y Derecho son dos palabras que –cuanto menos– pertenecen a distintos mundos. El algoritmo es un conjunto de operaciones concatenadas que, siguiendo un determinado orden, persigue solventar un problema o conseguir un resultado concreto. Se trata de un concepto asociado tradicionalmente a las ciencias matemáticas (*aquellas grandes amigas de los juristas*) que en combinación con la metodología estadística y gracias a los procesos de recopilación, sistematización y análisis de datos en masa, ha hecho posible muchos de los avances de nuestra sociedad actual.

La distancia entre ambos términos puede parecernos aún mayor cuando hablamos, por ejemplo, de Derecho Administrativo. Sin embargo, basta con echar un vistazo a nuestro alrededor para comprobar que, en los últimos años, las Administraciones han venido haciendo un uso cada vez mayor de esta técnica. Ejemplo de ello son los sistemas de valoración de riesgo de quebranto de permisos empleados por las Administraciones penitenciarias autonómicas a la hora de otorgar o denegar permisos penitenciarios (a través de las Tablas de Variables de Riegos TVR); o la creación de la Unidad de Control de Patrimonios Relevantes perteneciente a la Oficina Nacional de Investigación del Fraude (ONIF) con la que la Agencia Estatal de la Administración Tributaria pretende enfocar el seguimiento de potenciales contribuyentes defraudadores a través del análisis cruzado de datos sobre perfiles propios de quienes practican la evasión y elusión fiscal (como se analiza en la contribución de J. García Puente). En este punto, nos referimos a una clase de algoritmo en concreto, que no es otro que el de carácter predictivo. A diferencia de los algoritmos «habituales» los predictivos se emplean para que –una vez realizado el examen de datos– puedan

extrapolarse los mismos a diferentes supuestos de hecho. La finalidad perseguida por las Administraciones será, como bien apunta A. Huergo Lora, prevenir dónde será necesaria la intervención administrativa. Esta técnica conlleva evidentes ventajas como son la eficiencia en la correcta asignación de recursos y la sustitución del criterio individual por el criterio objetivo e imparcial del algoritmo. Si bien corremos el riesgo de que los datos empleados en la obtención del algoritmo matemático estén sesgados, con el consiguiente efecto discriminatorio que supondría la aplicación práctica del deficiente modelo.

En el ámbito del Derecho mercantil, fenómenos recientes como la NAAI (Negociación Algorítmica de Alta Intensidad) o los *Robo Advisors*, han supuesto la aparición de nuevas prácticas en los mercados de valores. Como se estudia en la contribución del profesor Farrando Miguel, la realidad de nuestros días exige que las decisiones de inversión se cedan a sistemas algorítmicos que desplazan paulatinamente la participación humana. En concreto, la NAAI es un sistema de Negociación Algorítmica (NA) que pone en relación la información suministrada por uno o varios mercados, así como otras fuentes de información, dando como resultado estrategias que aúnan gran cantidad de órdenes que se emiten en un periodo muy breve de tiempo. Estos sistemas son empleados por operadores de mercado (fondos de inversión, banca de inversión...) que cuentan con *software* y *hardware* muy sofisticado y de alta velocidad, lo que les propicia una mayor flexibilidad y capacidad de respuesta ante las circunstancias cambiantes del mercado. La implantación de estas prácticas ha traído consigo un incremento de los riesgos de conductas abusivas por parte de los operadores que practican la NAAI, entre ellos, el *stuffing*, consistente en la emisión de una ingente cantidad de órdenes al mercado (que posteriormente serán canceladas) con el ánimo de saturarlo y ralentizar la toma de decisiones por el resto de operadores. Este tipo de prácticas incrementan el riesgo de inestabilidad financiera debido a ascenso de la volatilidad y la confusión que pueden generar, dando lugar a dos perfiles de inversor: el inversor que recurre a la NAAI y el perfil de operador clásico que debe padecer la distorsión de información frente al primero. Con todo ello, surge la necesidad de que el Derecho entre a regular estas cuestiones y, en particular, la normativa de la Unión Europea (Directiva MiFID II), que en opinión de algunos expertos resulta aún insuficiente.

El fenómeno de los *Robo Advisors* no es exclusivo del mundo de las inversiones financieras y comienza a estar presente en otras de las instituciones fundamentales del Derecho Mercantil como es el Derecho de Seguros, que es objeto de análisis en la contribución de la profesora María Luisa Muñoz Paredes. De esta forma, el «asistente robot» podrá sugerirnos la contratación del seguro que mejor se adapte a nuestro perfil como clientes basándose en los algoritmos, de la misma forma que lo hace ya habitualmente en las recomendaciones sobre nuestra cartera de inversión. El asistente virtual ofrece la posibilidad de personalizar el servicio y adaptarlo en la medida de lo posible al perfil del asegurado gracias –de nuevo– a la gestión de datos en masa o *Big Data*. Muchas veces estos datos son aportados sin que seamos conscientes de ello. Por ejemplo, a través de la suscripción en aplicaciones de dispositivos electrónicos o, incluso, cuando acudimos a centros de belleza, gimnasios

o fisioterapia, donde frecuentemente firmamos cláusulas de protección de datos con condiciones que no alcanzamos a leer, sin percatarnos de que autorizamos el tratamiento de estos con múltiples fines, que pueden llegar a la cesión de datos a terceros. El uso del *Big Data* en el sector asegurador ha traído consigo ventajas como son la mejor precisión a la hora de fijar la prima al asegurado, el aumento de la solvencia de las compañías aseguradoras que pueden calcular el riesgo de forma más precisa, o la mejora en la confección del cuestionario del contrato de seguro, construido a través de datos obtenidos en fuentes de acceso público, que simplifican el trámite de contratación y reducen el número de preguntas. Sin embargo, esto implica numerosos riesgos, como pueden ser la ausencia de cobertura para aquellos que tengan un riesgo demasiado elevado (debido a la cuasi-perfecta individualización del riesgo); el trato discriminatorio hacia los consumidores, quienes no son conscientes de los programas empleados para cuantificar el riesgo y lo que convierte en imposible la tarea de tratar de modificar su conducta con objeto de reducir las primas; o el riesgo de intervención de las grandes tecnológicas en el mercado de seguros, lo que posicionaría a las compañías tradicionales en una clara posición de desventaja competitiva.

También el proceso electoral puede entenderse como un algoritmo, puesto que se trata de un sistema de operaciones (formación del censo, inscripción de candidatos, designación de lugares de votación, etc.) cuya finalidad será elegir a las personas que representan a la ciudadanía. Como algoritmo (y tal como se estudia el profesor Presno Linera), también está sujeto a errores ya que, como es conocido, no todos los partidos políticos cuentan con una representación proporcional a la votación recibida por el electorado. Así las cosas, el actual sistema de distribución de escaños que aplica la fórmula *D'Hondt* supone como resultado un reparto desproporcionado de escaños que beneficia a dos grupos principalmente. Por un lado, los grandes partidos obtienen una sobrerrepresentación frente a los menores. Y por otro, dentro del grupo de los partidos minoritarios, se ven beneficiados aquellos que se concentran territorialmente frente a los partidos minoritarios con apoyos dispersos a lo largo de nuestra geografía nacional.

Como último ejemplo (el libro contiene un total de 13 trabajos de otros tantos autores), podemos observar el empleo de los algoritmos en el ámbito de la investigación y la prevención delictiva o lo que, en palabras del profesor Gustavo Manuel Díaz González, podemos denominar la «policía predictiva». Esta consiste en que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad diseñan una estrategia de actuación a través de programas informáticos que determinan aquellas áreas geográficas, colectivos o sujetos en los que concurre un mayor grado de probabilidad de que se desarrollen hechos constitutivos de delito. De esta forma, podría incrementarse la seguridad de aquellas zonas calificadas por el algoritmo como potencialmente peligrosas con objeto de prevenir la comisión de delitos o, incluso, una vez cometidos los mismos, para lograr una pista sobre el perfil del posible o posibles autores. Además, los algoritmos también contribuyen a una mejora en la distribución de medios y recursos públicos, por ejemplo, colaborando en la detección de denuncias falsas de hurto (programa VERIPOL) o en el análisis de riesgos ante denuncias de violencia machista por razones de género (programa VioGen) que ayuda a esclarecer

en qué forma es más o menos necesaria la adopción de una determinada medida de protección sobre la víctima.

Lo anteriormente expuesto nos puede llevar a un sin fin de preguntas como estudiosos del Derecho: ¿podemos entender que un algoritmo tenga el rango de norma reglamentaria en tanto en cuanto la Administración ejerza potestades basándose en la aplicación de este, como defendió en el congreso el profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Valencia Andrés Boix Palop?, ¿hasta qué punto pueden las Administraciones emplear datos personales con el objetivo de diseñar perfiles en busca de potenciales defraudadores?, ¿cómo nos protegemos de los potenciales riesgos de discriminación en la elaboración de algoritmos?, ¿debería existir una normativa que contenga el derecho a conocer el alcance y contenido del algoritmo con objeto de su eventual impugnación?, ¿qué requisitos exige nuestra jurisprudencia para usar «datos sensibles» a la hora de emplear la «policía predictiva»? ¿desaparecerá la intervención humana en campos como el asesoramiento en el contrato de seguro o la inversión en los mercados financieros y será desplazada por el uso de estos modelos matemáticos?, ¿colisiona todo esto con la regulación vigente en materia de protección de datos?

Si bien comenzaba esta reseña señalando las principales virtudes que supone la aplicación de un algoritmo predictivo en la toma de decisiones jurídicas, puesto que ello conlleva la plena racionalización y objetivación de estas, no podemos olvidar que el Derecho, al contrario que el algoritmo, jamás será una ciencia exacta, con lo que la respuesta a las preguntas arriba señaladas podrá ser argumentada desde distintas ópticas –y seguramente– varias de ellas válidas y coherentes con nuestro Ordenamiento Jurídico. En estos tiempos que nos ha tocado vivir, en los que *Twitter* y *Facebook* son «fuentes del derecho», y en los que la información sin control nos ha llevado –para nuestra desgracia– a la era de la desinformación, siempre será un placer leer a los expertos en materia, que con rigor y a través de la reflexión y el estudio por memorizado de la normativa, jurisprudencia y doctrina actual, nos traen su particular –y muy fundamentado– punto de vista.

RECENSIÓN DE LA OBRA «REFORMA CONSTITUCIONAL Y DEFENSA DE LA DEMOCRACIA», COORDINADA POR EL PROF. B. ALÁEZ CORRAL, EDITORIAL, CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, 2020

MARCO FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ

Ltrado de la Junta General del Principado de Asturias

¿Se ha convertido la interpretación constitucional en un nuevo poder constituyente?
¿Son relevantes los distintos conceptos de Constitución para el estudio de la reforma constitucional? ¿Se preservan los derechos de la minoría en la regulación actual del procedimiento de reforma constitucional? ¿Cabe articular un control de constitucionalidad sobre el contenido de las reformas constitucionales? ¿Se configura el principio de igualdad de mujeres y hombres como un límite implícito a la reforma constitucional? ¿Sirve la participación ciudadana directa como una garantía para la defensa de la democracia en los procedimientos de reforma constitucional?

Estos son solo algunos de los interrogantes a los que intenta dar respuesta la obra colectiva «Reforma constitucional y defensa de la democracia», coordinada por el profesor Benito Aláez Corral, catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Oviedo. La publicación reflexiona sobre las aportaciones de unas jornadas académicas celebradas en la Junta General del Principado de Asturias entre el 28 y el 31 de mayo de 2019, con participación de constitucionalistas de distintas generaciones y procedencia geográfica y académica, coincidentes, todos ellos, no obstante, en la preocupación sobre una cuestión capital en la teoría constitucional.

El principal mérito de la obra que nos ocupa es, quizás, haber abordado con una visión de conjunto dos cuestiones que, normalmente, suelen enfrentarse de forma separada, sin tener en cuenta las interdependencias entre ellas. Nuestro Estado Social y Democrático de Derecho se encuentra en constante desafío, con algunos de sus valores y principios, antaño inmutables, hoy cuestionados. La polarización de las sociedades democráticas, el paulatino desplazamiento de la racionalidad por la sentimentalidad o la digitalización de la vida política son solo algunas de las consecuencias visibles de los desafíos a los que las sociedades contemporáneas se enfrentan. En este sentido, no puede desconocerse que la Constitución, como clave de bóveda del sistema, se verá influenciada por algunas de estas pulsiones, que tratarán de adaptarla a sus propias consideraciones, de forma semejante a lo acontecido en el Derecho comparado.

Aquí radica, a mi juicio, la esencia de la obra, pues pone de relieve la necesidad de una reflexión serena sobre el sentido ontológico de la Constitución y su reforma constitucional, por lo que va mucho más allá de un mero análisis procedimental, sobre lo que, sin duda, mucho se ha escrito, para tratar de examinar los paradigmas teóricos sobre los que debe asentarse una teoría de la reforma constitucional, indisolublemente unidos a la propia teoría de la Constitución.

Si la esencia, como se ha dicho, es la necesidad de sentar un marco teórico sobre la reforma constitucional, su valor es hacerlo teniendo presente el principio democrático como canon de enjuiciamiento de toda reforma constitucional. Es cierto que la Constitución presenta, en su sentido racional-normativo, un contenido, en mayor o menor medida, normativista, en tanto norma o conjunto de normas, de rango superior a cualquiera, que codifica en un solo texto las reglas de organización y funcionamiento del poder público, pero esta visión debe complementarse con otros caracteres que, como consecuencia de una acumulación paulatina de ideas y postulados de diverso origen, se encuentran hoy integrados en su noción contemporánea, pues evoca, también, como nota de carácter simbólico, una idea de límite del poder público, que encuentra su *ratio* en su adecuación instrumental y en la defensa de las libertades de los ciudadanos, así como un carácter fundacional, de solemne acto de autodeterminación de los miembros de una comunidad que proceden de común acuerdo a instaurar un determinado sistema político.

La pretensión de sujetar a normas jurídicas la actuación de los poderes públicos tiene una expresión reforzada en la diferenciación entre el procedimiento de elaboración y reforma de la Constitución respecto de la elaboración de las normas subordinadas al texto constitucional, pues de lo contrario cabría preguntarse si el contenido de aquella, obra del poder constituyente, no habría quedado a merced del legislador ordinario, poder constituido, desapareciendo, con ello, la cualidad de la Constitución como norma fundamental y superior del ordenamiento jurídico. La reforma constitucional, con la significación jurídica y política de su rigidez, que encarna la suprallegalidad constitucional, tiene una naturaleza bifronte, condenada a existir en constante tensión de contrario signo por sus dos funciones o cometidos fundamentales, esto es, la estabilidad y la adaptación; pero no trata la obra aquí analizada de buscar una solución a lo que James Madison señaló como «el dilema [...] de encontrar un sistema que proteja por igual contra la facilidad extrema, que haría la Constitución demasiado variable, y contra la exagerada dificultad, que perpetuaría sus defectos manifiestos», pues se trata esta de una cuestión esencialmente práctica y procesalista, sino en examinar las consecuencias que para la garantía democrática tienen las distintas concepciones sobre la Constitución y su reforma.

Las distintas perspectivas metodológicas que se adoptan en los dieciocho capítulos de la publicación, que corresponden a diez profesores de la Universidad de Oviedo y a otros ocho de distintas Universidades, tanto españolas como extranjeras, ofrecen, sin duda, una gran riqueza de enfoque, lo que no sólo es interesante para acercarse

de una u otra manera a los problemas aquí abordados, sino que también pone de relieve la necesidad de seguir reflexionando sobre el concepto mismo de Constitución.

Nos encontramos, en definitiva, ante una obra plural, compleja y sugerente que, desde un sólido fundamento teórico, se atreve a adentrarse en la reforma constitucional concebida no solo como mecanismo de cambio y adaptación, sino, en particular, de defensa y garantía de la propia democracia.

RECENSIÓN DE LA OBRA «LIBRES, DIGNAS E IGUALES. LAS CLAVES JURÍDICO CRÍTICAS DE LA PROSTITUCIÓN Y EL TRABAJO SEXUAL», COORDINADA POR LAS PROFAS. LEONOR SUÁREZ LLANOS Y MARÍA VALVIDARES SUÁREZ, EDITORIAL TIRANT LO BLANCH, 2020

AIDA PORCAR OLTRA
Universidad de València

Actualmente, dada la crispación del debate prostitución – trabajo sexual y su polarización hacia los extremos, es más necesario que nunca crear un espacio neutral, abierto y libre de prejuicios, donde los distintos idearios se desengranen y se contradigan desde el entendimiento y el intercambio de saberes. Precisamente, la obra que tengo ocasión de reseñar, «Libres, dignas e iguales. Las claves jurídico críticas de la prostitución y el trabajo sexual», se aproxima a lo que, quizás, debería de ser ese espacio material.

En este trabajo participan profesoras y profesores, expertos cada uno de ellos en su área de conocimiento, que sacan a relucir las diferentes dimensiones que envuelven bidireccionalmente la protección de derechos que, tanto la postura abolicionista como la regulacionista, buscan alcanzar. Ya de inicio, ante un cartel tan pluridisciplinar, se intuye que la diversidad de planteamientos puede llegar a resultar placenteramente contradictoria. Esta monografía merece toda la atención por tratarse de un análisis transdisciplinar, que articula un diálogo racional, moral y académico, a través de distintos campos jurídicos, y revisando uno a uno los argumentos que sostienen las distintas convicciones. Considero que cabe elogiar la coherencia de su estructura, la crítica ordenada en clave resolutive, y la facilidad con la que incomoda, cuestiona, destruye, y finalmente, deconstruye sobre bases sólidas y racionales.

La obra se presenta en bloques agrupados por distintos campos jurídicos. En primer lugar, encontramos un planteamiento inicial de conceptos, donde se prepara al lector para la confrontación dialéctica de tesis que se lleva a cabo durante toda la obra. Nos encontramos con Leonor Suárez Llanos que realiza un cuestionamiento terminológico de la prostitución, y desarrolla críticamente las falacias argumentativas del abolicionismo, del prohibicionismo y de las posturas regulacionistas, todo en clave de protección de los derechos. En este primer bloque, Alma Luna Ubero

Paniaga continúa con la crítica conceptual, y añade la cuestión del estigma inherente a la prostitución, finalizando con el análisis de las principales demandas del colectivo enmarcadas dentro de tres ámbitos jurídicos: el laboral, el administrativo y la legislación sobre violencia de género.

El segundo bloque es un análisis constitucional donde se enfrentan ideas contradictorias. Por un lado, María Valvidares estudia los tres principios constitucionales sobre los que se fundamentan las tesis del abolicionismo: libertad, dignidad e igualdad. Se encarga de reflexionar críticamente sobre cuáles son las consecuencias que, para esos derechos constitucionales, ocasiona la negación de sujetos políticos de las trabajadoras sexuales. La aportación de Miguel Ángel Presno Linera es analizar la prostitución desde la perspectiva de los derechos fundamentales, como la integridad física y moral, la intimidad personal y el derecho al trabajo. A continuación, el trabajo de Octavio Salazar presenta una visión sistémica de la prostitución, como institución clave para la supervivencia del orden patriarcal, poniendo el foco en el modelo hegemónico de masculinidad como factor subyacente a la explotación sexual del cuerpo de la mujer. Por último, en este bloque, Concepción Torres hace un acercamiento al fenómeno de la prostitución desde el discurso jurídico crítico, y conceptualiza la sexualidad en términos de poder. Identificando cómo el imaginario simbólico de la prostitución se ha creado a partir de la asimetría de poder, social y sexual entre los sujetos que se prostituyen y los que consumen.

El tercer bloque histórico está integrado, en primer lugar, por la configuración histórica del concepto de prostituta de Marta Friería Álvarez. En segundo lugar, con un enfoque proveniente del derecho romano, tenemos a Isabel Núñez Paz, que estudia la regulación en el derecho romano de la figura de la trabajadora sexual. En último lugar, el trabajo de Cristina García Fernández sobre las prostitutas en Pompeya y el arrendamiento de sus servicios.

Podríamos agrupar en un cuarto bloque las cuestiones relacionadas con el derecho penal, el derecho civil y el derecho laboral. El análisis penal comienza con Sonia Victoria Villa Sieiro, la profesora nos trae la cuestión de la trata de seres humanos por un lado, y el fenómeno de la trata con fines de explotación sexual por el otro. En este último se realiza la necesaria separación conceptual entre trata con fines de explotación sexual y prostitución. En el siguiente capítulo, María Marta González Tascón realiza una aproximación a la utilización del instrumento penal en los contextos de prostitución de mujeres. A partir de aquí, se enlaza con la visión del derecho civil, y la profesora y Magistrada Paz Fernández-Rivera nos plantea como el contrato de hospedaje es una forma de encubrimiento del delito de trata de personas. Del cuestionamiento de la dogmática civilista y de su contractualismo se encarga Dolores Palacios González, la cual plantea la cuestión de si es lícito la prestación libre y voluntaria de servicios sexuales a cambio de un precio. A continuación, por lo que respecta a la posibilidad de una regulación laboral del trabajo sexual, la profesora Carolina Martínez Moreno describe el tratamiento que, desde el derecho del trabajo de nuestro ordenamiento se le da al ejercicio de la prostitución. Por último, Marcos Pascual González presenta la «Propuesta de sujeción a tributación a quien

ejerza la prostitución... si la prostitución se legalizara», analiza las posibilidades de tributación y las dificultades a las que se enfrentaría.

En su conjunto, podemos apreciar en esta obra una ramificación intencionada pausada y metódica de argumentos, que capítulo a capítulo, son criticados y cuestionados. Dando lugar a un agradable paseo literario de debate abierto, donde no hay imposición ni idea que se venda como cierta, sino que es el propio lector, el que encuentra su idea preconcebida sobre la prostitución y el trabajo sexual, sea cual fuera, enriquecida. En definitiva, la línea clara de la obra es, ni marginar ni abandonar durante el recorrido analítico a las dos corrientes que, de entrada, la academia, los movimientos políticos feministas y las instituciones públicas, nos presentan como antagónicas y opuestas. Junta estas dos visiones acostumbradas a aislarse mutuamente, para sacar lo mejor, y lo peor, de cada una de ellas. Considerando todos los enclaves que atraviesan de una manera violenta el debate mediático actual sobre prostitución y trabajo sexual, para deconstruirlos hasta dar con la categoría de sujeto político con derechos de las mujeres que participan en este fenómeno.

RECENSIÓN DEL LIBRO COLECTIVO «LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SOCIO-SANITARIOS. NUEVO MARCO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA», DIRIGIDO POR EL PROF. LEOPOLDO TOLIVAR ALAS Y LA PROFA. MÍRIAM CUETO PÉREZ, TIRANT LO BLANCH, 2020

PAZ FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ

*Magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Asturias.
Profesora asociada de Derecho Eclesiástico del Estado*

La monografía titulada «La prestación de servicios socio-sanitarios. Nuevo marco de la contratación pública», publicada por la prestigiosa editorial Tirant lo Blanch, recoge las trece ponencias y comunicaciones de la Jornada científica que, bajo la codirección de los Profesores Sr. Tolivar Alas y Sra. Cueto Pérez, tuvo lugar en el edificio histórico de la Universidad de Oviedo, el 4 de octubre de 2019, realizada en el marco de proyecto de investigación financiado por el Principado de Asturias (GRUPIN 2018-2020 IDI/2018/000219), con el apoyo de la Facultad de Derecho y de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia.

La publicación de este libro no puede llegar en un momento más oportuno. Durante este año 2020 el mundo de la sanidad se ha visto sometido a una presión, sino insospechada, sí desconocida en su alcance y trascendencia, dejando en evidencia no sólo la fragilidad del ser humano, ya conocida, sino la de los servicios sanitarios. Por otra parte, esta época también ha dejado claro la importancia del sector social, de manera que para lograr una mejor atención sanitaria es preciso y necesario una buena coordinación socio-sanitaria, que deviene esencial para nuestro actual estado de bienestar. Esta publicación no ha podido ser más acertada, pues viene a llamar la atención sobre los servicios socio-sanitarios y sus modalidades de prestación dadas las peculiaridades que presenta por la incidencia que ello tiene en la salud de los ciudadanos, que sigue siendo igual de frágil o más que en el pasado, aportando al lector un exhaustivo análisis de las distintas formas de gestión que se emplean en la actualidad para la prestación de los servicios socio-sanitarios.

Siguiendo la sistemática de la monografía que se comenta, en el primer capítulo, que lleva por título «Gestión de Servicios sociales en el ámbito local. Nuevos planteamientos sobre la ciudad y la contratación pública» el Profesor Font i Llove, experto en gestión de los servicios públicos, especialmente en el ámbito local, analiza la forma en virtud de la cual, las entidades locales prestan los servicios sociales

en su territorio, llamando la atención sobre las transformaciones de la organización administrativa y prestación de los servicios sociales, de suerte tal que la ciudad terminará por configurarse como un «nuevo Estado en la satisfacción de los principios de solidaridad social y de los derechos de las personas», de manera que entre las formas directas y contractuales indirectas de prestación de aquéllos, emerge la acción concertada intermedia que en el ámbito de los servicios sociales adquiere especial relevancia.

A continuación, la Profesora Domínguez Martín, en el segundo capítulo, bajo el título «La acción concertada de los servicios en las personas en la ley de contratos del sector público y en la legislación autonómica: ¿instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social?», lleva a cabo un exhaustivo análisis de una de las formas más comunes bajo las cuales se prestan los distintos servicios a las personas, como es la acción concertada. Esta autora, incide en la transformación que ha sufrido la prestación de servicios a los ciudadanos, siendo precisamente en el ámbito de esa acción concertada donde las Comunidades Autónomas han comenzado a articular «instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social», así la Generalitat Valenciana, La Junta de Andalucía, Cortes de Aragón, La Rioja, Región de Murcia, Galicia, Cataluña, Comunidad Foral de Navarra, Islas Baleares, Extremadura y la Comunidad Autónoma de Asturias, que habría sido la última.

Bajo el título «Cuestiones laborales de la vuelta a la gestión directa de un servicio externalizado: sucesión de empresas y principios rectores del acceso a la Administración» la Profesora Cantero Martínez, experta en función pública y en derecho sanitario, indaga en las cuestiones que plantea la vuelta a una gestión directa de servicios, que previamente se habían externalizado, así como las respuestas que a ellas dan nuestro ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, con singular mención de la comunitaria, que tanto ha influido en el día a día de la jurisdicción contencioso-administrativa, y que ha generado una serie de conflictos a raíz de la decisión de varias Administraciones Públicas de revertir determinados servicios públicos externalizados.

La Profesora Cueto Pérez, con el título «Incertidumbre en las modalidades de gestión de servicios socio-sanitarios tras la LCSP», expone el actual marco normativo que rige la gestión de servicios socio-sanitarios, realizando una amplia exposición de las formas de gestión indirecta de los servicios socio-sanitarios antes y después de la vigente Ley de Contratos del Sector Público (LCSP). Junto a ello, examina las alternativas para la gestión indirecta de los servicios públicos a las personas, poniendo de manifiesto que, atendiendo a la nueva regulación de contratos, éstas son o bien licitar una concesión de servicios, o bien licitar un contrato de servicios, aunque a su juicio es posible preservar la existencia de los conciertos.

Con el título «La buena Administración en la gestión de los servicios públicos», la Profesora (Y vocal del Consejo Consultivo del Principado de Asturias) Menéndez Sebastián estudia lo que en su planteamiento son dos elementos esenciales del Derecho Administrativo actual, el servicio público y la buena administración, una

figura de perfiles no muy claros, pero en la que se encuadran una serie de principios, derechos y deberes, que como ella misma señala, «han de guiar la actuación administrativa de nuestro tiempo», ya que la Administración está para servir a los ciudadanos, no éstos a ella.

El derecho comparado es importante para conocer regulaciones que pueden aportar mejoras para el Derecho español. La Profesora Boto Álvarez, con el título «Nuevos planteamientos en el servicio público hospitalario en Francia» analiza las singularidades del sistema sanitario francés, poniendo de relieve las sustanciales diferencias con el sistema público sanitario español, si bien los retos que a ambos se les presentan son similares ya que los dos deben hacer frente a transiciones demográficas y epidemiológicas similares, que tampoco son ajenas a los demás sistemas sanitarios de los países desarrollados, lo que como ella señala requiere de una «continua revisión, buscando conseguir la fórmula que permita que los recursos sanitarios lleguen a alcanzar siquiera la estela de las crecientes expectativas de los usuarios».

Un elemento de evaluación de la calidad de los servicios públicos es el análisis de las quejas de la ciudadanía con respecto a los mismos. De este modo, el capítulo «Las quejas de los ciudadanos en relación con la sanidad y los servicios sociales», dictado por el Profesor Quintana López, Procurador del Común de Castilla y León, analiza los aspectos más relevantes de los derechos de los ciudadanos en su relación con las Administraciones públicas y demás entes públicos de la Comunidad de Castilla y León, para continuar su exposición desgranando algunas cuestiones socio-sanitarias sobre las que hubo de pronunciarse por razón de las deficiencias que las mismas presentaban, lo que de alguna manera enlaza con las aspiraciones que la Profesora Boto Álvarez señalaba: conseguir que los recursos sanitarios dieran satisfacción a las expectativas de los usuarios.

Una de las importantes novedades de la vigente legislación, es la posibilidad de reservar la adjudicación de una serie de contratos públicos a favor de determinadas entidades. La profesora Garrido Juncal, con el título «La reserva de contratos del sector público a favor de determinados sujetos: una excepción admisible a la libertad de competencia», lleva a efecto un pormenorizado estudio de la reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o determinados lotes, poniendo de manifiesto como el legislador español busca avanzar hacia una contratación pública responsable, es decir, como la propia autora resalta «que no se limite a la mera provisión de bienes y servicios», lo que es de especial relevancia en el ámbito sanitario.

Un objetivo de la legislación de contratos del sector público es conseguir una contratación estratégica, que no sólo sirva para aprovisionar de bienes y servicios a los poderes públicos, sino que también consiga introducir mejoras sociales. Con el título «Cláusulas sociales y estado social y democrático de derecho: algunas notas sobre su aplicación en los contratos de servicios sociales», el Profesor Arias Castaño analiza el impulso normativo en orden a introducir cláusulas de contenido social en los procedimientos licitatorios, haciéndose así eco de las Directivas comunitarias y Jurisprudencia del TJUE, si bien como el mismo señala su regulación no exenta

de luces y sombras, especialmente en los contratos de servicios sociales, por no presentarse con claridad cuáles son las «líneas maestras o ejes normativos» en los que se debe hacer especial hincapié.

Una de las modalidades clásicas de prestación del servicio público sanitario ha sido el Concierto, que ya contempla la Ley General de Sanidad (LGS). La doctoranda González Suárez, con su estudio «Régimen jurídico de las modalidades de gestión indirecta previstas en la Ley General de Sanidad» pone de relieve la problemática del régimen jurídico de la gestión indirecta en la LGS, planteándose si, tras la entrada en vigor de la LCSP, la figura del concierto se halla en peligro, para efectuar un estudio del concierto y el convenio y sus diferencias.

Acto seguido, el Profesor García Amez, bajo el título «La gestión indirecta del servicio público sanitario: el modelo Alcira y Madrileño a la luz de la vigente Ley de Contratos del Sector Público», expone dos modelos de gestión indirecta de los servicios sanitarios que se han desarrollado hasta ahora, poniendo de relieve como la LCSP implicó una transformación sustancial, no sólo de la contratación pública en España, sino en especial en el sector sanitario, y como tras la entrada en vigor de la LCSP se ha producido un cambio en la colaboración público-privada en el ámbito de la sanidad al dar una nueva regulación a la concesión, que como el señala «se consolidará como un tipo de contrato autónomo, desvinculándose del contrato de gestión de servicio público, el cual desaparece con la nueva legislación».

En el ámbito sanitario y social la protección de datos reviste especial importancia, máxime aun cuando se acude a la prestación de estos servicios a través del contrato. Así, con el título «El tratamiento de datos personales realizado por terceros en el marco de la contratación pública» la Becaria predoctoral Sra. González Mendoza aborda con rigor la cuestión relativa al tratamiento y protección de datos personales en el ámbito de la contratación pública.

El último capítulo, también aborda un enfoque comparado de interés. De este modo, la investigadora Chiara Feliziani, con el título «Servizio sanitario, politiche di spesa e appalti pubblici. Brevi consideraciones a propósito dell'esperienza italiana», nos adentra en la realidad legislativa italiana sobre la protección de la salud y su financiación, así como el acceso al mercado para la adquisición de bienes y servicios dentro de su ámbito.

En resumen, la monografía que se reseña deviene aún de más rabiosa actualidad y de interés, dada la actual situación socio-sanitaria ante la que no sólo España, sino el mundo se enfrenta, resultando imprescindible su lectura para los profesionales de la gestión sanitaria, y también para el público en general, pues la claridad expositiva de sus autores, expertos en la materia, la hacen accesible al ciudadano de la calle, destinatario último de los servicios socio-sanitarios, contribuyendo con ello a disipar las posibles dudas existentes y aportando una serie de sugerencias que contribuyen a mejorar el marco normativo actual.

RECENSIÓN A LA OBRA «LA CLÁUSULA SUELO EN EL PRÉSTAMO» DE LA PROF. NATALIA MUÑIZ CASANOVA, THOMSON REUTERS ARANZADI, NAVARRA 2020

JULIO CARBAJO GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

Por la prestigiosa Editorial Thomson Reuters Aranzadi se acaba de publicar durante este año 2020 la monografía de Natalia Muñiz Casanova, profesora asociada del Área de Derecho civil de nuestra Universidad y abogada en ejercicio, que lleva por título *La cláusula suelo en el préstamo*.

El exhaustivo trabajo, de 456 páginas, reproduce fielmente la tesis doctoral de la autora que, bajo la dirección del Catedrático Ramón Durán Rivacoba, se defendió brillantemente en la Universidad de Oviedo durante el curso académico 2019/20 y tiene por objeto analizar la incidencia de la cláusula suelo en nuestro Ordenamiento jurídico, no solamente en lo que se refiere a su consideración como una pura condición general de la contratación habitualmente incorporada a los préstamos realizados con entidades bancarias, sino de forma muy destacada como elemento perturbador del sistema judicial español, en particular del Tribunal Supremo, que se ha visto forzado a dictar numerosas resoluciones de toda índole y a cambiar su doctrina por la incidencia de la decisión tomada por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en el año 2016. La cuestión, de gran actualidad, pues toda la discusión jurídica en torno a ella se produce prácticamente en el último decenio, resulta inmejorablemente tratada en esta excelente monografía, de impecable factura y acertada redacción, que se lee con mucho agrado a pesar de la profundidad y exhaustividad con las que se aborda.

La estructura que recoge la monografía resulta tributaria del formato de tesis doctoral de la que procede: Introducción, Capítulos, Conclusiones, Índice de Sentencias y Resoluciones, y Bibliografía, y cuenta asimismo con un Prólogo muy interesante de su director, el Prof. Durán Rivacoba. Que la publicación ofrezca al lector el resultado final de un proceso de investigación elaborado con el mayor nivel posible de exigencia, como es el doctorado, otorga, a mi juicio, un valor añadido a este tipo de monografías jurídicas, pues constituye el reflejo de un trabajo científico serio y riguroso, contrastado a la postre por la formulación de una evaluación crítica manifestada en el acto público de defensa de la Tesis. Es decir, se trata de un trabajo de investigación contrastado científicamente que se encuentra avalado además por la condición de la autora como abogada ejerciente en el sector, que conoce a la perfección

la realidad que estudia y que no se dispersa en elucubraciones pseudocientíficas carentes de interés que tantas veces empañan las obras jurídicas.

El grueso del trabajo, precedido –además del Prólogo y la Introducción como se indicó– por una Guía de abreviaturas muy completa, se desarrolla a lo largo de nueve Capítulos en los que se va desgranando la cláusula suelo en su consideración como condición general de la contratación realizada por consumidores con las entidades bancarias susceptible de ser declarada nula por no poder superar los controles de transparencia impuestos legalmente y, en particular, los efectos que tal nulidad provoca en el bolsillo de los particulares.

El primero de los Capítulos, titulado *Presupuestos económicos y jurídicos*, de naturaleza introductoria, lo dedica la autora a describir someramente el contexto en el que se desenvuelve la cláusula suelo en los años dos mil del presente siglo, tanto en la fase inmediatamente anterior a la crisis económica mundial de 2007 como en los momentos posteriores, acuciados por una gravísima crisis económica y financiera a la que España no fue ajena y que provocó en nuestro país un notable sobreendeudamiento de las familias que se vieron obligadas a acudir a un mercado hipotecario en manos de un sistema financiero ciertamente convulsionado por la crisis y sometido a profundos ajustes. El diseño del marco jurídico en el que ubica la estipulación objeto de estudio, con el análisis desde la inicial Orden ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios hasta la reciente normativa representada por el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusula suelo y la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, y el esfuerzo por concretar dogmáticamente la figura, diferenciándola de otras afines y concretando su ámbito de aplicación, a través de la normativa vigente, completan este capítulo introductorio.

El trabajo dedica una especial atención a la descripción del elemento subjetivo en el control de validez de la cláusula suelo, representado por el consumidor, tanto persona física como persona jurídica, sin descartar situaciones denominadas mixtas en el trabajo en las que los bienes se utilizan para fines profesionales y no profesionales o cuando un consumidor avala una operación concedida a un empresario, pero tampoco desprecia la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas suelo en las contrataciones realizadas por no consumidores, sino por profesionales o empresarios, a la luz de lo sentado por las resoluciones del Tribunal Supremo que comenta.

El análisis del deber de información por parte de las entidades bancarias de la propia existencia de la cláusula suelo y de sus efectos resulta una parte inexcusable de un trabajo sobre esta materia desde el mismo momento en que la apreciación de la falta de transparencia provoca la calificación como abusiva de la cláusula con todas las consecuencias que ello provoca. A la aclaración de todos estos extremos dedica la autora el Capítulo tercero que presta atención no solo a la normativa sectorial existente, desde la lejana Orden de 5 de mayo de 1994 hasta la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre que sustituyó a la

anterior, y a lo dispuesto al respecto en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, sino de forma muy destacada a las resoluciones judiciales que, desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, han ido conformando paulatinamente dicha obligación. Sin que ello suponga olvidar el papel reforzado de los notarios en los préstamos que se suscriban en escritura pública y los deberes de información en los casos de subrogación en los préstamos concedidos a los promotores, cuestión polémica que no puede abordarse sin tomar en consideración las decisiones judiciales, tanto de las Audiencias Provinciales como del Tribunal Supremo, que parece haber zanjado la cuestión con sus sentencias de 24 de noviembre de 2017 y de 24 de enero de 2018.

Los Capítulos del cuarto en adelante están dedicados al estudio de la cláusula suelo como condición general de la contratación, y a tal fin la autora realiza un recorrido muy completo por la categoría de estos particulares y extendidos instrumentos de la negociación en masa de los contratos de adhesión, esto es su concepto, su ámbito de aplicación, las ventajas e inconvenientes para disponentes y adherentes y los rasgos característicos, y se detiene, como no puede ser de otra manera, en los controles de incorporación y de transparencia que constituyen la auténtica piedra de toque de todo el sistema y que representan el núcleo central de la monografía, centrado en el análisis de la normativa vigente, representada básicamente por la existente en materia de consumo, de la numerosa doctrina que se ha pronunciado sobre el particular y con una especial atención hacia la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la importantísima sentencia de 9 de mayo de 2013, con el doble control de transparencia que impone, es decir que la cláusula sea clara y comprensible, y que el consumidor sea informado taxativamente de la trascendencia de la estipulación que voluntariamente ha asumido. A este respecto, la monografía sigue un camino lógico y necesario por el proceloso mundo de las resoluciones judiciales –autos aclaratorios y sentencias– que se fueron sucediendo en un intento realizado por el Tribunal Supremo de aclarar los precisos términos de la doctrina sentada y su aplicabilidad al campo de las acciones individuales. Como es sabido, la doctrina jurisprudencial resultó ciertamente muy controvertida entre los tribunales inferiores, y en particular resultó muy contestado el pronunciamiento relativo a la no eficacia retroactiva de la resolución respecto a situaciones ya decididas en procedimientos cerrados ni a los pagos efectuados a la fecha de publicación de la sentencia. Todo esto animó a la presentación de varias cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronunció a través de la sentencia de 21 de diciembre de 2016 y que obligó al Tribunal Supremo a rectificar su doctrina y a aquilatar los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo a los términos marcados por la jurisdicción europea. Todo este proceso y las cuestiones procesales que quedan pendientes en la práctica forense, que la autora conoce bien, es descrito en la monografía con una claridad y una profundidad dignas de ser reseñadas.

En suma, una publicación muy estimable sobre las cláusulas suelo en los contratos de préstamo, con un amplísimo aporte de referencias doctrinales y de resoluciones judiciales, pero sobre todo con el valor que proporciona una visión certera y global

de los problemas actuales que plantea en la contratación la inclusión de las cláusulas suelo, todo ello desde la inmejorable perspectiva de una profesional del Derecho que aúna en sí la doble condición de ser docente universitaria y abogada en el foro. Mi enhorabuena, por lo tanto, a la doctora Muñiz Casanova por esta monografía que está llamada a ser obra de referencia entre los estudios sobre la cláusula suelo en España.

**RECENSIÓN DE LA OBRA «BENEFICIARIOS DE LA
PENSIÓN DE VIUEDAD» DE LA PROF. PAZ MENÉNDEZ
SEBASTIÁN, EDITORIAL THOMSON REUTERS-
ARANZADI, 2020**

CARMEN AGUT GARCÍA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I-Castellón

EL ÁREA PRINCIPAL EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Según datos de agosto de 2020 (fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social), el total de pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en España ha sido de 9.777.556; las pensiones de jubilación suponen el mayor número (6.091.312), seguidas de las pensiones de viudedad (2.352.543) y de las restantes [incapacidad permanente (950.119) orfandad (340.621) y en favor de familiares (42.961)]. En términos económicos, en septiembre de 2020 (fuente: www.epdata.es), el gasto total de pensiones en España fue de 9.911,43 millones de euros, de los cuales, 7.103,24 corresponden a la pensión de jubilación, 1.709 a las pensiones de viudedad, 934,11 a las de incapacidad permanente, 139,62 a las de orfandad y 25,46 millones a las de favor familiar.

No hay, pues, duda de la importancia que para nuestro modelo de Seguridad Social reviste a fecha de hoy la pensión de viudedad, la segunda en número de pensiones y de gasto económico, situada solo por detrás de la pensión de jubilación. Dicha relevancia social y económica, y la complejidad técnica en la que ha derivado la reglamentación de esta institución desde su configuración inicial, hasta el punto de no responder siquiera su contenido a su denominación (todavía vinculada al término «cónyuge»), de lo que son especial causa y consecuencia los beneficiarios de la misma, hacían necesario un estudio con la minuciosidad y el detalle como el elaborado por la Prof. Menéndez Sebastián que ahora se presenta.

En efecto, como el libro se encarga de poner de manifiesto, la evolución sufrida por la institución familiar desde el modelo imperante en el momento en que se establecen las primeras manifestaciones de la pensión de viudedad hasta la fecha, ha exigido una correlativa labor de adaptación de la normativa aplicable a esta última, lo que ha afectado en particular a la delimitación los sujetos beneficiarios de la misma. Si en su origen la pensión de viudedad trataba de tutelar a la esposa del trabajador

fallecido que quedaba sin el sostén económico que este le facilitaba, hoy se reconoce a hombres y mujeres, a cónyuges, parejas de hecho o excónyuges, a personas unidas por vínculos heterosexuales y homosexuales,... De ahí que el estudio de tales beneficiarios suponga en sí mismo, y al margen otras consideraciones sobre dicha prestación, un ejercicio necesario y nada fácil, habida cuenta las implicaciones que tienen en la materia no solo las normas laborales y las decisiones del orden social, sino también las normas civiles y administrativas y, correlativamente, las decisiones de los órdenes civil y contencioso-administrativo, y que la Prof. Menéndez resuelve con toda solvencia.

El trabajo se inicia con un capítulo destinado a la evolución histórica, en el que se refieren las principales disposiciones normativas que han sido los antecedentes lógicos de la actual pensión de viudedad, y se examina el alcance de sus ordenaciones. Dicho capítulo se divide, a su vez, en tres grandes apartados, correspondientes a tres periodos definidos por regulaciones que han marcado claros puntos de inflexión en el tema de estudio, siempre desde la perspectiva de los beneficiarios: la conformación inicial de las ayudas por viudedad (de 1900 a 1966), de la Seguridad Social pre-democrática a la Ley 40/2007 (de 1966 a 2007) y, finalmente, la importante reforma de 2007 (de 2007 a la actualidad).

Los restantes capítulos, segundo, tercero y cuarto, se dedican separadamente a cada uno de los diversos contextos desde los que hoy es posible lucrar la pensión de viudedad: matrimonio, pareja de hecho o situaciones de crisis matrimonial. En todos ellos se efectúa el análisis desde la regulación prevista para el Régimen General de la Seguridad Social, dado que la misma, en sede de beneficiarios, puede decirse que es trasladable a los Regímenes Especiales, y sin perjuicio de que, precisamente por presentar alguna diferencia, cada capítulo concluya con un apartado en el que se da cuenta las disposiciones de los funcionarios, en particular, las contenidas en el RD-Leg. 670/1987, de 30 de abril, texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado; y también se incluyan referencias a las pensiones extraordinarias de supervivencia por actos de terrorismo cuando su ordenación presenta peculiaridades en relación con la cuestión analizada.

De este modo, el capítulo segundo aborda los beneficiarios de la pensión de viudedad en los casos de matrimonio vigente. El mismo se divide en cuatro apartados, ofreciendo el primero el tratamiento general del tema y poniendo de manifiesto las principales modificaciones habidas sobre las previsiones iniciales en la pensión: supresión de las diferencias entre hombres y mujeres e inclusión del matrimonio homosexual. A continuación se estudian los modos posibles de contraer matrimonio en España (matrimonio civil, matrimonio religioso y otros ritos). Seguidamente, los requisitos de aptitud nupcial y consentimiento: edad y libertad de estado, capacidad natural para prestar consentimiento, analizando especialmente la problemática que plantea el reconocimiento de la pensión a matrimonios oficiados en el extranjero que resultan ilegales en España (señaladamente, los matrimonios polígamos o los forzosos), proponiendo la autora el recurso al juego del llamado orden público internacional «atenuado» a fin de salvaguardar los derechos de la parte más débil

(la mujer viuda). Y se concluye con los supuestos en lo que la pensión de viudedad, no obstante el matrimonio, no se genera de modo automático: enfermedad común del causante previa al matrimonio y violencia de género.

El capítulo tercero se reserva para los beneficiarios de la pensión de viudedad desde la situación de pareja de hecho. Después de analizar la justificación constitucional del distinto régimen previsto para reconocimiento de la prestación según el vínculo sea el matrimonio o la convivencia, se trata de la configuración legal de la «pareja de derecho», refiriéndose a los requisitos cuyo cumplimiento permite efectivamente lucrar la pensión, haciendo especial hincapié en uno de los extremos que mayor litigiosidad ha propiciado: la distinción entre la condición legal de pareja de hecho y los mecanismos de acreditación de dicha realidad; poniendo de relieve la problemática que genera la referencia a las normas autonómicas dadas las diferencias existentes entre las de unas Comunidades y las de otras. Se estudian igualmente los complejos y poco justificados requisitos económicos que deben cumplimentar los beneficiarios que acceden a la pensión desde este estatus. Y, en fin, se da noticia de las diversas situaciones particulares de convivencia no matrimonial que generan igualmente pensión de viudedad (actos de terrorismo, Yak-42, parejas de hecho anteriores a la Ley 30/1981, de 7 de julio, del divorcio o la aplicación retroactiva de la Ley 40/2007).

El cuarto y último capítulo se dedica a los supuestos de acceso a la pensión de viudedad de determinados beneficiarios no obstante la existencia de crisis matrimoniales (separación, divorcio o nulidad matrimonial). Dicho capítulo se divide también en cuatro apartados, relatando el primero la evolución habida en la regulación de la materia antes y después de la Ley del divorcio y hasta la Ley 40/2007. En el apartado segundo se aborda propiamente el régimen vigente de los separados y divorciados, mientras que en el tercero se acomete el análisis del confuso y complicado requisito de lucrar la pensión compensatoria previsto en el artículo. 97 del Código Civil, y su peculiar reflejo en los casos de nulidad (apostando la autora en este punto por una interpretación integradora que permita la igualdad de trato entre los cónyuges divorciados o separados y los que han visto anulado su matrimonio con derecho a indemnización); sin olvidar los problemas que surgen en las crisis matrimoniales cuando alguno de los contrayentes es un sujeto extranjero. El apartado cuarto se destina a las excepciones a la exigencia de pensión compensatoria: régimen transitorio y exención a las personas de mayor edad con matrimonios prolongados y a las víctimas de violencia de género (destacándose la labor desarrollada por la jurisprudencia social en la conformación de la protección de estas mujeres).

Como el lector podrá comprobar, la obra de la Prof. Menéndez Sebastián es un trabajo exhaustivo, con un amplio manejo de doctrina judicial de los diversos órdenes implicados, bien estructurado y de fácil lectura, que aborda un aspecto esencialmente complejo y conflictivo, los sujetos beneficiarios, de una prestación contributiva del Sistema de Seguridad Social, la pensión de viudedad, de la que, en términos generales y desde diversos foros, y en gran medida motivada por las distorsiones apreciadas en el ámbito subjetivo de la misma, viene exigiéndose una

reforma integral que la acomode real y efectivamente a las distintas necesidades que el fallecimiento de la persona trabajadora ocasiona en estos tiempos. Obra, en todo caso, que ya es, sin ninguna duda, de necesaria referencia en cualquier tratamiento de la pensión de viudedad que se lleve a cabo, y en tanto las modificaciones legales no se acometan.

Diálogos jurídicos

*ACTIVIDADES DE LAS ÁREAS DE
CONOCIMIENTO DE LA FACULTAD*

RESEÑA DE ACTIVIDADES ACADÉMICAS EN LA FACULTAD

SUMARIO

- I. SEMINARIO DEL ÁREA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 20 Y 21 DE ENERO DE 2020
- II. SEMINARIO “CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN”, 18 DE FEBRERO DE 2020
- III. JORNADA CHARRA LOS MENAS ORGANIZADA POR LA ASAMBLEA ABIERTA DE DERECHO, 19 DE FEBRERO DE 2020
- IV. JORNADA “EL SÁHARA OCCIDENTAL: 44 AÑOS DE LA PROCLAMACIÓN DE LA REPÚBLICA SAHARAUI”, ORGANIZADA POR LA ASAMBLEA ABIERTA DE DERECHO, 27 DE FEBRERO DE 2020
- V. JORNADAS DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO “30 ANIVERSARIO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: RETOS Y LOGROS DESDE UNA PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR”, 5 Y 6 DE MARZO DE 2020
- VI. “JÓVENES PARA JÓVENES”. ACTIVIDAD DE LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO, DEL 9 AL 13 DE MARZO DE 2020
- VII. DÍA INTERNACIONAL DE LAS MUJERES. ACTO INSTITUCIONAL DEL 8 DE MARZO, CELEBRADO EL DÍA 11 DE MARZO DE 2020
- VIII. CONFERENCIA Y COLOQUIO “ARSENAL NUCLEAR, RIESGO INMINENTE”, 11 DE MARZO DE 2020
- IX. SEMINARIO SOBRE “LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO EN LAS NUEVAS REALIDADES EMPRESARIALES”, ORGANIZADO POR EL PROYECTO “AUNAS”, ALTERNATIVAS PARA UNA ACCIÓN SINDICAL EFICAZ EN EL NUEVO MODELO DE EMPRESA, CELEBRADO EL 25 DE JUNIO DE 2020
- X. CURSO INTERNACIONAL “ EXPERIENCIAS DE INNOVACIÓN DOCENTE E INVESTIGACIÓN EN LA ERA DIGITAL”, ORGANIZADO POR LAS PROFESORAS DEL ÁREA DE DERECHO ROMANO DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO, LAS DRAS. CARMEN LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ Y MARÍA JOSÉ AZAUSTRE FERNÁNDEZ, Y CELEBRADO LOS DÍAS 23, 24 Y 25 DE SEPTIEMBRE DE 2020
- XI. SEMINARIO DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES (AEPDIRI) “NUEVOS ESCENARIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA CONTRATACIÓN”, 24 DE SEPTIEMBRE DE 2020

- XII. SEMINARIO INTERNACIONAL ONLINE “LA BUENA ADMINISTRACIÓN: ¿NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO?”, 2 DE OCTUBRE DE 2020
 - XIII. “INCLUSIÓN, SALUD Y BIENESTAR”, PRIMER SEMINARIO DE LA RED DE INVESTIGACIÓN RE-ADAP «RESILIENCIA: ESPACIOS DE ADAPTACIÓN DE NUESTRAS CIUDADES A LOS NUEVOS RETOS URBANOS», EN EL QUE PARTICIPA EL GRUPO GTDS, COLABORADOR DE LA CLÍNICA JURÍDICA, 13 DE OCTUBRE DE 2020
 - XIV. MESA REDONDA “POBREZA, VULNERABILIDAD Y COVID”, ORGANIZADA POR LA CLÍNICA JURÍDICA DEL MÁSTER EN PROTECCIÓN DE PERSONAS Y LOS GRUPOS VULNERABLES, CON LA COLABORACIÓN DE LA CLÍNICA DE LA FACULTAD, 9 DE NOVIEMBRE DE 2020
 - XV. JORNADAS SOBRE LA ABOLICIÓN DE LAS PRISIONES, ORGANIZADAS POR ASAMBLEA DE ESTUDIANTES DE DERECHO, 19 Y 20 DE NOVIEMBRE DE 2020
 - XVI. PRESENTACIÓN DEL LIBRO DE LA FACULTAD “DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS” EN EL COLEGIO DE GRADUADOS SOCIALES DE ASTURIAS, 25 DE NOVIEMBRE DE 2020
 - XVII. SESIÓN VIRTUAL IMPARTIDA POR D. ÁLVARO MARTÍN MORÁN SOBRE EL COLEGIO DE EUROPA, 30 DE NOVIEMBRE DE 2020
 - XVIII. MESA REDONDA VIRTUAL “CAMBIO CLIMÁTICO Y DESARROLLO SOSTENIBLE: UNA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA”, ORGANIZADA POR LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO, 3 DE DICIEMBRE DE 2020
 - XIX. SESIÓN INFORMATIVA SOBRE EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO DE PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN DEL PLAN NACIONAL, IMPARTIDA POR PATRICIA FARALDO CABANA, 4 DE DICIEMBRE DE 2020
 - XX. CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA “COMPENSACIONES E INDEMNIZACIONES EN LAS RELACIONES FAMILIARES”, CELEBRADO LOS DÍAS 18 Y 19 DE DICIEMBRE DE 2020
 - XXI. MESA REDONDA VIRTUAL “EDUCACIÓN, EDAD Y VULNERABILIDAD”, ORGANIZADA POR LA CLÍNICA DEL MÁSTER EN PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS Y DE LOS GRUPOS VULNERABLES, EN COLABORACIÓN CON LA CLÍNICA DE LA FACULTAD, 21 DE DICIEMBRE DE 2020
- I. SEMINARIO DEL ÁREA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 20 Y 21 DE ENERO DE 2020

A principios del año 2020 se celebraron dos interesantes seminarios organizados por el área de Derecho administrativo en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho. El lunes 20 de enero, el primer seminario comenzó con la ponencia del profesor Gabriel Bocksang, Decano de Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, titulada “La consolidación del Derecho Administrativo chileno en el siglo XIX y el espíritu hispánico” y continuó con la ponencia de la profesora

Anne Meuwese de la Universidad de Tilburgo, Países Bajos, sobre “La utilización de algoritmos por las Administraciones Públicas en el Derecho”.

Al día siguiente, el martes 21, los asistentes al seminario pudieron disfrutar de la ponencia de la profesora Rosa Fernanda Gómez González, profesora de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), titulada “La regulación de las sanciones administrativas en la Constitución: el caso de la reforma constitucional en Chile”.

II. SEMINARIO “CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN”, 18 DE FEBRERO DE 2020

El día 18 de febrero a las 18 horas tuvo lugar la conferencia impartida por D. Ricardo García Macho, presidente del Consejo de Transparencia de la Generalitat Valenciana, inscrita en el convenio entre la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia y la Junta General del Principado, en la Sala Europa del Parlamento autonómico. El día anterior tuvo lugar un Seminario con profesores del área de Derecho administrativo sobre «Crisis de la representación y participación» a cargo de Ricardo García Macho, en la sala de tercer ciclo del Departamento de Derecho público de la Universidad de Oviedo.

III. JORNADA “CHARRA LOS MENAS” ORGANIZADA POR LA ASAMBLEA ABIERTA DE DERECHO, 19 DE FEBRERO DE 2020

La Asamblea Abierta de Derecho organizó una jornada jurídica el día 19 de febrero en el Aula Magna de la Facultad de Derecho, titulada “Charra los Menas” en la que participaron D. José Manuel Paredes Castañón, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo y la Asociación Asturias Acoge.

IV. JORNADA “EL SÁHARA OCCIDENTAL: 44 AÑOS DE LA PROCLAMACIÓN DE LA REPÚBLICA SAHARAUI”, ORGANIZADA POR LA ASAMBLEA ABIERTA DE DERECHO, 27 DE FEBRERO DE 2020

El 27 de febrero a las 12.30 horas tuvo lugar la Jornada sobre el “Sáhara Occidental: 44 años de la proclamación de la República Saharaui”, celebrada en el Aula Magna de la Facultad de Derecho, moderada por el alumno Borja Ruisánchez Mier y organizada por la Universidad de Oviedo y la Asamblea Abierta de Derecho. Intervinieron como ponentes D. Javier Andrés González Vega, catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Oviedo, que abordó “La cuestión saharauí: origen y evolución”; Dña. Pilar Rodríguez Mateos, catedrática de Derecho Internacional

Privado de la Universidad de Oviedo que analizó la problemática sobre “Los saharauis y la nacionalidad española”; D. Javier Ballina Díaz, profesor asociado de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Oviedo, que profundizó sobre las “Violaciones de Derechos humanos en el Sáhara Occidental”; y D. Yahia Edjil, Delegado Saharai en Asturias cuya ponencia trató sobre “El pueblo saharai de cerca”. La jornada concluyó con la proyección de varios fragmentos del documental “La provincia 53”.

V. JORNADAS DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO “30 ANIVERSARIO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: RETOS Y LOGROS DESDE UNA PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR”, 5 Y 6 DE MARZO DE 2020

Las Jornadas sobre el “30 aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño: retos y logros desde una perspectiva multidisciplinar” se celebraron los días 5 y 6 de marzo –encuadradas dentro de las actividades del Grupo de Derecho Europeo de la Universidad de Oviedo (EURODERUNIOVI)– y abordaron la protección de la infancia desde diferentes perspectivas. Este año se cumplieron tres décadas de la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, el tratado internacional de derechos humanos más universal de la historia debido a que cuenta con 196 Estados Partes. La conmemoración de este aniversario ha supuesto una coyuntura idónea para reflexionar y debatir –desde una perspectiva multidisciplinar– los logros conseguidos y los retos pendientes en la defensa y promoción de los derechos de la infancia, con el objetivo de garantizar que todos los niños gocen de sus derechos sin distinción alguna. Así, estas Jornadas celebradas los días

Siendo así, la Conferencia Inaugural titulada “30 Aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño: balance y perspectivas”, fue impartida por D. Jorge Cardona Llorens, catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia y antiguo miembro del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas. En las sesiones posteriores, las intervenciones giraron en torno a cuestiones vinculadas a la protección de la infancia desde las perspectivas del derecho romano y de la historia del Derecho, con las ponencias sobre “*Derechos de la Infancia en la Roma antigua. Espacio intrafamiliar y extra familiar*”, impartida por Dña. Isabel Núñez Paz, catedrática de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo; “De la Expósito infantes a la protección jurídica: las fundaciones alimentarias públicas de la Emperatriz Faustina”, por Dña. Cristina García Fernández, doctoranda en Derecho Romano, y “¿Qué era el niño para el Derecho antes de la Convención? Historia de los que no eran persona”, impartida por Dña. Marta Frieria Álvarez, profesora titular de Historia del Derecho. En la sesión de la tarde, las exposiciones trataron sobre la protección de la dimensión privada del niño con las ponencias sobre, “El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, por Dña. Dolores González Palacios, profesora titular de Derecho Civil; “ Los derechos de

la infancia transexual: una realidad libre, diversa y respetada. Análisis de la STC de 20 de julio de 2019”, impartida por Dña. Paz Fernández-Rivera González, profesora asociada de Derecho Eclesiástico; el “ Tratamiento jurídico del trabajo de menores en España. Balance al cumplimiento del 30 aniversario del art. 32.1. de la Convención”, por Dña. Paz Menéndez Sebastián, profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; “La protección jurídica de los menores de edad frente a la publicidad”, impartida por Dña. Isabel Álvarez Vega, profesora titular de Derecho Mercantil; y el “El derecho a la protección de la salud del menor: los artículos 24 y 25 de la Convención”, por D. Javier García Amez, profesor asociado de Derecho Penal.

En la última sesión del jueves 5 de marzo, D. Jorge Fernández del Valle, director del Grupo de Investigación en Familia e Infancia (GIFI) y catedrático de Intervención Psicosocial nos habló sobre los “Logros y retos pendientes en el sistema de protección a la infancia”, y Dña. Beatriz Vázquez Rodríguez, profesora contratada Doctora (acr.) de Derecho Internacional Público sobre “El mecanismo de control de la Convención: la labor del Comité de Derechos del Niño”. La sesión finalizó con la comunicación titulada “La complejidad jurídica en los menores extranjeros no acompañados: la determinación de la edad”, presentada por Dña. Alma Luna Ubero ex alumna del Máster Universitario en Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables y doctoranda en Filosofía del Derecho.

En las sesiones del día 6 de marzo, se iniciaron con la conferencia impartida por D. Benito Aláez Corral, catedrático de Derecho Constitucional; sobre “La incidencia de la Convención en la Constitución española: el niño como sujeto de derechos fundamentales”, y la intervención de Dña. Pilar Jiménez Blanco, catedrática de Derecho Internacional Privado que nos habló sobre “La Convención sobre los Derechos del Niño en tres décadas de Derecho internacional privado”. Las posteriores intervenciones se centraron en la dimensión educativa de la infancia y versaron sobre la “Educación, dignidad y segregación, también educacional, por sexos. El caso de los derechos y los idearios”, por Dña. Leonor Suárez Llanos, profesora titular de Filosofía del Derecho, y sobre la “Educación, diversidad e igualdad”, Dña. María Valvidares Suárez, profesora contratada Doctora de Derecho Constitucional. La última dimensión tratada fue la perspectiva penal de la protección jurídica del niño con las ponencias relativas a las “Repercusiones de la Convención en la lucha contra la explotación sexual de los menores. Especial referencia a la prostitución de menores”, por Dña. Marta González Tascón, profesora titular de Derecho Penal; “La tutela penal del derecho del niño a relacionarse con sus padres (art. 9 CDN)”, por D. Luis Roca de Agapito, profesor titular de Derecho Penal; y sobre la “Trascendencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la LO/2000 de 12 de enero, reguladora de la protección penal de los menores”; por Dña. Sonia Victoria Villa Sieiro, profesora ayudante Doctora de Derecho Penal.

Asistieron a las jornadas más de 100 estudiantes y profesionales y las ponencias se están recogiendo en una obra colectiva que se publicará a inicios del presente año.

VI. “JÓVENES PARA JÓVENES”. ACTIVIDAD DE LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO, DEL 9 AL 13 DE MARZO DE 2020

La importante labor que realiza la Clínica jurídica de la Facultad de Derecho puede verse en las distintas actividades que se han celebrado. Buen ejemplo de ello es el curso de formación gratuito celebrado los días 9 a 13 de marzo de 2020 en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho (en horario de tarde) para la formación de los alumnos de la Facultad de Derecho en Derechos humanos incluido dentro del proyecto “Jóvenes para Jóvenes” que les permitió realizar una labor de voluntariado en distintos centros educativos, compartiendo con los alumnos de tales centros sus conocimientos en derechos humanos.

VII. DÍA INTERNACIONAL DE LAS MUJERES. ACTO INSTITUCIONAL DEL 8 DE MARZO, CELEBRADO EL DÍA 11 DE MARZO DE 2020

Con motivo de la celebración del 8 de marzo (día internacional de las Mujeres), el 11 de marzo se celebró en el Aula Magna de la Facultad de Derecho un acto institucional conmemorativo. El acto fue presidido por el Decano de la Facultad D. Javier Fernández Teruelo y en él intervinieron Dña. Eugenia Suárez Serrano, Vicerrectora de Acción Transversal y Cooperación de la Universidad de Oviedo, encargada de la lectura del manifiesto Crue y Dña. Carolina Martínez Moreno, catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo que abordó una de las problemáticas actuales en materia de desigualdad de género: “La brecha salarial ¿qué es y cómo combatirla?”.

VIII. CONFERENCIA Y COLOQUIO “ARSENAL NUCLEAR, RIESGO INMINENTE”, 11 DE MARZO DE 2020

El día 11 de marzo de 2020 se celebró en el Aula Magna del Edificio Histórico de la Universidad de Oviedo una conferencia y coloquio sobre “Arsenal nuclear, riesgo inminente. Tratado internacional para la abolición de las armas nucleares”, presidida por el Decano de la Facultad de Derecho D. Javier Fernández Teruelo. Intervinieron como ponentes D. Javier Ballina Díaz, profesor asociado de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, que profundizó sobre el “Régimen jurídico de las armas nucleares”. D. Manuel Vilches, responsable del área de radiofísica del IMO-MA y del Centro Médico de Asturias, así como Vocal responsable de comunicación de la Sociedad española de física médica que abordó las “Radiaciones para la paz”.

Antes de la última ponencia “El desarme nuclear humanitario: un imperativo global”, a cargo de D. Carlos Umaña, miembro del Grupo Directivo internacional del ICAN (Nobel de la paz 2017), se proyectó el documental “El principio del fin de las armas nucleares”. El acto concluyó con un coloquio sobre el Tratado Internacional para la abolición de las armas nucleares a cargo de D. Carlos Umaña y

Dña. Paz Andrés Sáez de Santamaría, catedrática de Derecho Internacional Público y consejera del Banco de España.

IX. SEMINARIO SOBRE “LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO EN LAS NUEVAS REALIDADES EMPRESARIALES”, ORGANIZADO POR EL PROYECTO “AUNAS”, ALTERNATIVAS PARA UNA ACCIÓN SINDICAL EFICAZ EN EL NUEVO MODELO DE EMPRESA, CELEBRADO EL 25 DE JUNIO DE 2020

El Seminario sobre “Las relaciones colectivas de trabajo en las nuevas realidades empresariales” que tuvo lugar el 25 de junio se estructuró en dos mesas redondas. En la primera Mesa Redonda “Sindicatos y asociaciones empresariales ante las nuevas realidades. Consideraciones sobre la crisis derivada del COVID-19”, intervinieron D. José Manuel Zapico, Secretario General de CC.OO. de Asturias, D. Javier Fernández Lanero, Secretario General de UGT-Asturias, y D. Belarmino Feito Álvarez, Presidente de la Federación Asturiana de Empresarios, con moderación de Dña. Ana Rosa Argüelles Blanco, IP2 del Proyecto AUNAS.

En la segunda Mesa redonda: “Los fenómenos colectivos de las relaciones laborales en la jurisprudencia más reciente”, intervinieron D. Luis Antonio Fernández Villazón, profesor titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo, Dña. Natividad Mendoza Navas, profesora titular de Derecho del Trabajo de la Universidad Castilla-La Mancha, Dña. Carolina Martínez Moreno, catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo; Dña. Remedios Menéndez Calvo, profesora titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Alcalá de Henares; D. José Antonio Soler Arrebola, profesor titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Almería; Dña. Ana Rosa Argüelles Blanco, catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo; Dña. Lucía Espina Viejo, Abogada y doctoranda de la Universidad de Oviedo; con moderación de D. Luis Antonio Fernández Villazón, IP1 del Proyecto AUNAS. El seminario terminó con una reunión de coordinación del Proyecto Aunas.

X. CURSO INTERNACIONAL “ EXPERIENCIAS DE INNOVACIÓN DOCENTE E INVESTIGACIÓN EN LA ERA DIGITAL”, ORGANIZADO POR LAS PROFESORAS DEL ÁREA DE DERECHO ROMANO DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO, LAS DRAS. CARMEN LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ Y MARÍA JOSÉ AZAUSTRE FERNÁNDEZ, Y CELEBRADO LOS DÍAS 23, 24 Y 25 DE SEPTIEMBRE DE 2020

El Curso internacional “ Experiencias de innovación docente e investigación en la era digital”, tuvo su sede en la Facultad de Derecho de la institución académica asturiana, con una duración de veintidós horas lectivas y celebración formal de las sesiones en el Aula Magna y Salón de Grados del centro docente. Aunque inicialmente estaba

previsto que todas las jornadas fueran presenciales, razones sanitarias motivaron que solamente se permitiera el acceso a los miembros de dicha comunidad universitaria, mientras que el resto de participantes se conectaron telemáticamente. Gracias al enorme esfuerzo llevado a cabo por el comité organizador, pionero en este tipo de eventos dentro de la Facultad de Derecho ovetense, todos los asistentes pudieron seguir las sesiones y participar en las mismas con normalidad.

Asistieron al curso más de ciento cuarenta miembros de diversas universidades españolas, europeas e iberoamericanas; fundamentalmente docentes romanistas, pero abierto a otras especialidades jurídicas como Derecho civil, Derecho procesal, Derecho administrativo e Internacional privado. Las sesiones se organizaron –en jornada de mañana y tarde– a través de la plataforma Microsoft Teams con la composición de mesas virtuales, a través de un/a presidente y un/a secretario/a, seguidas del correspondiente coloquio de preguntas sobre lo disertado. Todas las sesiones fueron grabadas y quedaron alojadas en la plataforma; además, se incluyó un innovador formato de “foro abierto”, donde los asistentes pudieron intercambiar sus impresiones en tiempo real.

Tras dar la bienvenida a los participantes, el Dr. Javier Gustavo Fernández-Teruelo Núñez, catedrático de Derecho penal y decano de la Facultad de Derecho destacó que, si bien la Universidad de Oviedo lleva años digitalizando contenidos, se suma a la enseñanza virtual en esta segunda etapa digital a la que asistimos.

La conferencia inaugural corrió a cargo de la Prof. Emanuela Andreola, de la Universidad de Padua, sobre menores e incapaces en internet. En ella, puso de relieve la validez jurídica de los actos realizados por éstos y el reto que presenta determinar la capacidad del menor. Cuestiones que se unen al problema a la hora de individualizar las medidas a aplicar en caso de fraude, la imputabilidad en la “era de la falsedad”, así como la situación que enfrentan las plataformas donde se realiza la contratación.

A continuación, se pasó al turno de ponencias, que inició el catedrático de Derecho romano de la Universidad de La Coruña, Dr. Julio García Camiñas. El romanista gallego aboga por una enseñanza mixta, donde el profesor realiza una labor de soporte continuado, asistiéndose de complementos virtuales de diversa naturaleza: chats interactivos, vídeos pregrabados y píldoras de conocimiento, entre otros. Asimismo, reivindicó la necesidad de disponer de un manual de referencia por asignatura, por ser un conocido elemento de fijación de ideas y contextualización del pensamiento a través de las fuentes a pie de página y gracias a su estilo expositivo. En este mismo sentido, el profesor Andrea Trisciuglio, de la Universidad de Turín, explicó cómo integrar la escritura a mano del estudiante en la enseñanza virtual y, más concretamente, a la hora de calificar.

El curso internacional sirvió de punto de encuentro entre numerosos docentes de Universidades Iberoamericanas, como fue el caso de la Dra. Mirta Beatriz Álvarez, Universidad de Buenos Aires, quien disertó sobre *Docencia e investigación en Derecho Romano durante la pandemia en dos universidades argentinas*, la UBA y

la de Flores. En esta misma línea, los profesores Marilina Andrea Miceli (Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Abierta Interamericana, quien disertó sobre la “*Enseñanza del Derecho; la importancia de la virtualidad y el aprendizaje significativo*”), Grecia Sofia Munive (Universidad Autónoma de Méjico), Cesar Eugenio Vargas (Universidad Central de Chile), Carmen Meza Ingar (Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima), Daniel Bonjour (Universidad Nacional de la Plata) y Olivia Castro Mascareño (Universidad Autónoma de Baja California) manifestaron el gran esfuerzo que ha supuesto mantener una enseñanza de calidad en un contexto de virtualidad, así como la necesidad de incorporar herramientas digitales de forma permanente, utilizándolas con mesura. La investigadora letona de Derecho Romano Arta Jansone habló sobre cómo dar una orientación práctica a los estudios en esta disciplina, con su ponencia titulada: *AUSCULTĀRE, FĀRĪ, SCRĪBERE– A Practical Approach to Roman Law Studies in the Digital Era*.

Las profesoras Paula Domínguez y Eva María Polo, de las Universidades de Barcelona y Miguel Hernández de Elche, refirieron la experiencia no presencial en sus respectivas instituciones académicas, a través de las plataformas *BBCollabore* y *Google Meet*. A su juicio, la docencia sincrónica debe estar en consonancia con las competencias asignadas a la disciplina del Derecho Romano, y observaron que el mayor aprovechamiento del Campus Virtual junto a la creación grupos de trabajo virtuales, generaron un clima de confianza, favoreciendo la implicación del estudiante. La profesora Raquel Pérez, de la Universidad de Oviedo, enseñó la planificación de un curso lectivo completo con la integración de muchas de las herramientas mencionadas en este curso.

Muchos participantes manifestaron los retos que surgieron al tener que adoptar medidas telemáticas, de aplicación inmediata, en una situación de pandemia, como la profesora Mariagracia Rizzi, de la Universidad de Milán. Alonso Ortega Giménez, de la Universidad Miguel Hernández, con su comunicación “*Límite 72 horas de adaptación*” destacó los beneficios de la grabación de vídeos (en su caso, entre 60 y 75 minutos), combinados con formularios y textos para comentar. No obstante, la profesora Etelvina de las Casas, planteó la necesidad de adoptar medidas efectivas para eludir la utilización irresponsable del material docente disponible, así como el uso deshonesto de la imagen del profesor por parte de algunos alumnos.

Laura Álvarez Suárez, de la Universidad de Oviedo, habló sobre la metodología *Flipped learning* o aprendizaje invertido, en cuya materia también incidieron la profesora Belén Fernández Vizcaíno, de la Universidad de Alicante, y la doctora Bravo Bosch, de la Universidad de Vigo, con una ponencia titulada “*Flipped Classroom en Derecho romano*”. En este supuesto, se invierten los papeles y el alumno adopta un papel activo. Su principal ventaja es la flexibilidad adaptativa que presenta, y una mejor monitorización del alumno. Por otro lado, las docentes mencionaron la reticencia de algunos alumnos a trabajar previamente a las sesiones, así como el incremento de la carga de trabajo para el profesor.

Adolfo Díaz-Bautista Cremades, de la Universidad de Murcia, indicó que ya en Roma los niños aprendían cantando las XII Tablas, y planteó la necesidad de

impartir conocimientos jurídicos antes de iniciar la etapa universitaria, con el objetivo de formar individuos dotados de pensamiento crítico.

Continuando con la docencia del Derecho para alumnos de diversos grados, la profesora Pilar Pérez, de la Universidad Autónoma de Madrid, habló sobre los cursos MOOC. Se trata de unos cursos de muy variado tipo (comerciales, de aprendizaje conductivo, híbridos), caracterizados todos ellos por ser masivos, abiertos, gratuitos, accesibles a través de la red online y en los que no hacen falta conocimientos previos. La profesora Pérez dirigió el módulo “negocio jurídico”, con la enseñanza de conceptos esenciales, de enorme relevancia para la ulterior formación rigurosa del alumno de primer año de Universidad. Por otro lado, Alejandra Boto Álvarez, profesora titular de Derecho administrativo y miembro del comité de innovación docente de la Universidad de Oviedo trató la innovación docente en estudios no jurídicos.

Gran parte de las intervenciones giraron en torno a la tecnología de las TIC (Tecnología de la Información y de la Comunicación) y de las TAC (Tecnología del Aprendizaje y del Conocimiento). A estas últimas se refirió la profesora Patricia Panero, de la Universidad de Barcelona, como un elemento facilitador del aprendizaje, que desarrolla el trabajo colaborativo y la adquisición de habilidades. A su juicio, los alumnos del siglo XXI pueden realizar varias tareas simultáneamente, se guían por enlaces web y aprovechan tutoriales de internet para aprender de forma autónoma, pero carecen de estrategias de filtro a la hora de seleccionar la información. Igualmente, el profesor Xesús Pérez, de la Universidad Rey Juan Carlos, explicó cómo incorporar la tecnología en la investigación terminológica del Derecho Romano.

La profesora Carmen López-Rendo Rodríguez señaló que la utilización de los medios audiovisuales no está reñida con la consulta directa de las fuentes y mostró una actividad práctica, consistente en la resolución de un caso práctico mediante la simulación de juicios efectuada la *fase in iure* ante el pretor de forma digital, mediante el campus virtual y la fase *apud iudicem ante el Iudex Privatus* en la sala de Juicios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, utilizando el procedimiento civil romano con sus fases incluida la sentencia oral que debía pronunciar el alumno elegido por las partes *iudex privatus* al finalizar el juicio. Mediante la misma, el alumno consulta la jurisprudencia romana, aprende el funcionamiento de las distintas instituciones, utilización de instrumentos procesales y desarrollo y práctica del procedimiento civil romano, a la vez que adquiere dotes de argumentación jurídica. En otra de sus intervenciones, puso de relieve los recursos *on-line* de que dispone tanto el docente como el alumno, para llevar a cabo la investigación en Derecho romano, imprescindible en este momento de dificultad para el acceso a las bibliotecas. Por su parte, la profesora Emma Rodríguez Díaz se refirió a la motivación del alumno en el estudio del Derecho Comparado, mediante la selección de temas de actualidad de gran interés y obteniendo resultados satisfactorios en la formación de grupos de trabajo colaborativo.

Dentro de las herramientas digitales, adentrándonos en la *gamificación* en el aula, la profesora María José Azaustre Fernández explicó la buena acogida que

han tenido entre el alumnado las herramientas *Kahoot* y *Socrative*, donde el estudiante contesta a un cuestionario en su dispositivo móvil, y que este año se vienen utilizando antes de finalizar la clase teórica para repasar contenidos explicados en la misma y controlar la lista de asistentes de forma presencial en el aula. Por otra parte, los profesores de Derecho Civil Clara Gago Simarro e Ignacio Fernández Chacón, ambos de la Universidad de Oviedo, mostraron la utilidad de la herramienta *Socrative*, quizás no tan conocida como *Kahoot*, y sus múltiples aplicaciones en el aula: el *feedback* inmediato que recibe el estudiante, el seguimiento individual y la posibilidad de adaptar los cuestionarios a la metodología que el docente estime más conveniente.

Por su parte, las profesoras de la Universidad de Murcia Isabel Lorente y M.^a Asunción Cebrián Salvat explicaron los recursos de gamificación introducidos en la asignatura de Derecho internacional privado, así como la experiencia de Accursio DIP, dirigido por el Catedrático de Derecho Internacional Privado D. Javier Carrascosa González <http://www.accursio.com/index.php>; el roscó de pasapalabra, la utilización de redes sociales: Facebook, twitter con fines formativos, etc.

La profesora Teresa Duplá Marín, de la Universidad Ramón Llull-ESADE Law School, disertó sobre el proceso de evaluación, a través del caso práctico online, y de la necesaria utilización del método jurisprudencial romano para asimilar las instituciones. La doctora Olga Gil García, de la Universidad de Burgos, dedicó su reflexión a la evaluación continua, y conveniencia de las aplicaciones móviles, mostrando las ventajas e inconvenientes de ambos sistemas metodológicos. En esta línea se refirieron las profesoras de la Universidad Jaume I de Castellón, Dr.^a Carmen Lázaro, Amparo Montañana y M.^a del Carmen Colmenar, quienes hablaron sobre *Los relatos digitales personales y casuismo romano*.

Los profesores José Luis Zamora y Silvestre Bello, de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, pioneros en España en la inclusión de herramientas digitales en la docencia universitaria, centraron su intervención en la Inteligencia Artificial y la utilización de metodologías emergentes: *teachbots*. En concreto, destacaron las ventajas de los *chatbox*, dotados de lógica humana y que simulan una conversación. De esta forma, el alumno puede recibir una respuesta inmediata y se siente acompañado durante todo el proceso de aprendizaje. Sus compañeras, las profesoras Miriam Martín y Tewise Ortega, hablaron sobre recursos visuales gráficos en el ámbito de la docencia del Derecho –*visual thinking*–, tales como mapas conceptuales, muy útiles para la fijación de conceptos, al poder advertir la información simplificada de un solo vistazo.

Al gran potencial de la Inteligencia Artificial también se refirió el profesor José Ruiz Espinosa, de la Universidad Católica de Murcia, quien disertó sobre los beneficios del *case method* para llegar allí donde la clase magistral no puede y la aplicación de la inteligencia artificial al aprendizaje del Derecho.

El profesor Alfonso Murillo Villar, de la Universidad de Burgos, en calidad de presidente de la AIDROM, dio a conocer a todos los congresistas el convenio, recientemente suscrito con el BOE, para digitalizar la mayor parte de las conferencias y

comunicaciones presentadas a los congresos anuales de la Asociación Iberoamericana de Derecho romano, desde el inicio de las convocatorias en los años noventa. Se inaugura así una nueva colección intitulada *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, que estará disponible muy pronto, en consulta abierta, dentro de los recursos que ofrece el BOE para cualquier estudioso del ámbito jurídico. Esta colección está dirigida por un director y doce vocales romanistas, hispanos y europeos, incrementando su acervo conforme vayan apareciendo nuestros trabajos en los congresos futuros, sin perjuicio de incorporar monografías inéditas con esta perspectiva de investigación, que estarán sujetas a evaluación crítica, según el modelo científico habitual. En la página web de la Agencia Estatal BOE https://www.boe.es/biblioteca_juridica/consejo_editorial/ se ha incluido la Colección de Derecho Romano, el Director de la misma, así como la composición del consejo asesor y las normas para la publicación.

Podemos concluir felicitando a todos los participantes, y destacar el buen hacer del comité organizador. De esta forma se abre camino para futuras convocatorias de innovación docente, punto de encuentro de diversas disciplinas con retos similares y especialmente en el Derecho Romano, cuya docencia e investigación no debe quedar al margen de la renovación que significan, para mayor eficiencia y formación del alumno universitario.

BEATRIZ GARCÍA FUEYO

Profesora ayudante doctor

Universidad de Málaga

XI. SEMINARIO DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES (AEPDIRI) “NUEVOS ESCENARIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA CONTRATACIÓN”, 24 DE SEPTIEMBRE DE 2020

Con más de cien inscritos y participantes de universidades españolas, del resto de la UE y de Iberoamérica, el V Seminario de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI) “Nuevos Escenarios del Derecho Internacional Privado de la Contratación” hizo un balance de la práctica europea en materia de contratación internacional y se abordaron temas como la contratación “post-Brexit”, la economía colaborativa internacional y los modelos low cost, así como la problemática transfronteriza de los smart contracts y de la tecnología blockchain.

La primera sesión analizó el escenario temporal para hacer un balance de la aplicación por la práctica europea y española del Convenio de Roma de 1980, en su cuadragésimo aniversario, y del Reglamento “Roma I”. Fue, precisamente, esa conmemoración de los 40 años del Convenio de Roma el *leitmotiv* elegido para el

seminario. Participaron: D. Miguel Álvaro Artola Fernández (Aud. Prov. de Baleares), “Los Reglamentos de la UE 593/2008 (Roma I) y 1215/12 (Bruselas I-bis) y el día a día de la práctica jurisdiccional”; Dr. Guillermo Palao Moreno (Universidad de Valencia), “Autorregulación y contratos internacionales de transferencia de tecnología”; y Dr. Unai Belintxon Martín (Universidad del País Vasco), “La inaplicación del Reglamento Roma I para la determinación de la ley aplicable a los contratos de transporte de cabotaje en la UE”.

La segunda sesión abordó el escenario geográfico y geopolítico, que aparece en cuestiones tales como la contratación internacional tras el Brexit, el resurgimiento en casos recientes de leyes de policía como la Helms-Burton y otras medidas de retorsión económica, sin olvidarse del impacto de la dimensión interregional de la contratación, de interés creciente en España. Participaron: Dr. Manuel Penadés Fons (King’s College, London), “Contratación internacional post-Brexit”; Dr. Iván Heredia Cervantes (Universidad Autónoma de Madrid), “Ley Helms-Burton y litigación internacional”; Dr. Albert Font i Segura (Universidad Pompeu Fabra), “Pluralidad normativa en materia de obligaciones contractuales: el sistema de Derecho interregional a prueba”; Dra. Carmen Parra Rodríguez (Universitat Abat Oliba CEU), “El nuevo alcance de las normas imperativas internacionales en el Reglamento Roma I: Una visión desde su efecto en la contratación laboral”; y Dra. Aurora Hernández Rodríguez (Universidad de Cantabria), “Efectos colaterales de la Ley Helms-Burton en España. Reflexiones en torno al asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles (Auto JPI Palma de Mallorca, de 2 de septiembre de 2019)”.

La tercera sesión se dirigió al escenario de la economía colaborativa y los modelos *low cost*, con el objetivo de encajar estas nuevas realidades en las normas de Derecho internacional privado contractual y su impacto en el consumo internacional y en el trabajo transfronterizo. Participaron: Dr. Pedro de Miguel Asensio (Universidad Complutense), “Contratación internacional en el marco de plataformas y servicios de intermediación en línea”; Dr. Fernando Esteban de la Rosa (Universidad de Granada), “Economía colaborativa y redefinición de la protección internacional de los consumidores”; Dra. Caterina Fratea (Universidad de Verona), “Transporte aéreo *low cost* y protección de los trabajadores: ¿el Derecho internacional privado como herramienta de política social?”; Dra. María Font i Mas (Universitat Rovira i Virgili), “Aplicación de normas imperativas en las relaciones contractuales internacionales de alojamiento gestionadas por plataformas en línea”; y Dra. Nerea Magallón Elósegui (Universidad del País Vasco), “La ley aplicable a los trabajadores desplazados en el RRI y la Directiva 2018/957/CE: la libre prestación de servicios vs. protección de los trabajadores en Europa”.

Finalmente, la cuarta sesión se centró en el escenario digital y la conveniente, o necesaria, adecuación de las normas de contratación internacional para afrontar los retos y las especialidades presentes en los *smart contracts* y la tecnología *blockchain*, entre otras. Participaron: Dr. Alfonso Ortega Giménez (Universidad de Elche), “Soluciones jurídicas ante los retos de la innovación: los *Smart Contracts* y el Derecho internacional privado”; D. Fernando P. Méndez González

(Registrador de la Propiedad de Barcelona), “Registro de la Propiedad y Cadenas de Bloques”; Dra. Irati Basoredo-Otzerinjauregi (Universidad del País Vasco), “Derecho aplicable al contrato de suministro de contenidos y servicios digitales”; y D. Josep Gunnar Horrach Armo (Universidad de las Illes Balears), “Los *Smart Contracts* y la tecnología *Blockchain* en el ámbito del Derecho Internacional Privado”.

XII. SEMINARIO INTERNACIONAL ONLINE “LA BUENA ADMINISTRACIÓN: ¿NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO?”, 2 DE OCTUBRE DE 2020

El Seminario internacional *online* “La Buena Administración: ¿nuevo paradigma del Derecho Administrativo?” celebrado el 2 de octubre fue organizado por el grupo SPAG de nuestra Universidad en el marco de proyecto de investigación GRUPIN IDI/2018/000219.

El evento, dirigido por los profesores Leopoldo Tolivar Alas y Eva M.^a Menéndez Sebastián, ha contado con 80 personas inscritas, incluyendo expertos universitarios, investigadores en formación y estudiantes de Grado y Postgrado; aplicadores prácticos del Derecho en todos los niveles de Administración, profesionales de libre foro, y representantes institucionales y letrados del Consejo de Estado y los Consejos Consultivos autonómicos. En particular, y a pesar de las diferencias horarias, ha habido un nutrido grupo de inscritos desde distintos países de Iberoamérica.

Tras la inauguración formal a cargo del Decano de la Facultad y el Director General de Gobernanza Pública, Transparencia, Participación Ciudadana y Agenda 2030 del Principado de Asturias, el profesor Tolivar Alas ha presentado una primera sesión de naturaleza conceptual con ponencias de las profesoras Rhita Bousta (Université de Lille) y Emilie Chevalier (Université de Limoges), seguida de dos sesiones de carácter aplicado.

Se ha tratado así la Buena Administración electrónica (Angelo Giuseppe Orofino. Università Lum Jean Monnet); la contribución de la función consultiva (Eva M.^a Menéndez Sebastián. Universidad de Oviedo/Consejo Consultivo del Principado de Asturias); el ámbito sanitario (Miriam Cueto Pérez. Universidad de Oviedo) y la aplicación jurisprudencial (José Suay Rincón. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria/Consejo Consultivo de Canarias).

La conferencia de clausura ha sido pronunciada, en clave también eminentemente práctica, por Marta Hirsch-Ziemińska (Conseiller principal. Médiateur européen), dando a conocer el trabajo del Defensor del Pueblo Europeo por una Buena Administración.

Los organizadores agradecen la gran acogida que ha tenido el seminario.

*Agradecemos a la Profa. Alejandra Boto la redacción de esta reseña.

XIII. “INCLUSIÓN, SALUD Y BIENESTAR”, PRIMER SEMINARIO DE LA RED DE INVESTIGACIÓN RE-ADAP «RESILIENCIA: ESPACIOS DE ADAPTACIÓN DE NUESTRAS CIUDADES A LOS NUEVOS RETOS URBANOS», EN EL QUE PARTICIPA EL GRUPO GTDS, COLABORADOR DE LA CLÍNICA JURÍDICA, 13 DE OCTUBRE DE 2020

“Inclusión, salud y bienestar” ha sido el primer seminario de la Red de Investigación RE-ADAP “Resiliencia: espacios de adaptación de nuestras ciudades a los nuevos retos urbanos”, en el que participa el grupo GTDS, colaborador, además, de la Clínica Jurídica. Se celebró el 13 de octubre de 2020 en formato online de acceso libre. La profesora Dña. Rosario Alonso Ibáñez informó del inicio de la andadura del proyecto “Resiliencia: espacios de adaptación de nuestras ciudades a los nuevos retos urbanos”, Red RE-ADAP (RED2018-102795-T), Plan Estatal I+D+i 2017-20. Redes de Investigación, como respuesta a la necesidad de articular un enfoque conjunto, integral e innovador que afronte los retos de nuestras ciudades mediante la implantación de nuevas políticas públicas urbanas. La Red está compuesta por un equipo de ocho grupos de investigación, de los que forma parte el GTDS de la Universidad de Oviedo (Departamento de Derecho Público), implicado también en el proyecto de innovación docente de la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho.

Para más información pueden acceder a las reseñas sobre el seminario “Inclusión, salud y bienestar” de la Red de Investigación RE-ADAP en: <http://vps181.cesvima.upm.es/re-hab/2020/10/21/primer-seminario-red-de-investigacion-re-adap-inclusion-salud-y-bienestar/>.

Asimismo, se ha publicado la primera Píldora01 de la Red de Investigación “Resiliencia: espacios de adaptación de nuestras ciudades a los nuevos retos urbanos” dentro de las actividades de la red. La Píldora01 ha sido elaborada por la investigadora Dña. María Rosario Alonso Ibáñez, que forma parte de la red de investigación, representando al Grupo de Estudios Jurídico-Sociales sobre Territorio y Desarrollo Urbano Sostenible (GTDS). En ella explica la reciente publicación: “Las Agendas Urbanas y el Gobierno de las ciudades. Transformaciones, desafíos e instrumentos” que aporta una visión holística y multidimensional en el campo de los nuevos retos urbanos desde un punto de vista de la implementación y gestión urbana: <http://vps181.cesvima.upm.es/re-hab/2020/10/27/pildora01-red-de-investigacion-re-adap-agendas-urbanas-y-gobierno-de-las-ciudades/>.

XIV. MESA REDONDA “POBREZA, VULNERABILIDAD Y COVID”, ORGANIZADA POR LA CLÍNICA JURÍDICA DEL MÁSTER EN PROTECCIÓN DE PERSONAS Y LOS GRUPOS VULNERABLES, CON LA COLABORACIÓN DE LA CLÍNICA DE LA FACULTAD, 9 DE NOVIEMBRE DE 2020

El lunes 9 de noviembre tuvo lugar la mesa redonda sobre “Pobreza, vulnerabilidad y Covid” organizada por la Clínica Jurídica del Máster de protección jurídica de

personas y grupos vulnerables con la colaboración de la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho. Desde las 16.30 horas se analizó cómo la pandemia ha venido a paralizar el lento proceso de recuperación económica afectando a las condiciones de vida de cientos de miles de personas. Esta situación ha sido puesta en evidencia por una serie informes (como AROPE y FOESSA) donde se pone de manifiesto el sesgo social de la enfermedad: los principales factores de riesgo importantes para la gravedad y el tratamiento de la covid-19, tienen una expresión diferenciada en función de la situación económica y social de cada persona. Para hablar sobre los factores que contribuyen a aumentar el riesgo y sobre los retos para mejorar nuestro modelo de desarrollo social se contó con la presencia de tres ponentes, presentados por la Profesora Isabel Álvarez Vega.

Héctor Colunga, como director de la Asociación Mar de Niebla y miembro de la Junta Directiva de la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión en Asturias abordó ciertas iniciativas llevadas a cabo en el Principado de Asturias, para aliviar la situación de personas sin hogar durante la crisis sanitaria alertando, no obstante, sobre las quiebras del Estado del Bienestar.

Begoña Cueto Iglesias, Profesora Titular de Universidad en el Departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Oviedo, centró su exposición en el análisis de la situación de personas vulnerables en el mercado de trabajo y en la articulación del Ingreso Mínimo Vital.

Belén Suárez Prieto, promotora de Desayunos solidarios y Meriendas-Cenas solidarias, ilustró sobre algunos factores de orden social que aumentan el riesgo entre las personas más vulnerables, presentado situaciones críticas en contextos familiares y de proximidad.

De sus intervenciones y del animado debate posterior (donde se habló de brecha digital, problemas habitacionales...) se llegó a la constatación de la necesidad de abordar la pobreza como un factor transversal en las políticas de salud pública.

*Agradecemos a la Profa. Isabel Álvarez Vega la elaboración de esta reseña.

XV. JORNADAS SOBRE LA ABOLICIÓN DE LAS PRISIONES, ORGANIZADAS POR ASAMBLEA DE ESTUDIANTES DE DERECHO, 19 Y 20 DE NOVIEMBRE DE 2020

El jueves 19 de noviembre dieron comienzo las primeras jornadas sobre la abolición de las prisiones, organizadas por la Asamblea Abierta de la Facultad de Derecho. Las Jornadas fueron inauguradas a las 16.30 h. por el Decano de la Facultad de Derecho, D. Javier Fernández Teruelo.

La primera ponencia corrió a cargo de Diana Restrepo, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura (Calí, Colombia). Su exposición se centró en la eliminación de la prisión, viendo esta como una necesidad.

Abordó también la relación entre las prisiones, el capitalismo y el patriarcado. Para terminar, aportó distintas sugerencias para poder alcanzar un futuro sin prisiones.

Las jornadas continuaron el viernes 20, con Marta González Tascón, profesora titular de Derecho penal de esta Universidad, con una charla sobre las prisiones durante el franquismo. En esta ponencia se abordó la evolución de las prisiones en España, desde el franquismo hasta la actualidad. Destacó también la situación de las mujeres reclusas durante el franquismo, incluyendo algún testimonio.

Para poner fin a este bloque sobre las prisiones y el franquismo, Eduardo Romero, miembro y cofundador del colectivo/local Cambalache, habló de la vida y experiencias de Manuel Martínez durante el franquismo. Este sufrió en primera persona las consecuencias de la Ley de vagos y maleantes, las prisiones franquistas y muchas más experiencias. Eduardo escribió un libro sobre la vida de Martínez en 2019.

Esa misma tarde, se retomaron las jornadas otra vez con Eduardo Romero, ahora tratando la relación entre las prisiones y la migración. Partiendo de la problemática de los centros de internamiento de extranjeros, abordó también otras cuestiones vinculadas a esta, como las deportaciones, la manipulación mediática, etc.

Para finalizar, Diana Restrepo, en su segunda intervención, trató la situación de las prisiones en Colombia. Centró su ponencia en la situación de las reclusas colombianas, en la línea de su trabajo en la corporación Mujeres Libres de Colombia.

Todas las ponencias estarán disponibles próximamente en el canal de YouTube de la Asamblea Abierta de Derecho.

*Agradecemos a los organizadores la elaboración de esta reseña.

XVI. PRESENTACIÓN DEL LIBRO DE LA FACULTAD “DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS” EN EL COLEGIO DE GRADUADOS SOCIALES DE ASTURIAS, 25 DE NOVIEMBRE DE 2020

El miércoles 25 de noviembre de 2020, en el Colegio de Graduados Sociales de Asturias, se presentó el libro: “Derecho y Nuevas Tecnologías”, coordinado por D. Luis Antonio Fernández Villazón, profesor titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Oviedo. A lo largo de más de una hora expuso las principales características de la publicación, en la que han participado investigadoras/es de nuestra Facultad de Derecho y de otras Universidades, abordando la relación entre las Nuevas Tecnologías y el Derecho desde la perspectiva de todas las disciplinas jurídicas. También analizó los aspectos de la obra de mayor interés para el colectivo de profesionales del colegio, centrándose en la protección de datos en el trabajo. La presentación corrió a cargo del Decano de la Facultad de Derecho, D. Javier Fernández Teruelo.

XVII. SESIÓN VIRTUAL IMPARTIDA POR D. ÁLVARO MARTÍN MORÁN SOBRE EL COLEGIO DE EUROPA, 30 DE NOVIEMBRE DE 2020

El día 30 de noviembre a las 14.30, tuvo lugar una charla informativa con el objetivo de informar a los/as estudiantes de nuestra Facultad de su oferta formativa para el curso 2021/2022. La sesión fue impartida por D. Álvaro Martín Morán, asistente académico en el Departamento de Estudios Interdisciplinarios Europeos del Colegio de Europa, que informó a los/as participantes sobre la oferta formativa, procesos de selección y solicitud de becas para estudiar en el Colegio de Europa en los campus de Brujas y Natolin para el curso 2021/2022. En la sesión, también participó una ex alumna de nuestra Facultad, Dña. Ana González de Lena, que compartió su experiencia como alumna del Colegio de Europa durante el presente curso académico

XVIII. MESA REDONDA VIRTUAL “CAMBIO CLIMÁTICO Y DESARROLLO SOSTENIBLE: UNA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA”, ORGANIZADA POR LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO, 3 DE DICIEMBRE DE 2020

Cada 24 de octubre se conmemora el Día Internacional contra el Cambio Climático, una celebración instaurada por las Naciones Unidas con el propósito de movilizar y sensibilizar a millones de personas de todo el mundo acerca de los efectos del cambio climático y el grave peligro que conlleva el calentamiento global. Precisamente, para dar cumplimiento a este objetivo, desde la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho se organizó esta sesión virtual sobre “Cambio Climático y desarrollo sostenible: una responsabilidad compartida” y que tuvo lugar el jueves 3 de diciembre.

En la mesa participó Dña. Nieves Roqueñí Gutiérrez, actual Viceconsejera de Medio Ambiente y Cambio Climático del Gobierno del Principado de Asturias que nos habló de la necesidad de actuar ante la emergencia climática y del consenso científico al respecto. A nivel internacional, destacó los esfuerzos de Naciones Unidas para atacar este problema global y el liderazgo de la Unión Europea, incluyendo la hoja de ruta para una economía neutra en carbono en 2050. Finalmente, nos explicó el marco del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima y su desarrollo en Asturias en la futura estrategia de acción por el clima.

La segunda intervención estuvo a cargo de D. Daniel Fuentes Lamas, alumno del Máster en Estudios en Ciencia, Tecnología e Innovación de la Universidad de Oviedo y activista en la Asamblea Moza d’ Asturias y en Fridays for Future Asturias. En su intervención nos planteó una conceptualización del movimiento ecologista contemporáneo centrándose en las bases de la ecología política y lo que ha supuesto para el ecologismo transitar históricamente hacia este tipo de pensamiento. También nos comentó cómo considera que debe entenderse el movimiento ecologista dentro de la crisis climática y cuáles son los roles que desempeña.

La tercera intervención corrió a cargo de D. Martín Senhert Cuartas, ex alumno de nuestra Facultad y que el año pasado defendió su TFG en Derecho sobre “Cambio

Climático como amenaza para la paz y la seguridad internacionales”. Martín puso de relieve los principales aspectos y conclusiones de su trabajo, en concreto, cómo los debates en torno al cambio climático se han ampliado a otras dimensiones previamente no exploradas, como las relativas a las repercusiones que éste puede tener para la seguridad. Así, comentó que cada vez son más numerosos los estudios donde se empieza a considerar que el cambio climático es uno de los principales desafíos para la paz y estabilidad mundiales dado que aquel, puede poner en jaque la existencia territorial de algunos Estados; también puede traer consigo éxodos masivos de población, una situación que puede alterar el orden público y la seguridad nacional. Finalmente, también apuntó que la escasez de recursos de primera necesidad es un «multiplicador de amenazas” que puede actuar como catalizador de conflictos violentos.

XIX. SESIÓN INFORMATIVA SOBRE EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO DE PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN DEL PLAN NACIONAL, IMPARTIDA POR PATRICIA FARALDO CABANA, 4 DE DICIEMBRE DE 2020

El viernes 4 de diciembre tuvo lugar una sesión informativa sobre proyectos de investigación del Plan Nacional organizada por la Facultad de Derecho e impartida por Patricia Faraldo Cabana, presidenta del área de Derecho en la Agencia Estatal de Investigación, quien se puso a disposición de los investigadores/as de la Facultad de Derecho en una sesión informativa, que se celebró a través de la plataforma Ms Teams.

Dicha sesión versó sobre la evaluación y el seguimiento de proyectos de investigación del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020 (enlace), cuyo plazo de solicitud finalizó el día 17 de diciembre de 2020.

La convocatoria permite la financiación de proyectos de investigación que se funden en alguna de sus dos líneas: la modalidad “Retos de la Sociedad”, cuyo objetivo es la búsqueda de soluciones a los retos identificados en la Estrategia Española de Ciencia y Tecnología y de Innovación, donde se incluyen las ciencias sociales y humanidades y la ciencia con y para la sociedad. La segunda es la modalidad de “Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema I+D+I”, que tiene por objetivo fomentar la investigación científica y técnica en la frontera del conocimiento, de las sinergias y la asociación de equipos en grupos de tamaño suficiente y masa crítica, de los proyectos dirigidos por PDI joven, de la investigación multi e interdisciplinaria, y la mejora del impacto internacional de la ciencia española.

XX. CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA “COMPENSACIONES E INDEMNIZACIONES EN LAS RELACIONES FAMILIARES”, CELEBRADO LOS DÍAS 18 Y 19 DE DICIEMBRE DE 2020

El Congreso Internacional de Derecho de Familia “Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares”, organizado conjuntamente por la Universidad de

Oviedo y la Asociación Española de Abogados de Familia, en colaboración con el Foro Abierto de Derecho de Familia de Asturias, se celebró los días 18 y 19 de diciembre y congregó a más de 400 participantes, a dieciséis ponentes y a una treintena de comunicantes procedentes de la abogacía, la magistratura y el ámbito académico del ámbito nacional e internacional. Como consecuencia de la actual situación sanitaria, tuvo lugar en formato telemático (a través de la plataforma Zoom), dividiéndose en tres sesiones: en jornada de mañana y tarde el viernes 18 y de mañana el sábado 19.

El Congreso se centró en las compensaciones o indemnizaciones que pueden reconocerse cuando se disuelve o cesa la convivencia conyugal, así como cuando se rompen las relaciones de pareja o las paternofiliales. Situaciones que generan cada vez una mayor litigiosidad y cuya complejidad, presente desde un principio por las implicaciones derivadas del alto contenido emocional que las rodea, se ve agravada además por difusa y deficiente regulación que existe en determinados aspectos, dado el desfase histórico de la normativa aplicable respecto a la evolución de la realidad sociofamiliar y los consiguientes vacíos legales que ello implica, tal y como evidencia la práctica jurisdiccional.

– Sesión de dieciocho de diciembre

El Congreso fue inaugurado por D. Santiago García Granda, Rector Magnífico de la Universidad de Oviedo, Dña. Camino Sanciñena Asurmendi, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo y Presidenta del Comité Organizador del Congreso y Dña. María Dolores Lozano Ortiz, Presidenta de la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA). Seguidamente, la conferencia inaugural del Congreso corrió a cargo de D. José Antonio Seijas Quintana, magistrado emérito de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que comenzó su brillante intervención destacando la importancia de la actividad jurisdiccional como motor para la canalización y adaptación del Derecho de Familia a las nuevas situaciones familiares y reivindicando la necesidad de su correlativa plasmación en el Código Civil, a través de una reforma en la que se dé cabida a las nuevas formas de familia que existen; continuando con una exposición histórica de la evolución de la jurisprudencia más relevante en relación con las figuras de la compensación e indemnización, sintetizando las principales ideas que posteriormente se desarrollarían con mayor detalle en el transcurso de las ponencias del Congreso y generando un interesante debate entre los asistentes.

El primer panel del Congreso titulado “Compensación entre cónyuges” estuvo presidido por Dña. Camino Sanciñena Asurmendi. La primera ponencia, impartida por Dña. Herminia Campuzano Tomé, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, estuvo dedicada a “La pensión compensatoria: evolución jurisprudencial de los criterios para su otorgamiento”, incidiendo principalmente en dos cuestiones: por un lado, cómo el criterio objetivo, inicialmente utilizado por los Tribunales para determinar la existencia del desequilibrio económico que generaba el derecho a la pensión compensatoria ha sido progresivamente abandonado y reemplazado por un criterio de naturaleza subjetiva (basado en las circunstancias personales de los cónyuges); y por otro, destacando los criterios a tener en cuenta

para la posible limitación temporal a la duración de dicha pensión –con especial referencia al juicio prospectivo–. El magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Córdoba D. Javier Pérez Martín fue el encargado de tomar el relevo, con una ponencia dedicada a la compensación por el trabajo para la casa en la que expuso los criterios que el Tribunal Supremo ha venido empleando para determinar cuándo procede la concesión de dicha compensación, así como los principales problemas que plantea su práctica (en particular la existencia de jurisprudencia contradictoria en las Audiencias Provinciales y la dificultad que presenta a la hora de enfrentarse a su cuantificación, proponiendo como solución a este último la celebración de acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura). El panel concluyó con la intervención de Dña. M.^a Carmen López-Rendo Rodríguez, profesora titular de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo y Tesorera de la Asociación Española de Abogados de Familia, que abordó el tema de las compensaciones derivadas del régimen económico matrimonial de separación de bienes, prestando especial atención a los argumentos en los que puede fundamentarse la reclamación de parte del pago del precio de la cosa común comprada en régimen de proindiviso, así como los motivos que pueden oponerse a dicha reclamación.

La segunda sesión del panel contó con la participación de D. Ignacio Fernández Chacón, profesor ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo y D. Javier Carrascosa González, catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Murcia, con sendas ponencias dedicadas a los pactos prematrimoniales. En ellas se abordaron, respectivamente, la cuestión relativa a la posibilidad que tienen los cónyuges (o futuros cónyuges) de pactar acuerdos en previsión de una posterior ruptura –cuál puede ser su contenido, qué requisitos deben cumplir y cuáles son las posibles limitaciones a las que deben someterse– y la cuestión relativa a la reclamación de indemnización como consecuencia del incumplimiento de una promesa de matrimonio en el ámbito del Derecho Internacional Privado–específicamente enfocado a cuál sería el Tribunal competente para conocer el caso y cuál sería la ley aplicable para su resolución–.

El segundo panel presidido por D. José Gabriel Ortolá Dinnbier y desarrollado en la tarde del viernes bajo la temática “De las indemnizaciones en el matrimonio y en las relaciones paternofiliales”, comenzó con la conferencia impartida por D. José Ramón de Verda y Beamonte, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia sobre “Las indemnizaciones derivadas de la ocultación de la paternidad”. En ella, se analizaron los argumentos aducidos por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 13 de noviembre de 2018, en la que se concluyó la imposibilidad de indemnizar el daño moral producido por la ocultación de la paternidad con base en el art. 1.902 CC, en contradicción con la línea jurisprudencial que venían manteniendo las Audiencias Provinciales desde finales de los años 90. A continuación, el primer panel comenzó con la intervención de Dña. Camino Sanciñena Asurmendi, cuya ponencia se centró en la imposibilidad de concesión por los Tribunales de indemnizaciones por el incumplimiento de los deberes matrimoniales de forma autónoma, debiendo reconducir tales incumplimientos a otras figuras como la nulidad matrimonial (basada en la transgresión de tales deberes) o la comisión

de delitos de lesiones por transmisión de enfermedades venéreas, violación, etc. La segunda ponencia fue impartida por Dña. Esther Farnós Amorós, profesora lectora de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra, quien ofreció una visión muy crítica del problemático reconocimiento de indemnizaciones por daño moral en el ámbito de las relaciones paternofiliales.

Tras un interesante coloquio, la segunda sesión de la tarde se retomó con la ponencia “Remedio indemnizatorio e incumplimiento del régimen de relaciones personales con hijos menores de edad”, a cargo de Dña. Alma María Rodríguez Guitián, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, quien analizó la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 y las implicaciones que dicho pronunciamiento supuso, al abrir la puerta a la entrada del Derecho de daños en el ámbito del Derecho de familia, abogando, no obstante, por una aplicación subsidiaria de la teoría general de la responsabilidad extracontractual únicamente en aquellos casos en los que las reglas de Derecho de Familia no resultan idóneas. La última ponencia del día fue impartida por D. Carlos Pizarro Wilson, profesor de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales (Chile), en la que se plantearon los problemas que la indemnización derivada del no reconocimiento de la filiación extramatrimonial suscita en el Derecho civil chileno, posicionándose en contra de la postura doctrinal que reconoce que la mera infracción del derecho fundamental a la identidad constituye un daño indemnizable a través de las reglas de responsabilidad extracontractual.

La jornada del viernes concluyó con la presentación de varias de las comunicaciones admitidas por el Comité científico, moderadas por D. Ignacio Fernández Chacón. La ronda de comunicaciones fue iniciada por Dña. Lucía Rozalén Creus, quien habló sobre “Compensación e indemnizaciones en virtud de pactos matrimoniales”. A continuación, Dña. Nieves Martínez Rodríguez expuso el tema: “¿Pensión compensatoria temporal o indefinida? El juicio prospectivo o el arte de adivinar el futuro”. También relacionada con la pensión compensatoria, Dña. Cristina Argelich Comelles abordó la “Determinación de la pensión compensatoria y nuevas tecnologías”. Seguidamente, Dña. M.^a Amalia Blandino Garrido presentó su comunicación titulada “La incidencia de la atribución del uso de la vivienda familiar en la pensión alimenticia y en la compensación por desequilibrio económico”. Respecto a la vivienda familiar, D. Javier Martínez Calvo analizó “El posible establecimiento de una compensación económica como consecuencia de la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar”. En cuanto a la compensación por el trabajo para la casa, Dña. Celia Prados García examinó “La compensación por trabajo para la casa cuando el cónyuge cuidatorio presta otra actividad remunerada a tiempo parcial”; Dña. Sonia Milagros Álvarez Gómez expuso su comunicación, relativa a la “compensación económica por razón del trabajo en el Derecho Catalán” y; D. Nicolás Amadiel Ibáñez Meza, quien habló sobre “el cumplimiento de la compensación económica en Chile”. Para concluir las comunicaciones, Dña. Yasna Otárola Espinoza trató la cuestión de la “Responsabilidad civil derivada del daño provocado por la vulneración de los derechos de NNA en el Derecho de Familia”.

– Sesión de diecinueve de diciembre

El tercer panel desarrollado en la mañana del sábado 19 de diciembre se centró en las compensaciones e indemnizaciones en las relaciones de pareja y fue presidida por D. José Luis Cembrano Reder, abogado y vocal de la Asociación Española de Abogados de Familia. La conferencia inaugural fue impartida por D. Eugenio Llamas Pombo, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, y en ella efectuó una interesante disertación acerca de las indemnizaciones en las uniones *more uxorio*, en la que analizó las diferentes posturas que han sido planteadas, tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, respecto a la posibilidad de su reconocimiento y la regulación que, en su caso, resultaría aplicable a dichas uniones a través de una interpretación analógica de los principios generales del Derecho (analogía *iuris*) o bien de los preceptos dedicados a la institución del matrimonio (analogía *legis*).

En la primera ponencia del tercer panel D. Julio Carbajo González, profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, abordó la problemática de la indemnización por incumplimiento de la promesa de matrimonio. A continuación, D. Eduardo Estrada Alonso, profesor titular de Derecho Civil y Dña. Clara Gago Simarro profesora ayudante Doctora de Derecho Civil, ambos de la Universidad de Oviedo, analizaron las posibles compensaciones económicas que pueden reconocerse a los miembros de una pareja de hecho por analogía *iuris*, tanto en los supuestos de ruptura como en los de fallecimiento. Para concluir D. Alfredo Ferrante, profesor de Derecho privado comparado de la Universidad de Pavía (Italia), ofreció a los asistentes una visión de Derecho comparado con su ponencia dedicada al análisis de responsabilidad civil en las uniones fuera del matrimonio en el Derecho italiano, incidiendo especialmente en la repercusión de la Ley italiana núm. 76 de 20 de mayo de 2016, en la que se recogen los criterios jurisprudenciales establecidos por la *Corte Suprema di Cassazione* respecto a las uniones de hecho y de cuyo ámbito de aplicación se excluyen las uniones de hecho no formalizadas.

El Congreso concluyó con el último panel de comunicaciones, moderado por Dña. Carmen López-Rendo y Dña. Clara Gago Simarro. Se inició con la comunicación de Dña. Abigail Quesada Páez, quien trató la “indemnización entre cónyuges por daños morales”. Esta fue seguida por la intervención de Dña. M.^a Asunción Cebrián Salvat, quien expuso los “daños por incumplimiento de los deberes conyugales en los casos internacionales”. A continuación, fue el turno de D. Jesús Daniel Ayllón García, quien habló sobre la “indemnización por nulidad matrimonial *ex art. 98 CC*”. Seguidamente, D. Juan Carlos Jiménez Mancha presentó su comunicación titulada “indemnizaciones en los supuestos de atribución u ocultación dolosa de la paternidad. Crítica jurisprudencial”. La siguiente intervención fue a cargo de Dña. Isabel Lorente Martínez, quien expuso su comunicación, titulada “indemnizaciones de los daños producidos a uno de los progenitores en los casos de sustracción internacional de menores. Especial mención al caso de Juana Rivas”. Tomó el relevo Dña. Carmen Rosa Iglesias Martín, quien trató el tema de “las compensaciones en las relaciones familiares. La pensión de alimentos”. Dña. Patricia López Peláez, por su lado, habló sobre “familias reconstituidas y pago de las pensiones a los hijos no

comunes”. Siguió la intervención de Dña. M.^a Isabel Mondéjar Peña, quien trató el tema de “las compensaciones económicas derivadas del cuidado de los dependientes”. Dña. Neus Cortada Cortijo presentó su comunicación titulada “requisitos económicos y personales de los convivientes en pareja estable a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad”. La última presentación fue ofrecida por Dña. Andrea Macía Morillo, quien expuso acerca de “el diagnóstico genético preimplantacional como causa potencial de responsabilidad intrafamiliar”.

El acto de clausura del Congreso corrió a cargo de Dña. Ana María Muñiz Casares, Presidenta del Foro Abierto de Familia de Asturias, Dña. Maria Dolores Lozano Ortiz, Presidenta de la Asociación Española de Abogados de Familia y Dña. Camino Sanciñena Asurmendi en su condición de Presidenta del Comité Organizador del Congreso, agradeciendo la magnífica acogida del Congreso tanto en el ámbito de la abogacía como en el académico y haciendo especial hincapié en las interesantes sinergias generadas en los congresos en los que, como éste, se alían los mundos profesional y universitario.

Paula Mora García
Becaria de colaboración del área de Derecho Civil
Universidad de Oviedo

XXI. MESA REDONDA VIRTUAL “EDUCACIÓN, EDAD Y VULNERABILIDAD”, ORGANIZADA POR LA CLÍNICA DEL MÁSTER EN PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS Y DE LOS GRUPOS VULNERABLES, EN COLABORACIÓN CON LA CLÍNICA DE LA FACULTAD, 21 DE DICIEMBRE DE 2020

La Clínica Jurídica del Máster en protección jurídica de las personas y de los grupos vulnerables, en colaboración con la Clínica de la Facultad de Derecho, organizó la mesa redonda virtual “Educación, Edad y Vulnerabilidad”, moderada por la profesora Isabel Álvarez Vega. En dicha mesa redonda participaron Lucía Rodríguez Donate, de la ONG Entreculturas; Juan Ruiz Álvarez, maestro y pedagogo; y Adolfo Rivas, de la Fundación Vinjoy, quienes analizaron diversas cuestiones sobre la educación en situaciones de vulnerabilidad, desigualdad de género, y exclusión social, con especial atención al colectivo adolescente.

Diálogos jurídicos

NOTICIAS DE LA FACULTAD

JUBILACIÓN DE LA PROFESORA MARITA CAMARERO SUÁREZ

En nuestro nombre y en el de toda la Facultad, queremos rendir un pequeño homenaje a nuestra compañera.

En nuestro nombre y en el de toda la Facultad, queremos rendir un sincero homenaje a nuestra compañera, la Profesora Marita Camarero Suárez, que se jubila este mes. Aunque consideramos que no es una despedida, sino el paso a una etapa distinta, en la que a buen seguro se mantendrá su permanente contacto con el Área de Derecho Eclesiástico y con la Facultad, creemos que es el momento de agradecerle su trabajo y manifestarle nuestro aprecio. Entre sus muchas virtudes, sus compañero/as de área y sus estudiantes nos han destacado la importancia de las formas en la relación profesor/alumno, nunca incompatibles con la dedicación y servicio hacia ellos y ellas.

Una de las habilidades docentes de Marita ha sido quitar a sus alumnos/as el miedo a exponer y a argumentar en público, como también el trato como juristas desde el primer minuto de la primera clase, la importancia del diálogo, el debate, y la discrepancia razonada. Decía William Arthur Ward, militar y doctor en derecho, que la enseñanza es más que impartir conocimiento, es inspirar el cambio y que el aprendizaje es más que absorber hechos, es adquirir entendimiento. Aprendizaje y servicio, dos palabras que están ahora muy en boga, pueden resumir la trayectoria de Marita. Y es que cuando se habla de nuestra querida compañera no se pueden olvidar los genes militares que heredó de su padre, pero tampoco la dulzura de su madre. Esa mezcla es Marita, en el terreno personal y en el profesional.

Los últimos años no han sido nada fáciles para ella. Sus queridos compañeros de área, la Profesora María José Villa Robledo y el Profesor Andrés Corsino Álvarez Cortina, desgraciadamente se fueron dejando un gran vacío. Marita ha tenido que hacer frente en solitario y con un dolor personal inmenso por sus pérdidas (que a todos nos consta) a la docencia de una asignatura es difícil. Y lo ha conseguido. Y es, en este trance, donde sus compañeros, en particular los de su área, solo tenemos palabras de agradecimiento. Nos lo ha hecho muy fácil, nos ha animado y nos ha felicitado por nuestros logros con gran generosidad.

En resumen, este pequeño homenaje escrito a Marita, como se ha dicho, no es una despedida; es un “hasta ahora”. Nuestros profesores nunca abandonarán su condición de doctor, de profesor y de querido compañero.

Texto elaborado por María Paz Fernández-Rivera González y adaptado por Juan González Ayesta y el equipo decanal

EN RECUERDO DE FROILÁN GIGANTO, ESTUDIANTE DEL MÁSTER DE LA ABOGACÍA

Querido Froi:

Estos días han sido especialmente duros para nosotros. Hay momentos en los que el mundo se detiene y el silencio lo ocupa todo y sin duda este es uno de ellos. La Facultad, todos, estamos profundamente apenados por tu partida, como lo estuvimos por la de Carlota Olmos, exalumna que también nos ha dejado recientemente. No quiero que esta carta se convierta en algo triste, sino en algo que se quede aquí, en algún sitio, o simplemente en nuestra mente y que contribuya de esa manera a tu recuerdo, el recuerdo de una gran persona, el recuerdo de alguien especial. Y que ese recuerdo sea el impulso vital que nos conecte contigo, permitiendo que sigas, de alguna manera, junto a todos nosotros, para siempre.

Desde hace tiempo que sabemos la enorme y desigual lucha que de un modo tan valiente y ejemplar has sostenido contra tu enfermedad. No hace mucho celebrábamos la publicación de tu magnífico Trabajo fin de Grado en la revista de la Facultad, y tú orgulloso, y nosotros orgullosos de ti, lo comentábamos en redes sociales. Eso me permitió acercarme a tus amigos, a tus profesores y, de ese modo, acercarme más a ti.

El sentimiento es unánime entre todos ellos y hasta las enfermeras que te atendieron en los momentos más duros de tu enfermedad estaban impresionadas con tu serenidad, sensibilidad, afecto y coraje. Todos coinciden. Has sido un auténtico fuera de serie, buen hijo, buen amigo, buena persona, buen alumno y buen compañero. Un gran hablador que, ante todo sabía escuchar. Me contaba tu amigo del alma Ángel, como en estos durísimos 10 meses has sido tú el que daba ánimos a los demás, sin quejarte, sin una mala cara, e incluso recurriendo en momentos tan difíciles a tu estupendo sentido del humor, consciente de la importancia de mantener la serenidad, cuando casi todos la habrían perdido para, de ese modo, hacerles sentir mejor a tus padres y al resto de tu familia y amigos. Nunca permitiste que la enfermedad te comiera la moral, nunca estuviste enfadado con la vida, esa vida que de un modo tan injusto te desafiaba.

Por todo eso, y muchas otras cosas que no caben aquí, eres, serás un referente, un modelo inspirador para nosotros. Me decía estos días tu profesora de Derecho Romano que te apasionaban los estoicos, pero la lección de humanidad, de sabiduría y de coraje la aprendimos contigo y así es Froi, gracias por todo.

Hasta siempre amigo

Javier G. Fernández Teruelo

Diego Álvarez Alonso

Ángel Espiniella Menéndez

Asunción Nicolás Lucas

Beatriz Vázquez Rodríguez

Reproducimos a continuación el poema escrito por Froilán Giganto y leído el día de su despedida por su mejor amigo,

HOY

Hoy se acaba todo, ya no hay billetes de vuelta, me voy igual que vine, pero todo ha cambiado.

Hoy se empiezan a conjugar estos 10 maravillosos meses en pasado. Hoy el tiempo empieza a teñir de alegría los pocos grises del camino.

Hoy se acaba el sabor a libertad que inundaba cada paseo por tus atardeceres.

Hoy la ilusión que me trajo hasta aquí se viste de nostalgia y melancolía, con la satisfacción de quien ha encontrado un hogar a 3000 km de su casa. Hoy siento que me falta algo, porque Bergen ha robado algo de mí y, sin embargo, me ha regalado instantes que durarán toda una vida.

En definitiva, porque no es lo mismo ser que estar, y si hoy soy algo más es GRACIAS A TODOS los que habéis sido conmigo.

PAZ ANDRÉS TOMA POSESIÓN COMO CONSEJERA PERMANENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

La Facultad reconoce su brillante trayectoria y le desea el mayor de los éxitos en esta nueva etapa.

En su discurso de ingreso, la nueva consejera ha defendido el papel clave del Consejo de Estado en la defensa del Estado de Derecho y ha advertido que la actual crisis sanitaria provocada por la Covid-19 puede suponer un riesgo para el Estado de Derecho por las medidas adoptadas para proteger la salud, «como así lo ha advertido el Consejo de Europa». Asimismo, Paz Andrés ha llamado la atención de otra dimensión de la pandemia que reclama también la atención del Estado de Derecho: la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran miles de ciudadanos y ciudadanas.

Recogemos a continuación un breve texto, escrito por nuestro compañero Javier A. González Vega, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Facultad, a propósito del nombramiento, describiendo la trayectoria académica y profesional de Paz.

CARTA A PROPÓSITO DE LA DESIGNACIÓN DE PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA COMO CONSEJERA PERMANENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Javier Andrés González Vega

Siento vértigo –soy propenso a él– al recordar que hace 37 años un día como hoy me sentaba a las 18.00 horas en uno de los bancos del aula 5 de la Facultad de Derecho de la calle San Francisco para asistir a la correspondiente clase práctica de Derecho internacional público –la última antes de terminar el trimestre (las clases acababan entonces en torno al 9 ó 10 de diciembre)– que impartía mi maestra, Paz Andrés Sáenz de Santa María, entonces flamante Profesora Titular del área. Aunque no llego a recordar el tema, dada la rigurosa programación establecida, se trataría a buen seguro bien del Derecho de los tratados: sistema español bien de las Relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno. Allí se forjó junto con las clases teóricas que impartía por la mañana nuestro llorado Miche (Luis Ignacio Sánchez Rodríguez) mi vocación por el Derecho internacional público, confortada además por una docencia teórica y práctica de excelencia *avant la lettre*; no se olvide que las clases prácticas eran –como se diría hoy– “extracurriculares” y la participación en ellas suponía un considerable esfuerzo, máxime si se acompañaba

—como era mi caso— de la regular asistencia al seminario “Aniceto Sela” de Derecho Internacional Público, para pasar las tardes embebido en los libros y las conversaciones del área.

Si “20 años no es nada” —como dice el tango— 37 —de los cuales 31 permanentemente a su lado— ya son algo. Y 50 en el caso de Paz —los que lleva vinculada a la Universidad de Oviedo desde que iniciara sus estudios de Licenciatura— muchos. Y lo que es más importante, intensos y fructíferos: como lo fueron, primero su brillante carrera universitaria, laureada —además de con los premios de nuestra Facultad— con el Premio Nacional de Fin de carrera; luego su inmediata incorporación al área de Derecho internacional público bajo el magisterio de Julio D. González Campos, “su maestro”, donde desarrolló una carrera sólida y fulgurante. De hecho, apenas incorporada tenía ocasión de publicar su estudio sobre el control jurisdiccional de la protección diplomática, que sigue constituyendo más de 40 años después una referencia insoslayable en la materia y cuya lectura, a buen seguro, hubiese ahorrado algún resbalón judicial reciente a nuestra Audiencia Nacional. A esa contribución seguirían otras muchas —entre otras su tesis doctoral sobre el Arbitraje Internacional (obviamente, Premio Extraordinario de Doctorado)— que no es menester mencionar aquí. Baste decir que todas ellas reflejan una metódica y rigurosa manera de trabajar con brillantes resultados que propiciarán su pronto acceso a la Cátedra en julio de 1988 —con 34 años de edad— y que refrendará a lo largo de sus 10 años como directora de la prestigiosa Revista Española de Derecho Internacional.

Pero hablar de su labor científica no agota su compromiso con nuestra Universidad, pues Paz ha asumido desde bien pronto responsabilidades en el plano académico que la conducirán primero a la Secretaría General de la Universidad bajo el rectorado de su buen amigo Alberto Marcos Vallaure, a la dirección en sucesivas ocasiones del Departamento de Derecho Público y del —lamentablemente extinto— Centro de Documentación Europea, a la Secretaría del Consejo Social en la que se convertirá en la persona de confianza de su, a la sazón, presidenta, la recientemente desaparecida Margarita Salas, al Vicerrectorado de Extensión Universitaria, durante el primer mandato rectoral de Juan Vázquez y a la Defensoría universitaria que ahora abandona. Un compromiso que, desafortunadamente, no pudo refrendar con su ansiado acceso al Rectorado, por el que pugnó en sendas ocasiones.

A tenor de todo lo anterior, no ha de extrañar que Paz viniera llamada a otras responsabilidades. Como reveló su desempeño como Juez ad hoc del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ulteriormente su acceso como vocal al Consejo de Administración del Banco de España. Puestos que desempeñó sin dejar de atender sus clases de Instituciones de Derecho de la Unión Europea y del Sistema jurisdiccional de la UE en nuestra Facultad, materias por la que se decantó en el plano docente a partir de la pasada década. Ah, y sin descuidar la rigurosa tutorización de los preceptivos Trabajos de Fin de Grado, saldados con brillantes resultados, como revela el Anuario de nuestra Facultad y, naturalmente, la dirección académica de sus discípulas y discípulos, cuya carrera se asienta paulatina y sólidamente en nuestra Universidad y en el contexto de nuestra disciplina.

PAZ ANDRÉS TOMA POSESIÓN COMO CONSEJERA PERMANENTE...

Ahora que se nos ausenta un poquito –ella nunca podrá abandonarnos– para prestar desde el pasado 26 de noviembre su genio al venerable –y “su admirado”– Consejo de Estado, tenemos seguro que los administrados estamos en buenas manos. Cierto, pobre consuelo para los que desde aquí ya te echamos de menos.

Oviedo, jueves, 10 de diciembre de 2020
Festividad de Santulaya/Santa Eulalia de Mérida,
Patrona de Oviedo y de Asturias

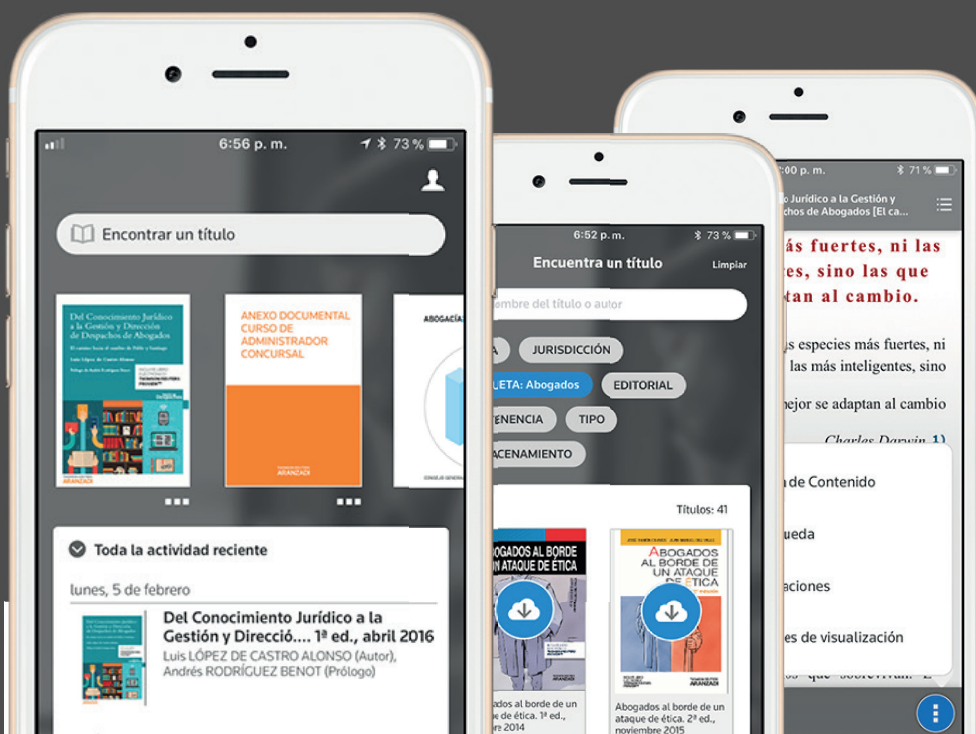
Thomson Reuters Preview

Guía de uso

¡ENHORABUENA!

ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

APROVÉCHATE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES.

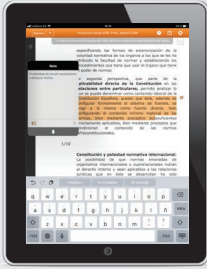


ACCESO INTERACTIVO A LOS MEJORES LIBROS JURÍDICOS
DESDE IPHONE, IPAD, ANDROID Y
DESDE EL NAVEGADOR DE INTERNET



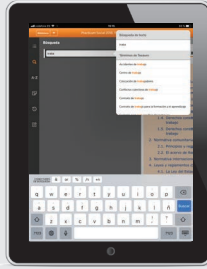
THOMSON REUTERS®

FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



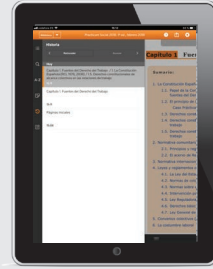
SELECCIONA Y DESTACA TEXTOS

Haces anotaciones y escoges los colores para organizar tus notas y subrayados.



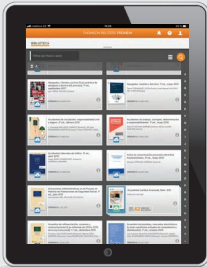
USA EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN

Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado.



HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN

Vuelve a las páginas por las que ya has navegado.



ORDENAR

Ordena tu biblioteca por: Título (orden alfabético), tipo (libros y revistas), editorial, jurisdicción o área del Derecho.



CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS

Escoge la apariencia de tus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores.



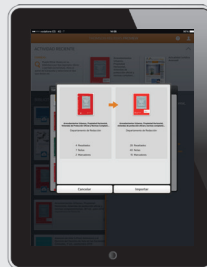
MARCADORES DE PÁGINA

Crea un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página.



BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA

Busca en todos tus libros y obtén resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra.



IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN

Transfiere todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad.



SUMARIO NAVEGABLE

Sumario con accesos directos al contenido.

INFORMACIÓN IMPORTANTE: Si has recibido previamente un correo electrónico con el asunto **“Proview – Confirmación de Acceso”**, para acceder a Thomson Reuters Proview™ deberás seguir los pasos que en él se detallan.

Estimado/a cliente/a,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, accede a <http://onepass.aranzadi.es>

Tras acceder a la página citada, introduce tu dirección de correo electrónico (*) y el código que encontrarás en el interior de la cubierta del libro. A continuación pulsa enviar.

Si te has registrado anteriormente en **“One Pass”** (**), en la siguiente pantalla se te pedirá que introduzcas el NIF asociado al correo electrónico. Finalmente, te aparecerá un mensaje de confirmación y recibirás un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en tu biblioteca.

THOMSON REUTERS
OnePass

DATOS PERSONALES Y DE REGISTRO

N.I.F. *

País: España

Ya he leído y acepto la política de privacidad de datos

Enviar Borrar

Todos los campos son obligatorios
Es importante que compruebes que la dirección de correo electrónico está bien escrita ya que requiere de su confirmación.

Ahora todos los eBooks de Thomson Reuters España se publican en formato DOC
Una combinación perfecta entre las ventajas que ofrece el papel de lectura y el formato electrónico a través de la aplicación Thomson Reuters Proview.

- Aranzadi
- Civitas
- Los Ríos

Grandes marcas grandes ventajas.

© 2016 Thomson Reuters Aranzadi
Soporte Técnico: (+34) 902 404 647 - (+34) 947 245 070

THOMSON REUTERS

Si es la primera vez que te registras en **“One Pass”** (**), deberás cumplimentar los datos que aparecen en la siguiente imagen para completar el registro y poder acceder a tu libro electrónico.

- Los campos **“Nombre de usuario”** y **“Contraseña”** son los datos que utilizarás para acceder a las obras que tienes disponibles en **Thomson Reuters Proview™** una vez descargada la aplicación, explicado al final de esta hoja.

THOMSON REUTERS
OnePass

CORRECTO

Estimado cliente, el proceso de registro se ha llevado a cabo con éxito.

Ya tiene su(s) eBook(s) disponible(s) en su biblioteca digital Thomson Reuters ProView, a la cual podrá acceder desde su navegador (para conocer [thomsonreuters.com](http://www.thomsonreuters.com)) aplicación para Tableta (iPad y Android) y aplicación de escritorio.

Si tiene dudas de cómo acceder a su(s) eBook(s), por favor, consulte la página <http://www.servicio.aranzadi.es/comunicar/> o llame a los teléfonos de Atención al Cliente (902 40 40 47, 947 24 50 70). Agradecemos la confianza depositada en nuestros servicios.

Volver a página de inicio

© 2016 Thomson Reuters Aranzadi
Soporte Técnico: (+34) 902 404 647 - (+34) 947 245 070

THOMSON REUTERS

Cómo acceder a **Thomson Reuters Proview™**:

- **iPhone e iPad:** Accede a AppStore y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Android:** accede a Google Play y busca la aplicación **“ProView”** y descárgatela en tu dispositivo.
- **Navegador:** accede a www.proview.thomsonreuters.com

Servicio de Atención al Cliente

Ante cualquier incidencia en el proceso de registro de la obra no dudes en ponerte en contacto con nuestro Servicio de Atención al Cliente. Para ello accede a nuestro Portal Corporativo en la siguiente dirección www.thomsonreuters.es y una vez allí en el apartado del **Centro de Atención al Cliente** selecciona la opción de **Acceso** a Soporte para no Suscriptores (compra de Publicaciones).

(*) Si ya te has registrado en **Proview™** o cualquier otro producto de Thomson Reuters (a través de One Pass), deberás introducir el mismo correo electrónico que utilizaste la primera vez.

(**) **One Pass:** Sistema de clave común para acceder a Thomson Reuters Proview™ o cualquier otro producto de Thomson Reuters.

