



Revista

Jurídica

CONSEJO NACIONAL DE ESTUDIANTES DE DERECHO

DIRECTOR: D. Jesús Ruiz Poveda

*Presidente del Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho.
Profesor Ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha.*

COORDINACIÓN: Dña. Lucía Fernández Vázquez

*Vocal de Organización y Proyectos del Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho.
Estudiante de Máster de la Universidad Pontificia de Comillas ICADE*



CURSO DE ACCESO
A LA ABOGACÍA Y
A LA PROCURA
ICAM



ILUSTRE COLEGIO
DE LA ABOGACÍA
DE MADRID



Cuentas con un simulador de exámenes: En el ICAM podrás acceder a esta herramienta para preparar tu examen.

Formato híbrido: Organiza tu agenda y realiza el máster de forma híbrida, según tu disponibilidad.



¿QUIÉN MEJOR
PARA FORMAR
ABOGADOS/AS
QUE EL ILUSTRE
COLEGIO DE LA
ABOGACÍA
MADRILEÑA?



Acceso gratuito a servicios del ICAM durante el desarrollo del Máster.



WWW.MASTERACCESO.ICAM.ES

SUMARIO

Artículos de Actualidad jurídica

Ucrania y el Derecho Internacional Público <i>Irene purificación lozano López</i>	5
Los estándares de conformidad en el subadquirente de un bien de consumo <i>Álvaro Vecina Aznar</i>	9
Las figuras jurídicas en el campo de la propiedad industrial e intelectual. un análisis acerca de las funciones del abogado, del agente de la propiedad industrial y el gestor administrativo <i>Miguel Cano</i>	15
El régimen jurídico de las transferencias de datos personales entre la Unión Europea y Estados Unidos: la sentencia Schrems II y la invalidación del escudo de privacidad <i>Daniel Grafulla Cumba</i>	19
Consecuencias jurídicas del COVID-19. Alteración del sistema de fuentes y competencias bajo el estado de alarma <i>Gabriel Alía Chicharro</i>	26
Carga de la prueba y responsabilidad penal de las personas jurídicas <i>Manuel Molina Lombardo</i>	33
Revisión doctrinal: la personalidad jurídica y los derechos del medio ambiente <i>Gerardo Guijarro Sánchez</i>	38

Comentarios de Jurisprudencia

La huelga de hambre a propósito de la STC 120/1990 <i>Manuel Palacios Sabán</i>	46
Derecho sobre las obras de arte <i>Alonso Sánchez</i>	51
Reconocimiento del Tribunal Constitucional del derecho a la asistencia jurídica gratuita por accidentes de naturaleza diferente a la de tráfico cuando concurren los requisitos del art. 2.i) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita <i>Sofía Collado Martínez</i>	55
Castellano y catalán en las aulas, ¿cuál pesa más? <i>Mercedes Fuster Martínez</i>	59
Sometimiento de medidas generales de salud pública a la intervención judicial <i>Blanca Ibarz Ribalta</i>	64
Análisis simplificado del Impuesto Sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. STC 182/2021, de 26 de octubre <i>Alfonso Sánchez López</i>	67
El control de incorporación en las cláusulas suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18/01/2023 (11/2023) <i>Marta González García</i>	71



DIRECTOR: D. Jesús Ruiz Poveda

Presidente del Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho. Profesor Ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN: D. Alfonso Domínguez González, D. Miguel Cano Menor, D. Alonso Sánchez Martín, D. Gabriel Alía Chicharro, D. Óscar Sánchez González, Dña. Alejandra Moreno García, D. Jaime Camarero Arellano, Dña. Elena Villar Antón, Dña. Blanca Ibarz Ribalta, D. Codrin Gheorghe Creanga, Dña. Miriam Nieto Collado, D. Miguel Otero Muñoz, D.Manuel Palacios Sabán, D.Mario José Quero Belmonte

COORDINACIÓN: Dña. Lucía Fernández Vázquez

Vocal de Organización y Proyectos del Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho. Estudiante de Máster de la Universidad Pontificia de Comillas ICADE

LEFEBVRE

DISEÑA Y PRODUCE: Lefebvre

© 2023 Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho.

ISSN: 2952-6361 / DEPÓSITO LEGAL: M-12204-2023

Las opiniones vertidas por nuestros colaboradores en estas páginas son de su exclusiva responsabilidad y no coinciden necesariamente con la línea editorial de CONEDE

EL DERECHO: UN MUNDO LLENO DE OPORTUNIDADES

Queridos amigos, compañeros y lectores:

Este año emprendemos desde CONEDE una nueva aventura que ha estado vagando por nuestro pensamiento desde hace muchos años, pero por fin, en este 2023 hemos podido presentar este primer número de la Revista Jurídica de CONEDE.

Esta revista, nace con la idea de poder ser la oportunidad que los estudiantes del mundo jurídico necesitan y reclamaban para poder dar sus primeros pasos en la investigación del Derecho y hacerlo, a través de una revista en la que los propios estudiantes de grado, máster y doctorado en Derecho de toda España son los principales autores, comentando en sus artículos, las sentencias más relevantes de los últimos tiempos y analizando también, las cuestiones de actualidad jurídica que resultan de gran interés para nuestros jóvenes autores surgiendo así en ellos, la chispa de la investigación.

El Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho, como máxima institución encargada de la representación de todos los estudiantes del mundo jurídico en España, y junto con el apoyo en esta ocasión, de la prestigiosa editorial Lefebvre, ha querido facilitar al máximo el que los estudiantes dispongan de una nueva oportunidad para su mejor desarrollo académico y profesional.

Quiero terminar estas palabras recordando una vez más, que el mundo del Derecho es un maravilloso sector en el que siempre se está en continuo aprendizaje, es también un ámbito de máxima importancia, ya que la aplicación diaria de lo que estudiamos y aprendemos, se hace visible a diario observando que el Derecho es lo que determina y regula todo lo que hacemos en nuestra sociedad, pero sobre todo y de cara a nuestros estudiantes, el Derecho es un precioso abanico de oportunidades que se abren para vosotros en el que, con vuestro esfuerzo y dedicación podréis llegar a lo que queráis.

Sabed también, que desde CONEDE, os prestaremos siempre la ayuda necesaria para que consigáis vuestras metas y también para que con vuestra ayuda cuando seáis grandes profesionales del Derecho, sigáis defendiendo la importancia del sector jurídico, y lo fundamental que es, la enseñanza y la investigación del Derecho como esencia que permitirá que nuestra sociedad avance de una manera más ordenada y mejor.

Estáis todos invitados a leer y disfrutar esta revista que es la revista de todos los jóvenes juristas de España.

D. Jesús Ruiz Poveda
Presidente del Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho
Director de la Revista Jurídica CONEDE

UCRANIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

IRENE PURIFICACIÓN LOZANO LÓPEZ
*Estudiante de Doctorado en Derecho Internacional Público.
 Universidad de Castilla-La Mancha*

I. INTRODUCCIÓN

En diciembre de 2021, la vasta acumulación de tropas rusas a lo largo de la frontera con Ucrania hizo temer, a pesar de la insistencia del Gobierno ruso en el sentido de que se trataban de ejercicios militares, un ataque en ciernes¹. A lo largo de las primeras semanas de 2022, la tensión fue en aumento hasta que, la madrugada del 24 de febrero de ese mismo año, las tropas rusas entraron en Ucrania en lo que su presidente, Vladimir Putin, calificó como una “operación militar especial”.

Los nueve meses de conflicto se han cobrado ya alrededor de 240.000 víctimas² y las múltiples sanciones que los distintos países han impuesto sobre la Federación Rusa no parecen frenar la decisión de su presidente de continuar con el ataque.

El Gobierno ruso dio en su día, y mantiene a fecha de hoy, una serie de razones por las que consideraba que la invasión era una necesidad. En este artículo se estudiarán dichas razones y se buscará su hipotético encaje en el Derecho internacional.

II. LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR RUSIA

Quizá el argumento más extendido sea el de la amenaza que la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), y la posible incorporación a la misma de Ucrania, entrañan para Rusia.

Rusia defiende la existencia de dos promesas verbales referidas a la posible expansión de la OTAN: una realizada en 1990³, antes de la firma del Tratado 2+4, y otra hecha en 1997, con el Acta Fundacional OTAN-Rusia. Así, se prometió no ubicar fuerzas de la OTAN en la República Democrática Alemana y hubo un compromiso de no ampliar la Alianza a los países del antiguo Pacto de Varsovia, pero la Organización acabó por expandirse en años posteriores. Así, se pasó de 16 miembros a 30. Entre ellos, países del este de Europa como Chequia, Hungría, Polonia, Estonia, Letonia, Lituania, Montenegro o Macedonia del Norte. Más adelante, se llegó a incluir a Ucrania y a Georgia, no como miembros, sino con un estatuto de diálogo intensificado. En febrero de 2019 se modificó la Constitución ucraniana y se incluyeron ciertas normas relativas a la trayectoria estratégica de Ucrania para su adhesión a la Unión Europea y a la OTAN. En la Cumbre de Bruselas de junio de 2021, por su parte, los dirigentes de la Organización se comprometieron a integrar a Ucrania dentro de la misma.

Otra de las razones que supuestamente impulsaron a Rusia a atacar el país vecino fue la idea de que Ucrania no era digna de estatalidad, que el país era una suerte de Estado ficticio integrante del mundo ruso.

Parece necesario remarcar en este punto que la idea de que Ucrania, como Estado, no existe, no es nueva. Ya en 2020, uno de los consejeros de cabecera de Putin (caído poco después en desgracia), señaló en una en-

1. YEKELCHYK, S., 2022, “Russia-Ukraine crisis: 9 milestone moments in history that explain today’s invasion”, BBC History Extra, 24 de febrero de 2022, <https://www.historyextra.com/period/general-history/russia-invade-ukraine-history-relationship-crimea-why-conflict-facts/>.

2. BBC News, “Guerra en Ucrania: EE.UU. estima en más de 240.000 el número de víctimas del conflicto”, BBC, noviembre de 2022, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-63584866#:~:text=estima%20en%20m%C3%A1s%20de%20240.000%20el%20n%C3%BAmero%20de%20v%C3%ADctimas%20del%20conflicto,-Redacci%C3%B3n&text=Pie%20de%20foto%2C,en%20la%20guerra%20en%20Ucrania.>

3. SHINGAI, A., “Russia-Ukraine conflict”, Jus Corpus Law Journal, vol. 2, nº 3, marzo de 2022, pág. 80.

trivista que Ucrania no existía: los ucranianos padecían una “*Ukranian-ness*”, haciendo un juego de palabras con el término inglés “*mad-ness*”, locura⁴. Los ucranianos sufrían un desorden mental, un entusiasmo exacerbado por la etnicidad de las personas. Y el propio Putin señaló en la Cumbre de la OTAN de Bucarest de 2008, que Ucrania, tal y como se conocía entonces, no era un Estado, ya que parte de su territorio fue “un regalo de Rusia”⁵.

Lo cierto es que Ucrania y Rusia han compartido lazos históricos desde que, en el siglo noveno, se fundó la Rus de Kiev, considerada tanto por rusos como ucranianos como el origen de sus respectivos Estados. Desde ese momento, el territorio ucraniano ha pertenecido a distintas potencias, entre ellas Rusia. En 1917, con la Revolución Bolchevique, Ucrania se constituyó en la República Popular de Ucrania. Tras varios años de inestabilidad y conflictos militares internos, el Ejército Rojo se hizo con el control de la mayor parte del territorio ucraniano. En diciembre de 1922 se firmó el Tratado de Creación de la URSS, en el que la República Socialista Soviética de Ucrania quedó integrada. Fue entonces cuando, de acuerdo con la versión del Vladimir Putin, se cedieron partes del territorio histórico ruso a Ucrania⁶, ignorando el gran porcentaje de población rusa que vivía en dichas zonas. Ahora bien, no resulta tan evidente que las zonas que Putin calificaba de Rusia histórica realmente lo fueran. Así, no existen pruebas sustanciales de presencia rusa en esos territorios hasta el siglo XIX. Por otro lado, el primer censo soviético, que data de 1926, muestra que en la zona que Putin señalaba como núcleo de población rusa habitaba una importante mayoría de etnia ucraniana. Ciertamente este porcentaje disminuyó considerablemente en 1930, pero esto fue consecuencia del *Holodomor*, la hambruna impulsada por Stalin⁷ que acabó con la vida de entre siete y diez millones de ucranianos y que empujó a muchos rusos a cambiar su residencia al este de Ucrania⁸.

Por último, Putin alega la necesidad de apoyo ruso a las autoproclamadas Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk, en el Dombás, con el objetivo de frenar el

genocidio que el gobierno ucraniano supuestamente emprendió contra ciudadanos rusos residentes en Ucrania tras el *Euromaidán*⁹, así como la pretendida “desnazificación” del territorio.

Para ello, el 2 de febrero de 2022, el Kremlin reconoció estas dos Repúblicas Populares como territorios independientes y firmó un Tratado de Cooperación y Asistencia Mutua. Inmediatamente, Donetsk y Lugansk solicitaron asistencia a Rusia y esta comenzó a enviar tropas militares para apoyar el supuesto proceso de independencia fáctica. Ahora bien, el gobierno ruso no solo envió tropas en dirección al Dombás, sino que su ejército también entró a Ucrania por el sur, Crimea, y por el norte a través de Bielorrusia.

III. ¿TIENEN ESTOS ARGUMENTOS ALGÚN ENCAJE EN EL DERECHO INTERNACIONAL?

Las razones rusas que tratan de justificar la invasión están completamente al margen del Derecho internacional.

En primer lugar, se ha de señalar que el Derecho internacional establece muy tasadas excepciones al principio de prohibición del uso de la fuerza del art. 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, a saber: la legítima defensa y la autorización por parte del Consejo de Seguridad de la ONU.

En ninguna de estas dos excepciones caben los actos de agresión rusos. Ucrania es Estado soberano, y su estatalidad, aceptada por la propia Rusia, no depende de su origen. El cuestionar la capacidad de Ucrania de decidir sus alianzas atenta contra dos principios estructurales del Derecho internacional contemporáneo: el principio de igualdad soberana y el de no injerencia en los asuntos internos (arts. 2.1 y 2.7 de la Carta de Naciones Unidas). Además, independientemente de si realmente se produjeron las dos promesas verbales de no expansión de la OTAN, estas no vincularían a Ucrania, sino a la propia Organización.

4. ARNOLD, K., “‘There is no Ukraine’: fact-checking the Kremlin’s version of Ukrainian History”, LSE International History, julio de 2020, <https://blogs.lse.ac.uk/lseih/>.

5. KHROMEYCHUK, O., “Putin says Ukraine doesn’t exist. That’s why he’s trying to destroy it”, New York Times, noviembre de 2022, <https://www.nytimes.com/2022/11/01/opinion/ukraine-war-national-identity.html>.

6. Aunque todos formaban parte de la URSS, los territorios estaban divididos por Repúblicas Socialistas Soviéticas.

7. BARRO, A., “El puño de hierro”, en Una historia del Rus, La Huerta Grande Editorial, Madrid, 2020.

8. Más sobre la historia de Ucrania en: STEBELSKY, I., “Ukraine”, Encyclopedia Britannica, <https://www.britannica.com/summary/Ukraine>.

9. En marzo de 2014, una serie de manifestaciones y disturbios de índole europeísta, conocidos como *Euromaidán* o Revolución de la Dignidad, se propagaron por toda Ucrania y también por la región sudeste del país, el Dombás. Al Dombás pertenecen los óblast, regiones, de Donetsk y Lugansk, que dicho año proclamaron su independencia como reacción a dicho movimiento. Desde entonces, la zona se ha visto sumergida en continuos conflictos entre fuerzas independentistas y gubernamentales.

En cuanto a la posibilidad de alegar una suerte de legítima defensa, se ha de señalar que el art. 51 de la Carta de Naciones Unidas no recoge la posibilidad de un actuar amparado en la legítima defensa *preventiva*. Rusia no ha sufrido ningún ataque armado, y una abstracta e inconcreta amenaza por parte de la OTAN no es suficiente para denominar su actuación como legítima defensa¹⁰.

Por último, tampoco resulta admisible el argumento de que se trataba de una intervención con el objetivo de prestar ayuda a las zonas del Dombás y así frenar el supuesto genocidio que allí se estaba desarrollando. Principalmente, porque la intervención humanitaria no es aceptada como excepción al principio de prohibición del uso de la fuerza, tal y como ya hemos visto. Y, adicionalmente, porque Rusia debería haber tratado de obtener la autorización del Consejo de Seguridad antes de intervenir¹¹.

IV. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

Putin ha asegurado tanto a los medios internacionales como internos que la actuación en Ucrania es una “operación militar especial”. Ahora bien, el término operación especial sugiere una operación táctica, con un objetivo concreto, delimitado y con una duración en el tiempo bastante inferior a los nueve meses que dura ya este enfrentamiento.

En marzo de 2022, la Asamblea General de la ONU calificó el conflicto como una “agresión” en su resolución titulada “Agresión contra Ucrania”, aprobada por 141 votos a favor¹². Encaja, por lo tanto, plenamente con la definición adoptada por la Asamblea General en 1974¹³, cuando consideró que se entiende por agresión el uso de la fuerza armada contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otros Estados.

Esta agresión es, además, susceptible de encuadrarse en el tipo penal del artículo 8 bis del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que lleva como título: *crimen de*

agresión. Lo relativo a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI) bien merece una breve explicación. En primer lugar, se ha de tener en cuenta que, al referirnos a la CPI, estamos abordando la cuestión de la responsabilidad individual, en este caso la de los altos mandatarios y dirigentes rusos. Ni Rusia ni Ucrania son parte del Estatuto de la Corte. Así, Ucrania no ha podido activar su jurisdicción. Ahora bien, existen otros tres medios a través de los cuales se puede llegar a incoar un procedimiento ante la CPI aun sin ser el Estado en el que se están cometiendo los crímenes Estado parte: la remisión por parte del Consejo de Seguridad, incoación del procedimiento a instancia de otro Estado parte o iniciación *motu proprio* por la CPI¹⁴. Y estas dos últimas opciones son las que han tenido lugar. El fiscal de la CPI, Karim Khan, solicitó en marzo de 2022 la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar una investigación¹⁵. Ahora bien, este procedimiento se caracteriza por su especial dificultad burocrática y trabas procesales, lo cual implicaría una demora temporal importante. Por ello, el propio fiscal animó a los Estados miembros a solicitar ellos mismos el ejercicio de la jurisdicción de la Corte. Y así, poco después, Lituania instó a la CPI para que ejerciera su jurisdicción. Al país europeo se unieron poco después más de cuarenta países adicionales.

Ahora bien, existe un límite a la competencia material de la Corte en lo que a los crímenes cometidos por Rusia en Ucrania se refiere. Así, al no ser Ucrania Estado Parte en el Estatuto, la Corte tan solo podrá conocer de aquellos crímenes para cuyo enjuiciamiento Ucrania haya aceptado la jurisdicción de la Corte, algo que, efectivamente, hizo en 2014. Ahora bien, las particularidades de la tipificación del crimen de agresión implican que la CPI no ejercerá su competencia respecto de este crimen cuando sea cometido en el territorio de un Estado no parte (art. 15 bis). Por lo tanto, al no ser Ucrania parte, la CPI no sería competente para conocer de dicho crimen, aunque sí lo sería para entrar a conocer de posibles crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio establecidos en el Estatuto de Roma. Pero incluso en lo que a estos últimos se refiere,

10. PONS RAFOLS, X., “La guerra en Ucrania, las Naciones Unidas y el Derecho internacional: algunas certezas sistémicas insostenibles”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, nº 43, mayo de 2022, pg. 6.

11. Lo cierto es que, aunque Rusia efectivamente no ha consultado al Consejo de Seguridad, este argumento -o contraargumento- peca de hipócrita. Los países occidentales tienen un largo historial de intervenciones armadas comenzadas sin la autorización previa del Consejo de Seguridad. Por ejemplo, el bombardeo de la actual Serbia en 1999, a cuenta de la crisis de Kosovo, o la intervención de 2003 en Irak.

12. Véase el documento de la Asamblea General A/ES-II/L.I, de 1 de marzo de 2022, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N22/272/30/PDF/N2227230.pdf?OpenElement>.

13. Véase la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, disponible en: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/da/da_ph_s.pdf.

14. Véase Estatuto de Roma, arts. 13, 14 y 15.

15. Véase doc. ICC-01/22-1-Anxl, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/ukraine>.

la posibilidad de que los responsables realmente lleguen a enfrentarse a la Corte es escasa, dada la prohibición de juicios en ausencia y la previsible falta de cooperación estatal por parte de Rusia¹⁶.

V. CONCLUSIONES: MIRANDO AL FUTURO

El conflicto en Ucrania no deja de ser corolario de la decadencia de las relaciones internacionales entre Occidente y Rusia de los últimos años.

Desde la caída del muro de Berlín y de la URSS, Rusia ha sido progresivamente excluida de la política internacional. La admisión en la OTAN y en la UE de países de la órbita socialista y el reconocimiento internacional de la independencia de Kosovo, entre otros, no ha hecho más que incrementar el sentimiento de nostalgia del poder imperialista soviético en Rusia.

Si, tras lo acontecido en Georgia en 2008 y en Crimea en 2014, la política internacional se hubiera dirigido a tratar de suavizar la situación, quizás hoy en día no estaríamos presenciando el conflicto en Ucrania; pero lo cierto es que Occidente optó por una política de exclusión y marginación hacia Rusia que no hizo sino exacerbar las asperezas existentes¹⁷.

El conflicto en Ucrania, además, ha puesto de manifiesto las debilidades del sistema jurídico internacional. El Derecho internacional público ha experimentado estos últimos años un indudable avance, consolidando una serie de principios y normas que actúan como límites a la soberanía estatal absoluta. Ahora bien, este avance no puede quedarse tan solo en el plano teórico. Necesariamente ha de plasmarse también en la práctica, y el desdén de Rusia hacia las normas internacionales no hace sino mostrar la necesidad de establecer un mecanismo de aplicación coercitiva del Derecho internacional.

Ahora bien, la creación de este mecanismo, y sobre todo su ulterior respeto, depende íntegramente de la voluntad de los Estados, particularmente de los Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que deberán -o deberían- liderar este proceso a través del ejemplo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNOLD, K., "‘There is no Ukraine’: fact-checking the Kremlin’s version of Ukrainian History", LSE International

- al History, julio de 2020, <https://blogs.lse.ac.uk/lseih/>.
- BARRO, A., "El puño de hierro", en *Una historia del Rus*, La Huerta Grande Editorial, Madrid, 2020.
- BBC News, "Guerra en Ucrania: EE.UU. estima en más de 240.000 el número de víctimas del conflicto", BBC, noviembre de 2022, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-63584866#:~:text=estima%20en%20m%C3%A1s%20de%20240.000%20el%20n%C3%BAmero%20de%20v%C3%ADctimas%20del%20conflicto,-Redacci%C3%B3n&text=Pie%20de%20foto%2C,en%20la%20guerra%20en%20Ucrania>.
- Documento de la Asamblea General A/ES-11/L.1, de 1 de marzo de 2022, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N22/272/30/PDF/N2227230.pdf?OpenElement>.
- Documento ICC-01/22-1-Anxl, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/ukraine>
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "Ucrania y la Corte Penal Internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, nº 2, julio de 2022, págs. 57-76.
- KHROMEYCHUK, O., "Putin says Ukraine doesn't exist. That's why he's trying to destroy it", *New York Times*, noviembre de 2022, <https://www.nytimes.com/2022/11/01/opinion/ukraine-war-national-identity.html>.
- PONS RAFOLS, X., "La guerra en Ucrania, las Naciones Unidas y el Derecho internacional: algunas certezas sistémicas insostenibles", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 43, mayo de 2022, pg. 32.
- Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, disponible en: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/da/da_ph_s.pdf.
- SALINAS DE FRÍAS, A., "Los efectos jurídicos derivados de la pérdida de la condición de Estado Miembros del Consejo de Europa por la Federación Rusa", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, nº2, 2022.
- SHINGAI, A., "Russia-Ukraine conflict", *Jus Corpus Law Journal*, vol. 2, nº 3, marzo de 2022, pág. 80.
- STEBELSKY, I., "Ukraine", *Encyclopedia Britannica*, <https://www.britannica.com/summary/Ukraine>.
- YEKELCHYK, S., 2022, "Russia-Ukraine crisis: 9 milestone moments in history that explain today's invasion", *BBC History Extra*, 24 de febrero de 2022, <https://www.historyextra.com/period/general-history/russia-invade-ukraine-history-relationship-crimea-why-conflict-facts/>.

16. Sobre la jurisdicción de la CPI, un muy interesante artículo en: ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "Ucrania y la Corte Penal Internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, nº 2, julio de 2022, págs. 57-76.

17. PONS RAFOLS, X., op.cit. nota 12, pg. 32.

LOS ESTÁNDARES DE CONFORMIDAD EN EL SUBADQUIRENTE DE UN BIEN DE CONSUMO

ÁLVARO VECINA AZNAR

Personal Investigador del Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla –La Mancha

I. INTRODUCCIÓN

En el supuesto que se nos presenta nos encontramos con dos compraventas concatenadas (podrían ser más): una primera entre un vendedor profesional (A) y un consumidor (B), y una segunda entre el consumidor comprador inicial (B) y un nuevo comprador subadquirente (C) sin relación contractual alguna con el vendedor inicial (A).

El objeto del presente trabajo es estudiar si, en el caso de existencia de una falta de conformidad en el bien objeto de contrato, podría (C) dirigirse contra (A) y mediante el ejercicio de qué acciones. Sólo en la medida en que (C) tenga la condición de consumidor –cuestión a estudiar también aquí–, le será de aplicación el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU). Además, la primera compra debe ser necesariamente una venta de bienes de consumo, pues de lo contrario no cabe argumentar que, producida una segunda venta, el subadquirente del bien (consumidor) pueda reclamar al primer vendedor conforme al TRLGDCU¹. Pues sólo así podrán ser de aplicación los criterios objetivos y subjetivos de conformidad de esta norma, que son precisamente los que pretendemos analizar en el presente trabajo.

II. EL SUBADQUIRENTE COMO CONSUMIDOR

Pues bien, desde una interpretación teleológica de la normativa de consumo, podremos apreciar que lo perseguido no es otra cosa sino la protección de aquella parte, el consumidor, que se entiende que se encuentra en una posición de debilidad en un negocio jurídico concreto respecto de la otra parte contratante, el empresario o profesional. Dificilmente puede ser tal finalidad protectora de la norma extrapolable a relaciones entre particulares donde para nada existe, *a priori*, un desequilibrio entre las partes contratantes. Como expresa BERCOVITZ, “cuando la relación es con otro consumidor no parece que tenga sentido que se pueda acoger a una protección específica frente a otro consumidor, puesto que esa actividad esporádica que realiza no le coloca en posición de ventaja alguna frente a la otra parte de la relación, consumidor también”². Es por todo ello que no resultaría inverosímil defender la imposibilidad de que pueda ser objeto de protección, bajo el TRLGDCU, un contrato entre dos particulares consumidores. Ello aun cuando el bien objeto de contrato fuera comprado originariamente a un empresario o profesional.

Sin embargo, ese mismo análisis teleológico puede llevarnos a conclusiones diferentes. Así, la normativa de consumo no sólo busca una protección directa del consumi-

1. V. MARÍN LÓPEZ, M. J., “Venta de vivienda con la cocina equipada, ¿quién responde de la falta de conformidad de los electrodomésticos?”, Centro de Estudios de Consumo, disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Venta_de_vivienda_con_la_cocina_equipada_quien_responde_de_la_falta_de_conformidad_de_los_electrodomesticos.pdf, (fecha de consulta: 23.10.2022) p. 7.

2. BERCOVITZ, R. “Artículo 3”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª edición, Pamplona, Aranzadi Thomson-Reuters, 2015, pp. 54 y 55.

dor, sino también crear un entorno donde el consumidor se sienta protegido. Cuando los bienes comercializables abandonan la cadena de producción para pasar a manos de sus *destinatarios finales* (los consumidores), se les dota de una protección más reforzada que a aquellos otros que no conforman el objeto de un contrato de consumo. De este modo, la normativa de consumo busca indirectamente garantizar un estándar de seguridad y confianza en el tráfico mercantil donde necesariamente intervienen a diario todos los ciudadanos en calidad de consumidores.

La seguridad y confianza que se han mencionado sólo se pueden lograr en plenitud haciendo responder al empresario o profesional, no sólo frente al comprador inicial de un bien de consumo, sino también frente a aquellos que, posteriormente, ostenten derechos sobre la cosa (vgr. subadquirente). Como decíamos, la finalidad principal de la normativa de consumo es proteger a una de las partes que se entiende vulnerable respecto de la otra. Proteger, precisamente, de los efectos que pudiera tener la conducta del empresario o profesional desde su posición de ventaja. Pero, ¿acaso no perjudican por igual tales efectos al primer comprador propietario como al subadquirente, en el caso en que lo haya? Por todo ello, si la finalidad de la norma es equilibrar la asimetría en la relación negocial de consumo, a la vez que crear un marco de seguridad y confianza en el tráfico mercantil, necesariamente se deberá otorgar legitimación activa al subadquirente frente al vendedor empresario/profesional. Ante este argumento se podrá argüir que el subadquirente ya goza de las acciones del Código Civil por vicios ocultos e incumplimiento contractual frente al vendedor particular con quien contrató. Si bien esto es cierto, esas mismas acciones civiles también son ejercitables por el consumidor adquirente primero y, sin embargo, el legislador quiso otorgarle una protección adicional. De esta misma forma, y de manera analógica, no debiera haber razón para denegarle a ese segundo consumidor tal protección especial del TRLGDCU.

Si bien es cierto que la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contra-

tos de compraventa de bienes únicamente regula los “contratos de compraventa celebrados entre vendedores y consumidores” (artículo 1), nada impediría al legislador nacional extender el ámbito de protección previsto a los terceros adquirentes, toda vez que el artículo 3 del TRLGDCU prescinde del término compraventa o comprador para hablar del amplio concepto legal de *consumidor y usuario*, que no excluye al subadquirente. En este mismo sentido se pronuncia CÁMARA LAPUENTE, para quien el término “actúen” del artículo 3 del TRLGDCU comprende “todas las actividades... como «adquirir, utilizar o disfrutar» por las que el consumidor o usuario entre en contacto con el bien o servicio por cualquier título; comprenderá actos jurídicos y actos materiales (consumidor jurídico/material)”³.

No olvidemos que el conocido como efecto *gold-plating* o *ultra transposición*, habilita a los Estados miembros a ampliar en la norma nacional de transposición el ámbito de aplicación personal o material de la norma europea⁴. Ello aun en los casos en que se trate de una directiva europea de armonización máxima, como es el caso de la Directiva arriba citada (artículo 4).

Por consumidor ha de entenderse, según CÁMARA LAPUENTE, a “quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios sin el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización y prestación a terceros”⁵. CARRASCO PERERA⁶ dirá a este respecto que dentro de la definición de consumidor “cabe no sólo el consumidor jurídico, es decir, el que contrata con un empresario o profesional, sino también el consumidor material, esto es, el que utiliza o disfruta como destinatario final un bien o servicio, a pesar de no haber sido él el contratante”. En idénticos términos se pronuncia BERCOVITZ⁷, quien además señala que “consumidor es aquel que actúa recibiendo directa o indirectamente, adquiriéndolos en el mercado y/o disfrutándolos bienes o servicios”⁸. Así también, MARÍN LÓPEZ defiende estos mismos postulados cuando alega que con ello “no se aumenta en modo alguno la carga de los responsables de la garantía legal y se protegen adecuadamente los intereses del subadquirente del bien”⁹.

3. CÁMARA LAPUENTE, S. “Artículo 3”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 133.

4. ARROYO AMAYUELAS, E., “Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)”, *Revista CESCO*, 2022, nº 41, p. 3.

5. CÁMARA LAPUENTE, S. “El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Noticias de la Unión Europea (Monográfico, Derecho Privado Europeo)*, nº 320, 2011, p. 93.

6. CARRASCO PERERA, A., *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*, Madrid, Instituto Nacional del Consumo, 2002, p. 22.

7. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 3”, *cit.*, pp. 68 y 69.

8. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 3”, *cit.*, p. 54.

9. MARÍN LÓPEZ, M. J., “Artículo 115”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentario ...*, *cit.*, p. 1682 y MARÍN LÓPEZ, M. J., “Venta de vivienda...”, *cit.*, p. 7.

Del mismo modo se expresa CÁMARA LAPUENTE al señalar que “no parece que la nueva dicción del artículo tres [TRLGDCU] haya alterado la posibilidad de entender protegido al puro consumidor material (no contratante) en ciertos aspectos, dada la amplitud del verbo actuar que ahora se contempla y que permite cubrir no solo relaciones contractuales sino cualquier acto de consumo”¹⁰.

Como se aprecia, la doctrina parece aceptar que el segundo comprador sea considerado consumidor a los efectos del TRLGDCU y pueda así emprender acciones directamente contra el empresario vendedor. Ello aun cuando la relación contractual entre ambos particulares, fundada en segundo contrato, no sea de consumo. Y es que el consumidor no se despierta, no nace con la condición de tal. Esta naturaleza la asume, en lo que aquí nos afecta, cuando compra un bien de consumo –aun indirectamente– a un empresario, volviéndose así titular de derechos sobre el mismo, con objeto de realizar su valor en uso y no su valor en cambio¹¹. En este sentido, es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 25 de enero de 2018, TJCE 2018/25) que el “concepto de consumidor debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y finalidad de este y no con la situación subjetiva de dicha persona”¹².

Desde la óptica jurisprudencial, también la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo parece aceptar estos postulados cuando matiza el principio de relatividad de los contratos para extender sus efectos a determinados subadquirentes. Así, en su sentencia de 1 de abril de 1977 señalaba que “el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido”. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 24 de octubre de 1990, al afirmar que “la fuerza obligatoria de los contratos, relatividad de lo acordado en ellos, afecta generalmente sólo a los contratantes y sus herederos; pero ya de antiguo (sentencia de 14 de mayo de 1928) se declaró que también obliga el contrato al sucesor a título particular de los contratantes y en general a los adquirentes de los derechos de éstos”. Es de especial mención la STS 924/2003, de 14 de octu-

bre, según la cual “de acuerdo con el principio de derecho *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*, los causahabientes a título particular han de considerarse ligados por los contratos que hubiera celebrado con anterioridad su transmitente que influyan en el contenido del derecho transmitido, reconociéndose jurisprudencialmente el llamado efecto reflejo de los contratos, que viene en ocasiones a mitigar la rigidez del principio de relatividad de los mismos en cuanto a sus límites subjetivos que expresa el artículo 1257 del Código Civil. Se admite, así, que los derechos y obligaciones que dimanen de un concreto negocio jurídico puedan –más allá del círculo de sus otorgantes y herederos– trascender a quien, por ser causahabiente a título particular por actos intervivos de uno de los contratantes se haya introducido en la relación jurídica preexistente mediante el nuevo contrato que con aquel ha celebrado”. Es más, recientemente, en su STS 494/2022, de 22 junio, estimó que un tercero adquirente de una vivienda tenía legitimación activa para reclamar frente al empresario vendedor inicial, aun cuando no tuviera con él ninguna relación contractual. Esta misma línea argumentativa es seguida por la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales.¹³

Pero, si bien tanto la doctrina científica como la jurisprudencia parecen coincidir en que el segundo adquirente goza de legitimación activa frente al primer vendedor, falta dilucidar en base a qué título actúa. Pueden existir varias opciones plausibles. En mi opinión, la más acertada es aquella por la cual se entiende que nos encontramos ante una cesión legal del crédito o “cesión legal de derechos”, como así lo denomina AVILÉS GARCÍA¹⁴. De esta forma, el subadquirente se subroga en el crédito del primer adquirente, ya sea porque se entiende que en el segundo contrato de compraventa va ínsita la cesión de crédito, ya porque interpretemos que nos encontremos ante un supuesto de subrogación legal ex artículo 120 TRLGDCU. En este precepto se señala que el empresario o profesional “será responsable de las faltas de conformidad que existan en el momento de la entrega o del suministro y se manifiesten en un plazo de tres años desde la entrega”.

Del tenor del citado artículo perfectamente puede desprenderse que el empresario responderá, respecto

10. CÁMARA LAPUENTE, S., “Artículo 3” ..., cit. pp. 112 y 113.

11. CARRASCO PERERA, A., *El Derecho de Consumo...*, cit., p. 30.

12. MATO PACÍN, M^a N., “El derecho de consumo y el consumidor”, en SANTOS MORÓN, M^a J. y MATO PACÍN, M^a N (Coords.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, Madrid, Tecnos, 2022, p. 24.

13. SAP Granada (Secc. 3^a) 782/2019, de 7 de noviembre (ECLI:ES:APGR:2019:2174); SAP Madrid (Secc. 14^a) 426/2006, de 28 de junio (ECLI:ES:APM:2006:9480); SAP Madrid (Secc. 11^a) 422/2017, de 22 de noviembre (ECLI:ES:APM:2017:16791); SAP Vizcaya (Secc. 3^a) 70/2022, de 2 de marzo (ECLI:ES:APBI:2022:592).

14. AVILÉS GARCÍA, J., *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 296 y 297.

del bien que vendió, frente a su actual propietario que ejercite las correspondientes acciones previstas en el TRLGDCU. Para ello, es necesario que la parte actora tenga la consideración de consumidor, que la acción no esté prescrita y que la falta de conformidad se haya manifestado en el plazo del referenciado artículo 120. De esta forma, el vendedor originario responderá, frente a quien sea el propietario del bien de consumo, de aquellas faltas de conformidad presentes en la primera entrega y manifestadas durante el plazo de garantía legal. Dicho de otro modo, las obligaciones propias del empresario en materia de conformidad a que se refiere el TRLGDCU son *propter rem*, y, en tal medida, cualquier consumidor titular del bien de consumo podrá ejercitar las acciones previstas en el TRLGDCU. Es decir, “la garantía persigue al bien, no a su titular”¹⁵.

Como se acaba de señalar, sólo se podrá reclamar en base al TRLGDCU respecto de aquellas “faltas de conformidad que existan en el momento de la entrega” (artículo 120 TRLGDCU) en la primera venta. Si la falta de conformidad en el bien objeto de la segunda compraventa no existía en el momento de la entrega del primer contrato, el consumidor sólo podrá dirigirse contra el vendedor particular y en el ejercicio de las acciones

del Código Civil previstas para los vicios ocultos (artículo 1486) o para el *aliud pro olio* (artículos 1101 y 1124), pero no en virtud de aquellas previstas en el TRLGDCU.

Es importante remarcar que el plazo de garantía legal debe computarse desde la entrega primera entre vendedor profesional o empresario y el primer adquirente. Esto es así puesto que, como ya se ha dicho antes, nadie puede transferir a otro más derechos de los que tiene. Por tanto, el subadquirente no podrá gozar de un plazo mayor de garantía o de ejercicio de las acciones que el que tenía aquél con quien contrató. En igual medida, no es procedente admitir que el subadquirente pueda exigir al empresario o profesional cosa distinta a la que se obligó.

III. LOS CRITERIOS DE CONFORMIDAD

En lo que respecta a los criterios de conformidad propiamente dichos, el TRLGDCU distingue entre criterios objetivos y subjetivos, separando los criterios de conformidad del antiguo artículo 116 TRLGDCU en dos distintos: por un lado, el 115 bis¹⁶ respecto de los “requisitos subjetivos para la conformidad”, y por otro el 115 ter¹⁷ para los “requisitos objetivos para la conformidad”. Es preciso señalar que, en lo que respecta a los criterios

15. TORRELLES TORREA, E, “Artículo 114” ..., cit., p. 1058: “el consumidor no contratante del bien tendrá derecho a ejercitar los derechos conferidos en la garantía siempre que presente el derecho de garantía ante el responsable de la falta de conformidad, actuando como representante del que en su día adquirió el bien”. También, como bien señala la autora, el Libro Verde presentado por la Comisión sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa el 15 de noviembre de 1993, ya advertía que hay que considerar beneficiario de la garantía, no sólo al primer comprador sino también a todo propietario consecutivo del producto.

16. Artículo 115 bis TRLGDCU: “Para ser conformes con el contrato, los bienes y los contenidos o servicios digitales deberán cumplir, en particular y cuando sean de aplicación, los siguientes requisitos:

a) Ajustarse a la descripción, tipo de bien, cantidad y calidad y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características que se establezcan en el contrato.

b) Ser aptos para los fines específicos para los que el consumidor o usuario los necesite y que este haya puesto en conocimiento del empresario como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el empresario haya expresado su aceptación.

c) Ser entregados o suministrados junto con todos los accesorios, instrucciones, también en materia de instalación o integración, y asistencia al consumidor o usuario en caso de contenidos digitales según disponga el contrato.

d) Ser suministrados con actualizaciones, en el caso de los bienes, o ser actualizados, en el caso de contenidos o servicios digitales, según se establezca en el contrato en ambos casos.

17. Artículo 115 ter. TRLGDCU: “1. Además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad, los bienes y los contenidos o servicios digitales deberán cumplir todos los siguientes requisitos:

a) Ser aptos para los fines a los que normalmente se destinen bienes o contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector.

b) Cuando sea de aplicación, poseer la calidad y corresponder con la descripción de la muestra o modelo del bien o ser conformes con la versión de prueba o vista previa del contenido o servicio digital que el empresario hubiese puesto a disposición del consumidor o usuario antes de la celebración del contrato.

c) Cuando sea de aplicación, entregarse o suministrarse junto con los accesorios, en particular el embalaje, y las instrucciones que el consumidor y usuario pueda razonablemente esperar recibir.

d) Presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad del bien, la accesibilidad y continuidad del contenido o servicio digital y la funcionalidad, compatibilidad y seguridad que presentan normalmente los bienes y los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los mismos y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado...”.

de conformidad en el subadquirente, no podemos aplicar en bloque la referida clasificación legal de criterios subjetivos/objetivos tal y como esta viene referida en el TRLGDCU. Éste razonablemente incluye como objetivos todos aquellos requisitos relacionados con el objeto del contrato y como subjetivos aquellos relacionados con las partes contratantes. Por tanto, por estándares de conformidad subjetivos se han de entender aquellos criterios que permiten enjuiciar la particular voluntad declarada de los contratantes en una concreta compraventa, con eficacia *inter partes*, o aquellos otros que hayan servido para la conformación de tal voluntad.

En lo que respecta a los estándares de conformidad en el subadquirente, cuestión que nos ocupa en el presente trabajo, debe señalarse que, únicamente se le aplicarán a éste los criterios objetivos contenidos en el TRLGDCU. Por el contrario, todos aquellos criterios subjetivos referidos al elemento volitivo de los contratantes, no le serán de aplicación –los contenidos en el artículo 115 bis TRLGDCU–

Sin embargo, es necesario hacer una apreciación. Así, el apartado b) del artículo 115 ter (criterios objetivos) relativo a la correspondencia del bien “*con la descripción de la muestra o modelo del bien... que el empresario hubiese puesto a disposición del consumidor o usuario antes de la celebración del contrato*”, no será de aplicación al subadquirente. Esto es así, en la medida en que hace referencia a hechos que únicamente afectan a la conformación de la voluntad del comprador, lo que lo torna, en realidad, en un verdadero criterio subjetivo.¹⁸

No debe pensarse que lo expuesto respecto del apartado b) del artículo 115 ter puede ser aplicado en igual medida al apartado d) del referido artículo. Éste hace referencia a las características “*que presentan normalmente los bienes... del mismo tipo [y] que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar*”. Continúa el artículo señalando, por un lado, aquello esperable por el consumidor dada su “*naturaleza*”, criterio claramente objetivo, y por otro, respecto de lo que un consumidor puede razonablemente esperar “*teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor,*

especialmente en la publicidad o el etiquetado. Este último criterio pudiera parecer perfectamente enmarcable como un requisito subjetivo de conformidad, en el sentido anteriormente expresado. Sin embargo, no ocurre tal cosa. En este sentido, MARÍN LÓPEZ señala que tales declaraciones públicas constituyen un parámetro de referencia objetivo, y no subjetivo, debiéndose acudir al criterio de razonabilidad de un consumidor medio¹⁹. Tal valoración cobra aún más consistencia si nos fijamos en las exoneraciones de responsabilidad del vendedor previstas en el artículo 115 ter d) *in fine*, y, entre ellas, la relativa a que “*la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir el bien...*” Si el legislador prevé tal circunstancia, referida a la voluntad del comprador (criterio subjetivo), como una excepción, necesariamente ha de suponer que las declaraciones públicas realizadas por el empresario han de ser consideradas un criterio objetivo.

La confusión que toda esta sistematización provoca es lo que lleva a errores en la determinación de los criterios de conformidad del subadquirente. Valga de ejemplo la reciente sentencia del Tribunal Supremo 494/2022, de 22 de junio, por la cual se otorga legitimación activa a los segundos adquirentes de una vivienda respecto del promotor vendedor, por la diferencia de calidades en los materiales de las puertas y armarios de la vivienda respecto de la memoria que fue entregada a los compradores iniciales (no a ellos) y que fue objeto de oferta publicitaria. Pues bien, con razón crítica CARRASCO PERERA²⁰ el fallo al señalar que el vendedor no puede responder frente a terceros adquirentes, porque no fue a ellos frente a los cuales hizo las declaraciones de calidades contenidas en la memoria. Se pregunta el autor: “*¿Sobre qué iban a fundar los segundos compradores su expectativa de conformidad?*” Además, continúa señalando, el propio artículo 115 ter. d) 3º exonera al vendedor de responsabilidad por la publicidad realizada si consigue probar que “*la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir el bien*”. ¿Cómo va a hacer tal cosa si no ha tenido relación alguna con el subadquirente?

Como se puede apreciar, no parece razonable defender que, aquel comprador subadquirente que tuvo a bien contratar un bien con unas determinadas características apreciables, sobre las cuales consintió, pudiera ahora dirigirse contra el vendedor empresario/profe-

18. Puede llegar a darse el caso en el que “*el empresario hubiera puesto a disposición del [subadquirente] antes de la celebración del contrato*” tal “*muestra*” o “*modelo del bien*”, y que, por tanto, la voluntad del subadquirente se hubiera visto condicionada por tales. Únicamente en este caso, y siempre que el subadquirente lograra probarlo, el apartado b) del artículo 115 ter sí se tornaría un verdadero criterio de conformidad a tener en cuenta.

19. MARÍN LÓPEZ, M. J., “Artículo 116”, en *Comentario...*, cit. p. 1703.

20. CARRASCO PERERA, A., “Legitimación de los compradores sucesivos para instar acciones contra los promotores-vendedores por falta de calidad en el inmueble vendido”, Centro de Estudios de consumo, disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Legitimacion_de_los_compradores_sucesivos_para_instar_acciones_contra_los_promotores-vendedores.pdf

sional alegando falta de conformidad respecto de esas mismas características. Estaría aplicando los estándares subjetivos de los artículos 115 bis y ter. que se basan en la voluntad declarada del primer comprador, no en la suya.

Es importante señalar que, en el caso en que el vendedor y comprador iniciales pactasen que el bien no tenga ciertas características de las que habitualmente un consumidor medio pudiera fundadamente esperar, o consintieran que éste no fuera apto para los fines a que normalmente se destina [criterios objetivos del artículo 115 ter. a) y d)], el subadquirente no podrá alegar tales circunstancias ante el empresario, ex artículo 115 ter. 5 TRLGDCU. Como es lógico, el empresario no puede verse obligado a cosas distintas de las que pactó, ni el subadquirente podrá gozar de derechos que el primer comprador no tenía: *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*.

Por otro lado, y atendiendo a la misma razón lógica, es razonable defender que el empresario o profesional pueda oponer frente al subadquirente todas aquellas excepciones que ostentara frente al primer comprador, como se desprende del artículo 1198 CC. Pensemos en el supuesto de incumplimiento contractual del primer comprador. Si en empresario podía oponer a éste la excepción de incumplimiento, ¿por qué no iba a tener derecho a actuar de igual forma frente al subadquirente, si no consintió tal cesión? De no ser así, se estaría perjudicando al vendedor sin haber recabado previamente de éste su consentimiento.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El subadquirente que adquiera un bien de consumo de un primer adquirente consumidor, debe también considerarse que goza de la condición de consumidor. Ello por la teleología del TRLGDCU y porque así lo reconoce la jurisprudencia mayor y menor. También la doctrina civilista, que lo considera *consumidor material*.

SEGUNDA.- Entre el primer y el segundo consumidor se produce una cesión legal del crédito o cesión legal de derechos, por la cual el subadquirente se subroga en el crédito del primer adquirente,

TERCERA.- El subadquirente no podrá gozar de un plazo mayor de garantía o de ejercicio de las acciones que el que tenía aquél con quien contrató.

CUARTA.- Únicamente se aplicarán al subadquirente los criterios de conformidad objetivos contenidos en el TRLGDCU. De entre ellos, debe excepcionarse el previsto en el artículo 115 ter b) TRLGDCU, puesto que en realidad contiene un criterio subjetivo que, por tanto, no puede ser aplicable.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO AMAYUELAS, E., “Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)”, *Revista CESCO*, 2022, nº 41.

- AVILÉS GARCÍA, J., *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

- BERCOVITZ, R. “Artículo 3”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª edición, Pamplona, Aranzadi Thomson-Reuters, 2015.

- CÁMARA LAPUENTE, S. “Artículo 3”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011.

- “El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Noticias de la Unión Europea (Monográfico, Derecho Privado Europeo)*, nº 320, 2011.

- CARRASCO PERERA, A., *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*, Madrid, Instituto Nacional del Consumo, 2002.

- “Legitimación de los compradores sucesivos para instar acciones contra los promotores-vendedores por falta de calidad en el inmueble vendido”, Centro de Estudios de consumo, disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Legitimacion_de_los_compradores_sucesivos_para_instar_acciones_contra_los_promotores-vendedores_.pdf

- MARÍN LÓPEZ, M. J., “Venta de vivienda con la cocina equipada, ¿quién responde de la falta de conformidad de los electrodomésticos?”, Centro de Estudios de Consumo, disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Venta_de_vivienda_con_la_cocina Equipada_quien_responde_de_la_falta_de_conformidad_de_los_electrodomesticos.pdf, (fecha de consulta: 23.10.2022).

- “Artículo 115” y “Artículo 116”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª edición, Pamplona, Aranzadi Thomson-Reuters, 2015.

- MATO PACÍN, Mª N., “El derecho de consumo y el consumidor”, en SANTOS MORÓN, Mª J. y MATO PACÍN, Mª N (Coords.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, Madrid, Tecnos, 2022.

- TORRELLES TORREA, E., “Artículo 114”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011.

LAS FIGURAS JURÍDICAS EN EL CAMPO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL: UN ANÁLISIS ACERCA DE LAS FUNCIONES DEL ABOGADO, DEL AGENTE DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y EL GESTOR ADMINISTRATIVO

MIGUEL CANO MENOR.

*Secretario General del Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho.
Abogado del Ilustre Colegio de la Abogacía de Alicante
Gestor Administrativo Colegiado*

INTRODUCCIÓN

A través de esta investigación se va a tratar de resolver la cuestión de la implicación de los diferentes cuerpos jurídicos en la propiedad industrial e intelectual, será un estudio de los casos más relevantes para cada profesión a mi parecer desde el siglo pasado hasta la actualidad, en el que me cuestionaré su uso y función, sus diferencias y sus puntos en común, mediante el análisis de su impacto en la normativa y jurisprudencia a nivel nacional y comunitario trataré de llegar a una conclusión sobre la materia.

Nos encontramos en la actualidad en España y en la Unión Europea en materia de propiedad intelectual e industrial con una gran variedad de ideas sujetas a poder registrarse y así obtener un lucro de la misma, actuando ante las oficinas correspondientes a nivel nacional o comunitario mediante un profesional especializado en estos casos, o también puede actuar uno mismo, con múltiples posibles consecuencias en el futuro no previstas.

Es por ello que hay que revisar lo que oferta un abogado en propiedad industrial, un agente API o un gestor administrativo, sus competencias, sus diferencias y su resultado, lo cual es sumamente importante a la par que productivo para la comunidad académica jurídica.

Through this research I am going to try to resolve the issue of athletes' brands and their involvement in

industrial and intellectual property, it will be a study of the most relevant cases since the 1980s, in which I will ask myself if they change the function of the brand, or on the contrary, maintain its use and function like any other type of brand, through the analysis of cases and their impact on the regulations and jurisprudence at the national, community and international level. to a conclusion on the matter.

We are currently in Spain and in the European Union in the field of intellectual and industrial property with a great variety of ideas subject to being able to register and thus obtain a profit from it, acting before the corresponding offices at national or community level through a professional specialized in these cases, or you can also act yourself, with multiple possible consequences in the future that are not foreseen.

That is why reviewing what an industrial property lawyer, an API agent or an administrative manager offers, their competencies, their differences and their result is extremely important as well as productive for the legal academic community.

DEFINICIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Es aquel derecho que protege la creación intelectual de una persona: encontramos dentro de la misma diferentes

ramas de protección de la creación, como una patente, una marca, un diseño industrial, entre otras muchas; a través de su registro en una oficina de la administración que se encuentre autorizada para dicha tarea se puede proteger dicha creación, para ello hay diferentes vías que una persona pueda proteger dicha creación:

-registrándola por su cuenta.

-solicitando los servicios de un abogado de propiedad industrial e intelectual.

-solicitando los servicios de un agente de la propiedad industrial.

-solicitando los servicios de un gestor administrativo.

Análisis de la normativa española y comunitaria acerca de la propiedad industrial e intelectual.

Encontramos que hay una gran variedad de normativa en España acerca de la Propiedad Industrial e Intelectual en cuanto a la forma de solicitar su registro, a la persona que puede hacerlo, las características de la idea a proteger, las acciones en caso de aceptación o denegación:

1. Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas¹: la primera es la ley de marcas, siendo esta como aquel signo diferenciador de un bien, un producto o un servicio frente al resto de los mismos que se encuentran de cara al público ofrecidos con ciertas características en común, cuya utilidad es la de resaltar y separarse del resto por sus particularidades propias en cuanto a sus funciones, al origen del propio producto o servicio, al tipo de marca que es y a las clases que involucra.

2. Reglamento de Marcas 2017/1001, de 17 de Junio²: explicando sus características al respecto de la materia, la cual en su artículo 1º expone el funcionamiento de una marca en los estados miembros y su ámbito territorial: "Las marcas de productos o de servicios registradas en las condiciones y según las disposiciones establecidas en el presente Reglamento se denominarán «marca de la Unión Europea».

La marca de la Unión tendrá carácter unitario. Producirá los mismos efectos en el conjunto de la Unión: solo

podrá ser registrada, cedida, ser objeto de renuncia, de resolución de caducidad o de nulidad, y solo podrá prohibirse su uso, para el conjunto de la Unión."

3. Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes³: es un título que reconoce oficialmente el mérito a explotar una invención a través de una idea en exclusiva durante una duración determinada de tiempo. Una vez finalice ese período de tiempo pasará a ser de dominio público. Debe de tener una serie de características reconocibles para considerar a una invención como patentable, como que posea una actividad inventiva, sea novedosa y sea susceptible de aplicarse industrialmente: esto quiere decir que debe de ser la idea y la invención de alguien y que no sea el plagio de nadie, además de que a través de una serie de instrucciones un experto en la pertinente oficina de patentes pueda reproducir la misma.

4. Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas, de 5 de octubre de 1973⁴: el cual, en sus artículos 2 y 3 expone el funcionamiento de una patente en los estados miembros y su ámbito territorial: "La concesión de una patente europea podrá ser solicitada para todos los Estados contratantes, para varios o para uno de ellos solamente."

"En cada uno de los Estados contratantes para los que se conceda, la patente europea tendrá los mismos efectos y estará sometida al mismo régimen que una patente nacional concedida en dicho Estado"

5. Reglamento (UE) 2019/933 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019⁵, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 469/2009 relativo al certificado complementario de protección para los medicamentos: en relación a este certificado de protección para un elemento o una agrupación de elementos de un fármaco hay que tener en cuenta que está regulado en la ley 24/2015 de patentes y en este reglamento.

6. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁶: a través de esta ley entendemos la base de la capacidad de los interesados y/o sus representantes correspondientes de actuar frente a la administración

1. Ley 17/2001, de 7 de Diciembre, de Marcas: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2001-23093>

2. Reglamento de Marcas 2017/1001, de 17 de Junio: <https://www.boe.es/doue/2017/154/L00001-00099.pdf>

3. Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8328>

4. Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas, de 5 de octubre de 1973: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1986-25798>

5. Reglamento (UE) 2019/933 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81008>

6. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-26318>

pública, lo cual quiere decir las personas ya sean físicas o jurídicas que pueden realizar una solicitud de marca o de patente, o un abogado o un gestor administrativo autorizado o un agente de la propiedad industrial, los requisitos que tienen que tener, ante quién pueden actuar, lo podemos encontrar de los artículos 30 al 34 de esta misma ley.

7. Ley 11/1988, de 3 de mayo, de Protección Jurídica de las topografías de los productos semiconductores⁷, como bien lo expone su artículo 1:

” una serie de imágenes interconectadas, sea cual fue la manera en que estén fijadas o codificadas:

a) que representen la estructura tridimensional de las capas que componen el producto semiconductor,

b) en la cual cada imagen tenga la estructura o parte de la estructura de una de las superficies del producto semiconductor en cualquiera de sus fases de fabricación.”

8. Ley 3/2000 de Obtenciones vegetales⁸: Podrán ser objeto de la protección de las obtenciones vegetales las variedades de todos los géneros y especies botánicos, incluidos, entre otros, los híbridos de géneros o de especies.

Entendemos que una “variedad vegetal” es un conjunto de plantas de un solo taxón botánico del rango más bajo conocido que, con independencia de si responde o no plenamente a las condiciones para la concesión de un derecho de obtentor.

Además mediante la cual se protege jurídicamente el uso en entornos controlados los organismos modificados genéticamente, su exposición y comercio de manera libre, etc. Autoriza al estado con las competencias necesarias el estudio, la vigilancia de todos los procesos y las respectivas sanciones en caso de no cumplir con la normativa vigente.

I. Definición y análisis de la figura del abogado en la normativa española y europea

En cuanto a la normativa disponemos del Real Decreto 135/2021⁹, de 2 de marzo, el cual expone el trabajo y el deber de un Abogado en España, en los artículos 1, 4, 5 y 48 podemos observar las características de la profesión:

7. Ley 11/1988, de 3 de mayo, de Protección Jurídica de las topografías de los productos semiconductores: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-11074>

8. Ley 3/2000 de Obtenciones vegetales: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-414>

9. Real Decreto 135/2021, de 2 de Marzo: <https://www.boe.es/boe/dias/2021/03/24/pdfs/BOE-A-2021-4568.pdf>

10. Real Decreto 136/2021: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-3308

11. Decreto 424/1963: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1963-5030>

Estos artículos nos exponen que el abogado es un profesional independiente que realiza el encargo que le solicita el cliente frente a la administración pública correspondiente en estos casos concretos: solicitud de marca, de patente, además de proporcionarle toda la información al respecto, asesorarle sobre cuál cree que es la mejor vía de actuación, así como la de mostrar oposición ante cualquier denegación sobre esas solicitudes, además de mostrar oposición sobre otras solicitudes de terceros que sean una incompatibilidad con una idea protegida del cliente.

Cabe destacar lo que se encuentra en las últimas líneas como muestra del abogado, ante cualquier jurisdicción ya sea nacional, comunitaria o internacional, en cualquier tipo de caso o procedimiento, no tiene limitación alguna, ya que se encuentra facultado por la ley siempre y cuando otra ley no reserve en exclusiva esa competencia a otras profesiones: trámites de solicitud, asesoramiento legal y representación en juzgados, mediación, y oposición ante terceros son algunas de las más reconocidas funciones que dispone el profesional de la abogacía para este campo en concreto.

II. Definición y análisis de la figura del agente de la propiedad industrial en la normativa española y europea

La normativa que regula en España la figura del agente de la propiedad industrial es el Real Decreto 136/2021¹⁰, de 2 de marzo, por el que se aprueban los Estatutos del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial.

En la misma podemos analizar cuáles son las funciones del profesional, que son entre otras muchas: tramitar y desarrollar solicitudes de patentes, marcas y demás formas de protección de ideas ante la Oficina española de patentes y marcas o en las oficinas autorizadas a nivel nacional, ante las correspondientes Oficinas comunitarias e internacionales.

III. Definición y análisis de la figura del gestor administrativo en la normativa española

A través del Decreto 424/1963¹¹, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la profesión de Gestor Administrativo encontramos en su artículo 1º una definición perfecta para comprender qué es un gestor ad-

administrativo, cuál es su ámbito de práctica y cual es su delimitación frente a otros profesionales como el abogado.

Esto ya nos deja claro que es un profesional para tramitación administrativa que no requiera esa aplicación de técnica jurídica reservada a un abogado, por lo que desde este inicio deja bien expuesto que para este tema en cuestión sólo le es conferida la posibilidad de solicitar los trámites de registro de una idea ante las oficinas correspondientes, y que le pregunten como asesoramiento por su experiencia en la materia, mientras que no le es posible representar los intereses del cliente frente a terceros en negociación/mediación o en disputas judiciales, reservado completamente para el ejercicio de la profesión de la abogacía, y las tareas de asesoría pura le es posible, aunque se recurre mucho más a los servicios del agente de la propiedad industrial y del abogado especializados en la cuestión.

Para ser gestor administrativo actualmente hay 2 opciones:

-superar uno de los doce másteres habilitantes para el ejercicio en las universidades españolas y colegiarse en uno de los más de 22 colegios profesionales de todo el Estado.

-superar la prueba de acceso nacional¹² que habilita para el ejercicio de la profesión tras colegiarse en uno de los más de 22 colegios profesionales de todo el Estado.

CONCLUSIONES

Tras analizar la normativa de abogacía, del agente de la propiedad industrial y del gestor administrativo no puedo más que coincidir en el hecho de que aunque no sean incompatibles los servicios prestados por cada profesional si que hace falta estudiar una futura diferenciación entre todos¹³, la distinción de lo que puede ofrecer cada uno y marcar mejor los límites evitaría cualquier tipo de confusión al respecto, siendo más acertado el servicio y la competencia mutua de cara al cliente, las sinergias entre ambos es posible, por supuesto, aunque solo resultaría entre 2 de 3, no entre todos, ya que sería un atraso en tiempo y recursos hacia el cliente para así poder registrar y proteger sus ideas.

-Sería posible la sinergia en el grupo completo de solicitud, asesoramiento y asistencia judicial entre el agente de la propiedad industrial y el abogado, o entre el gestor administrativo y el abogado.

-La segunda posible sinergia sería en materia de solicitud y asesoramiento entre el agente de la propiedad industrial y el gestor administrativo, pero ahí quedaría la delimitación de que ninguno de los dos podría representar los intereses del cliente ante los tribunales, por lo que tendrían que acudir a un abogado.

Cabría la posibilidad según lo explicado en el anterior párrafo de realizar la solicitud mediante un gestor, ser asesorado por un agente de la propiedad industrial y ser representado en los tribunales por un abogado, pero como he comentado sería abrir una puerta que mermaría mucho el interés y los recursos de los clientes para ello, por lo que un servicio lo más detallado y eficaz de cada profesional es lo mejor para distinguir qué puede realizar cada uno y qué no puede realizar.

La situación del covid-19 ha modificado el paradigma ideológico en la mayoría de profesiones a nivel global, aquí en España a los profesionales del sector jurídico también ha reconfigurado mucho los planteamientos y arquetipos que teníamos acostumbrados a realizar, ahora por ejemplo mediante el teletrabajo, las reuniones virtuales y los espacios de coworking es más fácil y sencilla la cooperación entre diferentes tipos de profesionales para asociarse y colaborar frente a las nuevas necesidades de los clientes a los que la pandemia les ha dado una idea para innovar y proteger frente a otros y que la sociedad la pueda aprovechar en el mismo momento para acceder a los 3 tipos de profesionales.

Es un momento propicio para con los recursos necesarios crear nuevos tipos de oficinas y boutiques legales que se especialicen no sólo en una o varias materias en concreto, sino que reúna a estos profesionales jurídicos en una sola compañía, ya que de diario no suele ocurrir.

La colaboración más estrecha entre profesional y la reducción de costes ha sido lo más habitual desde marzo de 2020, por lo que sería un gran aditivo el aumento de los espacios de trabajo y colaboración para prestar ese asesoramiento, solicitud de registro y protección de ideas, de oposición a terceros y la preparación de asistencia a los tribunales por estos especialistas a la vez, sería muy provechoso realizar un estudio de campo acerca de la viabilidad de esta idea para determinar si los resultados pueden o no cumplir las expectativas, además se emplearía para determinar mejor esos límites entre cada profesión y su alcance dentro de la operación frente al cliente y a terceros.

12. Prueba de Acceso Nacional a la profesión de Gestor Administrativo: <https://www.consejogestores.org/pruebas-de-acceso-a-la-profesion-de-gestor-administrativo-2020/>

13. De Couto Gálvez, Rosa María: *Prácticum Propiedad Intelectual*, Thomson Reuters, 2020, pág 123-142.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS TRANSFERENCIAS DE DATOS PERSONALES ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y ESTADOS UNIDOS: LA SENTENCIA SCHREMS II Y LA INVALIDACIÓN DEL ESCUDO DE PRIVACIDAD

DANIEL GRAFULLA CUMBA

*Estudiante del Doble Máster en Derecho de las Telecomunicaciones, Protección de Datos, Audiovisual y Sociedad de la Información y Acceso al Ejercicio de la Abogacía en la Universidad Carlos III de Madrid.
Graduado en Derecho por la Universidad Pública de Navarra.*

ICÍAR VELASCO FERNÁNDEZ-HIERRO

*Estudiante del Doble Máster en Derecho de las Telecomunicaciones, Protección de Datos, Audiovisual y Sociedad de la Información y Acceso al Ejercicio de la Abogacía en la Universidad Carlos III de Madrid.
Graduada en Derecho y Especialidad TIC por la Universidad de Deusto.*

I. CONTEXTUALIZACIÓN

Las relaciones entre la Unión Europea (de ahora en adelante UE) y Estados Unidos (de ahora en adelante EEUU) en el ámbito de la Protección de Datos se han venido caracterizando en la última década por su alto grado de complejidad, y simultáneamente, de fragilidad.

Los flujos de datos de uno al otro lado del Atlántico son fundamentales para el desarrollo y la actividad económica de la UE y EEUU, y las dos partes parecen condenadas a entenderse. Ahora bien, la diferente perspectiva y concepción que existe en uno y otro sobre el Derecho a la Protección de Datos Personales¹ sitúan a la UE y a EEUU en posturas aparentemente inconciliables, cuyas autoridades se han esforzado en subsanar.

Así, este documento tiene por finalidad analizar los avatares del régimen jurídico de las transferencias de datos personales entre la UE y EEUU en los últimos

años. Para ello, se introducirá en primer lugar el marco de los flujos internacionales de datos en el Derecho europeo, y se efectuará un breve apunte sobre la regulación de la Protección de Datos en EEUU. Y finalmente, tras exponer los precedentes de esta turbulenta relación, este estudio culminará con la Sentencia Schrems II, que recientemente invalidó el último gran acuerdo entre la UE y EEUU en esta materia.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS EN EL DERECHO EUROPEO

Para comprender correctamente los fundamentos y las implicaciones de la Sentencia Schrems II conviene efectuar un breve análisis sobre el régimen jurídico de las transferencias internacionales de datos en el Derecho de la Unión Europea. Como no podía ser de otra forma, esta figura jurídica se encuentra regulada en el

1. Derecho fundamental reconocido por el Tribunal Constitucional Español en las Sentencias 290/2000 y 292/2000 de 30 de noviembre de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:290 y ECLI:ES:TC:2000:292, respectivamente), y recogido en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea n.º. C 202, de 7 de junio de 2016 (última versión).

Capítulo V del Reglamento General de Protección de Datos (de ahora en adelante RGPD²).

El RGPD no delimita expresamente la noción de transferencia internacional de datos. No obstante, tradicionalmente³ se ha venido definiendo este concepto como aquel flujo de datos personales emitido hacia destinatarios establecidos en el exterior del Espacio Económico Europeo⁴. Por tanto, toda transferencia internacional de datos requiere de un importador, y de un exportador sujeto al RGPD.

El artículo 44 del RGPD prohíbe, con carácter general, toda transferencia internacional de datos. Éstas solamente podrán ser llevadas a cabo en determinadas circunstancias previstas expresamente en el Reglamento. En concreto, son tres las vías que habilita el RGPD en las que están permitidos estos flujos internacionales de datos.

1. Transferencias amparadas en una decisión de adecuación.

La Comisión Europea está capacitada en virtud del artículo 45 del RGPD para decidir sobre si un tercer Estado presenta un nivel adecuado de protección de datos. Cuando un tercer país haya sido reconocido por la Comisión Europea con esta condición de adecuado nivel de protección de datos, las transferencias hacia dicho Estado no requerirán de ninguna autorización o procedimiento específico.

Con vistas a esta decisión, la Comisión Europea deberá tener en cuenta tres categorías de circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 45: a) Circunstancias de carácter normativo: el respeto a los derechos humanos, legislación sectorial en materia de protección de datos, normativa sobre seguridad nacional, acceso por parte de las autoridades a los datos personales, etc.; b) Circunstancias relativas a la autori-

dad de control: su existencia, funcionamiento, independencia, etc.; y c) Circunstancias relativas a compromisos internacionales: si este tercer Estado ha suscrito un acuerdo internacional relativo a la protección de datos, si éste es vinculante, etc.

Pero los deberes de la Comisión no terminan aquí. Los apartados 4 y 5 del artículo 45 exigen a esta Institución europea llevar a cabo una labor de control y supervisión, y en su caso, a modificar, suspender o derogar la decisión de adecuación.

2. Transferencias amparadas en garantías adecuadas.

A falta de decisión de adecuación, el exportador de datos únicamente podrá proceder a la transferencia en caso de que hubiera ofrecido las garantías adecuadas conforme a lo establecido en el artículo 46 del RGPD. Este precepto recoge dos tipos de garantías: a) Las que no requieren de autorización por parte de la autoridad de control: la inclusión de cláusulas tipo en el contrato entre importador y exportador⁵ aprobadas por la Comisión Europea o por la autoridad de control, la adopción de normas corporativas vinculantes, la aprobación de un código de conducta, etc.; y b) Las que requieren autorización por parte de la autoridad de control, fundamentalmente, cláusulas contractuales diseñadas por las partes que no se corresponden con las cláusulas tipo.

De todas estas opciones, la más aplicada por su sencillez y velocidad es la de incorporar cláusulas contractuales tipo. De hecho, la Comisión aprobó recientemente, en 2021, el nuevo modelo de dichas cláusulas⁶.

3. Transferencias amparadas en circunstancias excepcionales

En ausencia de una decisión de adecuación y sin que concurren ninguna de las garantías adecuadas del ar-

2. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos (RGPD)). Diario Oficial de la Unión Europea n.º. L 119, de 4 de abril de 2016.

3. Álvarez Rigaudías, Cecilia. "Transferencias de Datos personales a terceros países y organizaciones internacionales (Arts. 44-50)". En El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos, coordinado por José López Calvo y José Américo Alonso, págs. 563-590. España, 2018, pág. 563 y ss.

4. El RGPD se aplica no solo a los Estados miembros de la UE, sino también a aquellos que forman parte del Espacio Económico Europeo (Los 27 de la UE, Noruega, Islandia y Liechtenstein).

5. Ortega Giménez, Alfonso. "Decisiones relativas a las cláusulas contractuales tipo para las transferencias internacionales de datos personales a terceros países y entre los responsables y encargados del tratamiento". LA LEY privacidad, Sección Espacio Europeo de protección de datos, España, 2021, pág. 5.

6. Decisión de Ejecución (UE) 2021/914 de la Comisión de 4 de junio de 2021 relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea n.º. L 199, de 7 de junio de 2021, p. 31/61.

tículo 46, el RGPD prevé una última vía, de carácter excepcional, mediante la que es posible efectuar una transferencia internacional de datos. De esta forma, el artículo 49 prevé una serie de supuestos excepcional cuya apreciación en un caso determinado habilitaría el flujo internacional de datos. Podemos enunciar algunas de ellas: a) Consentimiento reforzado del interesado después de haber sido informado debidamente de los riesgos derivados de esta transferencia; b) Que la transferencia sea precisa para poder ejecutar un contrato; etc.

III. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EEUU

Estados Unidos (en adelante, EEUU) se ha diferenciado por adoptar un enfoque atípico en materia de protección de datos. La propia Constitución estadounidense⁷ no recoge expresamente el derecho constitucional a la privacidad de la información⁸. De hecho, el derecho a la privacidad (equivalente al derecho europeo a la intimidad), derecho afín con el que se ha relacionado tradicionalmente, fue introducido con carácter posterior a la aprobación de la Constitución a través de diferentes enmiendas, eso sí, sin referencia alguna a la privacidad de la información. Por este motivo, en EEUU se ha venido considerando la privacidad de la información más bien como un interés del consumidor⁹.

Por tanto, a diferencia de la Unión Europea carece de norma general a nivel nacional de protección de datos personales y depende mayoritariamente de la autorregulación. Sin embargo, existen diversas normas sectoriales que lo regulan, por lo que la legislación se encuentra más orientada en función de los sectores de la economía que a los sujetos. Esto es, con el objetivo de proteger la información personal de los consumidores, se adoptan leyes orientadas a un sector específico de la industria entre las que destacan: COPPA, para el amparo de los datos personales de los menores¹⁰; FERPA, en

el ámbito de la privacidad educativa¹¹; HIPAA, en materia de asistencia sanitaria y datos personales relativos a la salud¹²; y GLBA, para la salvaguarda de datos personales por parte de las instituciones financieras¹³.

Este enfoque se sustenta sobre la base de que cada parte de la economía tiene que hacer frente a diferentes desafíos de seguridad y privacidad y las decisiones políticas tomadas por EEUU que pretenden impulsar la innovación tecnológica a costa de otras consideraciones, como la protección de los datos personales. De hecho, es aquí donde nace la típica crítica estadounidense dirigida contra el RGPD, al que acusan de suponer un obstáculo para el desarrollo de la inteligencia artificial, entre otros¹⁴.

En definitiva, la legislación en este ámbito es un complejo entramado de leyes nacionales, estatales y sectoriales que de forma indirecta reconocen la protección de la información personal, pero no establecen un derecho fundamental a la privacidad de la información, lo que da lugar a las constantes batallas a las que se enfrenta la UE con las multinacionales tecnológicas estadounidenses, como Facebook.

Asimismo, existe normativa en esta materia a nivel de los estados federados estadounidenses. Entre ellos, destaca California por ser el estado cuya normativa más se asemeja con las disposiciones del RGPD. En 2018 este estado aprobó la Ley de Privacidad de los Consumidores (CCPA)¹⁵ y constituyó la ley de protección de datos orientada a Internet más íntegra de EEUU, no existiendo ley semejante a nivel federal. Desde entonces numerosos estados se han inspirado en ella para elaborar sus propias normas, por ejemplo, Hawaii, o completar las que ya tenían. En 2020 se aprobó la *California Privacy Rights Act (CPR)*¹⁶ como modificación de la anterior y cuya entrada en vigor estaba prevista para este año.

7. US. Constitution of 1788.

8. Kramer, Irwin R. "The Birth of Privacy Law: A Century Since Warren and Brandeis". *Catholic University Law Review*, volumen 39, nº. 703 (1990).

9. Sobrino García, Itziar. "Las decisiones de adecuación en las transferencias internacionales de datos. El caso de flujo de datos entre la Unión Europea y Estados Unidos". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº. 68 (2021), España, pág. 252.

10. Children's Online Privacy Protection Act of 1998, 16 CFR Part 312. Legal Information Institute (LII).

11. Family Educational Rights and Privacy Act of 1974, 20 U.S.C. Title 20, Chapter 31, Part 4, Section 1232g. Legal Information Institute (LII).

12. Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996, 45 CFR Part 164 Security and Privacy. Legal Information Institute (LII).

13. Gramm-Leach-Bliley Act of 1999, 16 CFR Part 313 Privacy of Consumer Financial Information. Legal Information Institute (LII).

14. Toptchiyska, Denitza. "Protecting privacy in social media". En *Controversial Matters on Media Ethics*, Luis Alfonso Guadarrama Rico, p. 122-123. Madrid: Dykinson S.L., 2016.

15. California Consumer Privacy Act of 2018, Title 1.81.5 added by Stats. 2018, Ch. 55, Sec. 3. California Legislative Information.

16. California Privacy Rights Act Of 2020, Assembly Bill nº 694, Chapter 24. California Legislative Information.

Conviene mencionar también, la *Foreign Intelligence Surveillance Act* (en adelante, FISA)¹⁷ adoptada en 1978 y modificada por última vez en 2008. Con esta ley se pretendía proporcionar una supervisión judicial y parlamentaria de las operaciones de vigilancia de los servicios de inteligencia extranjeros, para monitorizar amenazas a la seguridad nacional. En base a esta ley también se puede exigir a los proveedores de servicios de comunicación electrónica estadounidenses a conceder a las autoridades de seguridad de EEUU acceso a los datos de carácter personal de las personas no estadounidenses (aquellas personas que no sean ciudadanos estadounidenses o bien residentes permanentes en EEUU). Además, posibilita que las órdenes de vigilancia no sean exclusivamente específicas para un objetivo individual, por lo que puede establecerse un programa de vigilancia general.

Además, en 2018 el Gobierno aprobó la *Cloud Act*¹⁸ como actualización de la obsoleta *Stored Communications Act of 1986* (SCA), que hace referencia a la protección de los datos almacenados en la nube. Esta norma obliga a los proveedores de servicios estadounidenses a revelar todos los datos almacenados cuando las autoridades de inteligencia estadounidenses así lo requieran, aun cuando los datos se encuentren propiamente en terceros países.

IV. EL ACUERDO PRIVACY SHIELD Y LA SENTENCIA SCHREMS II

1. Precedentes: El acuerdo *Safe Harbour* y la Sentencia Schrems I

En julio de 2000, la Comisión Europea aprobó por fin el acuerdo de Puerto Seguro¹⁹ (conocido popularmente por su nombre en inglés "*Safe Harbour*"). La decisión nació de las negociaciones a finales de la década de los 90 con el Departamento de Comercio de EEUU en base a la, hoy en día derogada, Directiva 95/46/CE²⁰. Este

instrumento conllevaba el reconocimiento de EEUU por parte de la Comisión Europea como un Estado con nivel adecuado de protección de datos, en el sentido del actual artículo 45 RGPD.

Las entidades estadounidenses podían adherirse voluntariamente a las condiciones del acuerdo a través de una declaración pública. Esta adhesión implicaba el disfrute de una presunción de adecuación sobre el nivel de protección que requería la normativa europea de protección de datos. Además, las entidades debían certificarse de forma anual en el Departamento de Comercio estadounidense y se sometían a la jurisdicción de la Comisión Federal de Comercio (FTC)²¹. El listado de entidades que habían suscrito las cláusulas del acuerdo era de dominio público, entre las que podemos destacar a Microsoft, Google, Apple, Twitter o Facebook.

Las filtraciones de Edward Snowden en el año 2013 revelaron el acceso masivo por parte de las agencias de inteligencia estadounidenses a los datos personales transferidos como consecuencia del acuerdo de Puerto Seguro. Este hecho suponía una amenaza para la protección de datos de los europeos. En consecuencia, el activista austríaco Maximilian Schrems interpuso una reclamación ante la autoridad irlandesa de protección de datos (DPC) contra Facebook, argumentando que, en vista de las revelaciones realizadas por Snowden, sus datos personales se encontraban comprometidos. La autoridad irlandesa desestimó sus pretensiones, y entonces, Schrems acudió a la vía jurisdiccional, al *High Court*. Este Tribunal planteó a su vez una cuestión prejudicial al TJUE²².

La controversia giraba en torno a si el Tribunal podía o no contradecir a la Decisión de la Comisión Europea que aprobaba el *Safe Harbour*, al entender que, en efecto, los datos personales no se encontraban adecuadamente protegidos.

17. Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 (FISA) (Pub.L. 95-511, 92 Stat. 1783, 50 U.S.C. cap. 36).

18. Cloud Act of 2018, H.R.4943, 115th Congress (2017-2018).

19. Decisión 2000/520/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América (Acuerdo Puerto Seguro). Diario Oficial de la Unión Europea n.º. L 215, de 25 de agosto de 2000, págs. 7- 47.

20. Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Diario Oficial de la Unión Europea n.º. L 281, de 23 de noviembre de 1995, págs. 31-50.

21. García Romero, Susana. "Nuevo marco jurídico europeo en protección de datos: novedades y otras no tan conocidas". *Diario La Ley*, n.º. 8691 (2016).

22. Pérez Cambero, Raúl, "Análisis de las últimas e importantes novedades en protección de datos: Reglamento Europeo de Protección de Datos y Escudo de Privacidad UE-EEUU". *Actualidad Administrativa*, n.º11, Sección Administración del Siglo XXI (2016), págs. 20-22.

En la ya histórica sentencia Schrems I de 2015²³, el TJUE admitió que las filtraciones suscitaban dudas razonables sobre la protección y seguridad de los datos transferidos a importadores estadounidenses en virtud del acuerdo. En consecuencia, el TJUE invalidó la Decisión 2000/520/CE que aprobaba el *Safe Harbour*.

2. El Acuerdo “Privacy Shield” entre la UE y EEUU

La Sentencia Schrems I obligó a las partes a sentarse de nuevo y a negociar un nuevo marco jurídico que otorgase las garantías adecuadas. En este sentido, las partes se dieron un plazo de dos años para alcanzar un nuevo acuerdo²⁴. La prohibición del flujo de datos entre EEUU y UE no se concebía como una posible solución, debido al impacto económico que supondría para ambos²⁵. Así, se esperaba llegar a un acuerdo más pronto que tarde.

El 2 de febrero de 2016 la Comisión Europea y las autoridades estadounidenses alcanzaron un nuevo acuerdo sobre un nuevo régimen para la transferencia de datos personales entre sus respectivos territorios: el Escudo de Privacidad (conocido por su nombre en inglés “EU-U.S. Privacy Shield”), que venía a sustituir al viejo *Safe Harbour*.

El 29 de febrero, la Comisión publicó un proyecto de decisión sobre la idoneidad de este nuevo régimen jurídico, que fue sometido al análisis del Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), al del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (en adelante, GT29) y al de las autoridades de control nacionales. El sentido de sus dictámenes fue muy similar: todos ellos coincidían en que se había producido una mejora significativa con respecto al marco del *Safe Harbour*, adaptado al contexto tecnológico del momento, pero todavía, insuficiente. En definitiva, se iban a requerir modificaciones notables para lograr un marco sólido y estable que se mantuviese a largo plazo²⁶.

Por su parte, el GT29 criticó, entre otras circunstancias que las disposiciones del acuerdo no reflejaban estrictamente algunos de los principios fundamentales de la protección de datos, o bien, se empleaban en su lugar términos alternativos no equivalentes²⁷. Reconocía que, mediante este acuerdo, la Administración estadounidense ofrecía una mayor transparencia en cuanto a la legislación aplicable. Sin embargo, indicaba que el Director de la Oficina de Inteligencia de Estados Unidos se había pronunciado a favor de la recopilación a gran escala e indiscriminada de datos personales transferidos a Estados Unidos, en tanto no se prohibía expresamente por el Privacy Shield. En este sentido, el GT29 se reafirmó en su postura tradicional: la vigilancia a gran escala e indiscriminada de las personas nunca podrá entenderse como proporcional e imprescindible en una sociedad democrática, incluso aduciendo motivos de seguridad nacional en el ámbito de la lucha contra el terrorismo²⁸.

Finalmente, en julio de 2016 la Comisión Europea adoptó oficialmente la Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250, que reconocía un adecuado nivel de protección de datos en Estados Unidos²⁹. Curiosamente, la Decisión se emitía al amparo de la vieja Directiva 95/46/CE, a pesar de que en abril de 2016 ya se había aprobado el RGPD. La Decisión de adecuación nacía ya con vistas a una próxima actualización.

Del texto final del Acuerdo merece la pena destacar las siguientes cuestiones: a) Obligaciones estrictas para las empresas que tratan datos como por ejemplo, actualizaciones y revisiones periódicas por parte del Departamento de Comercio de EEUU; b) Obligaciones de transparencia y medidas de seguridad con respecto al acceso a los datos personales por parte de las autoridades estadounidenses; c) Amparo de los derechos de los interesados eficaz estableciendo mecanismos de resolución de conflictos cuando los datos han sido tratados indebidamente; d) Revisión conjunta anual como parte del mecanismo de seguimiento del funcionamiento del

23. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 6 de octubre de 2015, as. C-362/2014, Maximilian Schrems contra Data Protection Commissioner, ECLI: EU:C:2015:650. (Schrems I).

24. Pérez Cambero, Raúl, *op. cit.* nota 21, págs. 20-22.

25. Sobrino García, Itziar, *op. cit.* nota 9, págs. 230-231.

26. European Data Protection Supervisor. Opinion on the EU-U.S. Privacy Shield draft adequacy decision. 30 May 2016.

27. Article 29 Data Protection Working Party Opinion 01/2016 on the EU - U.S. Privacy Shield draft adequacy decision, adopted on 13 April 2016.

28. Davara Rodríguez, Miguel Ángel. “El Escudo de Privacidad”. *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 19, Sección Zona Local / Nuevas tecnologías (2016).

29. Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE. UU. (Acuerdo Privacy Shield). Diario Oficial de la Unión Europea nº L 207, de 1 de agosto de 2016, p. 1-112.

Escudo; y e) Un sistema de adhesión voluntaria mediante declaración pública que otorgaba una presunción de adecuación sobre el nivel de protección exigido por la normativa, de forma similar al ya previsto en *Safe Harbour*³⁰.

3. La Sentencia Schrems II

En 2018 el Parlamento Europeo publicó una resolución³¹ de carácter no vinculante en el que mostraba su desasosiego sobre la protección ofrecida por el *Privacy Shield* y solicitaba su suspensión.

Y, sin embargo, la Comisión Europea, en su tercera revisión anual del Acuerdo³², seguía manteniendo que el *Privacy Shield* otorgaba un nivel adecuado de protección de datos a las transferencias con Estados Unidos.

Paralelamente, la sentencia Schrems I no había dado término al asunto, sino que las actuaciones revirtieron al momento en el que el activista interpuso la reclamación ante la autoridad irlandesa³³. Maximilian Schrems modificó sus pretensiones entonces, argumentando que las agencias de inteligencia estadounidenses tenían acceso, en virtud de la normativa americana, a los datos personales que Facebook trataba. La controversia desembocó de nuevo en la *High Court*, que planteó una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE.

La cuestión giraba, principalmente, en torno al hecho de si el RGPD admitía que, en el transcurso de las transferencias de datos entre operadores económicos, los datos pudieran ser tratados por las autoridades del país destinatario con fines de Seguridad Nacional, Defensa y Seguridad del Estado.

El TJUE admitió que el Derecho a la protección de datos, como cualquier otro derecho fundamental, no es un derecho absoluto, y que puede ser limitado. Ahora bien, esta limitación ha de ser proporcional al fin perseguido. Y así, finalmente, el TJUE dictaminó que el Escudo de Privacidad no podía garantizar un nivel adecuado

de protección de datos a efectos del artículo 45 RGPD, ante la intensidad de la injerencia de las autoridades estadounidenses en los datos transferidos. Añadía además que la legislación estadounidense no ponía a disposición de los interesados ningún mecanismo de tutela de sus derechos en relación a ese acceso de datos a gran escala.

De esta forma, 5 años después de la anulación de *Safe Harbour*, la sentencia conocida como Schrems II³⁴, del TJUE, acabó por invalidar también la Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 y el *Privacy Shield*.

V. EL FUTURO DE LAS TRANSFERENCIAS DE DATOS PERSONALES ENTRE LA UE Y EEUU

El pasado 25 de marzo de 2022 la Comisión y la Casa Blanca comunicaban un acuerdo preliminar entre la UE y EEUU para la transferencia de datos personales entre los dos territorios, lo que terminaría con el vacío legal existente desde 2020³⁵. Las bases que regirían este acuerdo son: a) novedoso conjunto de normas y garantías vinculantes que restringen el acceso a los datos personales por las autoridades de inteligencia de EEUU, b) un nuevo procedimiento de dos niveles para la investigación y resolución de quejas de los interesados europeos acerca del acceso de datos personales por las autoridades de inteligencia estadounidenses y la instauración de un Tribunal de Revisión de Protección de Datos, c) obligaciones reforzadas para las entidades adheridas al acuerdo, y d) mecanismos determinados para su seguimiento y revisión.

A pesar de que la legislación estadounidense sobre la privacidad de información personal de los consumidores ha estado tradicionalmente en manos de cada estado, parece que el Congreso finalmente ha decidido entrar a regular la materia. Actualmente, se está tramitando en EEUU un proyecto de ley, la *American Data and Privacy Protection Act (ADPPA)*³⁶, que constituiría la legislación federal estadounidense de referencia en la materia, basándose en el RGPD, prevale-

30. Davara Rodríguez, Miguel Ángel Sobrino, *op. cit.* nota 27, págs. 6-7.

31. Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2018, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE. UU. Diario Oficial de la Unión Europea n° C 118, de 8 de abril de 2020, p.133/140.

32. Report from the Commission, de 23, octubre de 2019, to the European Parliament and the Council on the third annual review of the functioning of the EU-U.S. Privacy Shield.

33. Sobrino García, Itziar, *op. cit.* nota 9, págs. 246-247.

34. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 16 julio de 2020, as. C-311/2018, Data Protection Commissioner contra Facebook Ireland Limited y Maximilian Schrems, ECLI:EU:C:2020:559 (Schrems II).

35. Comunicado de prensa sobre "European Commission and United States Joint Statement on TransAtlantic Data Privacy Framework". Comisión Europea. 25 de marzo de 2022.

36. American Data and Privacy Protection Act of 2022, H.R.8152, 117th Congress (2021-2022).

ciendo sobre las leyes estatales, incluso anulándolas en gran medida. Esta propuesta pretende establecer normas y salvaguardas nacionales para la información personal recabada por las empresas así como medidas de seguridad que aborden los efectos potencialmente discriminatorios de los algoritmos. Sería aplicable principalmente a responsables del tratamiento y proveedores de servicios, sin embargo, una vez más, las agencias gubernamentales quedarían fuera de su ámbito de aplicación.

Mientras tanto y a falta de un acuerdo o decisión de adecuación, se sugiere emplear las cláusulas tipo del artículo 46.2 del RGPD para efectuar transferencias de datos a EEUU. No obstante, teniendo en cuenta que la legislación estadounidense permite a sus autoridades acceder a los datos transferidos, es preciso cuestionarse hasta qué punto garantizan la seguridad del flujo estas cláusulas contractuales tipo. Por este motivo, se recomienda incorporar medidas de seguridad suplementarias que actúen como refuerzo en caso de que las cláusulas tipo resultasen insuficientes.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Rigaudias, Cecilia. "Transferencias de Datos personales a terceros países y organizaciones internacionales (Arts. 44-50)". En *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos*, coordinado por José López Calvo y José Américo Alonso, pp. 563-590. España, 2018.

Davara Rodríguez, Miguel Ángel. "El Escudo de Privacidad". *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 19, Sección Zona Local / Nuevas tecnologías (2016).

García Romero, Susana. "Nuevo marco jurídico europeo en protección de datos: novedades y otras no tan conocidas". *Diario La Ley*, nº 8691 (2016).

Kramer, Irwin R. "The Birth of Privacy Law: A Century Since Warren and Brandeis". *Catholic University Law Review*, volumen 39, nº 703 (1990).

Ortega Giménez, Alfonso. "Decisiones relativas a las cláusulas contractuales tipo para las transferencias internacionales de datos personales a terceros países y entre los responsables y encargados del tratamiento". *LA LEY privacidad, Sección Espacio Europeo de protección de datos*, España, 2021, pág. 5.

Pérez Cambero, Raúl, "Análisis de las últimas e importantes novedades en protección de datos: Reglamento Europeo de Protección de Datos y Escudo de Privacidad UE-EEUU". *Actualidad Administrativa*, nº11, Sección Administración del Siglo XXI (2016), p 20-22.

Sobrino García, Itziar. "Las decisiones de adecuación en las transferencias internacionales de datos. El caso de flujo de datos entre la Unión Europea y Estados Unidos". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 68 (2021), España, p. 252.

Toptchiyska, Denitza. "Protecting privacy in social media". En *Controversial Matters on Media Ethics*, Luis Alfonso Guadarrama Rico, p. 122-123. Madrid: Dykinson S.L., 2016.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL COVID-19: ALTERACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES Y COMPETENCIAS BAJO EL ESTADO DE ALARMA

GABRIEL ALÍA CHICHARO
Estudiante del Grado en Derecho
Universidad CEU San Pablo

El presente artículo tiene por objeto el estudio del estado de alarma declarado en el contexto de crisis sanitaria por la pandemia de COVID-19 en España. Para ello, se observan el Derecho de excepción en la actualidad y la naturaleza jurídica del estado de alarma en el modelo español, poniendo especial atención a legislación y jurisprudencia reciente.

El Derecho de excepción, según autores como Hauriou¹, se define como la reserva de un ámbito normativo excepcional al poder ejecutivo con el fin de preservar el Estado constitucional en situaciones de graves crisis, aunque para ello se menoscabe el ámbito de actuación asignado de forma ordinaria al poder legislativo. En este sentido, juristas como Wigny² defienden que el Derecho de excepción existe solo nominalmente, ya que tanto las normas destinadas a situaciones ordinarias como las destinadas a situaciones extraordinarias están previstas en el sistema constitucional y, por tanto, seguirían en todo caso el principio de legalidad, rector del Estado de Derecho. Abundando en esta idea, Pérez Serrano³ señala que “la suspensión de garantías constitucionales no supone una ruptura con el ordenamiento del Derecho, antes bien representa en cierto modo su reafirmación”, pues incluso la suspensión o vulneración de algunos preceptos constitucionales está prevista por otros y por leyes que los desarrollan. En otras palabras, las constituciones, para proteger el mismo Estado constitucional, establecen medidas extraordinarias que, afectando temporalmente a la parte, salvaguardan el todo.

Derecho de excepción en España: Constitución y LOAES. La doctrina ha señalado acertadamente la influencia de otros modelos europeos, especialmente el alemán, en el Derecho de excepción de la Constitución española de 1978. Su artículo 116 y la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES), que desarrolla el precepto constitucional, prevén un sistema de excepción con tres escenarios alternativos, que responden a circunstancias distintas y permiten diferentes actuaciones por parte del Gobierno y otros poderes públicos. Todos ellos están destinados al mantenimiento de la normalidad durante circunstancias extraordinarias, que no sería posible mediante el ejercicio de los poderes ordinarios de las autoridades competentes: estado de alarma, estado de excepción y estado de sitio. El estado de alarma se prevé en el art. 116.2 CE para catástrofes naturales, calamidades o desgracias públicas; crisis sanitarias como pandemias o graves contaminaciones; paralización de los servicios públicos, y situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad. De la ley, doctrina y jurisprudencia se entiende que su declaración, responsabilidad del Gobierno con control *a posteriori* del Congreso, permite la limitación de derechos fundamentales como la libertad de circulación, pero no su suspensión.

Estado de alarma: naturaleza jurídica. Primeramente, cabe recordar que solo se han declarado estados de alarma en España en dos contextos concretos: la crisis de los controladores aéreos de 2010 y la pandemia de

1. Hauriou, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Madrid: Ariel, 1980.

2. Wigny, Pierre. *Droit Constitutionnel*. Bruselas: Editorial Établissements Émile Bruylant, 1952.

3. Pérez Serrano, Nicolás. *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Civitas, 1976.

COVID-19 de 2020-2022. En este apartado, analizaremos la naturaleza y estatus jurídicos del estado de alarma bajo aquel declarado en 2010 que, por ser de mayor antigüedad, ha suscitado mayor doctrina y jurisprudencia y una reflexión más profunda. Posteriormente, cambiaremos el foco hacia el estado de alarma bajo el COVID-19, donde ya no abundaremos en su naturaleza, sino que atenderemos a su sistema jurídico-político y la alteración que supuso en normas y competencias. De ahora en adelante, nos remitiremos a las principales fuentes jurisprudenciales que analizan, partiendo de esta declaración, la figura del estado de alarma: STC 83/2016 y ATC 7/2012. Como se afirma tanto en la sentencia como en el auto del TC, la anormalidad principal en el ejercicio del estado de alarma es la capacidad del Gobierno de excepcionar, suspender o modificar la aplicabilidad de normas legales, que incluso regulan derechos fundamentales, mediante un instrumento inferior en rango, al menos formalmente, como es el real decreto, fórmula típica de manifestación normativa del poder ejecutivo. Sin embargo, el Gobierno necesita para los estados de emergencia la actuación del Congreso en distintos momentos del proceso. Es decir, Constitución y LOAES prevén dentro de la excepcionalidad una “unidad de acción” entre ejecutivo y legislativo para hacer frente a circunstancias tan graves que alteren el propio desarrollo del sistema constitucional.

Valor de los reales decretos de declaración y prórroga del estado de alarma. El valor normativo de estos reales decretos de declaración y prórroga parece alterar el sistema de fuentes ordinario. Para la determinación de este valor es necesario atender a dos criterios principales: a) contenido formal y material del real decreto y b) control jurisdiccional.

a) El Tribunal Constitucional ha afirmado que los reales decretos de declaración y prórroga de los estados de alarma son de “naturaleza híbrida”. Así, su forma es la de decreto necesariamente, pues son normas que provienen del Gobierno. Sin embargo, su contenido es propio de la ley, pues incide directamente en regulación contenida en normas de rango legal, la cual limita o excepciona durante la vigencia del estado de alarma. Ante esta dualidad, el TC mantiene que el contenido prima sobre la forma para la determinación del valor normativo de estos reales decretos, por lo que los reales decretos de declaración y prórroga tienen valor o rango de ley. En este sentido, el alto tribunal alega que sería forzado considerar estos reales decretos como disposiciones generales ordinarias, obviando sus varias singularidades: el contexto de crisis en el que se dictan, la regulación destinada a estas situaciones de crisis, el

contenido material de estos decretos y su control jurisdiccional constitucional y no ordinario muestran de forma inequívoca que estos decretos son normas legales. Por el contrario, si estos reales decretos tuvieran fuerza de reglamento, como podría sugerir su forma, no podrían modificar ni excepcionar presupuestos legales ni, por supuesto, afectar el ejercicio de derechos fundamentales. Si estos reales decretos fueran reglamentos al uso, serían del todo inútiles para controlar las situaciones de crisis que pretenden enfrentar, además de que no se corresponderían con lo previsto sobre las normas reguladoras de los estados de emergencia en la Constitución y en la LOAES.

Otro argumento en favor de su consideración como norma legal y no reglamentaria es su control político. Los reales decretos habituales no necesitan la intervención del Congreso ni para su solicitud ni para su autorización. No obstante, los decretos de declaración y prórroga del estado de alarma están sometidos al control del Congreso de los Diputados, lo cual demuestra que dichos reales decretos no son dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno que le confiere el art. 97 CE, sino amparados por el art. 116 CE. Asumir su naturaleza conlleva otra consecuencia: el propio TC reconoce que, además del art. 116 CE y la LOAES, los reales decretos de declaración y prórroga de los estados de alarma son también fuente del Derecho de excepción. Así, en su STC 83/2016, afirma que “la decisión gubernamental tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara.. La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado”.

b) La naturaleza singular de estos reales decretos implica cambios en su control jurisdiccional respecto del control habitual de las disposiciones generales. Como hemos visto, estos decretos están sometidos a un control político del Congreso (como actos políticos, y no administrativos). Además, como toda norma, están sujetos al control jurisdiccional. Los reglamentos ordinarios, que se manifiestan como disposiciones generales propias de la Administración, no tienen rango de ley y están sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por el contrario, la misma STC destaca que los reales decretos de declaración y prórroga del estado de alarma, por su valor o rango de ley, quedan excluidos de la fiscalización contencioso-administrativa, lo que se deduce de los arts. 106 CE y arts. 1 y 2 LJCA *contrario*

sensu. Asimismo, en el ATC 7/2012 se recuerda que “la fiscalización por la jurisdicción constitucional de los Reales Decretos por los que se declara y se prorroga el estado de alarma no excluye, como no podría ser de otro modo, el control jurisdiccional por los Tribunales ordinarios de los actos y disposiciones que se dicten en su aplicación durante la vigencia del estado de alarma”. Además, los afectados, una vez agotada la vía jurisdiccional ordinaria, podrán interponer recurso de amparo constitucional contra los actos y las disposiciones que hayan sido dictados en desarrollo de los reales decretos de declaración y prórroga del estado de alarma, siempre que estos actos lesionen derechos fundamentales o libertades públicas, al amparo del art. 55.2 LOTC.

COVID-19 y estado de alarma. El contexto de los primeros meses de pandemia se tradujo en un frenesí normativo: en el ámbito de la Administración General del Estado, en el período 10 de marzo – 23 de mayo de 2020 se publicaron 158 disposiciones relacionadas con la pandemia: 13 reales decretos-ley, 9 reales decretos, 107 órdenes ministeriales y 29 resoluciones de órganos departamentales inferiores. Los reales decretos fueron el instrumento escogido para desarrollar el marco de medidas excepcionales de salud pública: RD 463/2020, de declaración del estado de alarma y sus sucesivas prórrogas, RD 476, 487, 492, 514, 537/2020.

Alteración en el sistema de competencias. El Gobierno de España, para articular su actuación durante el estado de alarma diseñó un organigrama que alteró el sistema de competencias previsto en las leyes. Concretamente, con la creación de las “autoridades competentes delegadas” mediante el RD 463/2020. En su art. 4.2 califica a cuatro ministros (órganos administrativos) como autoridades competentes delegadas: los ministros de Defensa, de Interior, de Transportes, movilidad y Agenda 2030 y de Sanidad. Estos serían los únicos que podrían dictar órdenes desarrollando las “medidas sanitarias” previstas en los reales decretos de declaración y prórroga del estado de alarma. Este sistema, que no estaba previsto por la ley, tampoco gozó de mucha solidez, ya que a pesar de la delegación otros seis ministros dictaron órdenes desarrollando medidas similares: de Presidencia, relaciones con las Cortes y Memoria democrática; de Hacienda, de Justicia, de Industria, Comercio y Turismo; de Educación y formación profesional; de Inclusión, Seguridad Social y migraciones. Cabe notar que ninguna orden ministerial con medidas sanitarias fue dictada por la ministra de Defensa, a pesar de figurar como una de las autoridades competentes delegadas designadas en el nuevo sistema y, más aún, cuando las FCSE desarrollaron tareas de apoyo indis-

pensables durante la pandemia. De este escenario se puede extraer una doble imagen de inseguridad jurídica: primero, por la configuración de un nuevo sistema de autoridades competentes delegadas alegal, si no ilegal; segundo, por la inestabilidad del nuevo sistema, que fácilmente fue vulnerado por otros ministros que carecían de dichas competencias.

En esta línea, el sistema de “autoridades competentes delegadas” es difícilmente compatible con la LOAES. Su art. 7 afirma que la autoridad competente es el Gobierno. Atendiendo a lo previsto en el art. 98.1 CE, sobre la composición del gobierno, debe entenderse que todo el Gobierno como órgano colegiado es la autoridad competente bajo la LOAES, no los distintos ministros que pudieran conformarlo. Ninguno de sus miembros por separado, ni siquiera su presidente, sería autoridad competente si nos atenemos a la ley. No solo en su art. 7, sino que más adelante la LOAES permite deducir sin riesgo a equivocarse que la única autoridad competente posible es el Gobierno en su conjunto, cuando en su art. 8.2 afirma que será el Gobierno quien informe al Congreso de los decretos que dicte durante el estado de alarma. Además, la LOAES habla de “decretos”, norma típica del ejercicio del Gobierno, no de “órdenes ministeriales”, correspondientes a cada uno de los ministros, como órganos individuales. Puede advertirse por tanto que desde el primer decreto de declaración del estado de alarma se diseñó un sistema ajeno a la legalidad vigente.

Un posible fundamento para la creación de este modelo de “autoridades competentes delegadas” puede ser la agilidad en la toma de decisiones. Sin embargo, este modelo se erige en perjuicio de otros ministros que no hayan recibido dicha calificación. Además, conocidas las múltiples opciones digitales y en línea en el mundo contemporáneo de la comunicación, no parece que exista impedimento razonable para que el conjunto del Gobierno se reúna telemáticamente, como sí lo ha hizo a otros efectos durante la pandemia. Al ciudadano podría surgirle la duda de si este sistema de autoridades competentes delegadas se pensó para relegar a una parte del Gobierno de coalición, formada por miembros de un partido político concreto. Como último problema reseñable derivado de este modelo se aprecia la posible descoordinación y contradicción en las medidas tomadas por los distintos ministros, al carecer de una toma de decisión colegiada.

Además de estos problemas, al observar su recorrido podemos advertir que el modelo de autoridades competentes delegadas ha sufrido cambios e incumpli-

mientos en su corta vida. El cambio principal se produce con el RD 537/2020, de quinta prórroga del estado de alarma, que modifica el RD 463/2020 al reducir a una la autoridad competente delegada, el ministro de Sanidad. En relación con los incumplimientos, se produjeron dos principalmente: por un lado, al margen de los cuatro únicos ministros que estaban facultados para dictar órdenes con medidas sanitarias, otros homólogos dictaron sus propias órdenes sin competencia. Por otro lado, según el real decreto de declaración del estado de alarma, únicamente las autoridades competentes delegadas podían emitir “resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas”. Sin embargo, algunas de estas resoluciones fueron dictadas por órganos infraministeriales. En definitiva, el modelo de las autoridades competentes, fundamentado en la agilidad y la concentración de poderes, fue pronto olvidado e incumplido.

Otro aspecto interesante sobre el que reflexionar acerca de este modelo es su título habilitante, para lo que atenderemos a los conceptos de delegación y habilitación. En un principio, se puede pensar que el título habilitante de las autoridades competentes delegadas es el RD 463/2020, de declaración de estado de alarma. Pero, ¿es una delegación o una habilitación? Fijándonos en el propio nombre de las autoridades competentes “delegadas” parecería obvio que estamos ante una delegación. No obstante, la delegación conlleva dos dificultades: en primer lugar, según el art. 9.2 b) de la Ley 40/2015, están terminantemente prohibidas las delegaciones de potestad normativa. En segundo lugar, aunque esta delegación de potestades fuera posible, el art. 20 de la Ley 50/1997 prevé que el Gobierno solo puede delegar competencias en una figura existente para el efecto, las “comisiones delegadas”, pero no en ministros, como concibe el nuevo sistema.

Seguramente conocedores de los problemas que conlleva el concepto de delegación, los redactores del RD 463/2020 pretenden subsanarlo empleando la noción de habilitación, cuando se enuncia “quedan *habilitados* para dictar órdenes” al referirse a la competencia de las autoridades competentes delegadas, los ministros, para dictar órdenes con medidas de desarrollo de los reales decretos. En este sentido, en muchas normas legales se emplea el concepto de habilitación al autorizar a algún órgano a desarrollar y ejecutar los preceptos de dichas leyes (por ejemplo, se da habitualmente la habilitación normativa de ley a reglamento, permitida por la jurisprudencia como en STC 135/1992). Recordando que los

reales decretos de declaración y prórroga del estado de alarma tienen valor de ley, como ya hemos visto, esto no debería causar problema. No obstante, la jurisprudencia en SSTC 135/1992, 37/1981 y 6/1983, entre otras, ha entendido que para la validez de la habilitación normativa en materias reservadas a ley (como los reales decretos, que afectan derechos fundamentales) esta debe cumplir con los siguientes requisitos: debe ser concreta y específica, debe producirse en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad; y en ningún caso es posible la deslegalización de la materia o su entrega en bloque a la potestad reglamentaria. Sin embargo, la habilitación de real decreto de estado de alarma a orden ministerial no es válida por falta de cumplimiento de algunos de estos criterios. Por un lado, las medidas previstas en el art. 7 del RD 463/2020, que deben desarrollarse por órdenes ministeriales, afectan a derechos fundamentales y tienen reserva de ley, como prevé el art. 53 CE. Asimismo, la habilitación establecida en el art. 4.2 del mismo real decreto es “abierta e universal” y no “concreta y específica”, cuando enuncia que la habilitación será “para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en este real decreto”, sin mayor especificación. Como vemos, no solo el sistema de autoridades competentes delegadas, sino también la delegación o habilitación que lo justificase son cuestionables. En consecuencia, atendiendo a la jurisprudencia constitucional anteriormente mencionada, no serían válidas “las órdenes ministeriales que se dictaron en uso de esta delegación o habilitación por falta de competencia de sus firmantes [los ministros]”⁴.

Alteración en el sistema de fuentes. Más allá de la alteración consustancial a la naturaleza jurídica de estos reales decretos (de naturaleza híbrida, con forma de reglamento y valor de ley), la creación del sistema de autoridades competentes delegadas tiene como consecuencias jurídicas otras alteraciones normativas. La LOAES prevé que sea el Gobierno quien desarrolle las medidas de los reales decretos a través de su instrumento propio, otros decretos. Sin embargo, como las autoridades competentes durante la pandemia de COVID-19 fueron los ministros, estos desarrollaron los paquetes de medidas a través de su herramienta jurídica natural, las órdenes ministeriales. Esta interpretación de la LOAES no encaja en la interpretación restrictiva que de la ley debiera hacerse, por ser esta a su vez restrictiva de derechos fundamentales. Por tanto, el empleo de órdenes ministeriales a estos efectos comporta los siguientes problemas: contrariamente a la jurisprudencia,

4. Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021.

se hace una interpretación extensiva de una ley restrictiva de derechos y libertades; la toma de decisiones vía orden ministerial permite al gobierno eludir la responsabilidad política reconocida en los arts. 108, 109, 110 y 111 CE, pues solo el Gobierno y su toma de decisiones por decreto están sometidos a control político (ninguna ley prevé dicho control para los ministros); y, por último, se acepta la realidad anti intuitiva y alejada del conocimiento jurídico por la que una norma de baja posición en la escala normativa como es la orden ministerial puede afectar efectivamente a disposiciones legales y a derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos.

Conclusiones e idoneidad del estado de alarma durante la pandemia. Ante la experiencia del estado de alarma vigente durante la pandemia de COVID-19, cabe hacerse varias preguntas: ¿era el estado de alarma el estado de emergencia adecuado para afrontar la pandemia de COVID-19? ¿Se ha ajustado el estado de alarma a su contenido previsto en la ley?, etc.

Conclusión primera. ¿Es la LOAES la herramienta necesaria para combatir el COVID-19? No pocos autores, como Blanquer⁵ o López Baroni⁶, afirman que la LOAES, en desarrollo del Derecho de excepción previsto en el art. 116 CE, no es un instrumento suficiente para afrontar una pandemia como la de COVID-19. Concretamente, las medidas previstas para el estado de alarma en el art. 11 LOAES (limitación de la circulación de personas, requisas temporales, etc.) quizá puedan servir para atajar epidemias locales (a lo que parece referirse el art. 4 LOAES), pero no para afrontar pandemias globales que provoquen tanta devastación y, en definitiva, alteraciones tan graves en el orden público. En este sentido, es fundamental detenerse en la noción de orden público, pues para su restablecimiento es necesaria la declaración del estado de excepción, y no de alarma. ¿Se vio amenazado el orden público de España durante la pandemia de COVID-19? Parece que sí. Si tal fuera el caso, no habría sido suficiente la declaración del estado de alarma, destinada principalmente a la subsanación de alteraciones en la normalidad por siniestros naturales y crisis naturales como epidemias, entre otros (art. 4 LOAES). Por el contrario, el estado de excepción se ajustaría mejor a este objetivo último, pues según el art. 13 LOAES debe declararse cuando el orden público resulte “tan gravemente alterado que el ejercicio de las

potestades ordinarias fuera innecesario para restablecerlo y mantenerlo”.

Tradicionalmente, desde el constitucionalismo decimonónico se ha entendido el orden público como quietud o mantenimiento de la tranquilidad ciudadana. Sin embargo, con la llegada del Estado constitucional, este concepto ha adquirido nuevas notas y actualmente se concibe como “la participación activa de los ciudadanos en la totalidad del Ordenamiento”⁷. Este enfoque constitucional está presente en la propia LOAES, de cuyo art. 13 se puede deducir que el orden público se conforma por el libre ejercicio de los derechos y libertades y el normal funcionamiento de instituciones y servicios esenciales. Así, solo cuando el ejercicio de derechos como el derecho de libre circulación, reunión, manifestación, expresión, etc. pueda realizarse plenamente se entenderá que el orden público se encuentra en buen estado. Es evidente que la pandemia de COVID-19 afectó decisivamente al orden público y, por ello, el escenario de Derecho de excepción más adecuado habría sido el estado de excepción y no el estado de alarma.

Conclusión segunda. ¿Ha sido el estado de alarma de la pandemia de COVID-19 un verdadero estado de alarma? ¿Limitación o suspensión de derechos? El propio Gobierno parecía tener claro que las solas medidas del estado de alarma no serían suficientes para restablecer la situación de normalidad constitucional y, bajo la forma del estado de alarma, tomó decisiones propias del estado de excepción. Una de las diferencias principales entre los estados de alarma y de excepción es que, de acuerdo con LOAES, el estado de alarma permite la “limitación” de derechos fundamentales mientras que el estado de excepción hace posible la “suspensión” de los mismos. Es en este sentido en que afirmamos que las medidas tomadas por el Gobierno durante la pandemia, aun conservando la forma de estado de alarma, se corresponden con el estado de excepción por cuanto de suspensión de derechos fundamentales se trata.

Antes de continuar, necesitamos distinguir ambos conceptos siguiendo la jurisprudencia (STC 11/1981) y atendiendo al contenido esencial del derecho. Para poder determinar si un derecho ha sido limitado o suspendido en su ejercicio nos fijaremos en cómo la acción externa ha afectado a su contenido esencial. Según la misma STC 11/1981, se conoce por conteni-

5. Blanquer, David. *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2020.

6. López Baroni, Manuel. “El sistema de fuentes del derecho de excepción durante la pandemia: una brecha de seguridad en el ordenamiento jurídico”. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 15 (2020): pp. 187-214.

7. Álvarez García, Francisco. “Estado de alarma o de excepción”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL (2020): pp. 1-20.

do esencial aquella “parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”. Durante el estado de alarma declarado por el RD 463/2020 y prorrogado por los reales decretos sucesivos, el derecho fundamental principalmente afectado ha sido el derecho a la libre circulación por el territorio español, reconocido en el art. 19 CE (además de otros estrechamente ligados a este como los derechos de manifestación y reunión). Considerando lo expuesto líneas arriba, ¿el estado de alarma limitó su ejercicio, como sería esperable, o lo suspendió? Evidentemente, el contenido esencial del derecho a la libre circulación consiste en la posibilidad de moverse libremente por el territorio español. El Gobierno, conocedor de ello, afirma en el preámbulo del RD 463/2020 que las medidas contenidas en el mismo “no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé al art. 55 CE”, quizá pretendiendo evitar discusiones como la que aquí se plantean. No obstante, resulta claro que las medidas previstas por estos reales decretos y desarrolladas por la infinidad de órdenes ministeriales subsiguientes vaciaron de contenido al derecho a la libre circulación, pues esta quedó impedida de forma general, conllevando una efectiva suspensión del ejercicio del derecho fundamental y no una mera limitación del mismo. Véase la orden ministerial SND/380/2020, que establece un auténtico toque de queda entre las 23:00 h y las 06:00 h para la población general. Así se aprecia claramente en los arts. 7 RD 463/2020 y siguientes, que prevén el confinamiento general de la población española con contadas excepciones. En definitiva, las medidas tomadas por el Gobierno quedan fuera del estado de alarma y su previsión para “limitar [no suspender] la circulación o permanencia de personas”. Como sugiere la reciente STC 183/2021, estas habrían de haberse tomado bajo el instrumento legal del estado de excepción.

Conclusión tercera. ¿Está la actuación del Gobierno amparada por otras normas legales? Planteada la errática declaración del estado de alarma, cabe preguntarse si las medidas tomadas durante la pandemia no podrían estar amparadas por otras leyes españolas más allá del art. 116 CE y la LOAES. Así, algunos autores han señalado al art. 21.1 LOAES, que permite que en supuestos de crisis sanitarias se adopten medidas “establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades sanitarias”, en clara referencia a la LO 3/1986. Dicha ley, sin embargo, parece incompatible con el RD 463/2020, de declaración del estado de alarma. El art. 3 LO 3/1986 establece que “con 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”. Es decir, el precepto plantea un régimen general de libertad en el ejercicio de los derechos, que únicamente se verá afectado para personas concretas, como enfermos y posibles contactos. Sin embargo, el escenario planteado por el art. 7 RD 463/2020 es radicalmente opuesto, imponiendo la suspensión del ejercicio de derechos fundamentales como régimen general al que se añade como excepción la libertad para su ejercicio.

Como último apunte debemos recordar que el Gobierno de España se ha visto enfrentado a una pandemia global de magnitudes hasta ahora inimaginables, que puso en serio peligro el correcto funcionamiento de nuestro sistema constitucional para cuyo restablecimiento hicieron falta medidas urgentes. Asimismo, como hemos señalado a lo largo del presente artículo, el desarrollo del escenario bajo el Derecho de excepción no ha sido siempre el más riguroso técnicamente, quizá por la novedad de la situación, quizá por la dificultad en el empleo del estado de alarma, una herramienta legal de especial complejidad jurídica y que apenas se había utilizado en nuestro país. Finalizamos nuestro análisis con la convicción esperanzada de que esta crucial experiencia servirá para afrontar nuevas situaciones de emergencia con una mayor serenidad y un conocimiento más profundo, lo que repercutirá en el bienestar de los ciudadanos y del propio Estado constitucional de España.

Bibliografía

Doctrina científica

Álvarez García, Francisco. “Estado de alarma o de excepción”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL (2020): pp. 1-20.

Blanquer, David. *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2020.

Carro Martínez, Antonio. “Artículo 116. Situaciones de anormalidad constitucional”. En *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, coordinado por Óscar Alzaga Villamil, tomo IX, pp. 208-261. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1987.

Cotino Hueso, Lorenzo. “Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86/87 (2020): pp. 88-101.

Cruz Villalón, Pedro. “El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 2 (1981): pp. 93-128.

García de Enterría Ramos, Andrea. “La actuación de las Cortes Generales durante el estado de alarma para la gestión de la crisis del covid-19”. *Revista de las Cortes Generales*, núm. 108 (2020): pp. 245-288.

Hauriou, André. *Derecho Constitucional e instituciones Políticas*. Barcelona: Ed. Ariel, 1980.

Lafuente Balle, José María. “Los estados de alarma, excepción y sitio (I)”. *Revista de Derecho Político*, núm. 30 (1989): pp. 23-54.

Loewenstein, K. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.

López Baroni, Manuel. “El sistema de fuentes del derecho de excepción durante la pandemia: una brecha de seguridad en el ordenamiento jurídico”. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 15 (2020): pp. 187-214.

Pérez de los Cobos, Francisco. “El papel de los Tribunales Constitucionales en la gobernanza a diferentes niveles, España: el Tribunal Constitucional”. *EPRS / Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. Unidad Biblioteca de Derecho Comparado* (2016).

Pérez Serrano, Nicolás. *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Civitas, 1976.

Legislación⁸

Constitución española de 1978. / Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES). / Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC). / Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA). / Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. / Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. 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. / Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado 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. / Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado 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. / Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado 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. / Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado 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. / Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado 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. Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982.

Jurisprudencia

Auto del Tribunal Constitucional 7/2012. / Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981. / Sentencia del Tribunal Constitucional 135/1992. / Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021. / Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1990. / Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992. / Sentencia del Tribunal Constitucional 220/1991. / Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981. / Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1990. / Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1983. / Sentencia del Tribunal Constitucional 74/1992. / Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016.

8. Para la ordenación de las referencias se abandona el orden alfabético y se emplea el orden jerárquico atendiendo al valor o rango de cada norma en el sistema de fuentes constitucional.

CARGA DE LA PRUEBA Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

MANUEL MOLINA LOMBARDO

Jurista

*Estudiante del Máster Universitario en Derecho Penal y Procesal Penal
(Universidad Carlos III de Madrid)*

I. INTRODUCCIÓN

La idea del legislador de establecer una vía que permita a las corporaciones eludir la responsabilidad penal, siempre que estas sean capaces de evitar, detectar y comunicar la comisión de delitos cometidos en su seno, pretende, en primer término, fomentar una «cultura de cumplimiento» con el objeto de prevenir conductas ilícitas dentro de dichas organizaciones.

La herramienta que da forma a estos medios de control son los denominados «modelos de organización y gestión» a los que hace referencia el art. 31.bis del Código Penal (CP en adelante).

Construir la responsabilidad penal de la persona jurídica en torno a la idea de esta cultura de cumplimiento tiene ventajas, tanto desde el punto de vista de su fundamentación teórica, en tanto que la responsabilidad penal se sustenta en el propio «*ethos corporativo*» de la persona jurídica; como desde el punto de vista político-criminal, colaborando con la prevención de delitos mediante la implementación de los respectivos programas de cumplimiento¹.

A pesar de los esfuerzos del legislador, la regulación existente en el Código Penal en cuanto a la dogmática

penal se refiere, no determina con la suficiente claridad aspectos tan relevantes como los elementos configuradores del delito², lo que incide en cuestiones de orden procesal, como por ejemplo quién -defensa o acusación- debe probar la ausencia/existencia de medidas de vigilancia y control idóneas para evitar la comisión de delitos.

En el presente trabajo vamos a abordar los diferentes modelos de responsabilidad penal -autorresponsabilidad VS responsabilidad vicarial- surgidos desde la introducción en nuestro país de la responsabilidad penal de las personas jurídicas³ así como la problemática suscitada en torno a la carga de la prueba de los modelos de organización y gestión que permiten la exención de las mismas, así como la respuesta de los tribunales ante dichas cuestiones.

II. AUTORRESPONSABILIDAD VS RESPONSABILIDAD VICARIAL

En la actualidad, podemos diferenciar dos posiciones principales sobre cómo debe interpretarse el sistema español de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que, a su vez, dan lugar a diferencias prácticas en

1. Así lo señala PÉREZ GIL, J. siguiendo a GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (vid. PÉREZ GIL, J.: «Carga de la prueba y sistemas de gestión de compliance», en *Tratado sobre Compliance Penal*, coord. Madrid Barquín, C. & Gómez Colomer, J. L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019).

2. BANACLOCHE PALAO, J.: «...si la cometida por sus directivos o empleados, o la consistente en haber permitido (o no evitado) la comisión de un delito dentro de su ámbito de control», («Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Ed. Ministerio de Justicia de España, Madrid, 2018, pág. 14).

3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas se introduce en España con la aprobación de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

cuanto a la carga de la prueba en relación con el cumplimiento normativo en el seno de la empresa.

Así pues, podemos diferenciar el modelo de autorresponsabilidad -responsabilidad por el hecho propio-, del modelo de responsabilidad vicarial o heterorresponsabilidad.

- El **modelo de autorresponsabilidad**⁴ entiende que el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el carácter ausente o defectuoso de la «cultura de cumplimiento»⁵ a la que antes hacíamos referencia. Esta postura, necesariamente conlleva asumir que la ausencia de una cultura de cumplimiento normativo, es un elemento constitutivo del tipo penal⁶ -elemento negativo del tipo-.

Por lo tanto, si esa defectuosa o ausente organización societaria son configuradoras del tipo penal, y determinan la culpabilidad de la persona jurídica, constituyendo el núcleo de la infracción, es de entender que sea la acusación quien deba probar dicha cuestión.

Y ello en base a los principios configuradores de nuestro sistema procesal penal, en tanto que, como entiende el Tribunal Supremo, no se puede disminuir el estándar constitucional de protección cuando el imputado sea una persona jurídica⁷.

El derecho a la presunción de inocencia implica que debe ser la acusación la que debe ostentar la carga de la prueba, y si se entiende que es la ausencia o deficiencia de los programas de cumplimiento el núcleo de la infracción, asumir que sea la defensa quien deba probar la existencia y correcto funcionamiento de los mismos, sería aducir una inversión en la carga de la prueba contraria a este principio constitucional.

Al respecto, y como ha subrayado el Tribunal Supremo, no cabe ninguna duda de que la persona jurídica sea ti-

tular del derecho a la presunción de inocencia, como así lo señala por ejemplo en su STS 154/2016, de 29 de febrero al disponer *«de manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados (...), como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc (...) ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal»*.

Esta postura parece que es la asumida por la posición «mayoritaria»⁸ de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, en la STS 221/2016, de 16 de marzo, se considera *«el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica»*.

Dicha posición jurisprudencial no diferencia entre las dos vías que establece el Código penal [art. 31.bis a) vs art. 31.bis b)] para exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Así, mantiene que tanto si se trata del supuesto del apartado a) art. 31.bis -delitos cometidos por «los que mandan»-, como del supuesto del apartado b) de dicho artículo -delitos cometidos por los empleados-, quien ostenta la carga de la prueba sobre la no adopción de medidas preventivas es la acusación.

4. En la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de modificación de la LO 10/1995, del Código Penal, el legislador indica *«se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial»*, adoptando por tanto el modelo de autorresponsabilidad.

5. Al respecto, la STS 154/2016, de 29 de febrero señala *«... la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos»*.

6. En este sentido se pronuncia Maza Martín, J.M.: *«A mi juicio la existencia de "descontrol" o de ausencia de programas o medidas, suficientes y diligentemente ejecutadas por parte de los responsables de la persona jurídica, constituye en realidad el elemento nuclear de la responsabilidad penal de la persona jurídica, elemento descriptivo que tipifica la conducta antijurídica y que, por ello, ha de ser acreditado por la acusación»*. (Delincuencia electoral y responsabilidad de los partidos políticos, Ed. La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 243).

7. STS 221/2016, de 16 de marzo *«sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el ius puniendi del Estado»*.

8. Posición adoptada en la STS 154/2016, de 29 de febrero (Ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín) y seguida entre otras por la STS 221/2016, de 16 de marzo.

- Por su parte, el **modelo de responsabilidad vicarial o heterorresponsabilidad**⁹ considera que la responsabilidad penal de la persona jurídica tiene su fundamento en un hecho ajeno, que es la comisión del delito por la persona física correspondiente -bien del apartado a) art. 31bis.1 «los que mandan», bien del apartado b) «los empleados»-, transfiriéndose dicha responsabilidad a la persona jurídica.

Esta postura considera que la falta de medidas de prevención y control no forman parte del núcleo de la tipicidad, y, por lo tanto, no se considera que el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica sea la infracción de medidas de control, ya que el Código Penal sólo exige dicho requisito para el apartado b) art. 31 bis.1 CP, y no para su apartado a)¹⁰.

Dichas medidas de control forman parte de la esfera de la punibilidad¹¹ y no de la tipicidad, y, por lo tanto, hay que entender las mismas como una excusa absoluta y no como un elemento del tipo penal.

En sentido similar se pronuncia el voto particular plasmado en la STS 154/2016, de 29 de febrero, aunque trasladando dicha cuestión al ámbito de la culpabilidad¹². Así, por tanto, estas medidas de prevención y control, siempre que se hayan adoptado y ejecutado con eficacia antes de la comisión del delito, actuarían como una circunstancia eximente, debiendo equiparar su aplicación al régimen establecido en el art. 20 CP para las personas físicas, ya que de lo contrario se estarían otorgando más derechos a las personas jurídicas que a las físicas¹³. Y ello porque cuando una persona física alega una causa modificativa de la responsabilidad penal, tal como una eximente, es ella quien ostenta la carga de

la prueba de la existencia de dicha eximente, y de igual forma se debe actuar con las personas jurídicas.

Así pues, y en aplicación de este modelo de responsabilidad vicarial, la Fiscalía General del Estado considera que la acusación tan solo tendría que probar que el delito lo cometió una persona física en nombre o por cuenta, y en su beneficio directo o indirecto, de la persona jurídica, independientemente de que se trate del supuesto de apartado a) del art. 31bis.1 «los que mandan», bien del apartado b) «los empleados», y que a partir de ahí, es a la defensa a la que corresponde probar que contaba con las medidas de prevención y control necesarias que permiten su exención o atenuación de responsabilidad¹⁴.

Los defensores de este modelo, incluso consideran que desde el punto de vista práctico es lo más sensato, en tanto que la empresa en cuestión es la que dispone de forma precisa de la información relativa a sus programas de cumplimiento de forma que le puede resultar relativamente fácil la acreditación de los mismo.

En este sentido encontramos pronunciamientos como el de la STS 562/2018, de 15 de noviembre, en el que se considera que «*acreditado un comportamiento antijurídico, corresponde a la parte que trata de justificar su inexistencia, la (prueba) correspondiente al hecho imputativo introducido en el proceso como justificante de aquel*», es decir, correspondería la Defensa, ya que es la única que está en condiciones de conocer las medidas adoptadas y/o eludidas en el seno de su corporación¹⁵.

A partir de estas dos posiciones predominantes, se han elaborado una serie de propuestas integradoras, con el objeto de

9. Posición adoptada por la Fiscalía General del Estado. En su Circular 1/2016, considera al respecto que «*deberá acreditarse la comisión de la infracción penal, individualizando una acción típica y antijurídica de la persona física para verificar después que se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad a la persona jurídica. Conforme a este modelo, hay unos sujetos personas físicas que actúan y otro sujeto persona jurídica que asume la responsabilidad de tal actuación. La persona jurídica propiamente no comete el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros*» (vid. Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015).

10. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: «*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*», en *Memento Penal 2017* (Francis Lefebvre, oct. 2016).

11. En palabras de la Fiscalía «*la construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión. (...) los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absoluta, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas últimas causas para comportamientos post delictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31 quater*».

12. En el mismo sentido, BANACLOCHE PALAO, J. «*...a mi juicio estamos ante una causa de exclusión de la culpabilidad, pues para poder condenar a una persona jurídica se exige que se acredite la existencia de una conducta propia y autónoma consistente en no adoptar medidas eficaces para impedir el delito, y esta eximente iría dirigida a probar lo contrario*» («*Dilemas de la defensa, principio de oportunidad...*» cit., pág. 20).

13. Vid. PÉREZ GIL, J. («*Carga de la prueba...*». Cit.)

14. La propia Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado señala «*...de este modo, atañe a la persona jurídica acreditar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y requisitos legales y corresponderá a la acusación probar que se ha cometido el delito en las circunstancias que establece el art. 31 bis 1º*».

15. VELASCO NÚÑEZ, E.: *10 años de responsabilidad penal de persona jurídica (análisis de su jurisprudencia)*, Aranzadi, Navarra, 2020, pág. 188.

hacer compatible la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo con la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado.

Así pues, es de destacar la propuesta realizada por Gómez-Jara, que considera que es a la acusación a quien corresponde la carga de la prueba sobre el injusto/tipo, mientras que la prueba sobre la culpabilidad/eximente correspondería a la defensa. Considera que los sistemas de cumplimiento normativo no podrían nunca ser considerados como integradores del tipo penal, ya que de lo contrario se vulneraría el principio de taxatividad¹⁶.

También propone este autor dar mayor relevancia a la Conclusión 19^a.6 de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, que dispone que se «concederá especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo».

Como señala Dopico Gómez-Aller¹⁷, las diversas posiciones no parecen atender a la diferenciación que el Código Penal establece en su art. 31 bis. 1º CP, y ello porque se pueden distinguir dos regímenes diferenciados:

«- el del apartado b), en el que uno de los elementos de cargo es precisamente la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad de alguien sometido a la autoridad de los administradores y representantes; y

- el del apartado a), en el que el delito es cometido directamente por administradores o representantes, y donde la Ley no recoge expresamente como elemento de cargo la infracción de un deber de supervisión sobre el propio administrador o representante».

Esta diferenciación o visión dual se pone de manifiesto en algunas sentencias del Tribunal Supremo, como, por ejemplo, la STS 742/2018, de 7 de febrero.

De esta forma, para la vía de atribución de responsabilidad del apartado a) art. 31 bis. 1º CP -los que mandan-, no se prevé como elemento del tipo penal ninguna re-

ferencia a las medidas de prevención o control, por lo que la acusación debería probar la comisión del delito, y es la defensa, en atención al art. 31 bis. 2º CP a la que corresponde la carga de la prueba respecto del programa de cumplimiento para así eximir su responsabilidad penal.

Respecto a la vía de responsabilidad del apartado b) art. 31 bis. 1º CP -delitos cometidos por los empleados-, el legislador si prevé expresamente como elemento del tipo el incumplimiento grave de «los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad», y por ello, sí que correspondería a la acusación la carga de la prueba sobre los mismos.

En cuanto al hecho de probar y acreditar la existencia de los modelos de organización y gestión por parte de la defensa como estrategia para lograr la exoneración de responsabilidad, considera la Fiscalía General del Estado en el apartado 5.2 de su Circular 1/2016, que la mera adopción de estos modelos no puede suponer «un salvoconducto para la impunidad de la persona jurídica blindándola, no solo por los actos de las personas de menor responsabilidad en la empresa sino también por los de quienes la administran, representan y hasta diseñan y vigilan la observancia de tales programas».

Por lo tanto, entiende que no solo se debe acreditar la adopción formal del mismo, sino su adecuación y corrección. Para ello, pueden ser útil certificados acreditativos de normas de estandarización¹⁸. Así, por ejemplo, ante la existencia de uno de estos certificados, quien discrepe sobre la corrección del mismo debe ser quien asuma la prueba en tal sentido.

En este sentido, desde el punto de vista de la defensa, la pericial irá orientada a acreditar la existencia de los programas de cumplimiento, y que los mismos se ajustan a los requisitos legales, bien para lograr un sobreesimiento o como defensa ante un juicio, mientras que la pericial de la acusación tendrá por objeto acreditar incumplimientos o defectos en la implementación de los programas.

Otro de los factores a tener en cuenta es el momento en el que se ha llevado a cabo la implementación de los programas de cumplimiento, ya que, si se ha producido antes de la comisión del delito, dará lugar a la exoneración de responsabilidad -art. 31 bis. 2º CP-, mientras

16. Así lo señala PÉREZ GIL, J. siguiendo a GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (vid. PÉREZ GIL, J.: «Carga de la prueba y sistemas...» cit., pág. 5).

17. Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Memento Penal 2017* (Francis Lefebvre, Oct. 2016).

18. Aun así, la propia norma UNE 19601:2017 reconoce que su cumplimiento no asegura la exoneración o atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Como dispone la norma «no obstante, esta norma ayuda a las organizaciones a desarrollar sistemas de gestión de compliance penal con contenidos razonables para prevenir, detectar y gestionar conductas ilícitas generando así la cultura organizativa del cumplimiento de la legalidad que pueda fundamentar, en última instancia, la exoneración de su responsabilidad» (UNE 19602, de mayo de 2017, pág. 8).

que, si ha tenido lugar con posterioridad, conllevará la atenuación de la misma -art. 31 quater CP¹⁹-.

III. REALIDAD JUDICIAL EN MATERIA DE COMPLIANCE

Diversas son las resoluciones que ponen de manifiesto los favorables efectos -sobreseimiento- que, conforme a la línea jurisprudencial dominante, produce para la persona jurídica la aportación de evidencias que acrediten la aplicación efectiva de un sistema de *compliance*, ante la ausencia de actividad probatoria de la acusación destinada a señalar un defecto organizativo del ente, y ello incluso en la fase de instrucción.

En este sentido, el Auto del Juzgado Central de Instrucción N.º 6, de 23 de marzo de 2021²⁰ dispone el sobreseimiento provisional de una mercantil por apreciarse la implementación y ejecución²¹ de un «modelo eficaz de prevención supervisado por un órgano autónomo».

La entidad presentó documentación -Informe de la Unidad de Cumplimiento y Programa de Cumplimiento Normativo- tendente a demostrar que, con anterioridad a la comisión de los hechos presuntamente delictivos, ya se había adoptado un programa de cumplimiento normativo eficaz e idóneo.

La cita resolución, ante tal situación, expone que «de la documentación aportada hasta el momento se desprende que la mercantil Indra tenía implantado, al tiempo de producirse los hechos objeto de la presente pieza separada un sistema de prevención y cumplimiento eficaz sin que se haya aportado por el Fiscal elementos de cargo que permitan concluir la existencia

de un defecto estructural en el modelo de prevención, vigilancia y supervisión vigente en la sociedad».

De esta forma, el Ilmo. Instructor²² adopta la postura jurisprudencial mayoritaria e iniciada con la STS 154/2016 supra referenciada, al considerar que la ausencia de medidas eficaces de prevención constituye la «faz negativa de la responsabilidad»²³, y que por lo tanto, debe ser también acreditada por la acusación²⁴.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA GORDILLO, R.: «Tres Autos -cruciales- sobre *compliance* de la Audiencia Nacional», en *Compliance Advisory Lab, Report 5*, Grant Thornton, Madrid, 2021.

- BANACLOCHE PALAO, J.: «Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Ed. Ministerio de Justicia de España, Madrid, 2018

- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Memento Penal 2017* (Francis Lefebvre, oct. 2016).

- MAZA MARTÍN, J. M.: *Delincuencia electoral y responsabilidad de los partidos políticos*, Ed. La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

- PÉREZ GIL, J.: «Carga de la prueba y sistemas de gestión de *compliance*», en *Tratado sobre Compliance Penal*, coord. Madrid Barquín, C. & Gómez Colomer, J. L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

- VELASCO NÚÑEZ, E.: *10 años de responsabilidad penal de persona jurídica (análisis de su jurisprudencia)*, Aranzadi, Navarra, 2020.

19. En este sentido, serán circunstancias motivo de atenuación de la pena, conforme al art. 31 quater CP: «a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica».

20. Resolución judicial dictada en el marco de la macrocausa conocida como «caso Púnica».

21. AGUILERA GORDILLO, R.: *Tres Autos -cruciales- sobre compliance de la Audiencia Nacional*, en *Compliance Advisory Lab, Report 5*, Grant Thornton, octubre 2021.

22. El Fundamento Jurídico tercer de exclusión o disminución relevante del riesgo de perpetración de delitos en la empresa. Si la ausencia de medidas eficaces de prevención es un elemento constitutivo de la misma responsabilidad penal y por tanto solo cuando haya quedado debidamente acreditada podrá exigirse la misma, la consecuencia es que la prueba corresponderá a la acusación como proclama sin vacilación alguna la STS 221/2016, de 16 marzo» (Auto del Juzgado Central de Instrucción N.º 6, de 27 de marzo de 2021, FJ 3º).

23. En el mismo sentido se pronuncia el Auto del Juzgado Central de Instrucción N.º 6, de 29 de julio de 2021, dictada en el marco de la conocida como «operación Tándem».

24. En el mismo sentido, la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra 116/2017, de 30 de junio, dispone que la persona jurídica responderá penalmente cuando «además de acreditarse la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas citadas en el art. 31 bis. CP, se pruebe, también, que la persona jurídica no adoptó las medidas de control adecuadas y necesarias para la evitación de la comisión de delitos». En el mismo sentido, entre otras, la Sentencia del Juzgado de lo Penal N.º 8 de Madrid, 63/2017, de 13 de febrero, o la S AP Madrid (Sección 4ª) 909/2017, de 3 de noviembre.

REVISIÓN DOCTRINA: LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y LOS DERECHOS DEL MEDIO AMBIENTE

Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca

GERARDO GUIJARRO SÁNCHEZ

Estudiante de 4º de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Carlos III de Madrid

Hace unos meses un compañero de carrera me detuvo entre clases para pedirme mi firma para una inusual iniciativa Legislativa popular; dotar de personalidad jurídica al Mar menor. Admiré su compromiso con el medio ambiente, sin embargo, era consciente de la alta tasa de mortalidad infantil entre las iniciativas legislativas populares, apenas una de cada diez llega a madurar y convertirse en norma legal. Para su gozo y mi sorpresa, esta prosperó derivando en la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca, que en su primer artículo declara dicha personalidad jurídica, reconociéndose este accidente geográfico como sujeto de derechos.

Volvió entonces a mí la irremediable duda que me asaltó cuando me fue solicitada aquella firma ¿Tiene sentido dotar de personalidad jurídica a un recurso natural?

No me satisfacían mis conclusiones apriorísticas, de modo que me propongo revisar el concepto de la personalidad jurídica y su relación con los derechos de la naturaleza de acuerdo con la doctrina científica y la jurisprudencia.

La personalidad, independientemente de la tradición de pensamiento que se tome, cumple una función fun-

damental en cualquier ordenamiento jurídico al suponer el centro de imputación de derechos y deberes y de las eventuales responsabilidades que del ejercicio de estos se desprenden. El primer centro de imputación que inevitablemente surge con el derecho es la persona física, lo que es natural, teniendo en cuenta que, como ya comentaba el jurista romano Hemogeniano *“hominum causa omneius constitutum sit”*.¹ La justificación de tal atribución de derechos dependerá de la aproximación teórica que se tome. Desde un punto de vista positivista, será una atribución contingente que no tendrá más fundamento que la voluntad temporal del legislador², mientras que para el iusnaturalista es una evidencia ontológica que se desprende de la dignidad del ser humano. En el caso de nuestro ordenamiento nos encontramos ante el segundo caso si atendemos al mandato constitucional del artículo 10 donde se entiende como inherente a la persona física, ser humano, esta atribución de derechos y deberes.

La persona jurídica surge más tarde al extenderse la personalidad a agrupaciones y uniones de personas o de bienes por necesidades del tráfico mercantil. Nuestro Código Civil en su artículo 545 define a la persona jurídica como “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente” precisando

1. “todo el derecho fue establecido por causa de los hombres” pasaje del libro I del epitome iuris del jurista Hemogeniano, recogido en la compilación justiniana

2. Bobbio, N. (1991). Teoría general del Derecho (1958 y 1960). Traducción castellana de Eduardo Rozo Acuña, Debate. Madrid: Editorial España.

que “surja como una entidad independiente y distinta de los miembros individuales que la forman y que a esta entidad le sean reconocidos por el Estado sus derechos y obligaciones”. Lo que se ha venido discutiendo desde la filosofía del derecho es si el reconocimiento de la personalidad de estas agrupaciones es constitutivo, como esgrimiría Kelsen desde la teoría de la ficción³, o declarativo, como argumentaría Gierke⁴ desde la teoría orgánica. Así como se ha puesto en duda si la persona física precede a la jurídica, o si bien solo existe esta última. No obstante, lo que no se ha puesto en duda, y lo que nos interesa a efectos de tener una noción concreta de personalidad jurídica, es que tanto personas físicas como jurídicas comparte un sustrato que es la capacidad de actuación en sociedad (la bilateralidad del derecho) que da sentido a la mencionada atribución de derechos y obligaciones.

Esta norma de capacidad de interacción en sociedad como esencia de la personalidad jurídica se pone en duda con la nueva legislación del Mar Menor. Ya se había venido manteniendo un debate parecido respecto de los derechos de los animales, que pueden incluirse como una subcategoría de derechos de la naturaleza. En contra de otorgar derechos a los animales se ha esgrimido que no pueden contraer obligaciones (que viene a ser una manifestación de la carencia del elemento volitivo y actuante mencionado) como comentó el teórico político Eliot Rothbard en su obra “Ética sobre la libertad”⁵. A esto se han opuesto el argumento animalista de Christopher Stone en su célebre y seminal defensa de los derechos de la naturaleza a principios de los años setenta⁶, que apunta a que el ser humano no es más que otro animal, siendo los derechos humanos derechos animales, y también a que la exigencia de las obligaciones no es imprescindible como se puede ver en el caso de las personas jurídicas y las físicas en estado vegetativo. Sin embargo, a día de hoy no encontramos en el derecho comparado la atribución de derechos a los animales que sean correlativos a los de los humanos. Lo más cercano son leyes que los consideran objetos de protección y, por tanto, bienes jurídicos, lo que parece más razonable si tenemos en cuenta que este segundo argumento no ataca la idea esen-

cial de la necesidad de un elemento volitivo actuante. Se ha respondido a los argumentos anteriores que las personas jurídicas sí que asumen obligaciones y que las personas en estado vegetativo gozan de plenos derechos y deberes pero los ejercen a través de su curador. Encontramos precedentes jurisprudenciales como el caso de la corte constitucional colombiana que un expediente de tutela negó al “Oso Chucho” un habeas corpus que en algún momento el derecho colombiano le había otorgado en instancias judiciales, reiterando reiteró la línea jurisprudencial que viene argumentando desde la Sentencia C-666 del 2010, en la que los animales son de especial protección constitucional, validando nuevamente su protección constitucional. Es posible encontrar casos parecidos en tribunales menores de Chile y Argentina.

Estudiando el derecho comparado podemos encontrar casos en los que ya se han realizado innovaciones de la personalidad jurídica parecidas a la novísima Ley del Mar Menor que giran alrededor de los llamados derechos de la naturaleza. El debate de la personalidad jurídica de la naturaleza podemos encontrarlo desde la época medieval, piénsese en el juicio contra las langostas que tuvo lugar en 1650 en la Abadía de Parraces (Segovia) dado que únicamente puede ser demandada en juicio la persona física o jurídica, se está dando por supuesto que gozan de tal condición; sin embargo, las primeras teorías modernas surgen con el biocentrismo de Albert Schweitzer y su obra *Philosophy of Civilization: Culture and Ethics* de 1923. Desde la ciencia jurídica podemos estudiar como primer precedente la sentencia del caso *Sierra Club vs. Morton* del año 1972, caso en el cual el demandante pretendía paralizar la aprobación de un proyecto que autorizaba el establecimiento de un complejo de esquí en el Mineral King Valley del Parque Nacional Sequoia⁷. Su pretensión fue desestimada, pero el voto disidente del juez William O. Douglas fue verdaderamente trascendente.

“Los objetos inanimados a veces son partes de un litigio. Un barco tiene una personalidad jurídica, una ficción que es útil para fines marítimos [...] Una corpora-

3. Kelsen, H. (2020). *Teoría pura del derecho*. Eudeba.

4. Rothbard, Murray N. (2003). *The Ethics of Liberty* (en inglés). Nueva York: New York University Press. ISBN 978-0-8147-7559-2. Consultado el 16 de mayo de 2012.

5.

6. Stone, C. D. (2010). *Should trees have standing?: law, morality, and the environment*. Oxford University Press.

7. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. “*Sierra Club v. Morton, Secretary of Interior, et al*”. Syllabus, 1972. Justia US. Supreme Court. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/727/> (Fecha del último acceso: 8 de diciembre de 2022).

ción ordinaria es una «persona» para los propósitos de los procesos de adjudicación, si representa propiedad, espiritualidad, estética o causas caritativas. Por lo tanto, esto debería aplicarse a valles, prados alpinos, ríos, lagos, estuarios, playas, cimas, arboledas, pantanos, o incluso el aire que soporta las destructivas presiones de la vida y la tecnología modernas”

Este voto disidente abrió la puerta al debate acerca del papel procesal de los bienes naturales, si esta debe hacerse bajo las mismas normas aplicables a las personas incapaces con el inconveniente que supone que el representante no pueda hacer valer sus pretensiones⁸, o bien que deba manejarse como una las personas jurídicas o como los patrimonios destinados a una función pública⁹.

A nivel normativo el ejemplo más característico es el de el art. 71.1 de la Constitución ecuatoriana de 2008: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”. En este precepto constitucional se otorga derechos a una res, como es el caso del Mar Menor, y la fundamentación jurídica empleada es un iusnaturalismo ecológico inspirado en la cosmovisión indígena, así como de una relajación del requisito de la capacidad de relación antes mencionado¹⁰. En la práctica este precepto irónicamente ha servido para promover el extractivismo por parte de poderosas compañías mineras en perjuicio de los mineros tradicionales e indígenas. El mismo espíritu tiene en Bolivia la Ley de Derechos de la Madre Tierra, N° 71 de 21 de diciembre de 2010 que gira alrededor de un concepto propio de la cosmovisión indígena llamado

Sumac Kawsay¹¹ y declara en su artículo 5 a la madre tierra como persona jurídica.

Otro caso es el del precedente “te Urewera” en Nueva Zelanda. En este caso se reconoció el argumento de los indígenas Tūhoe que exigían dotar de personalidad a su territorio ancestral para que pudiera “poseerse” y se respetase su relación tradicional con la tierra basada un concepto que carece de contraparte jurídica en el resto de los ordenamientos: el mana¹². La ley se promulgó el 27 de julio de 2014 y reemplaza a la Ley de Parques Nacionales de 1980 para el manejo y administración de Te Urewera y declara: “Te Urewera es un ente jurídico y tiene todos los derechos, poderes, deberes y responsabilidades de una persona jurídica”¹³. Bajo la misma argumentación en 2017 se dotó de personalidad jurídica en la misma nación en 2017 al río Whanganui¹⁴ al que también se le adjudicó de una Junta a efectos procesales. No obstante, Australia llevó a cabo un experimento legislativo parecido con el río Yarra atribuyéndole una personalidad jurídica pero por razones pragmáticas de conservación sin mediar el ecocentrismo presente en los casos anteriores¹⁵.

Para finalizar con los precedentes normativos es interesante estudiar la proliferación de normas locales acerca de los derechos de la naturaleza en Estados Unidos. Entre estas destaca la “Grant Township’s Home Rule Charter”¹⁶, que viene a ser una suerte de constitución local creada para evitar el fracking y en la que, en su sección 106, se reconoce los derechos de la naturaleza. Esta norma local fue declarada como inconstitucional por el Tribunal Federal del Tercer Circuito de Pensilvania¹⁷ aunque no fue formalmente derogada por lo que cumplió con su propósito. También

8. Alcivar Toala, M. (2018). Los derechos de la naturaleza: una legitimación de derechos a la Pacha Mamadentro del Estado”. Revista San Gregorio, N° 26 extra, pp. 30-37.

9. Hogan, M. (2007) Standing for nonhuman animals: Developing a Guardianship Model from de dissentsin Sierra Club. Vs. Morton. California Law Review, Vol. 95 (513), pp. 513-534. <https://doi.org/10.2307/20439100>

10. José Sebastián Cornejo Aguiar. (07/03/2018). DerechodeEcuador.com: *Derechos de la Naturaleza*

11. Huanacuni, F. (2016) Los derechos de la Madre Tierra. Revista Jurídica Derecho, Vol. 3, N° 4, pp. 157- 169.

12. Strack, M. (2017). Land and rivers can own themselves. International Journal of Law in the Built Environment, Vol. 9 (1) pp. 4-17. DOI:10.1108/IJLBE-10-2016-0016

13. El texto íntegro de la ley puede consultarse en <https://www.environmentguide.org.nz/regional/te-urewera-act/> [Consultado: 08 de diciembre de 2022].

14. Charpleix, L. (2018). The Whanganui River as Te Awa Tupua: Place-based law in a legally pluralistic society. The Geographical Journal, N° 184, Issue 1, pp. 19-30. DOI:10.1111/geoj.12238

15. Islam, M; O’Donell, E. (2020) Legal rights for the Turag: rivers as living entities Bangladesh. Asia Pacific Journal Environmental Law, Vol.23 (2), pp. 160-177. DOI:<https://doi.org/10.4337/apjel.2020.02.03>

16. El texto puede consultarse íntegramente en <https://celdf.org/wp-content/uploads/2016/02/Grant-Township-Community-Rights-Home-Rule-Charter.pdf> [Consultado: 20 de sept.de 2021]

17. Pennsylvania Gen. Energy (PGE) v. Grant Twp., Case No. 1:14-cv-00209-JFM (W.D. Pa., Aug. 8, 2014); Pennsylvania Gen. Energy (PGE) v. Grant Twp., 139 F.Supp.3d 706 (W.D. Pa., Oct.14, 2015).

existen algunas un tanto confusas como la que atribuyen derechos a la naturaleza pero atribuyen su defensa a la generalidad de los ciudadanos lo que pone en duda su personalidad jurídica para algunos autores¹⁸, siendo el caso de la “*Ordinance of the City Council of the City of Santa Monica Establishing Sustainability Rights*”. Normas locales similares también han proliferado en Brasil, en concreto en los municipios de Bonito, Paudalho y Florianópolis. La disposición del Estado de Pernambuco, en Bonito, quizá sea la más ilustrativa de las tres al mencionar que: “*El Municipio reconoce el derecho de la naturaleza a existir, prosperar y evolucionar, y debe actuar para asegurar a todos los miembros de la comunidad natural...*”¹⁹ El razonamiento legislativo se remite a la insuficiencia de métodos alternativos y se funda en las cosmovisiones de los pueblos originarios y en la mística de la escucha de la Tierra²⁰.

Aparte de la doctrina científica y las normas expuestas, resulta pertinente estudiar la jurisprudencia en el derecho comparado a este respecto, examinado precedentes de Colombia, Ecuador, India, Bangladesh y Estados Unidos. En el caso de Colombia, su corte suprema, sin mediar ninguna norma de rango legal o constitucional que declarará los derechos de la naturaleza o ecocentrismo alguno, superó el antropocentrismo del ordenamiento colombiano y reconoció la personalidad jurídica del Río Atrato en su Sentencia T-622 de 2016, expediente T-5.016.242²¹, ante las prácticas mineras abusivas que se habían producido. A partir de esta sentencia histórica ha surgido una nutrida doctrina menor²².

En el caso ecuatoriano, la corte actuó bajo el paraguas del comentado artículo 71. La Corte provincial de Loja estimó como válida una acción de protección del

río Vilcamba que era amenazado por el uso de maquinaria pesada en una obra cercana²³.

En la India encontramos dos precedentes muy interesantes. El primero iniciado por la acción individual de Mohammed Sahim quien solicitó al Tribunal Superior de Uttarakhand órdenes de protección destinadas al Ganges y su preocupante contaminación. Concedidas e ignoradas por el ejecutivo indio, el mismo tribunal decidió dotar de personalidad jurídica a los ríos Ganges y Yamuna. inspirándose en la personalidad jurídica de los ídolos hinduistas, atribuyeron la personalidad jurídica a las diosas de los ríos sagrados y nombraron al Abogado General de Uttarakhand como progenitor jurídico²⁴. Se distingue este caso de los anteriores por su motivación religiosa más que cosmológica. Seguidamente, el mismo tribunal declaró también la personalidad de los glaciares del Himalaya Gangotri y Yamunotri arguyendo que gozan de los mismos derechos que las personas físicas, pues podían ser dañados de la misma forma. Sin embargo, estas sentencias fueron revisadas y dejadas sin efecto por el tribunal supremo indio por inconsistencia jurídica²⁵.

La Corte suprema de Bangladesh reconoció la personalidad jurídica del río Turag y adjudicó un organismo gubernamental para su representación. En su fundamentación jurídica incluyó una crítica al antropocentrismo occidental, impulsó una visión iusnaturalista eco-centrista y extrapoló el derecho de los ciudadanos a gozar del medio ambiente como derechos del medio ambiente²⁶.

En último lugar, en Estados Unidos la tendencia que impulsó el voto disidente comentado del caso Sierra Club vs. Morton ha encontrado recientemente resistencia tras ser considerado por un tribunal federal como

18. Iors, C. (2019) From Rights to Responsibilities using Legal Personhood and Guardianship for Rivers. En: MARTIN, B; TE AHO, L; M HUMPHRIES-KIL, M. (Editores). ResponsAbility: Law and Governance for Living Well with the Earth. Londres y Nueva York: Editorial Routledge, pp 216-239.

19. Artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2017 que modifica el artículo 236 de la Ley Orgánica de la Municipalidad de Bonito.

20. Hason de Oliveira, V. (2020) Direitos da Natureza no Brasil: o caso de Bonito- PE en LACERDA, L. (Coordinador) Direitos da Natureza, marcos para a construção de uma teoria geral. Sao Leopoldo, Casa Leiria, pp. 131-146.

21. El texto de la sentencia puede consultarse en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm> [Consultado: 08 de diciembre de 2022].

22. Por ejemplo la Sentencia que puso fin al caso del río Cauca, que fue dictada por el Tribunal Superior de Medellín el 17 de junio de 2019 (<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload837.pdf>).

23. The Cyrus R. Vance Center. (2020). Rights of Rivers. A global survey of the rapidly developing Rights of Nature jurisprudence pertaining to rivers. Oakland: The Cyrus R. Vance Center, Earth Law Center, International Rivers.

24. Alley, K. (2019). River Goddesses, Personhood and Rights of Nature: Implications for Spiritual Ecology. Religions, Vol. 10 (9), pp. 1-17. <https://doi.org/10.3390/rel10090502>

25. Asian News (2017). «Corte suprema: el Ganges “no es un ser viviente”». 10 de julio. Disponible en: <https://www.asianews.it/noticias-es/Corte-suprema-el-Ganges-no-es-un-ser-viviente>

26. Islam, M; O’Donell, E. (2020) Legal rights for the Turag: rivers as living entities in Bangladesh. Asia Pacific Journal of Environmental Law, Vol. 23 (2), pp. 160-177. DOI: <https://doi.org/10.4337/apjel.2020.02.03>

inconstitucional por violar la decimocuarta enmienda (Due process) la declaración de personalidad jurídica del lago Erie en 2022²⁷. Esto pone en peligro las abundantes normativas locales que han sido descritas anteriormente.

De los análisis de las doctrinas, normas y sentencias anteriores se pueden extraer tres claves. En primer lugar, la gran mayoría de estos experimentos legislativos surgen como respuesta a la necesidad de proteger un bien jurídico valioso como es la naturaleza y la insuficiencia de medios jurídicos alternativos. La Ley del Mar Menor no es una excepción, dejando claro en la exposición de motivos que esta norma responde a *“la insuficiencia del actual sistema jurídico de protección (...) en línea con la vanguardia jurídica internacional y el movimiento global de reconocimiento de los derechos de la naturaleza”*. En segundo lugar, que para justificar el encaje dentro del concepto de personalidad jurídica es recurrente la alusión a unos derechos de la naturaleza que responde a un cosmovisión o ideología eco-céntrica (Es anómalo encontrar personificaciones de recursos naturales sin renunciar al antropocentrismo), también presente en la Ley del Mar Menor como se menciona en su exposición de motivos: *“con base en su valor ecológico intrínseco (...) pasa de ser un mero objeto de protección, recuperación y desarrollo, a ser un sujeto inseparablemente biológico, ambiental, cultural y espiritual”*. Y por último, al igual que ocurre en la legislación mencionada, se les suele atribuir una representación colegiada.

Habiendo superado mis conclusiones apriorísticas me sentiría confiado para tomar la decisión de firmar, o no firmar, la iniciativa legislativa que mi compañero me ofreció hace un par de meses. Si la casualidad le lleva a leer estas líneas le invito a que tome las siguientes conclusiones como la respuesta que no le supe dar en el momento.

Dado que el fin de este artículo no es juzgar que instrumento jurídico es más eficaz para la protección de la naturaleza me remitiré a sopesar el encaje del Mar Menor en el concepto de persona jurídica y sus consecuencias. Como he expuesto anteriormente, hay dos vías a la hora de personificar un recurso

natural: aludiendo a un iusnaturalismo eco-centrico en el que la naturaleza tiene derechos inherentes, o recurriendo a una simple positivización abandonar el antropocentrismo (el caso de Australia). La ley del Mar Menor adopta la primera vía entrando en un terreno problemático dos motivos que ya menciona el profesor Alfonso García Figuerola, en su artículo *“Algunos reparos a la doctrina del Mar Menor”*²⁸ a saber qué; el eco-centrismo presupone una cosmovisión eco-teológica que no cabe imponer a los ciudadanos desde un Estado no confesional, y que tales iniciativas pueden en última instancia relativizar oblicuamente los derechos fundamentales de los seres humanos. No obstante, se podría argumentar que el antropocentrismo es también una metafísica y que por tanto no cabe en un estado aconfesional. Ante este argumento se pueden dar dos respuestas. La primera es que sigue siendo razonable aquello que ya sabían los romanos, de que el derecho tiene como fin servir al hombre; no estamos ante el derecho imponiendo una metafísica, es la propia metafísica del derecho, y esto no es incompatible con exigirle a los seres humanos sus obligaciones de respetar a la naturaleza. En segundo lugar, especialmente en un estado totalmente neutral los recursos naturales seguirían sin encajar en el concepto de personalidad jurídica, al cerrar la ventana a la existencia de “derechos inherentes” lo único que queda para referenciar a las personas jurídicas es su esencia, la que ya señalaba Kelsen, una unidad volitiva de actuación que sirve como centro de imputación de un haz de derechos y deberes, una noción que el Mar Menor, como accidente geográfico inerte, no puede llenar.

A mayor abundamiento, existen instrumentos jurídicos alternativos. El Tribunal de Derechos Humanos ha venido produciendo una rica jurisprudencia acerca de la subjetivación de los derechos humanos vinculándolos al medio ambiente. No siendo novedosa, pues ya era anticipada en los ochenta por Lorenzo Martín Rortillo²⁹, esta es una vía que se podía haber tomado y que no incurría en compleja problemática que se ha expuesto en este artículo. Otro método de protección es su consideración como bien jurídico objeto de protección, sin embargo, esta vía es la que ha precedido a

27. Animal Legal Defense Fund (2020). «Federal Judge Strikes Down «Lake Erie Bill of Rights». 4 de mayo. Disponible en: <https://aldf.org/article/federal-judge-strikes-down-lake-erie-bill-of-rights/#:~:text=On%20February%2027%2C%202020%2C%20a,election%20on%20February%2026%2C%202019>.

28. Figuerola, Alfonso García. *“Algunos reparos a la doctrina del Mar Menor”* <https://almacenederecho.org/algunos-reparos-a-la-doctrina-del-mar-menor> (última consulta 08/12/2022)

29. Delgado, I. M. (2016). La protección de la dimensión subjetiva del derecho al medio ambiente. *Revista de administración pública*, (201), 445-448.

esta legislación con el derogado Decreto-ley 5/2021, de 27 de agosto de Recuperación y Protección del Mar Menor, que ha sido considerada como insuficiente. No obstante, lo que habría que considerar es si tal ineficacia surge de no estar ante un instrumento jurídico óptimo o se debe a falta de voluntad política, porque aquí radica la ventaja práctica más notable entre protegerlo como sujeto en vez de como objeto. Lo único que aporta es cuestionable innovación jurídica es alejar de la voluntad política la protección del Mar Menor pudiendo ser exigida ante los tribunales³⁰, ya que la posibilidad de una protección integral también era posible con los mecanismos anteriores. Por tanto, no corresponde hablar de insuficiencia de instrumentos jurídicos sino, más bien, de insuficiencia de nuestros representantes políticos.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcivar Toala, M. (2018). Los derechos de la naturaleza: una legitimación de derechos a la Pacha Mama dentro del Estado". Revista Revista San Gregorio, N° 26 extra, pp. 30-37.
- Alley, K. (2019). River Goddesses, Personhood and Rights of Nature: Implications for Spiritual Ecology. Religions, Vol. 10 (9), pp. 1-17. <https://doi.org/10.3390/rel10090502>
- Animal Legal Defense Fund (2020). «Federal Judge Strikes Down «Lake Erie Bill of Rights». 4 de mayo. Disponible en: <https://aldf.org/article/federal-judge-strikes-down-lake-erie-bill-of-rights/#:~:text=On%20February%2027%2C%202020%2C%20a,election%20on%20February%2026%2C%202019.>
- Asian News (2017). «Corte suprema: el Ganges "no es un ser viviente"». 10 de julio. Disponible en: <https://www.asianews.it/noticias-es/Corte-suprema:-el-Ganges-%e2%80%98no-es-un-ser-viviente%e2%80%9d%e2%80%99-41239.html>
- Bangladesh. Asia Pacific Journal Environmental Law, Vol.23 (2), pp. 160-177.
DOI:<https://doi.org/10.4337/apjel.2020.02.03>
- Bobbio, N. (1991). Teoría general del Derecho (1958 y 1960). Traducción castellana de Eduardo Roza Acuña, Debate. Madrid: Editorial Española.
- Charpleix, L. (2018). The Whanganui River as Te Awa Tupua: Place-based law in a legally pluralistic society. The Geographical Journal, N° 184, Issue 1, pp. 19-30.
DOI:[10.1111/geoj.12238](https://doi.org/10.1111/geoj.12238)
- Delgado, I. M. (2016). La protección de la dimensión subjetiva del derecho al medio ambiente. Revista de administración pública, (201), 445-448.
- El texto de la sentencia puede consultarse en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm> [Consultado: 08 de diciembre de 2022].
- El texto íntegro de la ley puede consultarse en <https://www.environmentguide.org.nz/regional/teurewera-act/> [Consultado: 08 de diciembre de 2022].
- El texto puede consultarse íntegramente en <https://celdf.org/wp-content/uploads/2016/02/Grant-Township-Community-Rights-Home-Rule-Charter.pdf> [Consultado: 20 de sept.de 2021]
- Figueroa, Alfonso García. "Algunos reparos a la doctrina del Mar Menor" <https://almacenederecho.org/algunos-reparos-a-la-doctrina-del-mar-menor> (última consulta 08/12/2022)
- Hasson de Oliveira, V. (2020) Direitos da Natureza no Brasil: o caso de Bonito- PE en LACERDA, L. (Coordinador) Direitos da Natureza, marcos para a construção de uma teoria geral. Sao Leopoldo, Casa Leiria, pp. 131-146.
- Hogan, M. (2007) Standing for nonhuman animals: Developing a Guardianship Model from dissents in Sierra Club. Vs. Morton. California Law Review, Vol. 95 (513), pp. 513-534. <https://doi.org/10.2307/20439100>
- Huanacuni, F. (2016) Los derechos de la Madre Tierra. Revista Jurídica Derecho, Vol. 3, N° 4, pp. 157-169.
- Iors, C. (2019) From Rights to Responsibilities using Legal Personhood and Guardianship for Rivers. En: MARTIN, B; TE AHO, L; M HUMPHRIES-KIL, M. (Editores). ResponsAbility: Law and Governance for Living Well with the Earth. Londres y Nueva York: Editorial Routledge, pp 216-239.
- Islam, M; O'Donnell, E. (2020) Legal rights for the Turag: rivers as living entities

30. Y aún podría discutirse este punto ya que existen mecanismo con los que acudir a los tribunales en protección del mar menor como por ejemplo la Acción Pública (artc. 124 y 125 CE) representada bien por el Ministerio Fiscal o por cualquier ciudadano.

- Islam, M; O'Donnell, E. (2020) Legal rights for the Turrag: rivers as living entities in Bangladesh. *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, Vol.23 (2), pp. 160-177. DOI:<https://doi.org/10.4337/apjel.2020.02.03>
 - José Sebastián Cornejo Aguiar. (07/03/2018). *DerechodeEcuador.com:Derechos de la Naturaleza*.
 - Kelsen, H. (2020). *Teoría pura del derecho*. Eudeba.
 - Pennsylvania Gen. Energy (PGE) v. Grant Twp., Case No. 1:14-cv-00209-JFM (W.D. Pa., Aug. 8, 2014); Pennsylvania Gen. Energy (PGE) v. Grant Twp., 139 F. Supp.3d 706 (W.D. Pa., Oct.14, 2015).
 - Rothbard, Murray N. (2003). *The Ethics of Liberty* (en inglés). Nueva York: New York University Press. ISBN 978-0-8147-7559-2. Consultado el 16 de mayo de 2012.
 - Sentencia-Tribunal Superior de Medellín el 17 de junio de 2019 (<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload837.pdf>).
 - Stone, C. D. (2010). *Should trees have standing?: law, morality, and the environment*. Oxford University Press.
 - Strack, M. (2017). Land and rivers can own themselves. *International Journal of Law in the Built Environment*, Vol. 9 (1) pp. 4-17. DOI:10.1108/IJLBE-10-2016-0016
 - The Cyrus R. Vance Center. (2020). *Rights of Rivers. A global survey of the rapidly developing Rights of Nature jurisprudence pertaining to rivers*. Oakland: The Cyrus R. Vance Center, Earth Law Center, International Rivers.
 - United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. "Sierra Club v. Morton, Secretary of Interior, et al". Syllabus, 1972. Justia US. Supreme Court. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/727/> (Fecha del último acceso: 8 de diciembre de 2022).
-

LA HUELGA DE HAMBRE A PROPÓSITO DE LA STC 120/1990

MANUEL PALACIOS SABÁN
 Estudiante de Derecho
 (Universidad Carlos III de Madrid)

I. INTRODUCCIÓN: APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

La huelga de hambre como herramienta de protesta ha sido históricamente una constante en el terreno político. Son varios los elementos que la configuran: la *libre elección* del huelguista de no ingerir alimentos, aceptando como resultado la muerte; el *objetivo* de ver satisfecho un derecho pretendido, aunque no reconocido; y el *modus operandi*, consistente en ejercer la máxima presión sobre aquella institución causante de la injusticia, alcanzando con ello una amplia difusión pública. En este orden de ideas, podemos definirla como “la forma de ir entregando la propia vida, hasta las últimas consecuencias, como arma para reivindicar derechos humanos que se juzgan fundamentales y no alcanzables de otro modo menos costoso, de forma que el hambre es utilizada como medio llamativo, para perder la vida a fin de obtener otro valor que se juzga de tal importancia que para conseguirlo puede entregarse la propia vida” (Vidal, 1984).

En ocasiones, estas huelgas son interrumpidas de forma voluntaria, pero cuando sostenidas en el tiempo se convierten en una amenaza inminente para la vida, el debate jurídico está servido. A priori, entran en conflicto dos derechos consagrados en nuestro texto fundamental: de un lado, la vida -artículo 15 de la Constitución Española (CE, en lo sucesivo)-; de otro, la libertad -arts. 1.1 y 17.1 CE-. Con ello, emerge el siguiente dilema: ¿es lícita la alimentación forzosa en aras de proteger la vida del preso desnutrido, incluso en contra

de su voluntad, o ha de prevalecer su deseo de llevar hasta el final la reivindicación mediante la huelga?

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto en varias ocasiones¹ y, en su ejercicio de ponderación de ambos derechos -entre los que se encuentran asimismo afectadas terceras garantías de forma colateral²-, ha señalado de forma invariable que el bien jurídico de la vida debe prevalecer sobre la libertad de aquel que, incluso siendo su propio titular, atente contra ella, siempre y cuando exista una relación de especial sujeción para con la Administración.

II. HECHOS CONCERNIENTES AL CASO

El colectivo GRAPO (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre) fue una organización terrorista vaguesa considerada por la Audiencia Nacional (Sentencia Penal N.º 31/2006) el “brazo armado” del PCE(r) (Partido Comunista Español -reconstituido-). En julio de 1987, presos del colectivo fueron distribuidos en distintas cárceles de España, comenzando así la política de dispersión del Ministro de Justicia Enrique Múgica y del Director de Prisiones Antoni Asunción. Ante dichas medidas, los presos comenzaron la que sería una larga huelga de hambre, con el fin de exigir su reagrupamiento.

Llegado el estado de salud de los presos a una situación límite, “la Dirección del Centro Penitenciario de Preventivos Madrid-2 remitió al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de los de Madrid un

1. En las SsTC 120/1990, 137/1990 y 11/1991, así como en los ATC 313/90 y 314/90.

2. Entienden los recurrentes que también se ve afectada la integridad física y moral, el no sometimiento a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes, la libertad ideológica y física, y la intimidad personal.

telefax, adjuntando copia de la providencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Soria [...] para que en el momento, y a criterio médico, de que corra algún peligro de muerte cualquiera de los participantes de dicha huelga, se les dé tratamiento médico necesario aún en contra de su voluntad” [STC 120/1990, A 4.a)].

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid argumentó que, “tal y como establece el art. 3 de la Ley General Penitenciaria, la Administración penitenciaria ha de velar por la vida, integridad y salud de los internos, pero también, y tal como dice el art. 3 en su párrafo 1º, ésta se ha de ejercer siempre respetando en todo caso la personalidad”, por lo que la alimentación no podía efectuarse en contra de la voluntad del paciente, aunque sí en caso de que estos se hallen en un estado de inconsciencia. Finalmente, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación, estimado por la Audiencia Provincial de Madrid, en el que se reafirma “el derecho-deber de la Administración penitenciaria de suministrar asistencia médica”, aunque en ningún caso por vía bucal.

De las resoluciones en las distintas instancias podemos deducir dos líneas argumentativas: 1) aquella por la que la Administración, aún en contra de la voluntad del preso, tiene el “derecho-deber [...] de suministrar asistencia médica” (punto de vista compartido por la Audiencia Provincial y por el JVP de Soria) y 2) una segunda en la que se restringe dicho derecho-deber a momentos en los que el preso no es consciente. Existe, no obstante, una tercera interpretación que sostiene que la Administración en ningún caso puede contravenir la voluntad del paciente, aún estando inconsciente, ya que el consentimiento obtenido en tal estado estaría viciado en su origen. Pues bien, es precisamente esta última tesis la que pretenden hacer valer los demandantes en amparo, y justamente aquellas primeras en las que se apoyan tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal, cuyos argumentos van a la par.

III. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El Tribunal, sin perjuicio de lo dispuesto en preceptos internacionales³, así como en el art. 10.2 CE, y ciñéndose a los arts. 53.2 C.E. y 41.1 LOTC (arts. 14 a 29 CE, junto con la objeción de conciencia -art. 30-), queda circunscrito

3. Aquellos que se consideran violados en la demanda de amparo son: “el art. 2.2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de la ONU, art. 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales de Roma, y art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

4. Véase la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema en Chile, a propósito del conflicto mapuche (entre otras, la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 95030-2020, de 24 de agosto de 2020).

5. Muñoz Conde, F. (2009). Derecho penal: Parte especial. Ed. Tirant lo Blanch.

al examen de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 15 (derecho a la vida, a la integridad física y moral, y prohibición de la tortura y tratos inhumanos y degradantes), 16.1 (libertad ideológica), 17.1 (libertad ambulatoria) y 18.1 CE (intimidad).

III.1. DERECHO A LA VIDA (ART. 15 CE; FJ 7º)

EL DERECHO A LA VIDA (15.1 CE; FJ 7º) se configura como una “protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. De este modo, el Tribunal considera que no es sólo un derecho, sino también un deber, salvaguardar la vida, aún en contra de la voluntad del preso. Se deduce de esta afirmación que la garantía del derecho a la vida no es de carácter absoluto, tal y como señala la doctrina (Vivanco, 2014); de entender lo contrario, sería complicado argumentar la existencia de ciertas causas de justificación que disponen de la vida misma (a modo de ejemplos, véanse la legítima defensa o el aborto terapéutico). Esta concepción del derecho, que sin duda ha influido en posteriores pronunciamientos del derecho comparado⁴, merece cierto detenimiento.

Como premisa inicial, el Tribunal realiza una presunción de la **voluntad** del propio huelguista, surgiendo una escisión interpretativa en torno a lo que realmente quiere el preso. El Constitucional lo tiene claro: el único objetivo es poner fin a la dispersión y la muerte se traduciría en un fracaso rotundo en la consecución de ese objetivo (visión compartida por Muñoz Conde⁵). Para otros (Diez Ripollés, 1997), la huelga es una tentativa de suicidio (consumado, en el caso de los presos fallecidos), pues de verse frustrado el fin principal (ver satisfechas sus demandas), lo que el huelguista pasa a desear es perpetuar su protesta hasta la muerte con tal de poner al Estado contra las cuerdas. Pese a que esta equiparación entre huelga y suicidio ha sido desechada por la jurisprudencia internacional (entre otras, véanse las Sentencias de la Corte Suprema de Chile, rol 95030-2020 y 95034-2020), es innegable que la muerte es un escenario que se aventura como posible para el huelguista, plenamente conocido y tácitamente aceptado, configurándose este elemento subjetivo como una suerte de dolo eventual sobre su propio deceso.

En segundo lugar, se detiene el Pleno a “señalar la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto que no es lo mismo usar de la libertad para conseguir **finés lícitos** que hacerlo con objetivos no amparados por la Ley”. Es decir, se plantea hasta qué punto puede considerarse la huelga como tal; esto es, como medio de lucha pacífica. La huelga, herramienta concebida en sus albores como último recurso del preso frente al Estado totalitario, es ejercida a la inversa, por el preso terrorista frente al Estado democrático (Serrano, 2006)⁶.

Aunque la finalidad de la huelga pueda resultar pertinente en un plano moral, filosófico, o incluso religioso, desde luego no está tan claro hasta qué punto reviste de relevancia jurídica, campo en el que las convicciones mostradas por el recluso no deben convertirse en ninguno de los casos en justificación de trato discriminatorio por parte de la Administración. Es más, si aislamos este argumento vemos como pierde fuerza: afirmar que sí, y solo sí, una huelga persigue un fin ilícito, entonces está justificada la alimentación forzosa, supone que en el hipotético caso de que una huelga persiga un fin lícito, desaparecería la justificación para actuar. ¿Dónde quedaría el deber de cuidado de la Administración para con esos huelguistas?

Ahondando en esta idea, es interesante la reflexión del Magistrado Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer en su voto particular, que entiende precisamente que el sujeto que se pone en huelga de hambre lo hace como último recurso para combatir una circunstancia considerada injusta, pero que es amparada por la ley. De ello deduce el magistrado disidente que, “por su propia lógica la huelga de hambre persigue objetivos que no pueden obtenerse normalmente a través de las vías judiciales”. Es decir, que toda huelga de hambre irá encaminada a modificar una situación amparada por la ley y, por tanto, es peligrosa la argumentación del Tribunal, pues toda huelga de hambre podría considerarse ilícita.

III.2. DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL (ART. 15 CE; FJ 8º)

En el siguiente fundamento jurídico -DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL (15.1 CE; FJ 8º)- sí se reconoce un menoscabo a dichos bienes dignos de protección; sin embargo, esta vulneración tiene una “justificación constitucional”. Con motivo del conflicto entre los dos derechos constitucionalmente protegidos, se exige una **ponderación** entre ambos. Para ello, el Pleno justifica la proporcionalidad de la medida en su triple dimensión, tal y como exige su propia jurisprudencia (SSTC 11/1981, 2/1982, 53/1986, entre otras): idónea, dado que evita la muerte del huelguista; necesaria, en tanto que no existe forma alternativa de evitarla -salvo cediendo a las presiones del preso, claro está-; y proporcional en sentido estricto, pues la vida resultaría claramente más dañada que la integridad física y moral⁷.

A continuación, y este es el eje central de la constitucionalidad de la alimentación forzosa, se hace hincapié en la “**relación de sujeción especial**” del preso frente a la Administración Penitenciaria (ex art. 210 de la Reglamentación Penitenciaria de 1996, que faculta esta intervención en contra de la voluntad). Por tanto, una vez más cabe deducir, a sensu contrario, y esto es aceptado por la doctrina, que, en caso de inexistencia de relación de sujeción especial, no cabe dicha alimentación (Muñoz Conde, supra), tal y como ocurre en el ámbito del rechazo a tratamientos médicos o del suicidio.

Este planteamiento puede entrar en conflicto con el art. 25.2 CE⁸, del que se desprende una atribución de derechos al preso, a pesar de que habilite a la ley penitenciaria para limitarlos. Además, esta hipotética perturbación del derecho estaría amparada en el citado precepto del Reglamentación Penitenciaria, “única norma legal, además de la doctrina del Tribunal Constitucional, que posibilita hoy en España un tratamiento médico en contra de la voluntad de una persona” (García-Guerrero, 2013). Nos encontramos con que una norma de rango administrativo, como es un reglamento, estaría limitando lo dispuesto en una norma de rango jerárquicamente superior, como es la Constitución.

6. En el caso estudiado, el Estado no cedió a las presiones de los presos, lo cual desembocó en una represalia terrorista contra aquellos profesionales que, en el ejercicio de un deber profesional, alimentaron a los pacientes, como ocurrió con D. José Ramón Muñoz, médico del Hospital Miguel Servet de Zaragoza, asesinado a manos del GRAPO.

7. En el fondo, el fundamento que subyace no es otro que la preeminencia del derecho a la vida, “por constituir la estructura de plausibilidad sobre la que pueden ejercerse por los particulares y protegerse por el Estado el resto de los derechos, lo que constituye una afirmación lingüísticamente afinada de la evidencia palmaria de que respecto de una persona muerta el resto de los derechos constitucionalmente garantizados carece de todo sentido” (Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol Nº 103-2009).

8. “El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.”

III.3. PROHIBICIÓN DE LA TORTURA Y LOS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES (ART. 15 CE; FJ 9º)

Por lo que respecta a la PROHIBICIÓN DE LA TORTURA (15 CE; FJ 9º), “este Tribunal tiene dicho que para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes es necesario que «éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de condena» (SSTC 65/1986 y 89/1987)”.

Para demostrar que el empleo de la alimentación forzosa no constituye ni tortura ni trato inhumano, se alega el cumplimiento de ciertos requisitos, que podrían sintetizarse en: **objetivo perseguido, medio empleado y prolongación del sufrimiento**. La Administración parece ajustarse de forma intachable a las pautas marcadas por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de Nueva York, de 10 de diciembre de 1984: es decir, el objetivo perseguido es lícito, pues pretende salvar una vida -y lo consigue-, el medio empleado es proporcional y ajustado a la *lex artis* al excluirse la vía bucal y emplearse en contra de su voluntad tan solo en estados de inconsciencia y, en definitiva, cabe pensar que no se alarga el sufrimiento sino que se “prolonga la vida”.

Sobre este último aspecto los recurrentes exponen dos motivos a tener en consideración. El primero se relaciona con la percepción de que prolongar la vida puede suponer en consecuencia prolongar la angustia; sin embargo, siendo consciente de que este debate tiene un claro componente subjetivo, poco puede reprochársele al fallo. Cosa distinta es la prolongación en su sentido material, es decir, llevar a cabo una alimentación forzosa que no sea transitoria sino **constante e incluso reiterativa**. Este extremo lo aborda el Magistrado Rodríguez-Piñero en su voto discrepante, entendiendo que la prorrogación indefinida de dicha medida es verdaderamente complicada de llevarse a cabo “sin colocar a la persona en una situación degradante y contraria a su dignidad humana”.

IV. DERECHO A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA (ART. 16.1 CE; FJ 10º)

Continúa la sentencia negando una supuesta violación al DERECHO A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA (16.1 CE; FJ 10º):

9. Una doctrina minoritaria huelga y eutanasia. Sin embargo, ambas figuras difieren a priori tanto en sus elementos subjetivos, ver satisfechas sus demandas versus voluntad de morir; como en los presupuestos objetivos, estado de salud grave pero subsanable frente a “enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante” [art. 5.1.d) LO 3/2021)].

“aun reconociendo el trasfondo ideológico que late en la huelga de hambre de los recurrentes, es innegable que la asistencia médica obligatoria [...] no tiene por objeto impedir o poner obstáculos a la realización y mantenimiento de la huelga [...] sino que va encaminada exclusivamente a defender la vida de los reclusos”.

Conclusión que resulta totalmente lógica, pero que puede entenderse en contradicción con el fundamento jurídico séptimo, donde se señala, como ya vimos anteriormente (III.1), “la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica”. Es decir, se afirma que la alimentación forzosa no persigue combatir el trasfondo ideológico de la huelga y, sin embargo, se justifica la alimentación forzosa en base a que la huelga persigue un fin ilícito.

IV.1. DERECHO A LA LIBERTAD (ART. 17.1 CE; FJ 11º)

En el penúltimo fundamento se expone que, “según reiterada doctrina de este Tribunal [...] la libertad personal protegida por este precepto es la «**libertad física**». La libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general [...] que es un valor superior del ordenamiento jurídico -art. 1.1-” Por tanto, “la **libertad de rechazar tratamientos terapéuticos**”, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona no puede entenderse incluida en la esfera del art. 17.1 de la Constitución”, y por ello no sería susceptible de protección en amparo.

Sin embargo, hay autores que observan una clara vulneración de la libertad física, teniendo en cuenta que el tratamiento se impone por la fuerza. El profesor García Guerrero (2013) apunta que “la obligación de la Administración Penitenciaria termina ante la renuncia a los cuidados médicos de los internos”. En una línea similar, el Magistrado Leguina Villa discrepa de la mayoría argumentando que la libertad física “protege a todos no sólo, según dice la Sentencia, frente a detenciones, condenas o internamientos arbitrarios, sino también frente a cualesquiera medidas de coerción o uso de la fuerza”.

IV. 2. DERECHO A LA INTIMIDAD (ART. 18.1 CE; FJ 12º)

Al término de los fundamentos de derecho, el Pleno desarticula las pretensiones de violación del

DERECHO A LA INTIMIDAD (18.1 CE; FJ 12º). Brevemente, se admite la integración de la “*intimidación corporal*” en lo recogido por dicho precepto, pero se considera que la alimentación forzosa “no puede incluirse cabalmente entre las indagaciones o pesquisas a las que, de acuerdo con la doctrina constitucional citada, puede oponerse el derecho a la intimidad”, por lo que también se desestima este presunto ilícito constitucional.

V. CONCLUSIONES

Siendo consciente de la delicadeza del conflicto, el propio Tribunal admite que “trasciende del campo de lo jurídico para internarse en el mundo de la axiología, en el que afecta a creencias y sentimientos profundamente arraigados en la conciencia del ser humano, suscitando polémica doctrinal, muy variada y a veces irreconciliable, en la que están en juego concepciones distintas del sentido de la vida humana” (STC 120/1990, FJ 5), y propone la solución más “conforme con nuestra Constitución”.

El Pleno interpreta que “no hay conflicto posible pues solo la vida compatible con la libertad es objeto de reconocimiento constitucional”. Para ello, se hace uso de numerosos argumentos, destacando los cinco siguientes: 1) no existe un derecho a la muerte, 2) la ilicitud de la huelga es justificación para la intervención por parte de la Administración, 3) la posición garantista de la Administración justifica esa especial relación de sujeción, 4) la inexistencia de prolongación de sufrimiento y, por último, 5) la imposibilidad de encuadrar dentro de la libertad física la negativa a recibir un tratamiento.

Del análisis de los argumentos empleados se deducen las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- No podemos negar en rotundo la existencia en la actualidad de un derecho subjetivo a la muerte, pues, aunque se contempla en casos muy tasados, parece existir cierta tendencia legislativa a flexibilizar cada vez más los requisitos para ejercer

dicho derecho (véase la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia).

SEGUNDA.- Es atrevido supeditar la actuación administrativa a la licitud de la huelga, ya que en un supuesto de licitud la Administración no contaría con esta justificación para intervenir.

TERCERA.- La relación de sujeción especial se ampara en el Reglamento Penitenciario, de rango infralegal y dudosa compatibilidad con el 25.2 de la Constitución.

CUARTA.- Prolongar una vida indigna puede significar dilatar una situación de sufrimiento contraria a la dignidad humana, tal y como señala en su voto particular el Magistrado Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

QUINTA.- Parte de la doctrina entiende que forzar la alimentación tras una negativa por parte del paciente atenta contra su libertad física, y no contra una mera “libertad a secas” no merecedora de protección en amparo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA-GUERRERO, J. La huelga de hambre en el ámbito penitenciario: aspectos éticos, deontológicos y legales. *Rev. Esp. de sanidad penitenciaria*, 1 (2013): 8-15. https://scielo.isciii.es/pdf/sanipe/v15n1/O3_especial1.pdf
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal: Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- RIPOLLÉS, J. L., LAURENZO, P. Y GRACIA, L. *Comentarios al Código penal: parte especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- SERRANO, J. M. Sentencias constitucionales sobre la muerte digna. *Persona y Derecho*, 54 (2006): 229-256. <https://dadun.unav.edu/handle/10171/14620>
- VIDAL, M. *Ética civil y sociedad democrática*. Bilbao: Desclee De Brouwer, 1984.
- VIVANCO, A. “Disposición sobre la vida humana y principios constitucionales: análisis del caso chileno”. Tesis doctoral, Universidad de la Coruña, 2013. <https://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v21n1/art22.pdf>

DERECHOS SOBRE LAS OBRAS DE ARTE

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 18/01/2013 (371/2013)

ALONSO SÁNCHEZ MARTÍN

Estudiante de 2º de Derecho y ADE en la Universidad de Huelva

Introducción

La creación de una obra artística conlleva de forma implícita, el origen de una serie de derechos que pueden llegar a generar ciertas confusiones y conflictos jurídicos, ya no sólo en tanto en cuanto a su compraventa, y, por tanto, la transmisión¹ de derechos de la obra creada, sino por su relación directa o indirecta con otros que pueden verse afectados².

Por ello, en este trabajo vamos a analizar y comentar la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) de 18 de enero de 2013, que trata sobre el límite del uso de una obra de arte, en este caso, una escultura, por parte del propietario, pero no creador de la misma.

Antecedentes de hecho, origen de la demanda y sentencia de la primera instancia

El Excmo. Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano tiene a bien proceder al encargo de una escultura el 31 de octubre de 2002 a la persona de Don Narciso. En dicho contrato se especifica, entre otros datos, la ubicación en la que será establecida dicha obra.

Transcurrido un tiempo, el ayuntamiento decide trasladar la escultura hacia otro punto de la localidad,

sin haberlo consultado previamente con el autor de la obra, por lo que Don Narciso cree violado su derecho moral a la integridad de la obra³, reconocido en el Texto Refundido de la Ley de la Propiedad Intelectual (en adelante, TRLPI).

Tras la exposición de dichos actos, el Procurador D. Pablo Bustamante Esparza, como representante de Don Narciso, y en su nombre, interpone demanda contra el Excmo. Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano, con el suplico de que la parte demandada sea declarada como ilegítima para alterar la ubicación actual de la escultura, autoría de la parte demandante, y suplicando, además, la condena hacia la parte demandada, a la publicación, a su costa, del contenido total de la sentencia en dos (2) diarios de máxima difusión a nivel nacional, dos (2) diarios de máxima difusión en el País Vasco, y en dos (2) revistas especializadas en arte (de difusión nacional e internacional, respectivamente) y al pago de las costas causadas por el presente procedimiento.

Una vez interpuesta la demanda, que fue admitida a trámite, siguiéndose el procedimiento con el número de autos 476/07 de juicio ordinario, la parte demandada procedió a su contestación, remitiéndose a suplicar dicte sentencia desestimando la demanda, con imposición de costas a la demandante.

1. En nuestro Derecho, como principio general, todos los derechos son transmisibles. Así lo establece respecto de los derechos de crédito el art. 1.112 CC: Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario.

2. La LO 1/1982, de 5 de mayo, establece la necesaria prestación del consentimiento para utilizarla imagen de una persona, y en ningún caso el arte puede ser considerado como una coartada para vulnerar ese derecho de la personalidad.

3. Artículo 14.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: "Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación"

Tras la resolución, en la que se considera ilegítimo al ayuntamiento para alterar la ubicación de la escultura, y no habiendo quedado conforme la parte demandante, el procurador de los Tribunales don Pablo Bustamante Esparza, en nombre y representación de don Narciso, decide interponer recurso de casación “al amparo de los artículos 477.2 y 479.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 14º y 4º del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual⁴, art. 20.1 b) de la Constitución Española⁵ y art. 27.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶, así como la jurisprudencia que los interpreta.”

Si revisamos los artículos en los que se basa la interposición de este recurso, podemos observar cómo no se menciona de forma expresa nada referente a la ubicación de la obra, de hecho, la controversia radica plenamente en que, aunque en el contrato mediante el cual se le encarga la escultura a don Narciso, se menciona la ubicación precisa de la obra, y se especifica la imposibilidad de situarla en otro lugar debido a su tamaño y peso, no podemos certificar que se esté violando el derecho moral a la integridad de la obra, pues en ningún momento se está viendo afectada la autoría ni supone perjuicio alguno a sus legítimos intereses ni la reputación del artista.

Por ello, la defensa del ayuntamiento con respecto a la demanda se centraba en la no prohibición de movimiento o cambio de ubicación de la obra, aunque se mencionara de forma expresa el lugar de colocación, afirmando que “su eventual traslado no necesariamente violentaba ni menoscababa los intereses o la reputación del autor y, que el interés público podía superponerse a los mismos, máxime si el entorno se modificaba con objeto de atender intereses públicos de mayor rango”.

De esta manera, la sentencia de la primera instancia estimó en parte la demanda desde la parte contractual, pues las partes se habían comprometido a que

la estatua se colocase en el lugar concreto en el que se encontraba emplazada, aunque rechazó la condena a mantener la estatua en su ubicación y la pretensión de publicación de la sentencia como pedía la parte demandante. Y en relación con el derecho de autor, esta parte quedó desestimada, pues se entendía como no vulnerado este derecho moral al trasladar la escultura, y en caso contrario, prevalecía el ejercicio de la potestad dominical⁷ del ayuntamiento. Esta segunda parte es la que tiene quizás más controversia y puede ser más objeto de debate, pero en este caso el juez resolvió que no había violación en el derecho moral que se menciona con anterioridad.

Segunda instancia y recurso

La parte demandante no quedó conforme con la primera sentencia, por lo que decidió recurrir a una segunda instancia, que estimó la prohibición de modificar la ubicación de la escultura, siguiendo la base contractual pero que desestimó, al igual que la anterior, la publicación de la sentencia. Además, en relación con el derecho de autor, se pronunció expresando que no se veía violado el derecho moral del autor a la integridad de la obra, negando así que el traslado de la estatua pudiera suponer la violación del derecho moral del demandante a la integridad de la obra, lo que dependería de las circunstancias del traslado, la nueva ubicación de la escultura, el entorno que presida, la posibilidad exhibitoria respecto de los ciudadanos y otras. Esta conclusión se remite a la falta de datos sobre ese posible “daño” que podría ser causado a la obra en el traslado.

Dado que los pronunciamientos sustentados en el contrato y los que tienen su fundamento en la propiedad intelectual, externamente coinciden (nos referimos a la declaración del derecho a que la escultura se mantenga en la misma ubicación y la prohibición de trasladarla a otro lugar), la estimación de la “acción contractual”

4. Artículo 14. Contenido y características del derecho moral.

Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:

1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.

2.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

5. Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos

A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción

A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

6. “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

7. La Potestad Dominical, es la relación subordinante que tiene el Amo o Dominus sobre el Esclavo o Sclavus, entendiéndose en este caso al ayuntamiento como Dominus, y al ciudadano como Sclavus.

podría dejar sin interés la obtención de idéntico pronunciamiento, puesto que en las dos anteriores instancias se ha venido a referir a esta acción, pero con base en el derecho de autor. El diferente contenido y naturaleza de los derechos que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a quienes contratan, y a quienes crean (en los que confluyen los derechos patrimoniales con un importante conjunto de derechos morales irrenunciables e imprescriptibles, susceptibles de ejercicio erga omnes, <<Significa que las normas, actos o contratos se aplican a todos los sujetos, en contraposición con los actos y negocios inter partes (entre la partes) que sólo afectan a aquellas personas que concurrieron a su celebración. Para que un contrato sea oponible a tercero y tenga efectos más allá de inter-partes, han de concurrir en él ciertas formalidades que normalmente tienen fines probatorios, como haber sido inscritos en un registro público.>>⁸), justifica el interés legítimo de don Narciso para mantener el recurso con la finalidad de obtener un pronunciamiento formalmente coincidente con el sustentado en el contrato, pero con base en diferente causa de pedir.

Recurso de casación

“Al amparo de los arts. 477.2 y 479.4 LEC, se denuncia la vulneración del art. 14.1 ° y 4º del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, art. 20.1 b) CE y art. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como la jurisprudencia que los interpreta”. De esta manera se ha interpuesto el recurso de casación, sin embargo, no ha especificado en qué, ni porqué se ha vulnerado su derecho a decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma, ni las razones por las que se debiera proceder a la condena del Ayuntamiento a la publicación de la sentencia, por lo que el recurso queda centrado en decidir si la pretensión de que se declare que el derecho moral de don Narciso a la integridad, comprende que no se altere la ubicación de su obra escultórica y si tal derecho tiene carácter tan absoluto que, en caso de conflicto, prevalece sobre cualquier otro derecho o interés legítimo. Sobre esto, la sala ha valorado cuatro puntos, que podríamos considerar de especial interés:

- La integridad de las obras creadas para ser ubicadas en un lugar específico. Bien sabemos que la propiedad intelectual de una obra artística corresponde al autor por el solo hecho de su creación, en este caso, hablamos de una escultura, por ello se contempla que

el autor tenga la facultad de “exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación”. Además, aunque el autor de la obra no sea ya el propietario, “el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de esta o cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”. Y, por último, cabe la posibilidad también de que haya obras, conocidas como “site- specific works”, es decir, que la propia obra de arte está concebida para ser emplazada en un sitio concreto, pues eso forma parte de la propia obra.

- El proceso de comunicación y la identidad en las obras de arte. Podemos considerar al arte como “El inicio de un proceso de comunicación en el que la obra cobra vida propia y se independiza relativamente de la intención subjetiva de su autor”. Por tanto, cuando se realiza una modificación del lugar, puede que se esté alterando ese proceso de comunicación característico de la obra, y podríamos estar hablando de una violación de su integridad.

- La concurrencia de derechos sobre las obras de arte. El artículo 3 TRLPI dispone que “los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual”. Además, podría darse el caso de que el soporte material en el que se encuentra fijada la obra sea propiedad de un tercero, por lo que en este caso deberán coordinarse el derecho de autor con el del propietario.

- La función social de la propiedad y el derecho de acceso a la cultura. Lo último que hay que tener en cuenta es que cuando una creación está adornada de aquellas características que la hacen susceptible de ser calificada como obra de arte, entra en el patrimonio de la comunidad cuyo acceso a la cultura debe ser tutelado de conformidad con lo que dispone el artículo 44.1 de la Constitución que asigna a los poderes públicos la promoción y tutela del acceso a la cultura “a la que todos tienen derecho”, lo que exige, como requisito, que no sean destruidas aquellas creaciones que conforman el patrimonio cultural de la sociedad salvo supuestos excepcionales.

8. Alejandro Tofiño Padrino, *División judicial de la cosa común y extinción del proindiviso*, (Madrid:Bosch, 2022)

Estimación y fallo

Una vez admitido el recurso explicado con anterioridad, la sala estimó en parte el mismo.

En primer lugar, y con respecto a la ubicación de la obra, se expresa que tal y como procede en la acción contractual en la que se acuerda el emplazamiento específico de la escultura, y habiendo manifestado la parte demandante la “imposibilidad de colocación en otro lugar” en el contrato, se concluye que la obra está realizada para un lugar determinado, por lo que no será posible su movimiento, y además, se extiende a la tutela de la ubicación de la obra en el emplazamiento para el que fue específicamente creada, como derecho distinto del consistente en que la exposición de la obra se realice en condiciones que no perjudiquen su honor o reputación profesional regulado en el artículo 56.2 TRLPI.

En segundo lugar, tratando la ponderación de los intereses en juego, y cuando se trata de una creación para una ubicación específica, debe presumirse que su desplazamiento a otro lugar interfiere de forma sustancial en la interpretación de la obra, al extremo de que puede suponer una mutilación y llegar a justificar la oposición a su exhibición en otro entorno, con carácter abstracto (único que se puede plantear) ya que, como indica la sentencia recurrida se desconoce si el Ayuntamiento tiene prevista otra ubicación concreta, aunque no cabe descartar en principio la posibilidad de situarla en un entorno que no implique interferencia en el diálogo entre el autor y el público mediante la obra de arte, pero en este caso no viene expresado. Este aspecto puede ser extensamente desarrollado, pero en definitiva, estimaron que:

- a) El derecho del autor de la obra plástica, creada para ser colocada en un lugar específico, comprende el derecho a que no se modifique su ubicación.
- b) La alteración del lugar de ubicación vulnera el derecho del autor a la integridad de la obra y afecta a

sus legítimos intereses, aunque se exhiba en condiciones que no supongan un perjuicio a su reputación.

c) La integridad de la obra creada para un lugar específico no se vulnera necesariamente cuando se sitúa en otra ubicación, si la modificación del emplazamiento no interfiere en el proceso de comunicación entre el artista mediante su obra y la comunidad.

d) El derecho del autor a la integridad de la obra puede comportar el de que no se exhiba en una ubicación distinta a aquella para la que fue creada, pero no es absoluto. e) El derecho del autor, al igual que el del propietario del soporte material, debe ejercitarse de buena fe, de forma no abusiva ni anómala y debe coordinarse con los del propietario del soporte material y los de la comunidad.

f) La decisión en supuesto de conflicto debe ser el resultado de la ponderación del caso concreto.

Por todo ello, el fallo fue la estimación en parte del recurso interpuesto por don Narciso en cuanto a la declaración del derecho moral de don Narciso a que no se modifique la ubicación de la escultura creada, mientras que se desestima en parte y se declara que no da lugar a prohibir la modificación de su emplazamiento de forma absoluta y en ninguna circunstancia, además no se procede a imponer las costas causadas por el recurso de casación interpuesto y estimado en parte.

Conclusiones

¿Qué derechos son propios del autor de la obra y prevalecen siempre? ¿Hasta qué punto puede el propietario de una obra actuar con ella? Una vez analizada con detalle esta sentencia, podríamos hacer alguna reflexión sobre estas dos preguntas, concluyendo con que la reputación del autor y la intención con la que fue creada su obra debe prevalecer siempre, y que el propietario puede actuar con ella en lo que no atente con lo anterior mencionado, recogidos todos los derechos en la CE, TRLPI, LEC, etc.

RECONOCIMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA POR ACCIDENTES DE NATURALEZA DIFERENTE A LA DE TRÁFICO

Concurrencia de requisitos del art. 2.1 de la ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita

SOFÍA COLLADO MARTÍNEZ

Alumna del Máster en Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Carlos III de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 2.i) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita -anterior artículo 2.h)- reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita, con independencia de la existencia de recursos para litigar, a quienes a causa de un accidente acrediten secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos.

A pesar de la, a priori, clara y amplia redacción del artículo, la interpretación de la palabra “accidente” generó no pocas controversias en los tribunales que dieron lugar al pronunciamiento del **Tribunal Constitucional en la Sentencia 86/2022, de 27 de junio de 2022**.

Así, es preciso señalar con carácter previo al análisis del fondo del asunto que, la interpretación del artículo 2.h) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita -en adelante, LAJG- se realizaba de diferente forma en virtud del Tribunal que resolviera¹. Mientras que algunos tribunales denegaban la solicitud de asistencia jurídica gratuita al considerar que la palabra “accidente” se circunscribía solo a accidentes de tráfico²; otros estimaban la solicitud por interpretar que supuestos de accidentes diferentes a los de tráfico, como por ejemplo las negligencias médicas, se encontraban amparados por el art. 2.h) LAJG³.

De este modo, resulta imprescindible poner de manifiesto que aquellos tribunales que denegaban la asistencia jurídica gratuita por efectuar una interpretación restrictiva del referido artículo vulneraban el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del reclamante (art. 24.1 CE), en su dimensión del derecho de acceso a la jurisdicción, en relación con el derecho a la gratuidad de la justicia (art. 119 CE).

1. Sardinero García Carlos y Fernández Bermejo, Tamara. “Justicia Gratuita para litigar por daños derivados de la asistencia sanitaria”. *Actualidad del Derecho Sanitario* núm. 305 (2022), pp 669-679.

2. Auto núm. 359/2016 de 3 de noviembre de 2016, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Barcelona (Autos de impugnación acuerdo Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita núm. 761/2016).

3. Auto núm. 169/2019, de 4 de noviembre de 2019, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Toledo (Procedimiento de Impugnación de Justicia Gratuita 113/2018/-L-) y Auto núm. 175/2014, de 10 de diciembre de 2014, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 6 de Valencia (Pieza de impugnación Justicia Gratuita 425/2014)

II. ANTECEDENTES DE HECHO Y ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL

Una vez introducida la problemática del asunto a tratar, se expondrán los antecedentes de hecho y el entramado procesal que llevó a que el **Tribunal Constitucional dictara la Sentencia 86/2022, de 27 de junio de 2022**, sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la jurisdicción) por denegación del beneficio de justicia gratuita resultante de una interpretación restrictiva que reducía los supuestos de accidentes exclusivamente a aquellos causados por el tráfico.

En este orden de ideas, los antecedentes tuvieron lugar de la siguiente manera:

En primer lugar, con fecha 27 de marzo de 2019, el reclamante solicitó la concesión del derecho a la asistencia jurídica gratuita ante el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, con objeto de interponer una demanda de responsabilidad civil, en concreto, demanda de acción directa del artículo 76 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, en reclamación de los daños y perjuicios derivados de la mala praxis médica ocasionada por el retraso en el diagnóstico de la malformación arteriovenosa que sufría su hijo menor de edad y que, a su juicio, le terminó ocasionando un **accidente cerebrovascular agudo y graves secuelas**.

Tras la solicitud del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, desafortunadamente, el recurrente vio insatisfechas sus pretensiones en reiteradas ocasiones.

Primero, por la Comisión de Asistencia Jurídica de Madrid, que desestimó la solicitud con base en el art. 5 de la LAJG, al considerar que el solicitante no se encontraba dentro del ámbito de aplicación de la referida ley por superar los ingresos mínimos establecidos.

Luego, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, mediante auto de 20 de enero de 2021, que acordó mantener la resolución anterior por considerar que la reclamación pretendida no se encontraba comprendida en el artículo alegado (art. 2.h LAJG), ya que este se refería a accidentes de circulación y no a negligencias médicas.

En estas circunstancias, el reclamante formuló incidente de nulidad de actuaciones contra el anterior auto en el que alegó que el mismo producía:

De un lado, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y del derecho

de defensa (art. 24.2 CE), por haber efectuado una interpretación restrictiva del art. 2.h) LAJG, al entender el órgano judicial que el término accidente se refería exclusivamente a accidentes de circulación, pese a que el tenor literal del precepto solo recogía "accidente". En este punto conviene, por su relevancia, citar textualmente el contenido del incidente de nulidad de actuaciones: *"Si el legislador hubiera querido restringir el supuesto del art. 2.h) a quienes hubieran sufrido un accidente de circulación, así lo hubiera regulado, pero no lo ha hecho. Por ello la única interpretación conforme a la legalidad y a la Constitución, es una interpretación amplia del término accidente"*.

De otro, la vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En este aspecto, entendía el recurrente que, al verse impedido para reclamar la indemnización de daños y perjuicios, se estaba vulnerando su integridad física y moral, por imposibilitar la decisión del Auto que se le restituyeran los daños personales y morales.

A continuación, por providencia de 24 de marzo de 2021, se inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones, produciéndose de nuevo la desestimación de las pretensiones del recurrente.

Por último, con el propósito de que se le reconociera el derecho a la asistencia jurídica gratuita de acuerdo con el art. 2.h) LAJG, y a fin de evitar que se vieran vulnerados sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y derecho de defensa (art. 24 CE), así como a la igualdad (art. 14 CE) y a la integridad física y moral (art. 15 CE), el recurrente formuló recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue admitido a trámite por providencia de su Sección Segunda, con fecha 7 de febrero de 2022.

Llegados a este punto, resulta indispensable hacer alusión a la especial trascendencia constitucional justificada en la demanda de amparo que llevó a la estimación del recurso por el Tribunal Constitucional.

Así, la demanda de amparo justificó la especial trascendencia constitucional en:

1. La ausencia de doctrina del Tribunal Constitucional -por infracción del artículo 24 CE en su vertiente de indefensión y denegación de tutela judicial efectiva- que trajera causa de la denegación del reconocimiento del beneficio de justicia gratuita a un discapacitado, a la hora de valorar si el término "accidente" recogido en el art. 2.h) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita se refería a cualquier

tipo de accidente o, en exclusiva a los accidentes de tráfico.

2. El problema que tal situación planteaba con respecto a un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no existía doctrina del Tribunal Constitucional: la frecuencia con la que los tribunales decidían denegar el beneficio de justicia gratuita a discapacitados por considerar que la norma solo protegía a los perjudicados por accidente de tráfico

3. El incumplimiento reiterado por la jurisdicción ordinaria de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, de conformidad con el apartado e) del fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio.

Finalmente, es preciso destacar que el Ministerio Fiscal, por escrito de 19 de mayo de 2022, solicitó que se otorgara el amparo, se reconociera la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de acceso al recurso y al derecho a la gratuidad de la justicia (art. 119 CE), y se declarara la nulidad del auto de 20 de enero de 2021, con retroacción de actuaciones para que se resolviera sobre el reconocimiento de beneficio de justicia gratuita.

Junto a lo anterior, el Ministerio Fiscal consideró que al hablar la norma de “accidente” sin efectuar más precisiones, el auto impugnado realizaba distinciones donde la ley no lo hacía, impidiendo así el acceso a la jurisdicción y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Después de haber planteado los antecedentes de hecho, se analizará el fondo de la **Sentencia del Tribunal Constitucional 86/2022, de 27 de junio de 2022**: su fallo y fundamentos jurídicos.

a) Vinculación entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho de acceso a la jurisdicción. Especial atención al cumplimiento del principio *pro actione*.

El principal fundamento jurídico que sostiene la estimación del recurso de amparo se centra en evidenciar la vinculación entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho de acceso a la jurisdicción. De este modo, sustenta el Tribunal Constitucional que si se denegara la gratuidad de la justicia a quien cumple los requisitos legalmente previstos y pretende formular

sus pretensiones u oponerse a las contrarias en la vía procesal, se estaría quebrantando al propio tiempo su derecho de acceso a la justicia, por lo que es plenamente aplicable el principio *pro actione*.

En este sentido, determina el Alto Tribunal que, a pesar de que el acceso a la jurisdicción esté sujeto a una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde resolver a los jueces y tribunales, el control constitucional de las decisiones de inadmisión ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos supuestos del principio *pro actione*. Recuerda así que dicho principio es de obligado cumplimiento por los jueces y tribunales e impide que las interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida.

Adquiere trascendencia en este punto la obligación, de acuerdo con el principio *pro actione*, de los órganos judiciales de aplicar las normas que regulen los requisitos y presupuestos procesales de acceso a la jurisdicción tomando en consideración el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando así cualquier exceso formalista que los convierta en obstáculos procesales impeditivos del acceso a la jurisdicción garantizado en el art. 24 CE.

b) Vulneración del auto de 20 de enero de 2021 del derecho a la tutela judicial efectiva del reclamante en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, en relación con el derecho a la gratuidad de la justicia (art. 24.1 y 119 CE).

Por lo que respecta a este fundamento, y en estrecha relación con el principio *pro actione* mencionado en el apartado anterior, dispone la Sentencia que el derecho a la asistencia jurídica gratuita es un derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE cuya finalidad principal es el acceso a la justicia para quienes reúnan las concretas condiciones de ejercicio establecidas por el legislador. En este sentido, determina la misma que en el ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción es plenamente aplicable el principio *pro actione*, por lo que se debe excluir toda interpretación de los tribunales acerca de los requisitos de admisión del derecho a la justicia gratuita que, por su rigorismo, formalismo excesivo, o cualquier otra causa “*muestren una palpable desproporción entre los fines que aquellos motivos protegen y los intereses que sacrifican obstaculizando con ello injustificadamente que el justiciable pueda solicitar la tutela de los tribunales ordinarios*”.

En este orden de ideas, y con objeto de evidenciar la patente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la que incurrió el auto de 20 de enero de 2021, la Sentencia del Tribunal Constitucional 86/2022, de 27 de junio de 2022, enunció varios motivos fundamentales:

1) La interpretación limitativa del término accidente recogido en el art. 2.h) LAJG en contra del principio *pro actione*, al encorsetarlo en el ámbito de los accidentes de tráfico, provocando así la limitación del derecho de acceso a la justicia del reclamante, quien fue perjudicado por un accidente distinto al de tráfico -en concreto, por una negligencia médica-.

2) La desatención del auto a la finalidad de la norma, cuyo objetivo principal perseguía permitir el derecho a la justicia para reclamar los daños personales y morales sufridos por un accidente, prescindiendo de la existencia de recursos económicos para litigar.

3) La desproporción y obstaculización injustificada a la justicia en la que incurrió el citado auto, al preponderar los recursos económicos del justiciable frente a la excepción a la regla general, que le permitía el acceso gratuito a la justicia para reclamar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la mala praxis médica ocasionada por el retraso en el diagnóstico de la malformación arteriovenosa que sufría su hijo menor de edad y que, le terminó ocasionando un accidente cerebrovascular agudo y graves secuelas.

En definitiva, por los motivos expuestos, la Sentencia estimó el recurso de amparo y reconoció la vulneración del derecho del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva en su dimensión del derecho de acceso a la jurisdicción, en relación con el derecho a la gratuidad de la justicia (art. 24.1 CE y 119 CE).

IV. CONCLUSIONES

A raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 86/2022, de 27 de junio de 2022, se ha puesto

fin a la disparidad de criterios de los juzgados y tribunales ordinarios a la hora de interpretar el término “accidente” contenido en el art. 2.i) LAJG.

Del mismo modo, se ha fijado doctrina en virtud de la cual se ha de interpretar de forma extensiva el actual artículo 2.i) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, reconociendo así el derecho de acceso a la justicia gratuita, con independencia de la existencia de recursos para litigar, a quienes hayan sufrido accidentes diferentes a los de tráfico, ya sean laborales, negligencias médicas o de cualquier otra naturaleza que les impida ejercer su profesión habitual y el objeto del litigio sea la reclamación de los daños y perjuicios sufridos.

Resulta especialmente interesante la aplicación del principio *pro actione* en la presente sentencia, pues pone de manifiesto de forma taxativa la obligación de su observancia por parte de jueces y tribunales; quienes deben apartarse de realizar interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso que obstaculicen injustificadamente el derecho de los justiciables a que los órganos judiciales conozcan o resuelvan en Derecho sobre las pretensiones a él sometidas.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.
2. Ley 50/1980 de Contrato de Seguro.
3. Revista Actualidad del Derecho Sanitario, núm. 305, julio-agosto de 2022.
4. Constitución Española

CASTELLANO Y CATALÁN EN LAS AULAS ¿CUÁL PESA MÁS?

Comentario a la STSJC, Sala de lo Contencioso-Administrativo,
de 16 de diciembre 2020 (5201/2020)

MERCEDES FUSTER MARTÍNEZ

Estudiante del Máster universitario de acceso a la Abogacía en la Universidad Carlos III de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

El fin de este trabajo es comentar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (en adelante, TJSJ) de 16 de diciembre de 2020, que lejos de ser una resolución más, y de parecer poco reciente, es de gran relevancia jurídica, porque impone el porcentaje de 25% del castellano para todo el sistema educativo catalán, a diferencia de resoluciones anteriores que lo hacían para solicitudes en casos concretos; y además, es una cuestión de gran actualidad, dado que su ejecución es, a día de hoy, problemática.

2. DESCRIPCIÓN DEL CASO Y ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Esta sentencia trae causa del recurso interpuesto el 24 de abril de 2015 por la Abogacía del Estado, en representación del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en el que impugnan dos cuestiones:

Una de ellas es la solicitud de anulación de la resolución de preinscripción de alumnos ENS/280/2015, al considerar que restringe el uso del castellano al primer curso de enseñanza infantil. El recurso no será estimado en este aspecto, puesto que en la preinscripción no había un derecho de opción entre castellano o catalán, sino un sistema de apoyo lingüístico individualizado, de acogida, a los alumnos que lo requirieran a efectos de facilitar su integración en el momento de incorporarse al sistema, perfectamente congruente con la legislación vigente.

La otra de las cuestiones planteadas, realmente controvertida, sí será estimada, y es en la que me centraré. Alegaba la Abogacía del Estado que había una inactividad de la Generalitat en cuanto a la aplicación de los artículos 3.1, 14 y 27.1 de la Constitución Española (en adelante, CE), así como de la disposición adicional 38 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante, LOE) y por tanto, solicitaba que se adoptasen medidas de ejecución efectivas para que todos los alumnos recibieran la enseñanza mediante la utilización vehicular de las dos lenguas oficiales -esto es, castellano y catalán-.

Antes de entrar al fondo del asunto con estos dos motivos mencionados, el TSJC analiza dos cuestiones procesales que me parecen relevantes.

En la contestación, el letrado de la Generalitat, alegó, por un lado, que faltaba el requerimiento previo previsto en el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y el TSJC resuelve, que, sin perjuicio de que el artículo aplicable es el 44 de dicha ley, al tratarse tanto recurrente como demandado de administraciones públicas, ese requerimiento previo es potestativo, no siendo una condición de acceso a la jurisdicción.

Además, alega la carencia de legitimación de la Administración del Estado, ya que, a su juicio, solo podrían reclamar aquellos que sean beneficiarios de la prestación no desplegada, y que en este caso la recurrente de-

bería haber planteado un conflicto negativo de competencias de acuerdo con lo previsto en el artículo 71 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC). Es evidente que la enseñanza, en general, y en concreto, el uso de las lenguas oficiales es de interés general, algo que es confirmado, como asevera el TS, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al recalcar la función del Estado de regular con carácter básico el número de horas de enseñanza en castellano -STC 15/13 FJ 4-, como por la vigilancia de los derechos lingüísticos en el sistema educativo -STC 337/94-. Además, si revisamos el artículo 71 LOTC que mencionan, este conflicto de competencias aplica cuando el órgano de la Comunidad Autónoma se ha declarado incompetente, algo que no ha ocurrido en este caso.

3. APRECIACIÓN DE LA CONJUNCIÓN LINGÜÍSTICA POR EL TSJC

Una vez hechas estas precisiones, se centra el Tribunal en el debate sobre el sistema de conjunción lingüística, el cual gira en torno a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, y la Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación de Cataluña.

La disposición adicional 38 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación trata sobre el régimen lingüístico de la enseñanza en las Comunidades Autónomas que disponen de más de una lengua oficial. Así, establece que el castellano es lengua vehicular de la enseñanza en todo el Estado, y que las lenguas cooficiales lo serán en sus Comunidades Autónomas según sus Estatutos.

El artículo 35 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, por su parte, reconoce el derecho de los ciudadanos a recibir la enseñanza en catalán, que debe utilizarse normalmente como lengua vehicular y de aprendizaje.

Y finalmente, el artículo 15 de la Ley 12/09, de Educación de Cataluña, que hace referencia a la inmersión lingüística, considera el Tribunal que no significa la exclusión del castellano como lengua co-vehicular ni su reducción a una presencia residual, sino la posibilidad de una normalización lingüística del catalán.

Así, aunque no haya una lengua preferente¹, el uso vehicular de ambas lenguas no tiene obligación de ser simétrico, sino que el peso de una u otra lengua puede

adaptarse a las circunstancias, como ha admitido el Tribunal Constitucional en su STC 337/94, FJ10, y como queda recogida en el apartado 4.b) de la Disposición Adicional 38 LOE. No obstante, hay un mínimo por debajo del cual no se puede entender que el uso vehicular de la lengua alcance la condición de normal en el sistema, y se ha considerado que este mínimo se sitúa en un 25%, porcentaje, que además de la enseñanza de la propia lengua oficial, debe incluir íntegramente al menos el de otra área, materia o asignatura no lingüística curricular de carácter troncal o análogo, siendo la Generalitat la competente para determinar la aplicación de dicho régimen.

4. DECISIÓN DEL TSJC

En el caso presente, los datos aportados por el Departamento de Enseñanza muestran que el uso vehicular de la lengua castellana en el sistema de enseñanza de Cataluña es residual (*“la media de horas de utilización del castellano en los centros de enseñanza es del 18% en el caso de educación primaria, del 19% en los centros de educación secundaria obligatoria y del 26% en el caso del bachillerato”*), y *“sólo 5 de los 184 centros incluidos en la muestra imparten íntegramente en lengua castellana un 25% de las áreas o materias, de las que al menos una es troncal aparte de la enseñanza del castellano, en todos los cursos o grupos”*). Por ello, el TSJC estima el recurso en este respecto, ordenando a la Generalitat garantizar que el castellano sea la lengua vehicular, como mínimo en el 25 % de las materias.

5. RECURSOS E IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA

Como ya adelanté, esta resolución no ha tenido una ejecución pacífica, por no decir, que no la ha tenido, y es que contra esta sentencia del TSJC, la Generalitat presentó recurso de casación, pero fue inadmitido por el Tribunal Supremo el 18 de noviembre de 2021, pasando a ser firme el fallo.

Cuando el 9 de mayo de 2022 el TSJC ordena la ejecución forzosa, para que de forma efectiva e inmediata se aplicaran los porcentajes establecidos, y da un plazo de 15 días adicional para cumplirlo -esto es, hasta el 30 de mayo-, el mismo día 30 de mayo, el Gobierno de Cataluña aprueba un decreto ley, el Decreto-ley

1. El inciso “preferente” del apartado 1 del artículo 6 del Estatuto de Cataluña fue declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio

6/2022, de 30 de mayo, por el que se fijan los criterios aplicables a la elaboración, la aprobación, la validación y la revisión de los proyectos lingüísticos de los centros educativos. De estas líneas podría pensarse que este Decreto se redactó para dar cumplimiento a la sentencia, pero nada más lejos de la realidad, porque el Decreto-ley establece en su artículo 2 apartado d) la “inaplicación de parámetros numéricos, proporciones o porcentajes en la enseñanza y el uso de las lenguas”.

Es evidente que ante esta situación, el 31 de mayo, la Generalitat, y amparándose en el Decreto ley 6/2022 que acababa de aprobar para blindar el catalán, pidió que se declarara la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia del castellano en las aulas.

Días más tarde, el 9 de junio fue aprobada la Ley 8/2022, de 9 de junio, sobre el uso y el aprendizaje de las lenguas oficiales en la enseñanza no universitaria, en la que aparecía el catalán como lengua normalmente utilizada, “lengua vehicular y de aprendizaje del sistema educativo”, y la de uso normal en la acogida del alumnado recién llegado, empleándose el castellano en los términos que fijan los proyectos lingüísticos de cada centro, de acuerdo con los criterios establecidos por los apartados 2, 3 y 4. En estos apartados se dice que el alcance de la presencia de la lengua se determina exclusivamente con “criterios pedagógicos y de forma singularizada para cada uno de los centros educativos”, criterios, que además, reseña, serán fijados por el departamento competente en materia de educación.

Esta determinación singularizada (o más bien indeterminación), choca frontalmente con la imposición del porcentaje mínimo del 25%; por ello, el TSJC ha planteado hace escasos meses una cuestión de inconstitucionalidad, ya que los jueces consideran que estas nuevas normas suponen un nuevo modelo lingüístico de preferencia de catalán frente a castellano, modelo diferente e incompatible al que aplicó la sentencia, y que desde luego “no permite reconstruir la posición del castellano en paralelo a la del catalán sin incurrir en fraude de ley”.

En la cuestión se ha aducido la vulneración de ciertos artículos de la CE: artículo 3.1 referente al castellano como lengua oficial que todos los españoles tienen el deber de conocer y usar, artículo 27.1 sobre el derecho fundamental a la educación, y artículo 118 sobre la obligación de cumplir sentencias de los Tribunales. Asimismo, se considera que vulnera el propio Estatuto de Autonomía de Cataluña, ya que en su artículo 35.2 se establece que “la enseñanza del catalán y el castellano debe tener una presencia adecuada en los planes

de estudios”, y fundamentalmente porque el término “preferente” respecto del catalán como lengua, en su artículo 6, fue declarado inconstitucional.

A fecha de 26 octubre, el Pleno del Tribunal Constitucional ha admitido a trámite esta cuestión de constitucionalidad, pero mientras tanto, los trámites para ejecutar la sentencia están suspendidos.

6. COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA Y LA TENSION ENTRE EL USO DEL CASTELLANO O CATALÁN EN LAS AULAS

En primer lugar me gustaría decir, que a pesar de las opiniones personales que se puedan tener al respecto, considero que el comportamiento de la Generalitat, si bien puede ser lícito, desde luego no es ético. No me refiero al hecho de redactar Decretos-leyes cuando no hay una situación de extraordinaria y urgente necesidad, porque este es un mecanismo que ha sido utilizado en innumerables ocasiones en nuestro país, sino al hecho de redactar una ley que va en contra de una sentencia cuya ejecución está pendiente. Se vislumbra fácilmente, teniendo en cuenta el contenido antes expuesto del Decreto ley 6/2022 (eliminación de porcentajes en el uso de las lenguas), y de la Ley 8/2022 (que habla de criterios exclusivamente pedagógicos), que lejos de redactarse para dar cumplimiento a la sentencia (que imponía un 25% de cumplimiento de castellano), fue una fática realizada en aras de postergar el cumplimiento de la misma, cuyo fallo no se quería acatar.

Si la Generalitat fuera un abogado, y los que quieren que no se imponga el 25%, sus clientes, se alabaría esta técnica para evitar el cumplimiento de una sentencia que no desea cumplir. No obstante, lo que ocurre en este caso es que el cliente no es un cliente único, con un interés particular, sino que son los ciudadanos, y no sólo los que no quieren que se imponga el 25%, sino también los que desean que el porcentaje sea ese (e incluso mayor), y que además, al tratarse del idioma oficial del país, hay un interés general en ello.

En esta tesitura, y en términos jurídicos, opino, que por mucho que el pronunciamiento judicial sea más o menos acertado, más o menos justo, más favorable a unos o a otros, debe ser cumplido, y si no, parémonos a reflexionar si realmente pensamos que un país puede exigirle a los delincuentes que cumplan condena, cuando ni los propios órganos de Gobierno acatan las sentencias.

También me gustaría ir al fondo del asunto, y es que ante un incumplimiento deliberado, cabe preguntarse

por qué en este tipo de situaciones donde se pretende eludir la aplicación del derecho (insisto, sea más o menos justo, pero el acatamiento de normas es lo más lejano a la anarquía que tenemos), con una ley ordinaria autonómica (Ley 8/2022) redactada in extremis, frente a una ley orgánica estatal (LOE), hay que esperar a plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Y la respuesta está en la descentralización en materia educativa, esto es, en las competencias exclusivas sobre la enseñanza de la lengua cooficiales que tienen las comunidades autónomas, gracias al artículo 148.1.17^A CE, y que en virtud del artículo 149.3 CE, impide dar aplicación preferente a la norma estatal, y requieren del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.²

Pero además, y permitidme aquí ser crítica, por si no hubiera suficiente indeterminación con esta distribución competencial, la educación, y de ella en concreto, el idioma en el que se imparte la enseñanza, es algo con lo que se lleva jugando a lo largo de los años por los diferentes partidos políticos que llegan al poder, como si de una pelota se tratara. Así, las reglas cambian cada vez que alguien llega al mando, y ello lo vemos perfectamente reflejado en las numerosas leyes que han ido modificando la LOE.

Precisamente, cuando se dictó esta sentencia, estaba vigente la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (en adelante, LOMCE³) que añadió a la LOE la disposición adicional 38 comentada, en la que se decía que el castellano era lengua vehicular. No obstante, ahora la LOMCE está derogada y es la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre (en adelante LOMLOE⁴), la que ha modificado sustancialmente esta disposición adicional. Se ha suprimido, del apartado 1, la aseveración de que el castellano es una lengua vehicular, así como el apartado 5 en su totalidad, que establecía la supervisión por parte de la Alta inspección del Estado del cumplimiento de normas sobre utilización de lengua vehicular.

Me gustaría apuntar aquí, que curiosamente, se ha suprimido esta supervisión por parte del Estado de la

disposición adicional 38 LOE sobre “Lengua castellana, lenguas cooficiales y lenguas que gocen de protección legal”, y, sin embargo, se ha mantenido el artículo 149 de la LOE (“Corresponde al Estado la alta inspección educativa, para garantizar el cumplimiento de las facultades que le están atribuidas en materia de enseñanza y la observancia de los principios y normas constitucionales aplicables y demás normas básicas que desarrollan el artículo 27 de la Constitución”), pero, añadiendo, como matiz, que esa inspección será en las facultades que en enseñanza tenga el Estado en las Comunidades Autónomas.

Así, a priori podría parecer un defecto de técnica legislativa, ya que si se quiere eliminar esa supervisión por parte del Estado, debería de haberse suprimido también este artículo 149. Sin embargo, con la introducción de las palabras “en las Comunidades Autónomas”, deduzco que quiere dejar claro que sólo podrá el Estado inspeccionar aquellos aspectos sobre los que las Comunidades Autónomas no se hayan atribuido competencias, y recordemos que la enseñanza de la lengua cooficiales sí es una competencia exclusiva de las mismas.

De esta manera, si bien la sentencia del TSJC condenaba en 2020 a la Generalitat por inactividad en cuanto a la aplicación de los artículos 3.1, 14 y 27.1 CE, así como de la disposición adicional 38 LOE, a día de hoy, con las modificaciones que la LOMLOE introdujo en la LOE, y sin perjuicio de las violaciones de los artículos de la Constitución (que posiblemente subsistan), hay datos más que suficientes para afirmar que su conducta es perfectamente viable según lo permitido por la redacción de la disposición actual.

En definitiva, ante esta incertidumbre presente, y también futura, ya que la conjunción entre castellano y lenguas cooficiales es un tema que tiene todavía mucho por recorrer, invito a preguntaros cuál sería la mejor solución, si que el Estado hiciera uso de las competencias que ya posee -pero parece que no despliega-, con el fin de garantizar un sistema común de enseñanza en todo el territorio español⁵; o si por el contrario, es ne-

2. Fernández Farreres, G. “¿Puede el juez inaplicar la ley autonómica por razón de la prevalencia del derecho estatal?: estado actual de la cuestión”. *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 186 (2017): 47-82

3. LOMCE, conocida coloquialmente como “Ley Wert”, por José Ignacio Wert, Ministro de Educación del gobierno del Partido Popular, que la propuso

4. LOMLOE, conocida comúnmente como “Ley Celaá”, por Isabel Celaá, Ministra de Educación del gobierno del Partido Socialista Obrero Español, que la propuso

5. Esta es la opinión seguida por Aragón Reyes, M. en “Las competencias del Estado y las comunidades autónomas sobre educación”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98 (2013): 191-199

cesario, en aras de acabar con esta inseguridad jurídica que siempre intentamos evitar, que se modifique la Constitución para cambiar el reparto competencial, y así atribuir al Estado en exclusiva, competencias sobre la enseñanza.

BIBLIOGRAFÍA

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sala de lo Contencioso-administrativo 5201/2020, de 16 de diciembre 2020
- Fernández Farreres, G. “¿Puede el juez inaplicar la ley autonómica por razón de la prevalencia del derecho estatal?: estado actual de la cuestión”. *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 186 (2017): 47-82
- Aragón Reyes, M. “Las competencias del Estado y las comunidades autónomas sobre educación”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98 (2013): 191-199

ANEXO DE LEGISLACIÓN

- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
- Estatuto de Autonomía de Cataluña
- Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación de Cataluña.
- Decreto-ley 6/2022, de 30 de mayo, por el que se fijan los criterios aplicables a la elaboración, la aprobación, la validación y la revisión de los proyectos lingüísticos de los centros educativos
- Ley 8/2022, de 9 de junio, sobre el uso y el aprendizaje de las lenguas oficiales en la enseñanza no universitaria
- Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa
- Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación

SOMETIMIENTO DE MEDIDAS GENERALES DE SALUD PÚBLICA A LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2022, de 2 de junio

BLANCA IBARZ RIBALTA

Estudiante del Grado en derecho en la Universidad de Lleida

La limitación o impedimento del ejercicio de los derechos y libertades más básicos han sido el medio de sustento para la crisis sanitaria provocada por el Covid-19, convulsionando así el sistema constitucional español.

La reforma procesal, incorporada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (la «Ley 3/2020»), distribuye la competencia que en su origen radicaba única y exclusivamente a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo competentes entre; los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, cuando las medidas estuvieran dirigidas a destinatarios determinados; a las Salas de ese orden en los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos, cuando las medidas fueran de alcance general y a la Sala homóloga de la Audiencia Nacional, cuando las medidas fueran de alcance general y adoptadas por el Gobierno de la nación.

De manera simultánea, la limitación o restricción de un derecho fundamental se sustenta en el sometimiento a autorización o ratificación judicial. El debate jurídico originado en la localidad de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza) se ha elevado al Pleno del Tribunal Constitucional, que ha declarado inconstitucional la disposición legal que obligaba a las Comunidades Autónomas a solicitar autorización judicial previa y con carácter general por no respetar la separación de poderes y la exclusividad jurisdiccional.

Los hechos que dieron lugar a la sentencia que se comenta y las vicisitudes jurisdiccionales previas son, en síntesis, los siguientes:

La letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón, en representación de la administración de dicha comunidad autónoma presenta escrito el 7 de octubre de 2020 solicitando la autorización del artículo 10.8 Ley 29/1998,

de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA) respecto de un proyecto de Orden de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Aragón. La orden en cuestión se solicitaba para adoptar medidas en materia de movilidad por razones de salud pública para la contención del rebrote del Covid-19 en el municipio sito en La Almunia de Doña Godina.

El día 8 de octubre de 2020 el Ministerio Fiscal emite informe mostrando conformidad con el cierre perimetral del municipio, mientras que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón dicta auto a 10 de octubre, denegando la autorización alegando que no carecía de cobertura legal conforme al artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.

Frente al auto que deniega la autorización solicitada, se interponen sendos recursos de reposición; por parte de la letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón y por parte del Ministerio Fiscal. La Sala acuerda abrir trámite de alegaciones mediante providencia de 4 de noviembre de 2020, acerca de la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 10.8 de la LJCA, redactado por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, por posible vulneración de los preceptos constitucionales derivados de los artículos 106.1, 117.3 y 4 CE.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad mediante auto de 3 de diciembre de 2020. El 18 de diciembre tuvo entrada en el registro del Tribunal Constitucional el auto de 3 de diciembre de 2020 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Dicho auto acuerda plantear la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 10.8 LJCA. El Pleno del Tribunal Constitucional acuerda

admitir en trámite la cuestión por providencia de 16 de febrero de 2021, reservándose para su conocimiento el asunto (conforme al artículo 10.1 c) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en adelante LOTC), y acordando el traslado pertinente y publicación en el «Boletín Oficial del Estado», con fecha de 23 de febrero. El Congreso de los Diputados y el Senado se personaron ofreciendo su colaboración (art. 88.1 LOTC) a través del escrito de 23 de febrero de 2021, registrado al día siguiente y el 26 siguiente respectivamente.

El 10 de marzo de 2021 el abogado del Estado comparece y formula alegaciones mediante escrito y suplica que se dicte sentencia inadmitiendo y por ende, desestimando la cuestión de inconstitucionalidad.

Se tiene por personada la letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón, en nombre del Gobierno de esta, y por providencia de 15 de marzo de 2021 se le concede un plazo de quince días para formular alegaciones. A 16 de marzo la fiscal general del Estado presenta informe en el registro con carácter desestimatorio, inadmitiendo la cuestión de inconstitucionalidad. Tras el escrito de alegaciones (que posteriormente será analizado), fundamenta que la redacción del artículo 10.8 LJCA es de conformidad con el texto constitucional desde una vertiente tanto procesal como material.

El Tribunal Constitucional finalmente resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ de Aragón declarando inconstitucional y, consiguientemente, nulos los arts. 10.8 y 11.1, y del inciso «10.8 y 11.1 i)» del artículo 122 *quarter* de la LJCA en la redacción dada por la Ley 3/2020.

No obstante, hacen contar su disenso con el fallo mediante la emisión del voto particular los magistrados y magistradas don Cándido Conde-Pumpido Tourón, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Saéz Valcárcel y doña Inmaculada Montalbán Huertas (art 90.2 LOTC). Los cuatro magistrados firmantes de este voto coinciden en defender que la cuestión de inconstitucionalidad debería haber sido desestimada, alegando la no-afectación al principio de exclusividad y el respeto al principio de separación de poderes.

La argumentación de la sentencia objeto de este comentario se desarrolla a través de dos ejes fundamentales:

Respecto a los fundamentos materiales, es preciso examinar el contexto del que deriva la cuestión. El Covid-19 cerró las puertas del mundo y puso a prueba la adaptabilidad de los ordenamientos jurídicos en supuestos de urgencia y necesidad para la salud pública.

Partimos de un presupuesto teórico que distingue entre las normas de carácter individual o general, que separa las primeras de las segundas en que las individuales se dirigen a una pluralidad de ciudadanos determinados, mientras que las generales se dictan para un número indeterminado de ciudadanos¹. Esta distinción tiene relevancia principalmente aplicada en la práctica, pues el procedimiento de control de adecuación al ordenamiento es diferente.

A propósito de la sentencia objeto de estudio, la disposición final de la Ley 3/2020 reordenó la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, estableciendo que los juzgados de lo contencioso-administrativo tienen competencia para conocer de la autorización o ratificación de las medidas ablativas o restrictivas de derechos fundamentales, plasmadas en actos administrativos singulares.

Desde la perspectiva de preservación de la salud pública y seguridad de los ciudadanos frente a la pandemia del Covid-19, advierto de la controversia suscitada en torno a la reforma. Pues, a pesar de su original propósito garantista como instrumento de control jurídico preventivo, *ex ante*, para autorizar las medidas acordadas, ha supuesto un desequilibrio institucional, conllevando la intromisión de los poderes, y la degradación de las garantías defendidas.

Se desprende de la anterior argumentación, e introduciendo el segundo estadio analizado en el presente artículo, que los fundamentos constitucionales susceptibles de vulneración son la separación de poderes, el principio de exclusividad jurisdiccional y la potestad reglamentaria.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón reprocha el articulado de la LJCA redactado por la disposición final segunda de la Ley 3/2020 por vulneración del principio constitucional de separación de poderes.

El Poder Judicial constituye una pieza garante esencial de todo Estado de Derecho, reservándole a jueces y tribunales la función jurisdiccional. Dicha potestad consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Ahora bien, en España, el ejercicio de la potestad jurisdiccional está consagrado en el artículo 117.3 CE. Se proyecta una dimensión en sentido negativo del principio de exclusividad en su apartado cuarto, en el que justifica la intervención judicial, más allá de sus funciones, en garantía de un derecho fundamental concretamente amenazado por una actuación administrativa.

Las consideraciones del Tribunal Constitucional sobre la interpretación del artículo 117.4 CE es que se deben

1. KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. Unam, 1958.

restringir, y por ende su interpretación no puede ser extensiva. La amplia exégesis del articulado constitucional supondría en palabras del Tribunal «una desnaturalización del Poder Judicial, lo que sin duda acaecería si se entendiese que el legislador puede atribuir a los jueces y tribunales, en garantía de cualquier derecho, cualquier tipo de función no jurisdiccional, desbordando los cometidos propios del Poder Judicial.» (STC 70/2022, FJ 6).

Des del punto de vista del voto particular, su postura es firme, pues rechaza la vulneración de la división de poderes, pues entiende que «la opción de legislador es respetuosa con el principio de separación de poderes y con la legítima finalidad de reforzar la tutela de los derechos fundamentales en un contexto de excepcionalidad como el asociado a las emergencias sanitarias, sin que ello suponga realizar juicio alguno acerca de su oportunidad o acierto técnico, juicio que no corresponde realizar en sede constitucional.»

El examen del Tribunal Constitucional respecto del precepto de la LJCA se complementa, a juicio de la mayoría, con el quebrantamiento de la potestad reglamentaria, atribuyendo dicha potestad al conmixtión entre el poder ejecutivo y el judicial. Su argumentación descansa en afirmar que la Constitución atribuye al poder ejecutivo de forma exclusiva y excluyente (art 97 CE), por lo que no cabría una potestad compartida. El cometido constitucional de los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo (arts. 106.1 y 117 CE) ha visto su naturaleza tergiversada al serle atribuidas funciones ajenas.

De nuevo el voto particular pone de manifiesto su conformidad a la vista de la argumentación jurídica manifestada al respecto de la potestad reglamentaria, y la limitación que supondría para el legislador y la eficacia de los actos administrativos (art. 103.1 CE). Sin embargo, cabe legítimamente plantearse las modulaciones que admite la Constitución, pues los votos particulares sostienen que puede haber medidas restrictivas de derechos sometidas a control judicial que no sean actos plúrimos y no reglamentos.

Finalmente, la Sentencia 70/2022 ha sido polémica desde sus inicios, pues ya el abogado del Estado y la fiscal general del Estado consideraban dudosa la admisibilidad de la presente cuestión por sus óbices procesales. A pesar de ello, nos debemos adentrar en el fondo del asunto de la sentencia, apreciado bajo el enfoque del inicio de la pandemia. Para alcanzar el fin de reducir la propagación del Covid-19, las autoridades incidieron en la gestión sanitaria

con el estado de alarma y, asumiendo competencias en materia sanitaria que competían constitucionalmente a las Comunidades Autónomas, se decidió optar por la «cogobernanza». García de Enterría ya advertía en 1963 que el Derecho administrativo «es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional»². Por ello, y para soslayar el control jurisdiccional la Ley 3/2020 amplía el artículo 10 LJCA con el apartado octavo, distribuyendo la competencia sometida al juez, que su origen radicaba única y exclusivamente a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

El TC es el intérprete supremo de la Constitución y como tal entiende que el artículo 10.8 LJCA «contradice así el principio constitucional de separación de poderes, consustancial al Estado social y democrático de Derecho (arts. 1.1, 97, 106.1 y 117 CE).» (STC 70/2022, FJ 7). No obstante, vistas las matizaciones de cuatro onceavos del Pleno, y su discrepancia respecto del parámetro de enjuiciamiento, resulta discutible la decisión del Tribunal, pues los votos particulares han dejado claro que «en el constitucionalismo moderno la división de poderes no puede ya entenderse como una separación estanca, sino que ha de interpretarse como una exigencia de límites y controles recíprocos entre los poderes del Estado, dirigidos a salvaguardar los derechos fundamentales y la esencia democrática del sistema constitucional.»

De todo esto se concluye que las más claras manifestaciones del Estado democrático de Derecho se derivan de la tutela judicial efectiva, la separación de poderes y los principios de legalidad que constituyen los pilares básicos de los jueces al imperio de la ley. Le corresponde a jueces y tribunales el derecho de comprobación y la competencia de rechazo de normas con rango inferior a la Ley y actos jurídicos en general. Bajo esa tesitura, uno se debe preguntar: ¿Puede hablarse de una separación efectiva de poderes? Resulta indiscutible que la separación tripartita de los poderes no se puede desfigurarse, a pesar de sus imperfecciones respecto de la concepción de *Locke* y *Montesquieu*.

Entonces es fuerza concluir que en la actualidad nos encontramos con muchas dificultades, pues el Derecho se tiende a usar como un instrumento para metas cualesquiera que no fueren jurídicas. Es dable entonces afirmar que, a pesar de todos los retos que conlleva a la práctica, los poderes deben en cualquier caso seguir el mandato constitucional y responder en caso de incumplimiento.

2. En concreto, García de Enterría Martínez Carande E., «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 1963, 40, págs. 189-224

ANÁLISIS SIMPLIFICADO DEL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA

STC 182/2021, DE 26 DE OCTUBRE

ALFONSO SÁNCHEZ LÓPEZ
Tercer curso del grado en Derecho

El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU en adelante), más conocido como plusvalía municipal, fue el centro de atención de la ciudadanía española durante un largo periodo de tiempo. Una guerra de advertencias, avisos e incluso amenazas entre el Tribunal Constitucional y el Gobierno del Estado desembocó finalmente en una modificación normativa de relativa trascendencia.

El origen del IIVTNU se remonta a 1919, año en que entra en vigor la Ley de Autorizaciones, aprobada por Real Decreto de 13 de marzo de 1917, que introdujo un tributo local que gravaba el incremento de valor de los bienes inmuebles. Primero fue el Arbitrio de Plusvalías, posteriormente el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos y, finalmente, con la entrada en vigor el 1 de enero de 1990 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (en adelante LRHL), el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

La evolución nominativa se acompañó de una modificación material realmente trascendente, pues el sistema de valoración objetivo-subjetivo consolidado hasta 1990 fue sustituido por uno estricta y totalmente objetivo, no admitiendo corrección alguna y posibilitando el gravamen de plusvalías irreales o ficticias, es decir, supuestos aumentos de valor del bien inmueble que no se correspondían con la realidad, contraviniendo el tenor de uno de los principios constitucionales tributarios ratificado en numerosas ocasiones por el Tribunal Consti-

tucional; el principio de capacidad económica. Entre ellas, en la STC 182/2021, de 26 de octubre de 2021, que remite a la STC 26/2017, FJ 2, se establece lo siguiente:

“La doctrina constitucional que, sobre el principio de capacidad económica como fundamento, sustrato o fuente de la imposición, se compiló en la STC 26/2017, FJ 2: (i) «en ningún caso podrá el legislador establecer un tributo tomando en consideración actos o hechos que no sean exponentes de una riqueza real o potencial, o, lo que es lo mismo, en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente, virtual o ficticia [entre las últimas, SSTC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 7; 53/2014, de 10 de abril, FJ 6 b), y 26/2015, de 19 de febrero, FJ 4 a)]» toda vez que «el tributo tiene que gravar un presupuesto de hecho revelador de capacidad económica [SSTC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 4, y 62/2015, de 13 de abril, FJ 3 c)], por lo que “tiene que constituir una manifestación de riqueza” (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13, y 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 4), de modo que la “prestación tributaria no puede hacerse depender de situaciones que no son expresivas de capacidad económica” (SSTC 194/2000, de 19 de julio, FJ 4, y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 5)”¹.

Independientemente de ello, el IIVTNU, replicando lo mencionado anteriormente, se asentó definitivamente en la LRHL de 1990. No obstante, tras una serie de modificaciones, consolidó su regulación definitiva tras la reforma

1. Sentencia del 182/2021, de 26 de octubre de 2021. Cuestión de inconstitucionalidad 4433-2020. ECLI:ES:TC:2021:182.

llevada a cabo por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante TRLRHL). Así, antes de analizar la inconstitucionalidad y la posición sostenida por el Tribunal Constitucional, conviene revisar de manera simplificada el régimen jurídico del IIVTNU contenido en los artículos 104-110 del TRLRHL.

En atención al artículo 104 TRLRHL, el hecho imponible del IIVTNU, teniendo en cuenta los supuestos de no sujeción y las exenciones tipificadas en el precepto mencionado y en el artículo siguiente, “es el incremento de valor que experimenten dichos terrenos (los terrenos de naturaleza urbana) y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos” En definitiva y simplificando el concepto de este tributo, el IIVTNU grava (supuestamente) la plusvalía inmobiliaria, es decir, el aumento de valor de un terreno o una propiedad que el mismo ha experimentado hasta el momento de su transmisión.

Según lo dispuesto en el artículo 106 TRLRHL, el sujeto pasivo, es decir, el contribuyente, en las transmisiones a título lucrativo es la persona física o jurídica que adquiera el terreno o a cuyo favor se constituya o transmita el derecho real de que se trate. Por el contrario, en las transmisiones de terrenos o en la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio a título oneroso, el contribuyente es la persona física o jurídica que transmita el terreno, o que constituya o transmita el derecho real de que se trate.

La fijación del tipo de gravamen del impuesto corresponde a cada ayuntamiento, sin que el mencionado tipo pueda exceder del 30 por ciento, ex artículo 108 TRLRHL. Asimismo, este precepto establece una distinción entre la cuota íntegra y la cuota líquida del impuesto, disponiendo que “la cuota íntegra del impuesto será el resultado de aplicar a la base imponible el tipo de gravamen”, mientras que la “cuota líquida del impuesto será el resultado de aplicar sobre la cuota íntegra, en su caso, las bonificaciones a que se refieren los apartados siguientes”, bonificaciones que pueden ser reguladas a través de las ordenanzas fiscales, de modo que corresponde a los municipios la regulación de las mismas.

Respecto al devengo del tributo en cuestión, el propio TRLRHL distingue dos supuestos en función de si se transmite la propiedad del terreno o si se constituye o transmite un derecho real de goce limitativo del dominio. Así, en el primero de los casos, el artículo 109.1.a) señala que, independientemente de que la transmisión

sea a título oneroso o gratuito, entre vivos o por causa de muerte, el impuesto se devengará en la fecha de la transmisión. En el segundo de los casos y en atención al apartado b) del artículo 109.1, la fecha de devengo será aquella en que tenga lugar la constitución o transmisión del derecho real de goce limitativo del dominio.

Asimismo, se establecen dos opciones relativas a la gestión tributaria del impuesto. Así, el artículo 110.1 TRLRHL dispone que los “sujetos pasivos vendrán obligados a presentar ante el ayuntamiento correspondiente la declaración que determine la ordenanza respectiva” o, alternativamente, se habilita a los ayuntamientos para establecer el sistema de autoliquidación por el sujeto pasivo, que llevará consigo el ingreso de la cuota resultante dentro de unos plazos legalmente previstos.

Una vez introducido el régimen jurídico general del IIVTNU, de fácil comprensión en comparación con el entramado tributario existente en la actualidad, conviene adentrarse en el foco de la polémica: la base imponible del impuesto.

La normativa actual contiene de dos alternativas reguladas específicamente en el artículo 107 TRLRHL, recientemente modificado tras la STC 182/2021, de 26 de octubre. Así, la base imponible del IIVTNU está constituida, de acuerdo con el artículo 107 TRLRHL, bien “por el incremento del valor de los terrenos puesto de manifiesto en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un periodo máximo de veinte años, y se determinará, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo, multiplicando el valor del terreno en el momento del devengo calculado conforme a lo establecido en sus apartados 2 y 3, por el coeficiente que corresponda al periodo de generación conforme a lo previsto en su apartado 4” o bien, en atención a lo dispuesto en el apartado 5 del mismo artículo, “cuando, a instancia del sujeto pasivo (...) se constate que el importe del incremento de valor es inferior al importe de la base imponible determinada con arreglo a lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, se tomará como base imponible el importe de dicho incremento de valor.”

La novedad de esta modificación normativa consiste en la introducción de un quinto apartado que ofrece un sistema de cuantificación alternativo para aquellos supuestos en los que se grava una plusvalía irreal o ficticia. Conviene, para entender el contexto y el fin o ánimo de la modificación, analizar el razonamiento que, en Sentencia 182/2021, de 26 de octubre, realiza el Tribunal Constitucional.

Antes de la mencionada reforma o modificación, la cuantificación del incremento de valor gravado por el IIVTNU se

realizaba única y exclusivamente mediante la aplicación de un coeficiente al valor catastral del terreno en el momento del devengo. Ese coeficiente mencionado se calculaba multiplicando el número de años completos de tenencia del terreno (con un mínimo de uno y un máximo de veinte), por un porcentaje anual determinado por el ayuntamiento dentro del marco normativo. Este sistema objetivo de cuantificación, previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 107 TRLRHL, parte, en atención a la STC 59/2017, FJ 3, de la “ficción de que ha tenido lugar un incremento de valor susceptible de gravamen al momento de toda transmisión de un terreno por el solo hecho de haberlo mantenido el titular en su patrimonio durante un intervalo temporal dado”. Así, en los supuestos en los que no hay un incremento del valor del terreno e incluso cuando se ha producido un decremento del valor, lejos de someter a tributación una capacidad económica susceptible de gravamen (principio constitucional tributario básico), se hace tributar “por una riqueza inexistente, en abierta contradicción con el principio de capacidad económica del citado artículo 31.1 CE”.

Este principio de capacidad económica, pilar del sistema tributario constitucional, tiene, en atención a lo visto anteriormente y a lo expresado en STC 26/2017, FJ 2, los siguientes efectos: (i) impide al legislador establecer un tributo tomando en consideración actos o hechos que no sean exponentes de una riqueza real o potencial, es decir, cuando la capacidad económica gravada por el tributo es inexistente o (ii) basta con que “dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que aquel principio constitucional quede a salvo”; y (iii) la capacidad económica como fundamento de la imposición se predica de todo tributo, con independencia de su naturaleza y posición en el sistema tributario.

En este sentido, la cuestión que se planteó el Tribunal Constitucional fue si era constitucionalmente legítimo que el incremento de valor realmente experimentado fuera inferior al legalmente calculado por aplicación del sistema obligatorio de cuantificación objetiva y, en consecuencia, que la cuota a pagar fuere desproporcionada o excesiva.

Como ya se ha reiterado en múltiples ocasiones, los arts. 107.1, 107.2 a) y 107.4 TRLHL establecían un único método de determinación de toda la base imponible del IIVTNU de carácter objetivo, fijando dos elementos para el cálculo del importe del incremento gravado, que eran el valor del terreno en el momento del devengo por referencia a su

valor catastral y el porcentaje anual de incremento según el número de años transcurridos desde su adquisición, y de imperativa aplicación, es decir, no existiendo otra alternativa para la determinación de la base imponible.

El Tribunal Constitucional, en atención a lo expuesto, consideró que el principio de capacidad económica reconocido en el artículo 31.1 de la Constitución Española era aplicable al IIVTNU como fundamento, límite y parámetro de la imposición. Ello tiene como consecuencia, en primer lugar, que “quienes se sometan a tributación deben ser únicamente los que experimenten un incremento de valor del suelo urbano objeto de transmisión”, es decir, se excluyen las plusvalías ficticias, inexistentes o presuntas, y, en segundo lugar, “que quienes experimenten ese incremento se sometan a tributación, en principio, en función de la cuantía real del mismo, conectándose así debidamente el hecho imponible y la base imponible, dado que esta última no es más que la cuantificación del aspecto material del elemento objetivo del primero”.² Esta segunda consecuencia tiene como significado que el importe por el que se debe tributar es única y exclusivamente el incremento de valor del terreno de naturaleza urbana, con el ánimo de que base y hecho imponible sean coincidentes.

No obstante, la falta de conexión entre la base y el hecho imponible (en cualquier tributo) no es inconstitucional en sí misma considerada, pues el legislador tiene cierto margen para modular el grado de intensidad con que se pone de manifiesto el principio constitucional de capacidad económica, siempre y cuando existan otros intereses jurídicos extrafiscales dignos de ser tenidos en cuenta.

Sin embargo, el sistema de cuantificación objetiva del IIVTNU no era consecuencia del carácter extrafiscal de este tributo (que tenía y tiene una clara finalidad recaudatoria), ni se debía a la imposibilidad técnica del legislador de establecer otra forma de cálculo de las plusvalías inmobiliarias. “Por ello, cabe concluir que el hecho de que el legislador opte por unos parámetros objetivos de cuantificación, renunciando a la valoración real de ese incremento, tiene como fin proporcionar un instrumento simplificado de cálculo que facilite la aplicación del impuesto a las dos partes de la obligación tributaria”, pero para que este método sea constitucionalmente legítimo por razones de simplificación debe, según lo expuesto por el Tribunal Constitucional, (i) bien no erigirse en método único de determinación de la base imponible, es decir, se debe configurar otra alternativa o método que permita calcular o determinar la base

2. Sentencia del 182/2021, de 26 de octubre de 2021. Cuestión de inconstitucionalidad 4433-2020. ECLI:ES:TC:2021:182.

imponible, (ii) *bien gravar incrementos medios o presuntos*, esto es, aquellos que presumiblemente se producen en todo terreno de naturaleza urbana como consecuencia del paso del tiempo. Si bien esta última posibilidad pudo tener sentido con anterioridad a la caída del mercado inmobiliario, *la crisis económica ha convertido (convirtió) lo que podía ser un efecto aislado –la inexistencia de incrementos o la generación de decrementos– en un efecto generalizado*, no habiendo, por tanto, conexión entre el incremento de valor realmente experimentado y el objetivo o estimativo que permita justificar el sacrificio del principio de capacidad económica como medida del reparto de la carga tributaria en este impuesto, de modo que el sistema de cuantificación objetiva vulneraba significativamente el mencionado principio constitucional del sistema tributario reconocido en el artículo 31.1 de la Constitución Española.

Consecuencia de la STC 182/2021, de 26 de octubre, se dictó el Real Decreto-ley 26/2021, de 8 noviembre, por el que se adapta el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, que introdujo un apartado 5 en el artículo 104 del TRLRHL, posibilitando un sistema diferente de cuantificación al método objetivo, que establece: “No se producirá la sujeción al impuesto en las transmisiones de terrenos respecto de los cuales se constate la inexistencia de incremento de valor por diferencia entre los valores de dichos terrenos en las fechas de transmisión y adquisición.”

Así las cosas, a día de hoy existen dos posibilidades para la cuantificación de la base imponible del IIVTNU: en primer lugar, multiplicando el valor del terreno en el momento del devengo por el coeficiente que corresponda al periodo de generación previsto en la ley (que da lugar, supuestamente, al incremento del valor de los terrenos puesto de manifiesto en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un periodo máximo de veinte años) y, en segundo lugar, cuando el incremento de valor realmente experimentado a consecuencia de la transmisión sea inferior al importe de la base imponible determinada con arreglo al anterior sistema, se tomara como base imponible el importe de dicho incremento real de valor.

En conclusión, la pugna entre el Tribunal Constitucional y el Gobierno llegó a su fin con la sentencia analizada, después de que el “Guardian de la Constitución” advirtiese hasta en cuatro ocasiones al poder ejecutivo de la necesidad de modificar el tributo en cuestión, quien hizo caso omiso a las exigencias del Tribunal.

Todo ello es una muestra más de que el sistema jurídico tributario es un entramado normativo disperso y complejo, la más significativa manifestación del poder del Estado quien, arbitrariamente, crea a su voluntad obligaciones tributarias sobre los actos más cotidianos de la vida diaria, en muchas ocasiones vulnerando los principios constitucionales que deben regir el sistema tributario.

A medida que crece el Estado, crecen las necesidades de sus ciudadanos y, en consecuencia, los gastos que se ocasionan para satisfacerlas, creándose *ex novo* impuestos que gravan la totalidad de las actuaciones cotidianas. Algunos de ellos vulneran las exigencias constitucionales requeridas, pero la lenta actividad del Tribunal Constitucional, encargado de juzgar la constitucionalidad de las normas, hará que la vigencia de los tributos inconstitucionales se prolongue durante un largo periodo de tiempo, minando la economía de los ciudadanos y la credibilidad de los mismos hacia las garantías políticas y constitucionales por las que presumiblemente están cubiertos.

Bibliografía

Casana Merino, F. (2017). Los incrementos de valor inconstitucionales en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. *Revista De Estudios De La Administración Local Y Autonómica*, (8), 147–163.

Ruiz Almendral, V. (2018). Alcance y efectos de la doctrina constitucional sobre el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana: cuestiones problemáticas. *Revista De Contabilidad Y Tributación. CEF*, (427), 111–146.

Regulación Jurídica

Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Sentencia 26/2017, de 16 febrero de 2017. Cuestión de inconstitucionalidad y prejudicial sobre normas forales fiscales 1012-2015. ECLI:ES:TC:2017:26.

Sentencia 59/2017, de 11 de mayo de 2017. Cuestión de inconstitucionalidad 2864-2016. ECLI:ES:TC:2017:59

Sentencia 126/2019, de 31 octubre de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 1020-2019. ECLI:ES:TC:2019:126.

Sentencia del 182/2021, de 26 de octubre de 2021. Cuestión de inconstitucionalidad 4433-2020. ECLI:ES:TC:2021:182.

Sentencia 108/2022, de 26 de septiembre de 2022. Recurso de amparo 1041-2019. ECLI-ES:TC: 2022:108.

EL CONTROL DE INCORPORACIÓN EN LAS CLÁUSULAS SUELO

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18/01/2023 (11/2023)

MARTA GONZÁLEZ GARCÍA

*Estudiante del Máster de Acceso a la Abogacía con
especialización en derecho Internacional de los Negocios por la Universidad CEU San Pablo de Madrid*

Introducción

Es altamente destacable el hecho de que, en los dos primeros meses de 2023, un enorme porcentaje de los pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo estén marcados por la resolución de sucesivos conflictos que involucran a las cláusulas suelo, y que exigen solidificar la ya reiterada doctrina en la materia de condiciones generales de la contratación.

Recordemos que la cláusula suelo es aquella estipulada en un contrato de préstamo hipotecario, utilizada para establecer que el interés variable nunca pueda ser inferior a un determinado porcentaje. Limita que, aunque el tipo de interés sea inferior, el consumidor no pueda beneficiarse de esa reducción en sus cuotas.

En España, las cláusulas suelo son ilegales y se consideran abusivas y nulas, únicamente en aquellos casos en los que no han sido ofrecidas con la suficiente transparencia por la entidad bancaria. Es decir, cuando van en contra de las exigencias de la buena fe y causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales.

Precisamente para evitar la condición de cláusulas abusivas, se introdujeron los conceptos “control de incorporación” y “control de transparencia”. Respecto al primero, la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de mayo de 2018, señaló al efecto: “El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato.

Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato”.

Así, la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, en adelante LCGC, en su art. 5, dispone:

a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes.

b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

d) La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concisión y sencillez.

Por su parte, el art. 7 amplía el sentido de su precepto de la forma en que sigue:

a) El adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, si ello fuera necesario conforme al art. 5.

b) Sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a éstas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Por lo expuesto, en lo que respecta al control de incorporación, cobra relevancia el acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. En este sentido, la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, consideró suficiente que la parte predisponente acreditara la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión.

A ello se le añade la necesaria comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula. Es decir, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato. Así lo expresó la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, con fecha de 12 de junio de 2020, al matizar que *“el control de incorporación o inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad”*.

Respecto al control de transparencia, se exige además que el cliente haya comprendido el funcionamiento de la cláusula, es decir, que sea consciente de su carga jurídica y económica, debiendo conocer que, con la firma de esa cláusula, no iba a poder beneficiarse de la bajada de tipos de interés.

Además de este añadido, la diferencia que distingue al control de incorporación del control de transparencia, es que éste último sólo se exige en los contratos celebrados con consumidores y usuarios, quedando excluidos los contratos en los que el cliente es profesional o empresario.

La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 11/2023 de 18 de enero de 2023, sobre la que versa el presente comentario jurídico, refleja esta distinción en un supuesto de hecho que exige reiterar la doctrina que viene elaborando el alto tribunal para esta materia, poniendo de manifiesto cómo sigue siendo un problema interpretativo y litigioso, tanto por los operadores jurídicos, como por los propios sujetos de las relaciones de negocio.

Antecedentes de hecho

La Sentencia que aquí se analiza lleva a cabo en su fundamento de derecho primero un resumen de antecedentes detallando los hechos que dieron origen a la controversia.

Así, puntualizan que, mediante escrituras de 9 de junio de 2003 y 15 de junio de 2007, la entidad recurrente (como parte prestamista) y el demandante (como parte prestataria), formalizaron sendos contratos de préstamo con garantía hipotecaria, por un principal prestado de 184.000 euros y 30.000 euros, respectivamente. El último fue satisfecho íntegramente por la parte demandante en el mes de junio de 2015. Estos préstamos estaban destinados a “activos o servicios de transporte”, y “adquisición de vehículos” debido a la profesión del demandante.

La hipoteca se constituyó sobre una finca consistente en la vivienda propiedad del demandante y su esposa. En ambas escrituras se pactó un interés remuneratorio fijo durante un primer período de vigencia del préstamo y tras este primer periodo un interés variable, que incluía una cláusula suelo, siendo la limitación de un 4,25% nominal anual en el primer préstamo y de un 3,95% nominal anual en el segundo préstamo.

Así, el demandante interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad Caixabank S.A. en la que dedujo acción de nulidad de las dos expresadas cláusulas suelo en base a las siguientes alegaciones:

- No se le había informado de que las cláusulas suelo eran un elemento esencial del contrato, por lo que desconocía la verdadera carga económica que suponía la incorporación de la referida cláusula al contrato.
- Nunca se le facilitó copia de las escrituras antes de su formalización.
- No firmó ninguna oferta vinculante.

A raíz de ello se derivó el siguiente *iter procesal*:

→ Juzgado de Primera Instancia nº14 de Sevilla

El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda tras considerar que en los dos contratos de préstamo el demandante no ostentaba la condición legal de consumidor y ambas cláusulas superaban el control de incorporación, no resultando posible aplicar la legislación tuitiva de consumidores y usuarios.

→ Audiencia Provincial de Sevilla

El demandante interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, recurso que fue estimado por la Audiencia Provincial de Sevilla, revocando la sentencia de primera instancia. Coincidió en que el demandante no ostentaba la condición de consumidor y que las cláusulas litigiosas estaban redactadas en términos claros, concretos, sencillos, legibles y fácilmente comprensibles. Sin embargo, en el fundamento jurídico cuarto indicó lo siguiente:

*“A la vista de todo ello, no pueden estimarse cumplidas las exigencias de información precontractual que impone la normativa acerca de un elemento esencial del contrato, como es la cláusula suelo, lo que no puede excusarse con la alegación de que el cliente, por su parte, con una actuación diligente, pudo procurársela, preguntando a los empleados de la entidad demandada o al notario que autorizó la escritura, o mediante la lectura atenta de ésta, puesto que, en otro caso, como viene manifestando el Tribunal Supremo, **la obligación de información precontractual del predisponente se convertiría en una obligación del adherente de procurarse dicha información, lo que resulta opuesto a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a la de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que ha venido señalando también que las entidades financieras tienen una obligación activa, y no de mera disponibilidad, de facilitar la información que la normativa le impone.** “Y la consecuencia de tal incumplimiento no puede ser otra que la declaración de nulidad de las cláusulas de que se trata, tal y como se interesó en el escrito de demanda, debiendo revocarse, por lo tanto, la sentencia de instancia”.* (negrita y subrayado nuestro).

→ Tribunal Supremo

Ante el resultado adoptado por la Audiencia, Caixa-bank S.A. interpuso recurso de casación por interés casacional al amparo del art. 477.2.3^a LEC, admitido, y basado en un único motivo: infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y la doctrina de la Sala sobre el control de incorporación en los contratos en los que el adherente no es consumidor.

Caixabank alegó que la sentencia de la Audiencia no había aplicado debidamente los preceptos legales referidos al control de incorporación, que en absoluto se extienden al control de transparencia, como así lo puso de manifiesto la Audiencia.

Ante la admisión del recurso, el demandante se opuso al mismo, alegando como causas de inadmisión y de desestimación la ausencia de interés casacional y la imposibilidad de revisar el juicio fáctico y probatorio realizado por la Audiencia Provincial.

La Sala del Tribunal Supremo, rechazó tal alegación en tanto en cuanto señaló que el recurso se basaba en la forma en que debía realizarse el control de incorporación en los contratos cuando el adherente no es consumidor. Advirtió que una fundamentación de tal clase no constituye una cuestión de valoración jurídica propia del recurso de casación; que no se prescinde de la apreciación de la prueba llevada a efecto por la Audiencia Provincial, y que se discrepa de la aplicación del derecho que se incardina en el marco propio del recurso de casación.

Asimismo, apreció que el recurso de casación constaba de un encabezamiento donde se indicaba la infracción cometida referida al control de incorporación en la contratación con profesionales, sin incorporar motivos de naturaleza heterogénea.

Análisis de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en la sentencia

La Sala empieza poniendo de manifiesto su razonamiento reiterado y constante acerca de que el control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato.

Así, mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato; algo que queda perfectamente reflejado en los artículos 5 y 7 de la LCGC ya descritos al inicio de este comentario.

La Sala recuerda que, en la práctica, como se señaló en las sentencias 314/2018, de 28 de mayo y 57/2019, de 25 de enero, se aplica en primer lugar el filtro negativo del artículo 7 LCGC, y si se supera es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley, esto es: *“la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles”*.

Reitera la doctrina que asevera que el primer filtro del art. 7 consiste en acreditar que el adherente tuvo oca-

sión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración, siendo suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las hubiera conocido y entendido, algo que tendría más que ver con el control de transparencia que con el de incorporación.

Postula que, en el presente caso, las dos cláusulas litigiosas sí superan el control de incorporación, en tanto en cuanto **el adherente tuvo la posibilidad de conocerlas, al estar incluidas en sendas escrituras públicas y ser gramaticalmente comprensibles**, dada la sencillez de su redacción.

Advierte que, de conformidad con lo precisado por la sentencia recurrida, las cláusulas suelo en cuestión se expresan en términos claros, concretos, sencillos, legibles y fácilmente comprensibles, estando contenidas en las escrituras públicas, supuesto en el que, del contexto del art. 5 de la LCGC, resulta que no es preciso más requisito que la firma de la escritura por el adherente, ya que el conocimiento de la cláusula y su aceptación real están amparadas por la garantía que supone la fe pública notarial.

Así, solidifica su doctrina en lo referido a la sencillez y claridad exigible a la cláusula, advirtiendo que depende del tipo de contrato y de la complejidad de la relación contractual: *“la exigencia de claridad y comprensibilidad de una condición general, a los efectos de realizar el control de incorporación, no es uniforme, sino que depende de la propia complejidad de la materia sobre la que versa el contrato, y, más en concreto, de la cláusula controvertida”*. A ello añade que la exigencia de claridad y sencillez en las condiciones generales no puede determinar que las relaciones contractuales pierdan matizaciones o complejidad, salvo casos patológicos de complejidad innecesaria buscada para provocar confusión en el adherente. Por tanto, lo exigible es que la redacción de la condición general no añada innecesariamente complicación a la propia complejidad que pueda tener la relación contractual.

La Sala observa que la Audiencia Provincial en su resolución, efectivamente realizó un control de transparencia, no de incorporación, dado que incidió en el cumplimiento de los requisitos de la orden ministerial de 5 de mayo de 1994, en la falta de información previa o en la insuficiencia de las advertencias notariales sobre la existencia de la cláusula. Es decir, a lo que refería era a la comprensibilidad de la carga jurídica y económica de la condición general de la contratación.

La Sala recuerda que el control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación. En tal caso no es solo necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

Sin embargo, este control de transparencia solo procede en contratos con consumidores dada la asimetría convencional que se produce en la negociación. Mientras, el control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación.

En base a esta premisa, la Sala del alto tribunal coincide con el razonamiento de la sentencia de primera instancia al reputarlo conforme con la doctrina jurisprudencial reiterada de esta sala sobre esta materia, fijada de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

Finalmente, matiza la interpretación del concepto de consumidor otorgada por la jurisprudencia comunitaria, expresando que ésta debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

Así, concluye que la exclusión de la cualidad del consumidor en el demandante hace improcedente la realización de los controles de transparencia material.

Estimación y fallo

La decisión de la Sala, por lo expuesto, culmina con una **estimación del recurso de casación**, desestimando así el recurso de apelación y, en consecuencia, confirmando la sentencia de primera instancia. Ello en cuanto que no procede realizar un control de transparencia material ni de abusividad respecto de una condición general de la contratación inserta en un contrato en que el adherente no es un consumidor, y habiendo superado la cláusula sometida a examen el control de incorporación.

Conclusiones

A la luz de la sentencia analizada, el presente comentario jurídico permite sentar las siguientes conclusiones:

Primera.- El control de incorporación, también denominado “de inclusión” supone el cumplimiento por par-

te del predisponente (Caixabank en este caso) de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Así, permite comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato: que se trate de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal, y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

Segunda.- El control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que, además de lo mencionado, es necesario que el adherente tenga un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

Tercera.- La diferencia radical que existe entre el control de incorporación y el control de transparencia, y que es clave para evitar un litigio que conlleve una desestimación de pretensiones, es entender que, mientras que el control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación, los controles de transparencia y abusividad quedan reservados a los contratos celebrados con consumidores.

Cuarto.- Bajo lo expuesto, una cláusula suelo no se considerará nula o abusiva *per se* cuando en un contrato entre la entidad bancaria y el profesional o empresario, la entidad demuestra haber superado el control de incorporación, tal y como ha sucedido en el supuesto enjuiciado que dota de cuerpo jurídico la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en España.

Bibliografía

Doctrina:

Sevilla Cáceres, F. 2020. "Control de incorporación de las condiciones generales de contratación". Revista Mundo jurídico. <https://www.mundojuridico.info/control-de-incorporacion-de-las-condiciones-generales-de-contratacion/>

Conceptos Jurídicos. 2023. "Cláusula suelo". <https://www.conceptosjuridicos.com/clausula-suelo/>

Arias, S. 2018. "Diferencia entre control de incorporación y control de transparencia de las condiciones generales de la contratación (cláusulas suelo)". <https://www.iberley.es/revista/diferencia-entre-control-incorporacion-control-transparencia-condiciones-generales-contratacion-clausula-suelo-211>

Legislación:

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Jurisprudencia:

Sentencia del Tribunal Supremo de lo Civil 11/2023, de fecha 18 de enero de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo de lo Civil de fecha 12 de junio de 2020.

Sentencia del Tribunal Supremo de lo civil de fecha de 28 de mayo de 2018.

Adquiere ahora el pack a precio reducido y te será más fácil acceder a la Abogacía



OFERTA PACK

Ahora por solo

99 € IVA

MEMENTO EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA

Un documento, actualizado periódicamente, elaborado por especialistas de prestigio presentados tanto al mundo académico, como legal y, sobre todo, profesional, en lo que se refiere a contenidos, a las novedades formativas de los estudiantes de Derecho que optan a acceder al ejercicio de la profesión de abogado.

MANUAL PREGUNTAS-TESTES PARA EL ACCESO A LA ABOGACÍA

Contiene más de 1.400 preguntas tipo test, que te ayudan a preparar el Examen de Acceso a la Abogacía y las nuevas regulaciones legales para el ejercicio y desarrollo de la misma.

Adquírelas en lefebvre.es/forale



CONEDE

CONSEJO NACIONAL DE ESTUDIANTES DE DERECHO

El Derecho consiste en tres reglas o principios básicos: vivir honestamente, no dañar a los demás y dar a cada uno lo suyo. "Es el arte de lo bueno y lo equitativo".

Marco Tulio Cicerón (106 A. C. - 43 A. C.)