



CONEDE

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. Blanca Ibarz Ribalta
*Vocal de Organización y Proyectos.
Estudiante del Doble Grado de Derecho y ADE de la Universitat de Lleida*

ESPECIAL XV ANIVERSARIO





Accede a las obras esenciales del profesional jurídico en el formato más cómodo

CÓDIGOS BÁSICOS

En formato papel o electrónico

Desde solo
4,46 € PRECIO SIN IVA

Los Códigos Básicos tratan de dar **respuesta a las exigencias de rigor que los profesionales jurídicos necesitan** en su día a día.

Suponen un **compendio de la legislación vigente** en los diferentes ámbitos que componen el derecho español, pero cabe destacar que incluyen una relación de reformas a la presente Ley sobre la que versa el Código Básico en cuestión, así como una relación de preceptos modificados.

NUEVAS EDICIONES

TITULOS

- Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Ley y Reglamento Hipotecario
- Ley Reguladora Jurisdicción Social
- Ley Orgánica Poder Judicial
- Ley General Seguridad Social
- Ley de Sociedades de Capital
- Ley de Propiedad Horizontal y Ley de Arrendamientos Urbanos
- Ley de Jurisdicción Voluntaria
- Constitución Española y Ley Orgánica Tribunal Constitucional
- Ley de Enjuiciamiento Civil
- Ley Concursal
- Estatuto de los Trabajadores
- Código Penal y Legislación Complementaria
- Código Penal
- Código Civil
- Código Administrativo
- Código Extranjería
- Código de Comercio y Legislación Complementaria
- Legislación sobre el Registro Civil

Adquiere los en lefebvre.es/tienda

SUMARIO

Editorial

CONEDE: Una bonita aventura de 15 años
Gabriel Martín Rodríguez y Jesús Ruiz Poveda 4

Artículos de Actualidad jurídica

El auge de los delitos de odio: una plaga silenciosa. cómo identificarlos y combatirlos
Rafael Hidalgo Sánchez 5

La contaminación acústica y lumínica como vulneradoras del derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad: análisis a través de la jurisprudencia
Inés de Diego Aguado 11

La probatio diabólica a cargo del propietario demandante en los procesos de desahucio: un análisis a propósito de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda
Ramón Guerri Puyuelo 16

Hacia un modelo descentralizado de la Seguridad Social: consecuencias legales y lógicas de la gestión autonómica
Luis Villanueva Ribes 21

Recorrido del derecho del trabajo: ¿es viable una jornada laboral de 4 días?
Lucía Briones Redondo 27

La Línea de la Concepción, ¿Ciudad Autónoma? viabilidad jurídica y constitucional
Manuel Jesús Garnica Corbacho 33

Revisión doctrinal: la reforma del sistema de elección de vocales del CGPJ
Juli Granés Vallès 38

Esencialidad de un activo a efectos del artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital
Pablo Morillo-Velarde Giménez 44

Comentarios de Jurisprudencia

La responsabilidad patrimonial del estado legislador tras la Sentencia del TJUE en el asunto c-278/20, ¿hay luz al final del túnel?
Guillermo Amilivia Díaz 50

La STC 149/2023 y la constitucionalidad del impuesto sobre las grandes fortunas
Fernando Castillo López 56

TEDH como garante de la libertad. Comentario a la STEDH 8 de junio de 2023
José Alberto Matos Fernández 61

¿Un nuevo derecho fundamental? el aborto a la luz de la STC 44/2023
Damià Veny Oliver 66

El delito de corrupción deportiva a la luz de la Sentencia del 'Caso Osasuna'
Gonzalo Villarías Vozmediano 73

El Derecho Español, un obstáculo para los litigios ambientales. Comentario a raíz de la STS 1079/2023
Alejandro Eduardo Rubio Fuentes 79

II Moot Court CONEDE

Acto de presentación de la Revista CONEDE 83



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: Dña. Victoria Eugenia Alonso Llamera, D. Daniel Navarro Hernández, D. Aleix Comabella Tramulla, Dña. Carlota Hernández-Carrillo Robles, D. Nicolás Pingarrón Barci, D. David Carrasco Morante, Dña. Isabella Ferre Aguilar, D. Alejandro Eduardo Rubio Fuentes, Dña. Teresa Balibrea Jiménez, D. Pablo Navascués Olivera, Dña. Alba Maluenda Manrique, D. Ignacio Comella Durán, D. José María Mas Fenoy, Dña. Guiomar Alonso Llamera, Dña. Paula Soler Puche, D. Alonso Sánchez Martín

COORDINACIÓN: Blanca Ibarz Ribalta

Vocal de Organización y Proyectos. Estudiante del Doble Grado en Derecho y ADE de la Universitat de Lleida



DISEÑA Y PRODUCE: Lefebvre. **DISEÑO DE PORTADA:** D. Alonso Sánchez Martín

© 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

EDITORIAL

CONEDE: Una bonita aventura de 15 años

“Unirse, es el principio, mantenerse juntos es progreso, pero trabajar juntos es el éxito” con esta frase Henry Ford sentaba las fases de su acertada filosofía sobre el trabajo en equipo con la que, sin duda se convertiría en uno de los empresarios más importantes y revolucionarios en el sector automovilístico mundial del siglo XX. Ahora nuestros lectores de esta revista CONEDE se preguntarán ¿Qué tiene que ver Henry Ford con nosotros? Pues bien, hace 15 años, en el curso 2008/2009, comenzó a implantarse en la Universidad española el conocido Plan Bolonia y con él, la transformación de los títulos universitarios distribuidos entre diplomaturas y licenciaturas hacia los nuevos grados uniformes para todas las carreras. Ello supuso la reducción de nuestra antigua licenciatura en Derecho de 5 años al nuevo grado en Derecho de 4 años con todo lo que dicho cambio lleva aparejado (reforma de los planes de estudios, nuevo diseño de asignaturas y plan docente, prácticas...etc)

Con todo ello y ante esta nueva forma de entender los estudios de derecho, 4 jóvenes delegados de 4 Universidades públicas Españolas (Carlos III de Madrid, Alicante, Pública de Navarra y Salamanca) firmaron un 28 de junio de aquel 2009 el acta fundacional del Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho (CONEDE) que nacería ante la necesidad de abordar los problemas que todos los cambios anteriormente referidos generaban para los estudiantes de Derecho... (así aquello de “unirse es el principio”).

Después con el paso de los años, nuestro CONEDE ha ido ampliando sus propósitos, ideas y asociados, llegando a ser la asociación sectorial de representantes de estudiantes más grande de España con una afiliación a la misma del 97% de Universidades públicas y privadas de todo el territorio nacional convirtiéndose así en la Gran Casa de los estudiantes de Derecho donde legítimamente se ostenta la representación de unos 120.000 estudiantes... Así, CONEDE, con el gran esfuerzo y trabajo de todos sus integrantes ha conseguido numerosas mejoras para los estudiantes del mundo jurídico y sobre todo el reconocimiento de las instituciones para defender los intereses de dichos estudiantes en cualquier asunto que sea trascendente para ellos. Además, los congresos semestrales que CONEDE organiza rotando por cada una de las universidades-miembro, son la “joya de la corona” de esta asociación porque en ellos, se genera conocimiento, se propician los sanos y ricos debates académicos y estudiantiles, se aúnan los intereses de cientos de representantes que acuden a ellos y se crean sinergias positivas entre colaboradores públicos y privados que interactúan junto a los estudiantes ayudándoles a tener una visión más completa del mundo jurídico y dotándolos de unas competencias impagables para su posterior incorporación al mundo laboral demostrando así como decíamos al inicio que efectivamente “mantenerse juntos es progreso” y ¡Vaya progresión para CONEDE!

Pero de todo lo antedicho, cuando hoy nos reunimos el primer presidente de esta casa y el más reciente en terminar su labor en CONEDE para dedicar a nuestros lectores unas breves líneas sobre el XV Aniversario de nuestra querida asociación solamente podemos estar orgullosos y agradecidos porque a lo largo de estos años, hemos tenido en CONEDE a los mejores compañeros que ninguno de los dos pudiéramos imaginar; gracias a todos ellos, hoy CONEDE puede contar una historia de quince años, pero no una cualquiera, sino una historia de éxito en la que todos tenemos en mente no solo encuentros, actividades, premios y jornadas, sino que recordamos lo más importante que CONEDE nos ha dado a todos: las personas que un día la vida puso en nuestro camino para trabajar juntos en esta aventura común y que hoy, han quedado unidos por CONEDE en amistades inquebrantables como la de estos dos humildes profesores y amigos que hoy suscriben estas palabras tras muchos aventuras y travesías juntos por el mundo de la representación estudiantil porque efectivamente como ya adelantaba FORD, el mayor elemento para definir el éxito de cualquier proyecto será el que se obtiene de trabajar en equipo luchando por un interés común.

Por todo esto queridos lectores y amigos, queremos que estas palabras que dan comienzo a un bonito año de celebración nos recuerden siempre la importancia de las cosas que realizamos, cuando incluso al principio no parecen tener demasiada, porque cuando a ese humilde proyecto se unen grandes y buenas personas, siempre se obtendrán unos resultados excelentes.

Muchas felicidades a todos los que han pasado por CONEDE en estos 15 años: patrocinadores, instituciones, ponentes, colaboradores, etc. Pero sobre todo, Felicidades a todos los representantes de estudiantes que habéis contribuido con vuestra alegría y buen hacer a que CONEDE hoy sea ya no solo una asociación de jóvenes comprometidos con sus compañeros sino la GRAN FAMILIA de los estudiantes de Derecho de toda España.

Gracias por tanto y a por otros muchos aniversarios más.

D. Gabriel Martín Rodríguez
Presidente Fundador de CONEDE

D. Jesús Ruiz Poveda
Presidente de Honor de CONEDE

EL AUGE DE LOS DELITOS DE ODIO: UNA PLAGA SILENCIOSA. CÓMO IDENTIFICARLOS Y COMBATIRLOS

RAFAEL HIDALGO SÁNCHEZ
*Estudiante de Doctorado en Derecho Penal
Universidad de Alcalá*

I. INTRODUCCIÓN

Vivimos tiempos de división, crispación, reaccionarismo y radicalización; un contexto general idóneo para la germinación del rechazo y la intolerancia hacia ciertos colectivos y minorías de nuestra sociedad.

Los delitos de odio suponen la mayor y más absoluta expresión de repudio por las características o circunstancias personales de un individuo. Además, las formas en las que el odio y la discriminación pueden manifestarse son tan diversas que nuestro Código Penal no es capaz de regular estos delitos en un solo precepto.

De acuerdo con los datos proporcionados por los informes del Ministerio del Interior entre los años 2018 y 2022¹, los delitos de odio han experimentado un notable auge, siendo el colectivo LGTBI el grupo que ha experimentado un mayor aumento de casos. No cabe duda de que este crecimiento se ha visto influenciado, en parte, por la proliferación del discurso de odio reaccionario desde las redes sociales y ciertos sectores de la política. Por lo tanto, teniendo en cuenta este detalle, el delito de odio no sería más que la punta de un iceberg con una base mucho más grande, y el resultado de un conjunto de circunstancias que allanan el camino para una eventual y potencial perpetración.

La tendencia a criminalizar al que es considerado “diferente” y el fomento de la confrontación y la adversidad han servido como mecanismos perfectos para crear un entorno completamente emponzoñado, dentro del cual ser una víctima de estos delitos – sobre todo si se pertenece a un colectivo o minoría considerados como vulnerables ante ellos – es algo mucho más probable. Esto haría que la situación real actual se aleje mucho de la visión utópica que ciertos sectores privilegiados de nuestra sociedad tienen de la realidad en la que vivimos actualmente.

A través del presente artículo, expondremos las claves más relevantes para conocer los delitos de odio en su marco legislativo, sus facetas y los elementos a tener en cuenta para poder identificarlos y lograr enfrentar este creciente problema de nuestra sociedad. Como juristas es nuestro deber salvaguardar algo tan importante como lo son la igualdad, la no discriminación y la vida, sin que quepa lugar para la equidistancia por nuestra parte.

II. UN PRIMER ACERCAMIENTO. CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL DELITO DE ODIO

En la actualidad, nos encontramos con un halo de polémica por el debate generado en el ámbito conversacional, mediático, político y jurídico por el concepto de

1. Ministerio del Interior, informes sobre la evolución de los delitos de odio en España, 2018-2022 (<https://n9.cl/u4nbv>).

“delito de odio”, motivado por sucesos – como el asesinato de Samuel Luiz² o el de Younes Bilal³ – que han generado una gran conmoción en el panorama social y político de nuestro país. Algunos sectores académicos consideran que es un concepto vinculado al Derecho Penal de autor, al estimar que el odio es un sentimiento no penalizado. No obstante, y pese a esta postura errada, se trata de algo verdaderamente consolidado a nivel internacional⁴.

Nuestro Código Penal no nos ofrece una definición de lo que es un delito de odio, ya que están referenciados y esparcidos por todo su texto. Por lo tanto, debemos acudir a la proporcionada por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), que afirma que se trata de «*cualquier infracción penal, contra personas o contra propiedades, en la que la víctima o el objetivo de la infracción fueron elegidos por la real o percibida pertenencia, vinculación, simpatía o apoyo a un grupo determinado (...) basado en una característica común de sus miembros, como su raza, origen nacional o étnico, lenguaje, color, religión, sexo, edad discapacidad física o intelectual, o por su orientación sexual o identidad de género*»⁵.

Algo que debe ponerse de manifiesto en esta definición es que la víctima de un delito de odio podría serlo con independencia de la percepción errónea del autor en el momento de la perpetración. Esto implicaría que, por ejemplo, si un hombre heterosexual es agredido por mostrar afecto a otro hombre de manera pública, los hechos podrían ser considerados como un delito de odio si se pone de manifiesto que el agresor actuó impulsado por un ánimo homófobo, debido a la percepción hacia su víctima como homosexual. Lo mismo ocurriría si una persona heterosexual es agredida por tener amistad con personas LGTBI. Es lo que se conoce, respectivamente, como discriminación por error y discriminación por asociación, y es algo que debe ser

tenido en cuenta por los abogados, jueces y operativos jurídicos en general⁶.

Además, la OSCE expone también los dos elementos esenciales en todo delito de odio⁷: un delito base – como lo sería un robo, unas lesiones o un asesinato – y un ánimo o motivación discriminatoria que impulse al sujeto a cometer el delito en cuestión⁸. De esta manera, nos encontramos de forma clara ante un delito de odio cuando el perpetrador ha elegido de manera deliberada a una persona o propiedad por uno o varios de sus rasgos identitarios, o por expresar hostilidad hacia dichos rasgos durante la comisión.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta todo lo expuesto en este apartado, podría determinarse que la forma más adecuada de referirse a los delitos de esta clase sería “delitos motivados por el odio”, puesto que utilizando únicamente el término “delito de odio” no estaríamos haciendo referencia a un tipo delictivo en particular, sino que se trata de un criterio imperativo⁹ utilizado para referirnos a los tipos que han sido cometidos con ánimo discriminatorio hacia la víctima, por su simpatía o pertenencia – real o percibida – a un colectivo vulnerable o minoritario.

III. MARCO LEGAL Y REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ODIOS

La norma antidiscriminatoria por antonomasia en nuestro ordenamiento jurídico es la Constitución. Ésta, en sus artículos 10 y 14, establece los derechos a la no discriminación y a la igualdad, los bienes jurídicos protegidos que se verían perjudicados por los delitos de odio.

Las maneras en las que se puede manifestar la discriminación y el odio desde la perspectiva del Derecho penal es tan variada que nuestro Código Penal no es

2. MINGUITO, A., «La Fiscalía ve homofobia en el asesinato de Samuel Luiz y pide penas de 22 y 27 años de cárcel», en Salto Galiza, España, 2 de octubre de 2023 (<https://n9.cl/6j8lt> - consultado el 20/12/2023).

3. ORTEGA DOLZ, P. «Younes Bilal a su asesino: “¿Qué problema tienes con los moros? Respétanos”», El País, España, 16 de junio de 2021 (<https://n9.cl/vr7ug> - consultado el 20/12/2023).

4. AGUILAR GARCÍA, M., «Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de los delitos de odio», Centro de Estudios Jurídicos y de Formación Especializada, 2015, página 33 (<https://cutt.ly/ShdJL1a>).

5. Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), publicada por la Oficina para las Instituciones Democráticas y de los Derechos Humanos (ODIHR), Varsovia, Polonia, 2005 (<https://n9.cl/kOzzy>).

6. LOUSADA AROCHENA, L.F., «Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el derecho del trabajo», en ELDERECHO.COM Noticias Jurídicas de Actualidad, España, 29 de diciembre de 2022 (<https://n9.cl/fy8um6>).

7. OSCE, ODIHR, «Collecting data to address hate crime – What is hate crime», Varsovia, Polonia, 2020 (<https://hatecrime.osce.org/>).

8. BOECKMANN, R. J., y TURPIN-PETROSINO, C., «Understanding the Harm of Hate Crime, Journal of Social Issues», en *Journal Of Social Issues*, número 58, volumen 2, Estados Unidos, 2002, página 4 (<https://n9.cl/h2x4p>).

9. FUENTES OSORIO, J.L., «El odio como delito», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, número 19-27, Universidad de Granada, España, 2017, p. 2 (<https://cutt.ly/Xhdj2yA>).

capaz de recoger los delitos de odio en un solo artículo, encontrándose en muchas ocasiones arropados dentro de otras figuras delictivas¹⁰:

- El artículo 22.4 CP¹¹: Establece como circunstancia agravante cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos, o cualquier otra clase de discriminación relativa a ideología, religión o creencia de la víctima, etnia, raza, origen nacional, sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, aporofobia, exclusión social, enfermedad o discapacidad. Además, en la redacción de este precepto se hace notable la influencia de la definición dada por la OSCE, en tanto que se especifica que esta agravante sería de aplicación al delito cometido con independencia de que estas circunstancias concurren efectivamente en la víctima.

Un ejemplo de la aplicación de esta agravante lo podemos encontrar en la Sentencia nº122/2022, del 15 de junio, del Juzgado de lo Penal nº 1 de Valencia de Alcántara. En ella, se condena a un hombre por un delito de lesiones al haber agredido a un hombre homosexual mientras decía «*te mato, maricón de mierda*». Debido a esta circunstancia, se aplicó la citada agravante al delito de lesiones.

- El artículo 170.1 CP¹², por el que se castigan aquellas amenazas que tengan como blanco atemorizar poblaciones, grupos étnicos, culturales, religiosos o sociales (ej: SAP de Madrid 394/2023, de 18 de septiembre¹³).
- El delito de tortura del artículo 174 CP¹⁴ (ej: STS 387/2022, del 21 de abril)¹⁵.
- El artículo 314 CP¹⁶, discriminación por los motivos ya aludidos en el empleo, público o privado. Para que exista este delito, debe haberse incumplido,

además, un requerimiento o sanción administrativa previa que se hubieran realizado o aplicado por dicha discriminación (ej: STSJ de Andalucía 1834/2020, del 16 de julio, fundamento de derecho tercero, discriminación a una trabajadora por su situación de incapacidad)¹⁷.

- El artículo 510 CP y ss.¹⁸, sobre la incitación al odio o violencia contra colectivos o minorías por las razones mencionadas. Se aplicaría también a quienes difundan de forma deliberada información que, siendo conocedores de su falsedad, difundan información falsa o injuriosa sobre estos grupos (ej: STSJ de Madrid 227/2023, de 6 de junio, fundamento de derecho quinto, sobre agresiones verbales en la vía pública a una pareja gay)¹⁹.

Otra valiosa fuente de información jurídica sobre delitos de odio sería la Circular 7/2019, del 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado. En ella se exponen una serie de pautas para lograr identificar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP. Adapta, también, la definición de delito de odio dada por la OSCE.

En lo relativo a la jurisprudencia, probablemente la sentencia más esclarecedora en materia de delitos de odio sea la STS 185/2019 del 2 de abril, la cual, en tan solo una frase, afirma que el elemento más importante a tener en cuenta para apreciar un delito de esta clase es el ánimo que impulsa al delincuente en la comisión del mismo, con independencia de cualquier error en su apreciación²⁰.

IV. LOS DELITOS DE ODIO EN AUGE: UN PROBLEMA IGNORADO

Desde que el Ministerio del Interior comenzó a realizar informes en el año 2018 sobre la comisión de delitos de odio, se ha podido observar una notable tendencia creciente en la comisión de los mismos. En el informe

10. DOMÍNGUEZ DUEÑAS, M.a G., «Los delitos de odio», Fundación Internacional de Ciencias Penales, España, 2003, p. 1. (<https://cutt.ly/chdJF7v>).

11. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Libro I, Título I, Cap. IV, art. 22.4 (BOE 24 de noviembre de 1995).

12. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Libro II, Título VI, Cap. II, art. 170.1 (BOE 24 de noviembre de 1995).

13. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 394/2023, de 18 de septiembre. Fundamento de derecho primero (Vlex).

14. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Libro II, Título VII, art. 174 (BOE 24 de noviembre de 1995).

15. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril 387/2022. Fundamento de derecho tercero (Vlex).

16. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Libro II, Título XV, art. 314 (BOE 24 de noviembre de 1995).

17. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de julio 1834/2020. Fundamento de derecho tercero (Vlex).

18. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Libro II, Título XI, Cap. IV, art. 510 y ss (BOE 24 de noviembre de 1995).

19. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de junio 227/2023. Fundamento de derecho quinto (Vlex).

20. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril 185/2019. Fundamento de derecho tercero (Vlex).

del año 2018 se registraron 1476 incidentes²¹, mientras que en el año 2019 fueron 1598²². Por su parte, en el informe del año 2020²³, se recogieron 1331 incidentes de odio, un descenso lógico si tenemos en cuenta la situación de confinamiento y posteriores restricciones aplicadas por la pandemia de COVID-19.

No obstante, según el informe del año 2021, se produjo un muy notable aumento de incidentes registrados con respecto al año anterior, llegando a los 1.802 casos²⁴. Conviene poner de manifiesto el notable crecimiento de incidentes de odio sufrido por el colectivo LGTBI este año, el cual experimentó un auge de casi un 69% con respecto al año anterior, lo que puso a este colectivo como segundo motivo de discriminación por detrás del racismo y la xenofobia con 466 casos, y siendo el episodio de odio más mediático el asesinato homófilo de Samuel Luiz. Finalmente, el último informe proporcionado por el Ministerio del Interior, relativo al año 2022, muestra un nuevo aumento de los incidentes, con 1.869 casos²⁵. Deberemos esperar a 2024 para conocer las cifras de 2023, aunque la tendencia demostrada en estos informes – a excepción del año 2020 – fue creciente año tras año.

De acuerdo con Rodríguez Rey²⁶, y con Cámara Arroyo²⁷, el discurso de odio juega un papel fundamental en la eventual perpetración de los delitos de odio, en tanto que abre la puerta a la comisión de posteriores agresiones.

La realidad del discurso de odio, pregonado desde esferas políticas a través de ciertos medios y las redes sociales, y el hecho de que se ha producido un aumento considerable en la comisión de delitos de odio – de acuerdo con los datos expuestos por el Ministerio del Interior – no hace sino proporcionar motivos para afirmar la existencia de una conexión entre ambas realidades, tratándose de un problema creciente que debe ser

atajado de manera urgente por la comunidad jurídica, y lo que ha dado pie a la elaboración de este artículo.

V. CÓMO IDENTIFICAR Y ENFRENTAR LOS DELITOS DE ODIO

Tras exponer la definición y elementos del delito de odio, su marco legal y el problema que su auge supone en la actualidad, es conveniente dar a conocer las características a tener en cuenta para identificarlos y combatirlos legalmente. Los denominados indicadores de polarización fueron señalados en la Sentencia del TEDH del 20 de octubre de 2015, sobre el caso “Balázs v. Hungría”²⁸, los cuales son:

- La percepción de la víctima del delito de que ha sido objetivo de un ilícito de esta clase debe incitar a las autoridades a investigar los hechos como delito de odio.
- La pertenencia de la víctima a un grupo minoritario o vulnerable, como el LGTBI. Aunque recordemos que no se trata de algo indispensable, ya que la simpatía al mismo puede convertir a alguien en un objetivo de un delito de odio.
- La actitud del agresor o las expresiones realizadas mientras cometía el delito.
- Indumentaria, tatuajes, banderas, propaganda, entre otros elementos. En ocasiones pueden revelar simbología asociada a grupos caracterizados por su odio. La pertenencia o simpatía del agresor a estos grupos también es un indicador.
- Antecedentes policiales del sospechoso, puede haber cometido delitos similares en el pasado.
- La aparente gratuidad de los hechos denunciados.
- El lugar y la fecha en la que se cometió el delito, ya que pueden estar asociados a un colectivo, como en

21. CERECEDA FERNÁNDEZ-ORUÑA, J., SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F., et al., «Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España», Ministerio del Interior, España, 2018, p. 11 (<https://n9.cl/u4nbv>).

22. CERECEDA FERNÁNDEZ-ORUÑA, J., SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F. et al., «Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España», Ministerio del Interior, España, 2019, p. 6 (<https://n9.cl/u4nbv>).

23. LÓPEZ GUTIÉRREZ, J., SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F., et al., «Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España», Ministerio del Interior, España, 2020, p. 17 (<https://n9.cl/u4nbv>).

24. LÓPEZ GUTIÉRREZ, J., SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F., et al., «Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España», Ministerio del Interior, España, 2021, p. 11 (<https://n9.cl/u4nbv>).

25. MUNIESA TOMÁS, M.P., FERNÁNDEZ VILLAZALA, T., et al., «Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España», Ministerio del Interior, España, 2022, p. 10 (<https://n9.cl/u4nbv>).

26. RODRÍGUEZ REY, F., «El discurso de odio genera un clima, es la antesala de las agresiones», Ministerio Fiscal (Fiscal.es), Gabinete de Prensa, 20 de septiembre de 2021 (<https://n9.cl/fld4k> - consultado el 23/12/2023).

27. CÁMARA ARROYO, S., «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volumen LXX, España, 2017, p. 153 (<https://n9.cl/8itlo>).

28. Sentencia del TEDH del 20 de octubre de 2015. Caso “Balázs vs. Hungría” (Application nº 15529/12).

un bar de ambiente LGTBI o en el mes del Orgullo.

La existencia de cualquiera de estos indicadores implica que los hechos deben investigarse como un delito de odio. Además, la suficiente prueba indiciaria puede amparar un pronunciamiento condenatorio pese a una insuficiencia de prueba directa de cargo, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁹.

Otros medios, como testigos, el interrogatorio del acusado, la declaración de la víctima, informes forenses, pruebas documentales o las periciales policiales, entre otros elementos, pueden arrojar luz sobre unos hechos que podrían constituir un delito de odio.

Es preciso que los juristas, abogados y jueces conozcan estos indicios para lograr combatir de forma diligente los delitos de odio con los mecanismos que nos otorga el derecho; así como los derechos y medidas de protección que asisten a la víctima en el Estatuto de la Víctima del Delito³⁰, para que esta no se sienta desamparada y no sufra una potencial revictimización. De esta manera, podría reducirse de forma paulatina la cifra negra.

VI. CONCLUSIONES:

Los delitos de odio suponen una lacra inadmisibles en cualquier Estado democrático y de Derecho. A la luz de los informes del Ministerio del Interior y de los hechos acaecidos queda demostrada la alarmante tendencia creciente en la comisión de estos delitos, y de los incidentes relacionados a los mismos. La situación puede resultar desalentadora, especialmente, dados los hechos actuales, para el colectivo LGTBI. Deben señalarse y analizarse los factores que han influido en esta situación, como la proliferación del discurso de odio, para poder aplacarlos. La educación es fundamental y la base de todo.

Debido a la extensa regulación de estos delitos en nuestro ordenamiento jurídico, así como las diversas facetas que puede adquirir el odio, es algo indispensable que los juristas, abogados, jueces y autoridades cuenten con la formación y concienciación necesaria en esta materia con el objetivo de contribuir diligentemente en la lucha contra esta lacra, así como para enjuiciar los hechos de la forma adecuada. La intención debe ser aliviar la cifra negra de hechos no denunciados, evitar la revictimización y la pérdida de confianza de las víctimas en

las instituciones y en la justicia en su conjunto. Establecer una rama del turno de oficio en todos los Colegios de Abogados de España – y no solo en Madrid, Málaga, Sevilla y Córdoba – aseguraría que las víctimas se vean asesoradas y acompañadas por profesionales debidamente formados y concienciados con su situación.

Como juristas, nuestra labor debe ser amparar la igualdad y la seguridad de todas las personas, con independencia de su origen o características personales. Para ello, es indispensable la educación y la concienciación, y confiamos en que este artículo sirva para dar unas nociones iniciales a los lectores. Se trata de seguridad, justicia y calidad democrática.

VII. BIBLIOGRAFÍA:

- AGUILAR GARCÍA, M., “Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de los delitos de odio”, Centro de Estudios Jurídicos y de Formación Especializada, 2015 (<https://cutt.ly/ShdJL1a>).
- BOECKMANN, R. J., y TURPIN-PETROSINO, C., “Understanding the Harm of Hate Crime”, *Journal of Social Issues*, en *Journal Of Social Issues*, número 58, volumen 2, Estados Unidos, 2002 (<https://n9.cl/h2x4p>).
- CÁMARA ARROYO, S., “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volumen LXX, España, 2017 (<https://n9.cl/8itflo>).
- CERECEDA FERNÁNDEZ-ORUÑA, J., SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F., et al., “Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España”, Ministerio del Interior, España, 2018 (<https://n9.cl/u4nbv>).
- CERECEDA FERNÁNDEZ-ORUÑA, J., SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F. et al., “Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España”, Ministerio del Interior, España, 2019 (<https://n9.cl/u4nbv>).
- DOMÍNGUEZ DUEÑAS, M.a G., “Los delitos de odio”, Fundación Internacional de Ciencias Penales, España, 2003 (Disponible en <https://cutt.ly/chdJF7v>).
- FUENTES OSORIO, J.L., “El odio como delito”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), número 19-27, Universidad de Granada, España, 2017 (Disponible en: <https://cutt.ly/XhdJ2yA>).

29. SSTC 111/2008, de 22 de septiembre (fundamento jurídico tercero) y 15/2014, de 30 de enero (fundamento jurídico sexto).

30. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Títulos I, II y III (BOE 28 de abril de 2015).

- LÓPEZ GUTIÉRREZ, J., SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F., et al., "Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España", Ministerio del Interior, España, 2020 (<https://n9.cl/u4nbv>).
- LÓPEZ GUTIÉRREZ, J., SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F., et al., "Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España", Ministerio del Interior, España, 2021 (<https://n9.cl/u4nbv>).
- LOUSADA AROCHENA, L.F., "Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el derecho del trabajo", en ELDERECHO.COM Noticias Jurídicas de Actualidad, España, 29 de diciembre de 2022 (Disponible en <https://n9.cl/fy8um6>).
- MINGUITO, A., «La Fiscalía ve homofobia en el asesinato de Samuel Luiz y pide penas de 22 y 27 años de cárcel», en Salto Galiza, España, 2 de octubre de 2023 (<https://n9.cl/6j81t> - consultado el 20/12/2023).
- MUNIESA TOMÁS, M.P., FERNÁNDEZ VILLAZALA, T., et al., "Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España", Ministerio del Interior, España, 2022 (<https://n9.cl/u4nbv>).
- Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, "Collecting data to adress hate crime – What is hate crime", Varsovia, Polonia, 2020 (Disponible en <https://hatecrime.osce.org/>).
- Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), publicada por la Oficina para las Instituciones Democráticas y de los Derechos Humanos (ODIHR), Varsovia, Polonia, 2005 (Disponible en <https://n9.cl/kOzyy>).
- ORTEGA DOLZ, P. «Younes Bilal a su asesino: "¿Qué problema tienes con los moros? Respétanos"», El País, España, 16 de junio de 2021 (<https://n9.cl/vr7ug> - consultado el 20/12/2023).
- RODRÍGUEZ REY, F., "El discurso de odio genera un clima, es la antesala de las agresiones", Ministerio Fiscal (Fiscal.es), Gabinete de Prensa, 20 de septiembre de 2021 (Disponible en <https://n9.cl/fld4k> - consultado el 23/12/2023).

LEGISLACIÓN:

- Constitución Española.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE 28 de abril de 2015).
- Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal (BOE 24 de mayo de 2019).

JURISPRUDENCIA:

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de octubre de 2015, "Balázs vs. Hungría" (Application nº 15529/12).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero 15/2014.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de septiembre 111/2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril 387/2022.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril 185/2019.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de junio 227/2023.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de julio 1834/2020.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de septiembre 394/2023.
- Sentencia del Juzgado de lo Penal nº1 de Valencia de Alcántara de 15 de junio 122/2022

LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA Y LUMÍNICA COMO VULNERADORAS DEL DERECHO A LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO Y A LA INTIMIDAD: ANÁLISIS A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

INÉS DE DIEGO AGUADO

*Estudiante de 6º de Derecho y Administración y Dirección de Empresas
Universidad Carlos III de Madrid*

La protección de la vida privada, tanto en la vertiente de la intimidad personal y familiar como en la perspectiva de la inviolabilidad del domicilio, se ve cada vez más amenazada por dos factores presentes constantemente en la vida actual: la contaminación acústica y lumínica.

La exposición continuada a niveles de ruido intensos no solo constituye una perturbación constante, sino que, según la Organización Mundial de la Salud, se erige como la segunda causa de enfermedades ambientales, únicamente ganada por la contaminación atmosférica, pudiendo, por lo tanto, llegar a afectar a la salud física y psíquica de las personas.

Asimismo, la contaminación lumínica se ha implantado como un fenómeno novedoso. Aunque la iluminación artificial siempre ha sido parte de nuestras vidas, estos últimos años se han visto los efectos nocivos que provoca en la biodiversidad, en el paisaje, e incluso en las personas.

Este artículo explorará la capacidad de ambos tipos de contaminación de afectar, no solo al derecho contenido en el artículo 45 CE¹, sino también a otros derechos relacionados con la vida privada de los ciudadanos. A pesar de que ambos han pasado siempre inadvertidos;

relegados a un segundo plano por la contaminación atmosférica, vamos a estudiar la problemática desde la perspectiva de la jurisprudencia de nuestros tribunales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

I. DEFINICIÓN DE CONTAMINACIÓN ACÚSTICA Y LUMÍNICA

Antes de abordar la cuestión que aquí nos ocupa, debemos precisar qué se entiende por contaminación acústica y lumínica. La Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, define en su artículo 3 d) la contaminación acústica como la “presencia en el ambiente de ruidos o vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente”. Similar definición recoge la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002 sobre evaluación y gestión del ruido ambiental.²

Por otro lado, el concepto de contaminación lumínica varía según dónde miremos, no existiendo una única

1. Artículo 45.1 CE: Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Art 3. a) Directiva 2002/49/CE: ruido ambiental: el sonido exterior no deseado o nocivo generado por las actividades humanas, incluido el ruido emitido por los medios de transporte, por el tráfico rodado, ferroviario y aéreo y por emplazamientos de actividades industriales como los descritos en el anexo I de la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación.

definición consensuada³. Como problemática novedosa cuya regulación es escasa, encontramos diversas acepciones que albergan diferentes puntos de vista.

De esta forma, la contaminación lumínica se estudia en ocasiones desde la óptica del brillo o resplandor nocturno que genera en el cielo. Este punto de vista se suele utilizar en la bibliografía científica⁴. Debido a la amplitud del concepto, las normas que siguen esta visión incluyen en su descripción el término de “luz ineficaz”. Por ejemplo, la Ley Foral 4/2022, de 22 de marzo, de Cambio Climático y Transición Energética de la Comunidad de Navarra define el problema como “la emisión de flujo luminoso de fuentes artificiales nocturnas en intensidades, direcciones o rangos espectrales innecesarios para la realización de las actividades previstas en la zona en que se han instalado las luminarias, provocando como efectos indeseables la difusión hacia el cielo, deslumbramiento o intrusión lumínica”.

Por otro lado, la contaminación lumínica suele estudiarse desde la perspectiva de la contaminación atmosférica, considerando a la primera como un agente generador de la segunda. Esta perspectiva la sigue la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera o el Convenio de Ginebra de 1979⁵.

Por último, la doctrina suele definir esta problemática ambiental como “la emisión de flujo luminoso de fuentes artificiales nocturnas en intensidades, direcciones y/o rangos espectrales donde no es necesario para la realización de las actividades previstas en la zona alumbrada en los cuatros tipos de contaminación” (STSJ de Comunidad de Valencia 4555/2009). Es decir, se sigue la primera perspectiva vista, incluyendo el enfoque de evitar la iluminación innecesaria.

II. DELIMITACIÓN DEL DERECHO A LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO Y A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR DE ACUERDO CON LOS TRIBUNALES

La Constitución recoge en su artículo 18.1⁶ y 2⁷ el derecho a la intimidad personal y familiar y la inviolabi-

lidad del domicilio. Asimismo, ambos derechos serían encuadrables dentro de los denominados derechos de libertad, pues, además del establecimiento de vías procesales de tutela, implican una abstención por parte de los poderes públicos. De la misma manera, por su ubicación en el texto constitucional, nos encontramos ante dos derechos fundamentales del individuo, con las garantías procesales que ello conlleva.

Históricamente, es relevante matizar que el derecho a la inviolabilidad del domicilio ha ido transformándose desde una garantía de libertad del ciudadano hasta la concepción actual, más centrada en la vida privada del individuo.⁸

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España mediante Instrumento de Ratificación de fecha 28 de Noviembre de 1996, recoge en el artículo 8 el derecho de toda persona “al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

Son numerosas las ocasiones en las que los tribunales han tratado vulneraciones tanto al derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE), como al derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE) delimitando en sus fundamentos el alcance de dichos preceptos.

Respecto del primero, en la sentencia 186/2000, de 10 de julio (FJ 5), el Tribunal Constitucional establecía que la intimidad personal implicaba la “existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”. Asimismo, otras sentencias, como la STC 202/1999 de 8 de noviembre, vinculan este derecho con la personalidad y la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE⁹. Asimismo, se define por la jurisprudencia (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 137/1985, de 17 de octubre, FJ 2, y 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5) que uno de dichos ámbitos que se protegen es el domiciliario.

3. PELEGRINA, Alicia. 2022. Contaminación lumínica. s.l. : Los libros de la Carata, 2022.

4. Posición seguida por la Oficina Técnica para la protección del Cielo del Instituto de Astrofísica de Canarias y por el Colegio Oficial de Físicos

5. El artículo primero del Convenio de Ginebra 1979 define la contaminación atmosférica como la “introducción en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía que tengan una acción nociva de tal naturaleza que ponga en peligro la salud humana, dañe los recursos biológicos y los ecosistemas.

6. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

7. Art.18.2. CE: El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

8. López Guerra, L. and Espín Templado, E. (2022) Manual de derecho constitucional. Volumen I, La Constitución y las fuentes del derecho. Derechos fundamentales y garantías. 1ª edición]. Valencia: Tirant lo Blanch (Manuales).

9. Art 10.1. CE La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

En cuanto al segundo, el domicilio que entra dentro del artículo 18.2 CE se precisa como “aquel espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, y donde ejerce su libertad más íntima” (STC 171/1999, de 27 de septiembre)¹⁰. Esto conlleva a su vez que no solo se proteja bajo este precepto el espacio físico, sino también “la emanación de la persona que lo habita” (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5)¹¹.

Por último, debemos resaltar lo expresado por la STS 2514/2003 de 10 de abril de 2003, donde en su fundamento segundo expresa que, estos derechos, como derechos reales y efectivos, deben ser protegidos también frente a los riesgos que pueda conllevar una sociedad tecnológicamente avanzada como la que vivimos.

III. CONTAMINACIÓN ACÚSTICA Y LUMÍNICA COMO VULNERADORA DE ESE DERECHO

En materia de contaminación acústica y su capacidad de vulnerar la inviolabilidad del domicilio y la intimidad personal es muy importante la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2004, en el asunto *Moreno Gómez c. España*. En dicho caso, se establece que el daño a estos derechos no viene solo de perjuicios materiales o físicos, sino que también se deben incluir agresiones inmateriales o no corporales, tales como los ruidos, emisiones, olores, u otras injerencias.

No obstante, ésta no es la única sentencia en la que se afirma dicha vinculación. En el caso *López Ostra c. España* (9 de diciembre de 1994) la Corte estableció que “agresiones graves al entorno pueden afectar el bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio, perjudicando su vida privada y familiar, sin por ello poner en peligro la salud del interesado”¹². Es decir, que determinados daños ambientales, como son las emisiones luminosas y el ruido, pueden llegar a vulnerar estos derechos sin necesidad de que hayan puesto en peligro la salud del perjudicado.

A pesar de ello; y aunque no es objeto de análisis del presente texto, es relevante mencionar que el Tribunal

Constitucional, en la sentencia 119/2001, consideraba que la exposición continuada a niveles intensos de ruidos; siempre que supusieran un grave peligro para la salud, podrían constituir una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art 15 CE).

En la misma línea que venimos analizando, en la STC 150/2011, de 29 de septiembre, se estima por el Tribunal Constitucional que, teniendo en cuenta las definiciones vistas en el apartado anterior, la exposición prolongada a altos niveles de ruido merece la protección que dispensa el derecho a la intimidad personal “en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida”.

Ahora bien, lo visto hasta el momento no implica que siempre que el ruido supere los niveles máximos autorizados, por ese mero hecho y automáticamente se vulneren los dos derechos que estamos estudiando. Por el contrario, se requiere una prueba concreta que acredite la lesión alegada (STC 150/2011, de 29 de septiembre y STEDH de 1 de julio de 2008, caso *Borysiewicz contra Polonia*¹³). No obstante, en la STEDH de 16 de enero de 2018, asunto *Cuenca Zarzoso contra España*, el Tribunal consideró que sería excesivamente formalista pedir prueba al demandante por el ruido que había sufrido para ese caso en concreto, ya que su vivienda se encontraba en una zona de Valencia que había sido calificada por las autoridades como “acústicamente saturada”, sin que ello conllevara un daño efectivo a todos los residentes de la zona. Es decir, se debe atender al caso en concreto, con un tratamiento individualizado según las circunstancias.

Hasta el momento hemos analizado exclusivamente la contaminación acústica. La razón la encontramos en que, de todas las formas de contaminación que existen, la lumínica es la más novedosa y, por consiguiente, su regulación y tratamiento han sido mucho menores. A pesar de ello, los tribunales han asimilado en ocasiones los daños provocados por esta problemática con los daños por la contaminación acústica.

10. De la misma manera, en la STC 119/2001 de 24 de mayo se reconocía que como domicilio; desde el punto de vista de la inviolabilidad que se reconoce constitucionalmente, ha de entenderse como el espacio donde “el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima, por lo que el objeto específico de protección en este derecho fundamental es tanto el espacio físico en sí mismo como lo que en él hay de emanación de la persona que lo habita”.

11. En esta misma línea, el TEDH en el asunto *Moreno Gómez c. España* define como parte de este derecho no solo el simple espacio físico, sino también el disfrutar en toda tranquilidad de dicho espacio.

12. Casos similares los encontramos en el asunto *Guerra y otros c. Italia* (sentencia del 19 de febrero de 1998) o en el asunto *Surugiu c. Rumanía* (nº 48995/99, de 20 de abril).

13. En dicha sentencia se rechazó que hubiera lesión ya que no se había aportado, en ninguna de las instancias, ninguna medición sonora u otra prueba que acreditara en ese caso concreto el daño.

De esta forma, sentencias como la STSJ de la Comunidad Valenciana 4555/2009, reiterando la jurisprudencia de las SSTEDH Moreno Gómez, Powell¹⁴, y López Ostra, conecta la inviolabilidad del domicilio y la intimidad también con aquellas intromisiones lumínicas que puedan menoscabar el disfrute del domicilio. Este mismo Tribunal, en la sentencia de 19 de diciembre de 2006, establecía que “la protección que, al igual que se reconoce pacíficamente en materia de contaminación acústica, ha de dispensarse, con fundamento también en el derecho constitucional a la intimidad familiar y a la inviolabilidad del domicilio, a los perjudicados por la contaminación lumínica frente a los atentados medioambientales que obstaculicen su disfrute”.

Por último, es conveniente tratar la ausencia de actividad por parte de las administraciones y cómo ello puede afectar a la vulneración de los derechos que estamos estudiando. Respecto de la contaminación acústica, sentencias como la STSJ Madrid de 28 de enero de 2015 (rec. 704/2013), la STSJ de Murcia de 6 de febrero de 2013 o la STSJ de Valencia de 26 de noviembre de 2014 (rec. 302/2014), establecen que una mínima actuación por parte de los municipios no les exime de la responsabilidad por los daños que provocan esta contaminación, sino que solo una actuación diligente les exime de dicha responsabilidad, resulte o no satisfactoria para las partes¹⁵. En concreto, en la STSJ Galicia 445/2016 de 18 de febrero de 2016 se reitera la jurisprudencia que considera como inactividad por parte de las administraciones todas aquellas apariencias de actividad que encubra una verdadera inactividad por “comprender un conjunto de actividades que por ineficaces, vagas o indeterminadas son completamente insuficientes para lograr el fin perseguido por las potestades atribuidas a la Administración”¹⁶ así como que “el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en la Constitución Española no se satisface con sólo papeles, sino que requiere la modificación en el mundo real de las situaciones de que se trate”.

De la misma manera, dentro del ámbito de la contaminación lumínica es interesante resaltar los casos en los que, como es frecuente en la práctica, no hay normativa concreta que regule el problema. En estos casos, la STSJ de Madrid 4679/2015 establece que la ausencia de

normas que establezcan límites específicos no impide que las administraciones deban tomar medidas que solucionen los problemas que las intromisiones luminosas puedan causar en los derechos de los individuos.

En conclusión, la amenaza que representan tanto la contaminación acústica como lumínica para la vida privada de las personas se revela como una preocupación cada vez más apremiante de la sociedad. Los tribunales, tanto nacionales como europeos, han fijado como jurisprudencia que, cumpliéndose una serie de condiciones, las emisiones luminosas y el ruido pueden llegar a ser vulneradoras del derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal del artículo 18 CE, así como la obligación de los poderes públicos de llevar a cabo las medidas necesarias para hacer reales y efectivos los derechos consagrados en la Constitución.

IV. BIBLIOGRAFÍA

1º Obras doctrinales

López Guerra, L. and Espín Templado, E. (2022) Manual de derecho constitucional. Volumen I, La Constitución y las fuentes del derecho. Derechos fundamentales y garantías. 1ª edición]. Valencia: Tirant lo Blanch (Manuales).

Pelegrina, Alicia. 2022. Contaminación lumínica. s.l. : Los libros de la Carata, 2022.

2º Legislación

- I. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
- II. Convenio de Ginebra de 1979.
- III. Constitución Española de 1978.
- IV. Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido.
- V. Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera.
- VI. Ley Foral 4/2022, de 22 de marzo, de Cambio Climático y Transición Energética de la Comunidad de Navarra.

14. En la STEDH de 21 de febrero de 1990, se reconoció la posibilidad de que determinados niveles de ruido perjudicaban la calidad de vida de las personas, pudiendo vulnerar el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

15. Otras sentencias: Sentencia del TSJ de Galicia, núm. 824/2014, de 23 de octubre de 2014; Sentencia del TSJ de Cataluña, 16 de enero de 2008 (rec. 102/2007); o la Sentencia del TSJ de Navarra, núm. 691/2009, de 27 de noviembre.

16. Similar razonamiento se sigue en la Sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2013 (rec. 402/2013), donde se expresa en el fundamento jurídico cuarto que “es obligación del Ayuntamiento poner todos los medios para realizar las mediciones acústicas de tal manera que permitan determinar si se incumple efectivamente la normativa”.

3º Jurisprudencia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH de 21 de febrero de 1990 (Asunto Powell y Rayner contra el Reino Unido).
- STEDH de 9 de diciembre de 1994 (Asunto López Ostra c. España).
- STEDH de 16 de noviembre de 2004 (Asunto Moreno Gómez c. España).
- STEDH de 1 de julio de 2008 (Asunto Borysiewicz contra Polonia).
- STEDH de 16 de enero de 2018 (Asunto Cuenca Zarzoso contra España).

Tribunal Constitucional

- STC 22/1984, de 17 de febrero.
- STC 137/1985, de 17 de octubre.
- STC 94/1999, de 31 de mayo.
- STC 171/1999, de 27 de septiembre.
- STC 202/1999 de 8 de noviembre.
- STC 186/2000, de 10 de julio.
- STC 119/2001 de 24 de mayo.
- STC 150/2011, de 29 de septiembre.

Tribunal Supremo

- STS 2514/2003 de 10 de abril de 2003.

Tribunal Superior de Justicia

Cataluña

- STSJ de Cataluña, 16 de enero de 2008 (rec. 102/2007).
- STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2013 (rec. 402/2013).

Galicia

- STSJ de Galicia, núm. 824/2014 de 23 de octubre de 2014.
- STSJ Galicia 445/2016 de 18 de febrero de 2016.

Madrid

- STSJ Madrid de 28 de enero de 2015 (rec. 704/2013).

Murcia

- STSJ de Murcia de 6 de febrero de 2013.

Navarra

- STSJ de Navarra, núm. 691/2009, de 27 de noviembre.

Valencia

- STSJ de Comunidad de Valencia 4555/2009.
- STSJ de Comunidad de Valencia de 19 de diciembre de 2006.
- STSJ de Valencia de 26 de noviembre de 2014 (rec. 302/2014).

LA PROBATIO DIABÓLICA A CARGO DEL PROPIETARIO DEMANDANTE EN LOS PROCESOS DE DESAHUCIO: UN ANÁLISIS A PROPÓSITO DE LA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

RAMÓN GUERRI PUYUELO

*Estudiante de 5º de Derecho y Administración y Dirección de Empresas
Universidad de Zaragoza*

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El constituyente plasmó en el artículo 47 de la Constitución Española el derecho a la vivienda, ubicado en los principios rectores de la política social y económica porque de haberlo materializado en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero, dotándole de un estatuto jurídico reforzado con la prerrogativa del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional no tendría tiempo para resolver la cantidad interminable de recursos que invocarían este artículo, por no tener acceso a una vivienda digna. La complejidad del concepto jurídico indeterminado de este calificativo incrementa la dificultad de la cuestión, pues lo digno dista mucho de las circunstancias de habitabilidad que acompañan a muchos ciudadanos españoles.

Por tanto, la dificultad del derecho a la vivienda es uno de esos problemas raíces que acompañan a nuestro Estado de Derecho, y que se ejemplifica en los conflictos de ocupación inmobiliaria, que crecen de manera exponencial en las épocas de crisis económica.

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda¹ supone una novedad absoluta en materia de vivienda y modifica algunos preceptos de la Ley

de Enjuiciamiento Civil², que regulan el procedimiento de desahucio, es aquí y más concretamente en los requisitos de procedibilidad y admisión a trámite de las demandas cuyo objeto es el recobro de la posesión de quienes se han visto despojados de la misma, donde se va a centrar la cuestión objeto de análisis.

II. LOS REQUISITOS DE ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA DEMANDA DE DESAHUCIO

La admisibilidad a trámite de la demanda por la que se pretende recobrar la posesión del inmueble del que se es propietario puede basarse en distintas causas a las que dé lugar el inicio del procedimiento, entre las que destacan las siguientes: por falta de pago de la renta o cantidades asimiladas, por quienes pretendan la recuperación de una finca cedida en precario por quien tenga derecho a poseer la misma, o recobrar la posesión y de los procesos cuya pretensión no es otra que desalojar a los ocupantes ilegales de inmuebles.

El recobro de la posesión pivota sobre una serie de requisitos que se estipulan en el artículo 439 LEC, entre los que destaca, la interposición en el plazo de un año desde que se produjo el acto de perturbación o despojo

1. Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-12203>.

2. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

y, los que han sido objeto de nueva introducción por la modificación de la LEC, que conviene traer para su análisis pormenorizado.

Ellos son los apartados seis y siete del artículo mencionado *supra*. En el primero de ellos se establece que para la mayoría de procedimientos que impliquen recuperar la posesión a favor del legítimo propietario será necesario probar: que el inmueble objeto de la *litis* constituye vivienda habitual de la persona ocupante, demostrar, a su vez, si la parte demandante reúne la condición de gran tenedor de vivienda, en los términos que establece el artículo 3.k) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda³, aportando la certificación del Registro de la Propiedad en la que consten la relación de propiedades a nombre del demandante, y en el caso de que esta parte procesal reúna las condiciones de gran tenedor, probar si el ocupante del inmueble se encuentra o no en una situación de vulnerabilidad económica⁴.

Se trata, por tanto, de la obligación de probar por parte del demandante, siempre que sea gran tenedor, si la parte demandada viene rodeada de unas circunstancias económicas y sociales que le hacen subsumirse en el concepto que el legislador de esta ley ha querido otorgar a la vulnerabilidad económica; pero recuérdese que para ello es necesario ser gran tenedor a efectos de la ley. A continuación, se va a analizar este concepto, que es una de las claves sobre las que se vislumbra la política legislativa que hay detrás de esta ley.

III. EL CONCEPTO DE GRAN TENEDOR DE VIVIENDA.

En primer lugar, resulta necesario acotar el concepto y saber en qué casos nos encontramos ante un gran tenedor, para ello hay que acudir al artículo 3 k) de la Ley: "*persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Esta*

definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa".

Como se observa, el concepto de gran tenedor no se ciñe como una utopía, si bien es cierto, que los porcentajes que indican la cantidad de grandes tenedores, que hay en nuestro país, no superan el 1% en ninguna comunidad autónoma.

Para algunos autores⁵, esta ley de vivienda ha relegado a una segunda categoría de propietarios a aquellos que denomina grandes tenedores, gravando en demasía sus facultades dominicales e incidiendo en su derecho constitucional a la propiedad con anclaje en el artículo 33 de la Constitución Española.

Incluso hay expertos⁶ que dudan de la constitucionalidad del binomio: "la cualificación de las cargas impuestas a ciertos propietarios frente a las generales inherentes al derecho de propiedad podrían ser cuestionables desde el punto de vista constitucional, al no parecer muy compatible con el principio de igualdad ante la Ley recogido en el art. 14 de la Constitución". Nótese la coincidencia doctrinal de los autores en la afección al derecho a la propiedad privada en relación con el principio de igualdad.

Se trata, por tanto, de un concepto del que subyace un haz de injusticia en tanto en cuanto se prevé la posibilidad de que, en aquellas zonas que se declaren de mercado residencial tensionado, la cantidad de inmuebles puede fijarse en cinco. No resulta complejo que en un propietario se reúnan cinco viviendas, de las cuales algunas podrían haberse adquirido por *mortis causa*. O, sin ir más lejos, las comunidades de bienes sobre las que la ley no establece nada al respecto.

De lo anterior, se puede deducir que la calificación de gran tenedor es una suerte de excusa para arrojar sobre

3. Transcripción del artículo 439.6 b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. Artículo 439.6 c) en su segundo párrafo: Para acreditar la concurrencia o no de vulnerabilidad económica se deberá aportar documento acreditativo, de vigencia no superior a tres meses, emitido, previo consentimiento de la persona ocupante de la vivienda, por los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social que hayan sido específicamente designados conforme la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

5. PÉREZ VEGA, A., "El gran tenedor de inmuebles como propietario de segunda categoría en la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda" en Diario la Ley (disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2023/06/13/el-gran-tenedor-de-inmuebles-como-propietario-de-segunda-categoria-en-la-ley-12-2023-de-24-de-mayo-por-el-derecho-a-la-vivienda>).

6. ABAD LLORIA, I Y LORA GONZÁLEZ C., "La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda" en Actualidad jurídica Uría Menéndez, 62, octubre de 2023, pp. 93-111.

los propietarios particulares el problema de la vivienda, y descargar a los poderes públicos de política en materia de vivienda.

IV. LA CARGA DE LA PRUEBA QUE RECAE SOBRE EL PROPIETARIO DEMANDANTE

Anteriormente se han esbozado los requisitos que se erigen en la nueva ley de vivienda para la admisibilidad a trámite de la demanda, que activa el proceso de desahucio, y que modifican nuestro sistema procesal, se resumen en los siguientes: probar que la vivienda constituye vivienda habitual del ocupante, si el demandante es gran tenedor, y en el caso de que sí lo sea, probar la concurrencia de vulnerabilidad económica o no en la parte demandada.

La doctrina ha manifestado que la presente ley marca un antes y un después en nuestro sistema procesal, y que quiebra con los principios configuradores de nuestro derecho procesal. En esta línea GÓMEZ LINACERO⁷ establece que “en nuestro ordenamiento procesal es excepcional, salvando las tasas aplicables a las personas jurídicas, la imposición de alguna carga preprocesal especial para la admisión de pretensión”.

No suficiente con lo anterior, con esta ley parecen burlarse los principios procesales: dispositivo, y de instancia de parte, así como el de carga de la prueba; puesto que se trata de trasladar al propietario cuyo inmueble está siendo ilegalmente ocupado la prueba de circunstancias subjetivas que no pertenecen a su persona, y que deberían, en cualquier caso, ser invocadas por el demandado, como parte de su defensa. Nos encontramos ante una inversión de la carga de la prueba totalmente retorcida en contra de la parte activa.

Ello se debe, fundamentalmente, a tener que probar las circunstancias de vulnerabilidad económica del demandado, y más concretamente de la forma en la que la ley prevé que debe probarse, ex artículo 439.6 LEC: *Para acreditar la concurrencia o no de vulnerabilidad económica se deberá aportar documento acreditativo, de vigencia no superior a tres meses, emitido, previo consentimiento de la persona ocupante de la vivienda, por los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en*

situación o riesgo de exclusión social que hayan sido específicamente designados conforme la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

De la lectura del precepto se deriva que la persona a la que han ocupado ilegalmente la vivienda debe aportar un documento en el que la Administración competente a estos efectos acredite dicha circunstancia, pero que debe ser autorizado por la persona que está ocupando ilegalmente la vivienda. En otras palabras: el *okupa* debe consentir la expedición de un documento que va a activar el proceso por el cual se le pretende expulsar de la vivienda que está ocupando ilegalmente. En fin, la cuadratura del círculo.

Lo irrisorio del planteamiento hace pensar que la política legislativa en materia de vivienda se posiciona a favor del ocupante y en contra del propietario, puesto que dicha condición *sine qua non* no solo se exige a los grandes tenedores, sino que en las ejecuciones hipotecarias se precisa para todo acreedor hipotecario, es decir, para todas aquellas entidades financieras que como consecuencia de un impago en las cuotas ejecuten la hipoteca con el fin de recuperar el importe prestado.

De lo anterior, parece subyacer la más genuina intención de poner trabas al demandante en la solicitud de documentos con una carga de la prueba excesiva e inoportuna para dilatar el procedimiento, y con ello lograr más tiempo a favor del ocupante, se está desvirtuando el derecho de propiedad a favor de actividades ilegales que nada tienen que ver con una política de vivienda constructiva, la Administración no debe utilizar al propietario como herramienta para crear vivienda social durante un periodo de tiempo provisional, alimentando las prácticas de ocupación inmobiliaria; al ver estos que su camino se está allanando, a costa de poner trabas procesales al propietario cuya única voluntad es recuperar la posesión de un inmueble que del que es el legítimo propietario. No parece ser el camino correcto con el que combatir la ocupación ilegal de inmuebles.

La solución a lo anterior debe ir por el camino de la construcción de vivienda social a través de parques públicos de vivienda. “Según las últimas estimaciones⁸ del Observatorio de Vivienda y Suelo del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, en España hay unas 290.000 viviendas sociales en alquiler, lo que ape-

7. GÓMEZ LINACERO, A., Preguntas y respuestas a la Ley por el derecho a la vivienda en clave procesal Diario la Ley, Nº 10386, Sección Tribuna, 13 de noviembre de 2023.

8. ARROYO CORRALES, E., Una Ley de vivienda para facilitar el acceso a los colectivos más vulnerables, Escritura pública, ISSN 1695-6508, Nº. 135, 2022, págs. 30-33.

nas cubre el 1,6% de los 18,6 millones de hogares que hay en nuestro país”.

Esta nueva ley ha apostado por la construcción de parque público de vivienda, pero veremos si el compromiso legislativo se acaba materializando o si tan solo queda en un proyecto al que nunca se pondrá fin.

Otro aspecto importante en clave procesal es la modificación de la LEC para articular nuevas vías posibles, que favorezcan la mediación entre las partes como remedio previo a iniciar un procedimiento de desahucio. Así se introduce el apartado 7 del artículo 450 LEC⁹: *En los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250, en el caso de que la parte actora tenga la condición de gran tenedora en los términos previstos por el apartado anterior, el inmueble objeto de demanda constituya vivienda habitual de la persona ocupante y la misma se encuentre en situación de vulnerabilidad económica conforme lo previsto igualmente en el apartado anterior, no se admitirán las demandas en las que no se acredite que la parte actora se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes, en base al análisis de las circunstancias de ambas partes y de las posibles ayudas y subvenciones existentes en materia de vivienda conforme a lo dispuesto en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.*

Como se puede extraer de la lectura del precepto se hace necesario, siempre que nos encontremos ante un gran tenedor, se trate de un inmueble que constituya vivienda habitual para el ocupante y se dé la vulnerabilidad económica en su persona, un procedimiento previo de conciliación judicial que sirva, a su vez, a la Administración para poder encontrar una situación de amparo al ocupante de la vivienda. Se está nuevamente utilizando al propietario del inmueble como vía de tránsito temporal hacia una solución cuyo deber recae en los poderes públicos.

V. CONCLUSIONES

Dejando expuesta la problemática que subyace del análisis comentado voy a proceder en las siguientes líneas a enunciar las deficiencias de *lege lata*, y posteriormente formularé de *lege ferenda* la solución que, a mi juicio, debe llevar a cabo el legislador.

Como ya se ha indicado anteriormente, y coincide reiteradamente la doctrina¹⁰, “la Ley por el Derecho a la Vivienda fue aprobada por las Cortes Generales pese a las dudas sobre su constitucionalidad planteadas por varios partidos políticos y plasmadas, además, en alguno de los informes preceptivos (pero no vinculantes) a los que se sometió en la fase previa a la tramitación parlamentaria”.

Las dudas sobre la constitucionalidad de la ley giran en torno a la posible afección al derecho a la propiedad en relación con el principio de igualdad de nuestra Constitución Española. Se puede señalar como la primera deficiencia de la que adolece esta ley.

Seguidamente, se ha comentado la relegación a un segundo plano del propietario denominado por la ley, y que reúna las circunstancias, de gran tenedor.

El gran tenedor es para la ley el eterno obligado a una mayor carga de la prueba en el proceso de desahucio: la manera en la que se puede dilatar el inicio del proceso de desahucio por tener que acompañar a la demanda certificados y pruebas que, en muchas ocasiones, pueden dilatarse meses, y más todavía si dependen del consentimiento y la colaboración del demandado, la persona que está ocupando ilegalmente la vivienda.

Por tanto, en lo que respecta a las modificaciones procesales que influyen en la cuestión de la vivienda, a mi juicio, el legislador no ha acertado en su regulación; principalmente por todos los motivos que se han enunciado en líneas precedentes y que confluyen en arrojar una excesiva carga de la prueba sobre el demandante con el fin de alargar el proceso, lo que se convierte en una suerte de solución transitoria de vivienda a una persona vulnerable a cargo del patrimonio de los particulares, como si de organizaciones sociales se tratasen, en vez de realizarse por los poderes públicos con una construcción de parques públicos de vivienda, que no parece vislumbrarse a corto plazo.

El legislador debiera proteger más al propietario, pues de lo contrario, y con el camino que parece abrir esta política de vivienda se corre riesgo de alimentar la ocupación ilegal de viviendas, ya que se puede plantear como una solución rápida y eficaz a la falta de vivienda. No es la manera en que se tiene que solucionar el problema de la vivienda en nuestro país, sino que los agentes sociales, con el consiguiente respaldo presupuestario tienen

9. Transcripción del artículo 450.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

10. LÓPEZ SIMÓ, F., Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico en Diario LA LEY, N° 10383, Sección Tribunal, 8 de Noviembre de 2023.

la obligación de mitigar el problema raíz por excelencia en nuestro Estado de Derecho, que se materializa tanto en aquellas familias que, como consecuencia de la crisis económica, perdieron su vivienda y no han podido hacer frente a una nueva, como en aquellos jóvenes que desean emanciparse y que no pueden hacerlo porque el mercado de vivienda resulta inaccesible para ellos, consecuencia de ello es que la edad media en España de emancipación se sitúe rozando los treinta años, muy por encima de los países de nuestro entorno europeo.

A la postre, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, ha aunado la voluntad política de dar solución al problema de vivienda, pero desde una perspectiva un tanto errónea: perjudicar al propietario considerado gran tenedor. Y, aunque es un porcentaje escaso de población, menor al uno por ciento, aquellos que entrarían en el concepto que ha ideado el legislador, no es justo que por tener más viviendas en propiedad no tengan igualdad de condiciones ante un proceso de desahucio que el propietario corriente que se sitúa fuera de este concepto, de ahí que adolezcan vicios de inconstitucionalidad en el producto del legislador. Urge, por tanto, una reforma sobre todo en lo que respecta al ámbito procesal de la norma, de lo contrario se estaría dando alas a la desigualdad y quiebra de los principios configuradores de nuestro sistema procesal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Obras doctrinales

- ARROYO CORRALES, E., Una Ley de vivienda para facilitar el acceso a los colectivos más vulnerables, Escritura pública, ISSN 1695-6508, N.º. 135, 2022, págs. 30-33.
- ABAD LLORIA, I Y LORA GONZÁLEZ C., “La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda” en Actualidad jurídica Uría Menéndez, 62, octubre de 2023, pp. 93-111.
- GÓMEZ LINACERO, A., Preguntas y respuestas a la Ley por el derecho a la vivienda en clave procesal Diario la Ley, N.º 10386, Sección Tribunal, 13 de noviembre de 2023.
- LÓPEZ SIMÓ, F., Principales novedades procesales de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. Breve análisis crítico en Diario LA LEY, N.º 10383, Sección Tribuna, 8 de Noviembre de 2023.
- PÉREZ VEGA, A., “El gran tenedor de inmuebles como propietario de segunda categoría en la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda” en Diario la Ley (disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2023/06/13/el-gran-tenedor-de-inmuebles-como-propietario-de-segunda-categoria-en-la-ley-12-2023-de-24-de-mayo-por-el-derecho-a-la-vivienda>)

Legislación

- Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-12203>.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal.

HACIA UN MODELO DESCENTRALIZADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: CONSECUENCIAS LEGALES Y LÓGICAS DE LA GESTIÓN AUTONÓMICA

LUIS VILLANUEVA RIBES

*Estudiante de 5º Derecho y Análisis de Negocios / Business Analytics
Universidad Pontificia Comillas*

Con la aprobación de la Ley de Accidentes de Trabajo, de 30 de enero de 1900, por la que se sustituye el modelo preexistente de mutuas de socorro mutuo y gremios, se inicia en España una proliferación de seguros yuxtapuestos y sectoriales que culmina con la aprobación de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social.

A partir de esta Ley de Bases y sus sucesivas modificaciones se ha ido construyendo en nuestro país lo que hoy conocemos como Sistema Nacional de Seguridad Social, cuya base constitucional queda reflejada en el artículo 41 de la Constitución de 1978 (en adelante CE). Este artículo impone un mandato directo a los poderes públicos basado en los principios de universalidad, generalización objetiva, suficiencia, y carácter público¹, y encuentra su desarrollo legislativo más claro en la Ley General de la Seguridad Social² (en adelante LGSS).

Esta Ley, en su artículo 66, expone los principios a los que está sujeta la gestión y administración de la Seguridad Social, que son: simplificación, racionalización, economía de costes, solidaridad financiera y unidad de caja, eficacia social y descentralización.

En este sentido, han surgido muchas Comunidades Autónomas (en adelante CCAA), críticas con el modelo

actual. Éstas, dentro del marco de sus respectivos Estatutos de Autonomía, vienen reclamando la transferencia de las competencias de gestión de la Seguridad Social de sus respectivos territorios. Pues bien, el objeto de este artículo es analizar cuál es el marco legal, jurisprudencial y doctrinal existente, en que se podrían concretar estas transferencias y cuáles serían las consecuencias de éstas.

I. MARCO DE LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de los servicios por parte de las Comunidades Autónomas, son una competencia exclusiva del Estado a tenor del artículo 149.1.17º CE. No obstante, el artículo 129.1 CE recoge que la ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social, y, por último, el artículo 156.2 CE consagra la posibilidad de que las CCAA actúen como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, gestión y liquidación de los recursos tributarios de aquél, de acuerdo con las leyes y los Estatutos.

Como consecuencia de esto, actualmente existen determinadas materias transferidas. Algunos ejemplos

1. BARCELÓN COBEDO, S. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, ed. 17, Tirant lo Blanch, Madrid, 2023, pp. 54-57.

2. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 31 de octubre 2015).

serían las competencias del antiguo Instituto Nacional de Servicios Sociales, o la gestión de prestaciones no contributivas³.

En cuanto a las leyes orgánicas, podemos ver que varios Estatutos de Autonomía recogen competencias relativas a la gestión en materia de seguridad social. Estos son los correspondientes a las Comunidades Autónomas de Euskadi, Catalunya, Galicia, Aragón, Valencia, Baleares, Canarias, Andalucía, Extremadura, y Navarra.

Por último, esta distribución competencial estatutaria se completa con el artículo 66 de la LGSS⁴, donde se consagra el principio de caja única como uno de los que informan la gestión y administración de la Seguridad Social.

El marco constitucional ha sido precisado y completado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) y la doctrina. Entre otras, destaca la STC 158/2021⁵, por la que se desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de Catalunya contra determinados preceptos del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. En ella, el TC define el alcance de la competencia exclusiva del Estado a la existencia de un «común denominador normativo», necesario para asegurar la «unidad» del sistema.

El Tribunal también insiste en que el régimen económico de la Seguridad Social busca alcanzar la unidad presupuestaria del sistema, a través de los principios de unidad de caja y solidaridad financiera. Remarca que, como ya afirmaba la STC 272/2015⁶, el Estado posee competencias tanto normativas como ejecutivas en esta materia.

En resumen, por encontrarnos en un sistema de Seguridad Social de reparto y no de capitalización, fuertemente influenciado por los modelos de tipo bismarckiano (Barcelón Cobedo y González Ortega, 2023), tanto el legislador como la jurisprudencia constitucional han expandido al máximo las competencias que le son atribuidas al Estado en esta materia.

No obstante, en relación con la doctrina, existen opiniones divergentes con el criterio jurisprudencial⁷, así

como en la propia jurisprudencia, en la que existen votos transferidos. Algunos ejemplos serían las competencias particulares en esta línea. En cuanto al artículo 41 CE, Alonso Olea (Olea, 1982) critica la falta de definición de «poderes públicos»⁸ en nuestro texto constitucional. Como afirmaba Burckhardt, «definir los poderes públicos y precisar sus respectivas funciones y competencias es así una misión esencial de la Constitución».

Pese a ello, esta precisión no se ha realizado, lo que deriva en una inseguridad a la hora de delimitar las competencias que debe ostentar cada uno de los entes territoriales en materia de Seguridad Social. Así, hay que acudir a los artículos 148 y 149 CE, que recogen las competencias reservadas a cada uno.

Tal y como recoge Alonso Olea, mientras que el artículo 149 hace referencia a la legislación penal y mercantil como competencias exclusivas del Estado, realiza una matización en relación con la legislación en materia de seguridad social, reservándose el Estado sólo la competencia exclusiva sobre la legislación *básica*. Esto, como indica Olea, podría hacer referencia a un tipo de competencia compartida Estado-CCAA que podría articularse mediante leyes marco, de transferencia, o de armonización del artículo 150 CE.

También matiza que, sin perjuicio de esta última afirmación, parece lógico que se entienda la legislación en sentido amplio, incluyendo régimen económico y determinación de beneficios, requisitos e intensidad de acción protectora. Es decir, que para las CCAA quedaría la gestión de los servicios y la posibilidad de dictar normas organizativas respecto de esta facultad. En relación con el ámbito ejecutivo, se han de entender las competencias ejecutivas como ejecución de los servicios de la Seguridad Social. Esto abre enormemente la puerta a una potencial descentralización (Olea, 1982).

Además, De la Villa y Desdentado argumentan que el artículo 149.1 CE habilita en todo caso la posibilidad de atribución a las CCAA las competencias en materia de gestión de la Seguridad Social, con las correlativas facultades de autoorganización, lo que permitiría el establecimiento de un proceso de descentralización, con sus consecuencias disgregadoras respecto a la

3. "Ordenamiento de la Seguridad Social: La protección social en la Constitución", Comentarios prácticos Aranzadi, DOC 2008\563, pp. 5.

4. Ley General de la Seguridad Social, op. cit., pág 1.

5. Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de septiembre 158/2021 (FJ 4).

6. Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre 272/2015 (FJ 3).

7. Todas las opiniones doctrinales relacionadas con el artículo 149 CE deben entenderse de manera conjunta con la STC de 13 de febrero 27/2014 por la que el TC atribuye al legislador estatal la potestad de definir qué es lo que se entiende por "básico" en cada momento.

8. SUÁREZ GONZÁLEZ, F., Papeles de economía española, nº 12-13, 1982, pp. 119-128.

unidad del sistema (De la Villa Gil y Desdentado Bonete, 1979).

En resumen, a pesar de lo restrictivo de nuestra jurisprudencia constitucional, existen planteamientos doctrinales en los que podría ampararse una eventual descentralización de la gestión económica de la Seguridad Social. Estos planteamientos doctrinales van en algunos casos más allá de una mera gestión, habilitando incluso a las entidades territoriales a dictar normas de autoorganización en este ámbito. Es por ello que procede delimitar qué podría englobar esta eventual gestión y cuáles serían las consecuencias que tendría.

II. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La RAE, en su definición de gestión, habla de ella como «acción y efecto de gestionar», y «acción o efecto de administrar». En cuanto a gestionar, lo define como: «ocuparse de la administración, organización y funcionamiento de una actividad económica u organismo», y, en cuanto a administrar, como «ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes».

Por tanto, podríamos empezar enmarcando la gestión como la ordenación o disposición de la administración y funcionamiento de una actividad económica, especialmente la hacienda o los bienes.

En cuanto a la jurisprudencia constitucional, la STC 124/1989⁹, entiende la gestión de la Seguridad Social como algo indisoluble del principio de unidad de caja y relativo a la administración del sistema de cotización, a pesar de que este principio no encuentra ningún apoyo directo o reflejo en la Constitución.

En el ámbito de la Seguridad Social, esta gestión la realizan entidades adscritas al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, dependientes a su vez de la Secretaría de Estado de Seguridad Social y Pensiones. Entre otras, podemos destacar las siguientes entidades¹⁰:

En primer lugar, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS). Se trata de una entidad gestora de la Seguridad Social, con personalidad jurídica propia. Tiene encomendada la gestión y administración de las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de las atribuidas al Institu-

to de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) u otros servicios.

Entre sus competencias destacan el reconocimiento y control del derecho a las prestaciones económicas del sistema nacional de la seguridad social en su modalidad contributiva, así como las prestaciones familiares no contributivas, la condición de persona asegurada y beneficiaria a efectos de cobertura sanitaria y, entre otras, la gestión del Fondo Especial de Mutualidades de Funcionarios de la Seguridad Social o el Registro de Prestaciones Sociales Públicas.

En segundo lugar, la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS). Es un servicio común de la Seguridad Social, con personalidad jurídica propia, donde se unifican todos los recursos económicos y la administración financiera del sistema de la Seguridad Social, como órgano que incardina los principios de caja única y solidaridad financiera.

Entre sus competencias destacan la inscripción de empresas, la afiliación, altas, y bajas de los trabajadores, la gestión y control de la cotización y de la recaudación de las cuotas y demás recursos de financiación del Sistema de la Seguridad Social, la ordenación del pago de las obligaciones de la Seguridad Social y la distribución en el tiempo y en el territorio de las disponibilidades dinerarias para satisfacer puntualmente dichas obligaciones y la elaboración del presupuesto monetario, entre otros.

En tercer lugar, el Instituto Social de la Marina. Es una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia que gestiona el régimen social integral de los trabajadores del mar, incluyendo cuestiones relativas a la Seguridad Social pero también a la atención sanitaria u otros ámbitos.

Por último, la Gerencia de Informática de la Seguridad Social. Es un servicio común encargado de la información y comunicación en el ámbito de la Seguridad Social, actuando de forma coordinada con las entidades mencionadas anteriormente.

Pues bien, sin perjuicio de la existencia de otras entidades, podemos entender la gestión como la tarea conjunta que estas tres entidades realizan en el ámbito estatal a través del ya mencionado servicio informático común.

9. Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio 124/1989

10. Instituto Nacional de la Seguridad Social. (s.f.). Quiénes somos. Seguridad Social. Recuperado de <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Conocenos/QuienesSomos>

Es lógico pensar pues que la descentralización de la gestión de la Seguridad Social se puede definir como ordenación o disposición de la administración y funcionamiento de la Seguridad Social, mediante la subrogación o sometimiento de las entidades gestoras de ámbito estatal al ámbito autonómico, con la consiguiente autoorganización por parte de las CCAA y con el respeto a los principios de unidad de caja y solidaridad financiera.

III. CONSECUENCIAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA GESTIÓN

La descentralización de la gestión económica de la Seguridad Social, aunque legalmente viable, comporta una serie de consecuencias que deben ser analizadas.

En primer lugar, las consecuencias en términos legales. Por un lado, podría facilitar la consecución del artículo 129.1 CE, que atribuye a la ley la regulación de las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social. La aproximación del sistema, que en ocasiones puede resultar excesivamente estatizado, a los habitantes de los distintos territorios puede facilitar los trámites administrativos y simplificar trabas burocráticas.

Un ejemplo claro de esta participación sería una mayor facilidad a la hora de modular las prestaciones de acuerdo con las circunstancias del territorio concreto. De hecho, en numerosas ocasiones se ha criticado de forma fundada que el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social se limita a establecer un marco de obligado cumplimiento que elude determinados aspectos de la igualdad en sentido material al no tener en cuenta las circunstancias de los distintos territorios en los que se aplica. Por ejemplo, existe un salario mínimo a nivel estatal, pero las condiciones de empleabilidad y el coste de vida no son iguales en todo el territorio español.

Esta ventaja se vería todavía más acentuada en el caso de las políticas activas de empleo, que podrían localizarse mucho más y favorecer la empleabilidad en sectores o lugares que en muchos casos son ignorados por la promoción estatizada.

Mediante esta descentralización se podría permitir que las prestaciones que ahora se gestionan vía el INSS pudiesen adecuarse más a la realidad material de aquellas personas que son beneficiarias o, como indica el texto constitucional, interesadas.

Sin embargo, ello también podría dar lugar a una evolución normativa dispersa en cada territorio. Así, aunque el TC ha intentado acotar lo que puede conside-

rarse como gestión susceptible de transferencia a las CCAA, parece razonable afirmar que la transferencia de la gestión económica llevaría implícito un determinado desarrollo normativo por parte de las distintas CCAA.

El problema fundamental surgiría en aquellos casos en los que el mencionado desarrollo legislativo apuntase a direcciones distintas o fuese, en algunos casos, contradictorio entre territorios. Por ejemplo, en la actualidad no existe ningún tipo de normativa que regule las relaciones entre las CCAA y la TGSS. La descentralización de esta TGSS podría ocasionar situaciones de desigualdad manifiesta en las distintas relaciones que el Estado tuviese que desarrollar con las nuevas TGSS..

Otro ejemplo podría ser los requisitos y cauces para el reconocimiento de prestaciones. Actualmente es competencia del INSS. Se trata de un sistema que puede admitir críticas, pero es un sistema igual para todos los ciudadanos. El problema que podría suponer la descentralización del INSS es que es probable que resulte en distintos requisitos para acceder a las distintas prestaciones. Esto es especialmente grave si tenemos en cuenta cuáles son las prestaciones afectadas: incapacidad permanente, jubilación, incapacidad temporal, entre otras.

Estas desigualdades podrían acentuarse en función del alcance de la gestión. Parece lógico pensar que la gestión podría incluir determinados aspectos como las bonificaciones a las cotizaciones de la SS, con las consiguientes desigualdades que ocasionaría que tus cotizaciones fueran más caras o baratas en función de la CCAA en la que prestases tus servicios.

Este punto se puede unir con los problemas que podría acarrear a nivel presupuestario. A pesar de que la gestión pudiese descentralizarse, la presencia de elementos como bonificaciones podría suponer un verdadero problema para el Estado a nivel presupuestario. Esto es así porque, por mucho que se descentralice, el Estado sigue teniendo una obligación constitucional de garantizar un sistema de Seguridad Social para todos los ciudadanos, inspirado en el principio de igualdad del artículo 9.2 CE.

Por tanto, el Estado tendría que realizar una coordinación presupuestaria, que ahora es una tarea de la TGSS, con diecisiete Tesorerías distintas, y actuar como garante de la igualdad en aquellos casos en los que las CCAA incurrieran en una laxitud o irresponsabilidad contributiva.

Además, las consecuencias no se limitarían al marco legal. Podemos destacar también consecuencias a nivel

informático o de coordinación. Desde que desapareció el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) y las diferentes CCAA asumieron el control total de las competencias en materia sanitaria, sin perjuicio de la coordinación estatal contemplada en el artículo 149.1 CE, ha existido una corriente crítica con la falta de comunicación entre administraciones.

No parece lógico pensar que, en caso de que sucediera lo mismo con la Seguridad Social, esta transferencia fuese a estar exenta de estos problemas. Esto cobra una relevancia especial cuando se refiere a asuntos como la movilidad de los trabajadores entre las distintas CCAA, o a los cálculos de prestaciones para aquellos trabajadores que hubieran trabajado en diferentes CCAA.

En el ámbito europeo, estos problemas se acentuarían. Actualmente, para los trabajadores que prestan servicios en el marco de una relación laboral en algún país de la Unión, existe un único procedimiento, estatizado, que permite el reconocimiento de esas contribuciones en nuestro país.

La descentralización del INSS implicaría que habría diecisiete procedimientos informáticos para realizar un mismo reconocimiento. Esto podría verse acentuado en casos como un trabajador que presta sus servicios en una CCAA, pasa a hacerlo en el extranjero, y luego en otra CCAA distinta a la original. El perjuicio burocrático, evitable con el mantenimiento del sistema actual, puede suponer un enorme esfuerzo para el trabajador, que se añade al esfuerzo que de por sí supone una carrera de seguridad social tan compleja.

En resumen, a pesar de la existencia de potenciales consecuencias positivas, existe un amplio abanico de consecuencias negativas tanto a nivel legal como informático que, en mi opinión, desaconsejan la descentralización de la gestión de la Seguridad Social, a pesar de ser algo posible a nivel legal.

IV. CONCLUSIONES

En cuanto a las conclusiones de este artículo, hay varios temas que procede mencionar. En primer lugar, el poco margen de actuación que existe en la actualidad para la transferencia de competencias en materia de Seguridad Social.

Como representación de nuestro sistema de reparto, legislador y el TC han realizado una extensa labor de delimitación positiva de aquellas cuestiones que corresponden al Estado en materia de Seguridad Social. Eso no sólo se ve reflejado en las instituciones que

conforman el sistema de gestión, sino también en la extensa jurisprudencia que ha rechazado a lo largo de los años diversos intentos de descentralización del sistema.

En segundo lugar, las consecuencias negativas que acarrearía la transferencia. A pesar de ser posible realizar esta transferencia, y de la existencia de elementos positivos en ella, de realizarse una ponderación, queda claro que las consecuencias negativas superan por un amplio margen a las positivas, por abarcar más de un ámbito y por la variedad de problemas que supone, tanto a nivel nacional como europeo.

En último lugar, la enorme puerta abierta que deja la Constitución a efectos de modificación del sistema actual. En muchas ocasiones tomamos el sistema de Seguridad Social como algo estatizado y rígido. Sin embargo, si atendemos a lo que la Constitución realmente expresa, esto no es cierto. Existen una gran cantidad de puntos en la misma que, de realizarse una interpretación distinta a la sostenida por la jurisprudencia, podrían dar pie a que se conformase un nuevo sistema.

Esto se acentúa si hablamos del tema más presente a efectos de descentralización, que es la existencia del principio de caja única y solidaridad financiera. Se puede ver cómo este principio es fruto de una evolución jurisprudencial y legal que ha optado por sustentarlo. No obstante, no existe ningún tipo de sustrato constitucional al que este principio pueda adherirse.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, M. *Instituciones de Seguridad Social*, 8.ª Edición, Civitas, Madrid, 1982.
- AAVV. "Ordenamiento de la Seguridad Social: La protección social en la Constitución", *Comentarios prácticos Aranzadi*, DOC 2008\563.
- BARCELÓN COBEDO, S. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, 17ª edición, Tirant lo Blanch, Madrid, 2023.
- DE LA VILLA GIL, L. E., y DESDENTADO BONETE, A. *Manual de Seguridad Social*, 2.ª Edición, Aranzadi, Pamplona, 1979.
- PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., "La Seguridad Social" en VELASCO PORTERO, M.ª T. y MIRANDA BOTO, J. M.ª. (dir.), *Curso elemental de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2023, pp. 279-287.

- ROJO TORRECILLA, E. (2020). *¿Es transferible la gestión económica de la Seguridad Social? Federalismo versus caja única*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, nº 445, pp. 219-227.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F., *Papeles de economía española*, nº 12-13, 1982, pp. 119-128.

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio 124/1989.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero 27/2014.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre 272/2015.
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 158/2021, de 16 de septiembre de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 1140-2021.

Webgrafía

- Instituto Nacional de la Seguridad Social. (s.f.). Quiénes somos. Seguridad Social. (Disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/inter-net/Conocenos/QuienesSomos>; última consulta 18/12/2023)

RECORRIDO DEL DERECHO DEL TRABAJO: ¿ES VIABLE UNA JORNADA LABORAL DE 4 DÍAS?

LUCÍA BRIONES REDONDO
Estudiante de 4º de Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

I. INTRODUCCION

Hace 104 años que la jornada laboral actual de 8 horas diarias se convirtió en una realidad de la que seríamos partícipes durante un largo periodo de tiempo. 104 años en los que no se han propuesto grandes cambios laborales en cuanto a jornada se refiere, no al menos hasta que la pandemia de la COVID-19 y sus nuevas dinámicas a la hora de concebir una nueva forma de trabajar, como lo es el teletrabajo, han conseguido que se replantee la cuestión de una menor carga laboral y mejora en la calidad de vida del trabajador y el empleador en pos de un incremento de la buena salud mental, productividad y tiempo de calidad para las relaciones familiares e interpersonales. Es aquí donde el derecho del trabajo entra en juego y se convierte en una figura jurídica relevante para el paso al que podría ser una mejor conciliación de la vida personal y familiar, que es material del principio rector de la política social y económica, en su artículo 39.1 de la Constitución (CE, en adelante), que cito textualmente: «*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*», siendo el Estado el máximo responsable a la hora de velar por unas mejores condiciones laborales que compatibilicen este bienestar familiar. Pero, ante todo, la máxima es asegurar la salud y seguridad de los trabajadores ante cualquier tipo de reforma o modificación del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante) que les afecte de manera imperativa. Este fin de garantizar el bienestar del trabajador se encuentra regulado

en el artículo 2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales.¹

El objetivo de este comentario es sintetizar las posibilidades de llegar a alcanzar una jornada más reducida de la que gozamos en la actualidad (40 horas semanales) sin que el trabajador por cuenta ajena ni el empresario se vean afectados de forma negativa, es decir, analizaremos si es viable esta jornada disminuyendo el tiempo de trabajo y manteniendo el salario intacto, a la par que aumentando la producción y los beneficios. Para ello, es preciso repasar la historia del derecho del trabajo y el marco histórico de éste para basarnos en los antecedentes existentes similares a pasadas reducciones de jornadas de trabajo.

II. MARCO HISTÓRICO Y RECORRIDO DE LA HISTORIA DEL TRABAJO.

Desde la era del Paleolítico hasta las épocas de las civilizaciones de lenguas antiguas, como el latín o el griego, el ser humano ha dedicado el menor tiempo posible al trabajo. Los primeros homo sapiens se limitaban a trabajar cuando así lo requerían las circunstancias, es decir, para alimentarse, pues vivían de la caza y la recolección.² Durante la época romana, el trabajo se realizaba desde el alba al ocaso. El descubrimiento de la agricultura fue un cambio totalmente relevante para la visión de la que sería una nueva forma de la jornada laboral, ya que ésta venía marcada por la luz solar, de

1. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE 10 de noviembre de 1995).

2. PÉREZ PIQUEURAS, J. L., "La caza en la evolución humana", ABC, 7 de junio de 2021 (disponible en https://www.abc.es/deportes/caza/abci-caza-evolucion-humana-202106070209_noticia.html)

sol a sol.³ De hecho, en estas sociedades grecolatinas, el trabajo era muy mal percibido, ya que estaba directamente relacionado con la esclavitud, más aún cuando se refiere a trabajos manuales y/o físicos.⁴ La idea del trabajo físico estaba ligada a la vida que llevaban los esclavos y con el castigo que esto suponía⁵.

En el siglo XVIII, Europa vive toda una transformación a causa de la Revolución Industrial y nacen lo que hoy conocemos como los horarios laborales, es decir, el control de llegada y salida de los asalariados a las fábricas u otros lugares de trabajo, lo que hizo bastante notoria la diferencia entre tiempo dedicado a la vida laboral y el tiempo dedicado a la vida personal. En España no vivimos este fenómeno revolucionario hasta el año 1833, se considera que tuvimos una revolución industrial tardía debido a la época delicada que atravesaba el país en aquellos años, debido a la crisis económica causada por el mercantilismo absolutista⁶. Los factores que posibilitaban la transformación a la era industrializadora no fueron del todo eficientes en España. Unos pocos ejemplos de ello fue la poca prosperidad en la agricultura, la insuficiente red de transportes o el retraso en las industrias manufactureras.⁷ En la última mitad del siglo XVII, Cataluña era la única comunidad autónoma española en dar un paso hacia la era industrializadora con su especialización en la producción de aguardientes de vino, exportados a Holanda y Reino Unido.

En conclusión, es bien sabido que la Revolución Industrial fue un proceso revelador de una nueva forma de concebir el trabajo y las relaciones entre trabajador-empleador, naciendo así una nueva clase social, el proletariado. La instalación de maquinaria en fábricas, horarios laborales controlados gracias al sistema de fichar al empezar y finalizar la jornada, el establecimiento

de determinados lugares físicos para desempeñar las tareas de trabajo, los salarios, la plena consciencia de la separación de la vida laboral y de la vida familiar y personal y la desaparición del trabajo doméstico remunerado como consecuencia.⁸

III. LEY BENOT: PRIMERA LEY DE DERECHO DE TRABAJO EN ESPAÑA

La ley Benot fue la primera norma que nació del derecho del trabajo en España el 24 de julio de 1873, con el propósito de proteger a los trabajadores más precarios frente a las pésimas condiciones laborales que soportaban por aquel entonces, que fue impulsada por el político, escritor y lingüista Eduardo Benot Rodríguez (1822-1907). Nuestro país se encontraba en un momento de gran crispación, pues en 1855 tuvo lugar la primera huelga general, sito en Cataluña, y ella trajo exigencias a la agenda política de gran carga laboral, como, por ejemplo, la reducción de la jornada laboral infantil, la cual pretendía limitar a 5 horas diarias el trabajo de los niños con edades comprendidas entre 8 y 12 años, y a 10 horas la jornada para mayores de 12 años y menores de 18. Esta ley no solo exigía reducir las jornadas de trabajo de la población infantil, también reguló las condiciones sanitarias de las fábricas donde los trabajadores pasaban horas y horas.⁹ La llegada al mundo laboral por parte de los niños y las mujeres alcanzó su pico álgido a mediados del siglo XIX, y mientras, en España, dos años antes de la entrada en vigor de la ley Benot, los porcentajes de niños y niñas trabajando eran del 32.1% y 20,4% respectivamente.

El primer artículo de esta ley reguló la no admisión de niños y niñas menores de 10 años al trabajo, cito tex-

3. MALDONADO MONTOYA, J.P., MARÍN MORAL, I., SEMPERE NAVARRO, A.V. "El tiempo de trabajo a través de la historia: del génesis al cibertiempo", MALDONADO MONTOYA, J.P., SEMPERE NAVARRO, A.V., MARÍN MORAL, I. (coord), *La reordenación del tiempo de trabajo*, BOE, Madrid, 2022, pp. 41-42.

4. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., "La vida laboral en Roma y la consideración de los trabajadores según su oficio", National Geographic, 15 de octubre de 2021 (disponible en https://historia.nationalgeographic.com.es/a/vida-laboral-roma-y-consideracion-trabajadores-segun-su-oficio_17314)

5. MARLASCA LÓPEZ, ANTONIO. (2005). Del trabajo como castigo al trabajo como derecho. *Medicina Legal de Costa Rica*, 22(2), 7-16. Retrieved November 15, 2023, from http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152005000200003&lng=en&lng=es

6. SANTAELLA, J., "Revolución Industrial en España: antecedentes y causas de su fracaso", en *Economía* 3, 2016 (disponible en [https://economia3.com/revolucion-industrial-espana/#:~:text=No%20obstante%2C%20en%20Espa%C3%B1a%20se,en%20una%20situaci%C3%B3n%20sumamente%20delicada.](https://economia3.com/revolucion-industrial-espana/#:~:text=No%20obstante%2C%20en%20Espa%C3%B1a%20se,en%20una%20situaci%C3%B3n%20sumamente%20delicada.;); última consulta 15/11/2023)

7. DEL BARRIO MONTESINOS, C. *El Fracaso de la Revolución Industrial en España, 1814-1913*. Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación, Universidad de Valladolid, Grado en Administración y Dirección de Empresas (22/O6/2015). (pág. 19) Recuperado a partir de: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/13072/TFG-N.178.pdf;jsessionid=OE246A39BAF7BEE8F1C180193BE3BCE0?sequence=1>

8. SANCHÍS, J., *Cuatro días. Trabajar menos para vivir en un mundo mejor*, Ed. Barlin Libros, Valencia, 2023, pp. 27-29.

9. CUNNINGHAM, *El trabajo y la explotación infantil*, pág. 194. (RULE, Clase obrera e industrialización, pág. 33).

tualmente, “los niños y niñas menores de 10 años no serán admitidos al trabajo en ninguna fábrica, taller, fundición o mina”, y el segundo artículo regulaba la reducción a 5 horas diarias el trabajo de los niños menores de 13 años, y de 14 años para las niñas.¹⁰

IV. ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: DE 44 A 40 HORAS

En España, la jornada laboral es de 40 horas semanales, tal y como establece el ET, pero esto no siempre ha sido así, ya que antes de que gozáramos de las 40 horas semanales por ley, estaba vigente la jornada de 44 horas semanales. La primera regulación que estableció límites a la jornada laboral fue mediante el Real Decreto de 3 de abril de 1919, en él se fijaba un máximo de 8 horas de duración diaria para la jornada de trabajo, con 6 días a la semana, contando con unas pocas excepciones. En 1976, la Ley de Relaciones Laborales reduce la jornada de 48 horas semanales a 44. La Ley sobre Relaciones Laborales tiene como objetivo la continua actualización y perfeccionamiento de la normativa laboral, para ello, regula estos aspectos a través de nuevas normas. En 1980, la Ley 8/1980 de 10 de marzo, a través del ET, reduce la jornada ordinaria partida a 43 horas y la continuada a 42 horas. Pero el verdadero avance tuvo lugar tres años después, cuando la Ley de 29 de junio de 1983 actualiza el artículo 34 ET, estableciendo la jornada semanal en 40 horas como duración máxima, repartidas en 5 días, hasta la actualidad.¹¹

Naturalmente, los intereses de los empresarios y los de los trabajadores no coinciden en la gran mayoría de los casos, pues los primeros buscan la mayor productividad posible a través de la flexibilidad horaria, mientras que los trabajadores prefieren mayor estabilidad. La flexibilidad demandada por los empleadores se ve reflejada en la reforma laboral de 1994, con el objetivo de incentivar el empleo, ya que en la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, se recalca esta flexibilidad, buscando un mejor reparto del trabajo y renta para generar más empleo, y, por ende, más productividad.

V. CONTENIDO DE LA JORNADA LABORAL DE 4 DÍAS

La última reducción de la jornada laboral que tuvo lugar en España data del año 1983, como he señalado en el anterior punto, lo que supuso unas consecuencias sumamente relevantes para el panorama de los derechos laborales y como el gran avance social que significó. En 1983, la rebaja de la jornada laboral fue de las 43 horas semanales a 40 horas semanales, se legisló sin previos experimentos ni estudios que pudieran anticipar lo que sucedería, y es la que seguimos gozamos hoy en día la mayoría de los ciudadanos. Si estudiamos a fondo el contenido de la nueva jornada laboral que se pretende implantar, vemos que no afectaría a todos los tipos de trabajadores, pues los empleados públicos quedan fuera de esta medida porque actualmente ya tienen impartida una jornada laboral de 37,5 horas semanales. Los trabajadores a tiempo parcial son otro grupo de empleados que tampoco estarían incluidos en esta jornada, mantendrán su jornada parcial intacta a no ser que éstas sean superiores a 37,5 horas, en ese caso, por imperativo legal, pasarán a trabajar a jornada completa. Y, por último, los trabajadores a tiempo completo del sector privado que ya tengan pactada una jornada laboral de duración inferior a la que se pretende proponer (4 días a la semana).¹²

VI. ESTUDIOS REALIZADOS EN EMPRESAS CON 32 y 36 HORAS

Son numerosos los estudios y pruebas piloto que se están realizando en las empresas para estudiar la posible implantación de la jornada laboral de 4 días. En Europa, tenemos el ejemplo de Alemania, que está siguiendo la fórmula 100-80-100: 100% del salario, 80% de horas de trabajo y 100% de productividad. Dicho estudio está respaldado y sujeto a *4 Day Week Global*, que es una fundación centrada en ofrecer programas piloto y/o cursos con el objetivo de reducir las horas de trabajo y ganar en productividad¹³, y la Universidad de Múnich. Esta fundación y esta institución pública serán las encargadas de supervisar y aconsejar a los empresarios sobre cualquier duda o inconveniente que pueda surgir a lo largo del experimento laboral.

10. Ley Benot de 1873, de 24 de julio de 1873, de condiciones de trabajo en las fábricas, talleres y minas (BOE de 24 de julio de 1873).

11. NAVARRO FAJARDO, J.J., “La jornada de trabajo. Regulación anterior a la reforma de 1994, incidencias de ésta en la distribución del tiempo de trabajo y perspectivas tras el acuerdo de los agentes sociales”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Núm. 22/1997, año 1997, pág. 3.

12. CRUZ VILLALÓN, J., El impacto de la reducción de la jornada laboral, en *On Economía*, 21 de noviembre de 2023 (https://www.elnacional.cat/oneconomia/es/opinion/impacto-reduccion-jornada-laboral-jesus-cruz-villalon_1125413_102.html; última consulta 21 de noviembre de 2023)

13. Página Oficial 4 Day Week Global, 2023. Recuperado a partir de: <https://www.4dayweek.com/>

Para el caso de España, en la ciudad de Valencia, los resultados son esperanzadores. Estas empresas españolas participantes han llegado a la conclusión de que, si queremos mantener la productividad y reducir la jornada, es clave deshacerse de tareas tediosas y poco importantes que se realizan con frecuencia y entorpecen el rendimiento, como son, por ejemplo, las reuniones con asiduidad. En palabras de Josh Bersin, fundador y director ejecutivo de *The Josh Bersin Company*, un especialista en gestión de personal y recursos humanos, declara que “hay que desvincular la productividad con las horas trabajadas”.¹⁴ Otras tantas empresas en España igual se vieron interesadas en el experimento laboral y participaron, unas implementando una jornada laboral de 32 horas, otras de 36, en ambos casos sin reducción salarial.

Ana Arroyo, responsable de recursos humanos en la compañía Software Delson, declara que, si se desea probar esta jornada de 4 días, son precisos unos previos cambios antes de instalar esta reducción horaria. Ana explica que es más probable que funcione en empresas donde no exista precariedad, contratos temporales ni penalizaciones en el presencialismo del puesto de trabajo, y que se fomenten los objetivos en grupo.¹⁵ Otra de las cuestiones a tener en cuenta si la patronal decide seguir este modelo, es: ¿cómo se organiza la semana? ¿qué cambios se deben hacer en los contratos laborales de los trabajadores? Diversas empresas han ampliado el fin de semana de los empleadores empezando el viernes o finalizando el lunes, es decir, ellos eligen si su fin de semana comienza el viernes (en este caso estamos hablando de un trabajador cuya jornada va de lunes a jueves), o, por el contrario, si se pretende alargar hasta el lunes (una jornada de martes a viernes). Por supuesto, esta flexibilidad horaria es rotatoria.

VII. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA JORNADA LABORAL DE 32 O 36 HORAS

Al igual que en muchas empresas esta jornada laboral ha sido adaptada y llevada a cabo sin mayores compli-

caciones, no sucede lo mismo en todas las compañías ni en todos los sectores de trabajo, como es el caso de la hostelería, donde la precariedad es denunciada con frecuencia, los salarios son proporcionalmente inversos a la cantidad de horas trabajadas y las horas extraordinarias no suelen ser abonadas como lo que son, horas extraordinarias, o el sector de la sanidad, donde no se trata de productividad sino de máxima presencialidad. Los primeros resultados del experimento realizado por 4 Day Week Global mostraron unos beneficios empresariales del 38% en relación con los obtenidos en el año anterior a la prueba experimental, y el bienestar, la productividad y la fatiga tuvieron incrementos de mejora. Durante el segundo tramo de la prueba, los resultados en cuanto a la productividad, rendimiento, beneficios de la empresa y bienestar de los empleados se mantuvieron en niveles similares a los obtenidos durante la primera fase.¹⁶

Una de las desventajas es la afectación de manera negativa a aquellos asalariados cuyo puesto de trabajo consiste en el cobro por horas, según Christy Hoffman, secretaria general de la UNI Global Union¹⁷ y a aquellos cuyo sueldo se verá reducido si la empresa decide reducir el salario a la par que la jornada.

Las horas extraordinarias también suponen una cuestión a estudiar si se desea la rebaja de la jornada laboral. En jornadas ordinarias, debemos acudir al convenio colectivo o el propio contrato de trabajo para consultar la máxima legal, que, en este caso, son 9 horas. El artículo 35.2 del ET dictamina que el número de horas extraordinarias no podrá ser superior a 80 al año. Entonces, en cuanto a la reducción de jornada, si solo se trata de una minoría en días de trabajo y se aumentan las horas de estos días, se mantienen las 80 horas del artículo 35.2 ET. El problema viene cuando las propias empresas, a consecuencia de reducir la jornada de los empleados, reducen de forma proporcional el salario de éstos, obligándoles a realizar horas extraordinarias para compensar parte del salario reducido a causa de esta nueva jornada.

14. BÉCARES, B. “Este experto advierte sobre lo terrible que es que los jefes midan tu productividad por horas trabajadas”. Genbeta, 23 de septiembre de 2023 (<https://www.genbeta.com/a-fondo/este-experto-advierte-terrible-que-que-jefes-midan-tu-productividad-horas-que-trabajas>)

15. SÁNCHEZ HIDALGO, E., “El camino a la semana laboral de cuatro días, explicado por empresas españolas que lo han recorrido”, El País, 26 de febrero de 2023 (<https://elpais.com/economia/2023-02-26/el-camino-a-la-semana-laboral-de-cuatro-dias-explicado-por-empresas-espanolas-que-lo-han-recorrido.html#?rel=mas>)

16. GESTRON., “La jornada laboral de 4 días ya está aquí: ventajas y desventajas”, Ayuda Pymes, 18 de mayo de 2023, (disponible en <https://ayudatpymes.com/gestron/jornada-laboral-4-dias-ventajas-y-desventajas/>)

17. GALÁN FECED, C., “Desventajas y desafíos de la semana laboral de 4 días, según la experiencia de las empresas que lo han probado”, Business Insider, 5 de abril de 2023, (disponible en <https://www.businessinsider.es/desventajas-desafios-semana-laboral-4-dias-1221250>)

VIII. CONCLUSIONES

En definitiva, las empresas deben estar totalmente dotadas y equipadas si realmente se quiere que funcione, pues son muchas las ventajas que sobresalen, entre ellas, sintetizamos las más importantes, como lo son la mejora de productividad y su consecuente incremento en los beneficios de la empresa, una menor carga de trabajo en los empleados, que seguirán percibiendo el mismo salario, y no solo esto, sino que también se ha demostrado que los trabajadores han sido más felices durante los meses experimentales, lo que se ha visto reflejado en el rendimiento de sus respectivos puestos de trabajo, un dato estrechamente ligado a la mejora de la salud mental, el bienestar y el descanso de los empleados. Es evidente que es necesaria la intervención del Estado para que se realicen reformas en inversión, reformas que reduzcan el desempleo y a su vez, que se multiplique la productividad, ya que legislar un cambio de este calibre supondrá una mayor carga fiscal y aumento de los costes laborales, produciéndose una deuda entre administraciones públicas, según BBVA Research.¹⁸

La conciliación familiar también es otro punto a tratar si hablamos de las reducciones de jornadas, se pretende ganar tiempo para la vida personal, pero, sobre todo, que se trate de tiempo de calidad, un tiempo que permita desarrollar la libre personalidad, tal y como dicta el artículo 10 CE, consagrado como uno de los derechos fundamentales del Título I. La Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres,¹⁹ constata el objetivo de conciliar la vida personal, familiar y laboral a través de la negociación colectiva y los acuerdos empresariales. Por otro lado, el artículo 38 CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía del mercado, y los poderes públicos garantizarán la defensa de la productividad.

Actualmente es pronto para ofrecer un veredicto acerca de si es posible una jornada laboral de 4 días segura para los trabajadores y empleadores, pero de lo que no cabe duda es del gran avance social que es para el mundo jurídico y un desafío para la economía.

IX. BIBLIOGRAFÍA

BÉCARES, B. “Este experto advierte sobre lo terrible que es que los jefes midan tu productividad por horas

trabajadas”. Genbeta, 23 de septiembre de 2023 (<https://www.genbeta.com/a-fondo/este-experto-advierte-terrible-que-que-jefes-midan-tu-productividad-horas-que-trabajas>)

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., “La vida laboral en Roma y la consideración de los trabajadores según su oficio”, National Geographic, 15 de octubre de 2021 (disponible en https://historia.nationalgeographic.com.es/a/vida-laboral-roma-y-consideracion-trabajadores-segun-su-oficio_17314)

CUNNINGHAM, *El trabajo y la explotación infantil*, pág. 194. (RULE, Clase obrera e industrialización, pág. 33).

CRUZ VILLALÓN, J., El impacto de la reducción de la jornada laboral, en *On Economía*, 21 de noviembre de 2023 (https://www.elnacional.cat/oneconomia/es/opinion/impacto-reduccion-jornada-laboral-jesus-cruz-villalon_1125413_102.html; última consulta 21 de noviembre de 2023)

DE ANTONIO, J., “La reducción de jornada de PSOE y Sumar costará 7.800 millones”, La Razón, 4 de diciembre de 2023, (disponible en https://www.larazon.es/economia/reduccion-jornada-psoe-sumar-costara-7800-millones-130000-empleos_20231204656d205ed6703700018d4919.html; última consulta 4 de diciembre de 2023)

DEL BARRIO MONTESINOS, C. *El Fracaso de la Revolución Industrial en España, 1814-1913*. Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación, Universidad de Valladolid, Grado en Administración y Dirección de Empresas (22/O6/2015). (pág. 19) Recuperado a partir de: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/13072/TFG-N.178.pdf;jsessionid=OE246A-39BAF7BEE8F1C180193BE3BCEO?sequence=1>

GALÁN FECED, C., “Desventajas y desafíos de la semana laboral de 4 días, según la experiencia de las empresas que lo han probado”, Business Insider, 5 de abril de 2023, (disponible en <https://www.businessinsider.es/desventajas-desafios-semana-laboral-4-dias-1221250>)

GESTRON., “La jornada laboral de 4 días ya está aquí: ventajas y desventajas”, Ayuda Pymes, 18 de mayo de 2023, (disponible en <https://ayudatpymes.com>)

18. DE ANTONIO, J., “La reducción de jornada de PSOE y Sumar costará 7.800 millones”, La Razón, 4 de diciembre de 2023, (disponible en https://www.larazon.es/economia/reduccion-jornada-psoe-sumar-costara-7800-millones-130000-empleos_20231204656d205ed6703700018d4919.html; última consulta 4 de diciembre de 2023)

19. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23 de marzo de 2007).

[com/gestron/jornada-laboral-4-dias-ventajas-y-desventajas/\)](#)

MALDONADO MONTOYA, J.P., MARÍN MORAL, I., SEMPERE NAVARRO, A.V. “El tiempo de trabajo a través de la historia: del génesis al cibertiempos”, MALDONADO MONTOYA, J.P., SEMPERE NAVARRO, A.V., MARÍN MORAL, I. (coord), *La reordenación del tiempo de trabajo*, BOE, Madrid, 2022, pp. 41-42.

MARLASCA LÓPEZ, ANTONIO. (2005). Del trabajo como castigo al trabajo como derecho. *Medicina Legal de Costa Rica*, 22(2), 7-16. Retrieved November 15, 2023, from http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152005000200003&lng=en&tlng=es

NAVARRO FAJARDO, J.J., “La jornada de trabajo. Regulación anterior a la reforma de 1994, incidencias de ésta en la distribución del tiempo de trabajo y perspectivas tras el acuerdo de los agentes sociales”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Núm. 22/1997, año 1997, pág. 3.

R.A., “Valencia ya tiene los primeros resultados de su experimento con la semana de cuatro días. Veredicto: muy prometedor”, Xataka, 17 de octubre de 2023 (disponible en <https://www.xataka.com/empresas-y-economia/valencia-tiene-primeros-resultados-su-experimento-semana-cuatro-dias-veredicto-muy-prometedor>; última consulta 18/10/2023)

SÁNCHEZ HIDALGO, E., “El camino a la semana laboral de cuatro días, explicado por empresas españolas que lo han recorrido”, *El País*, 26 de febrero de 2023 (<https://elpais.com/economia/2023-02-26/el-camino-a-la-semana-laboral-de-cuatro-dias-expli->

[cado-por-empresas-espanolas-que-lo-han-recorrido.html#?rel=mas\)](#)

SANCHÍS, A., “El gran experimento británico de la semana de cuatro días ya tiene resultados, pinta bastante bien”, Xataka, 25 de septiembre de 2022 (disponible en <https://www.xataka.com/empresas-y-economia/gran-experimento-britanico-jornada-cuatro-dias-tiene-resultados-pinta-bastante-bien>)

SANCHÍS, J., *Cuatro días. Trabajar menos para vivir en un mundo mejor*, Ed. Barlin Libros, Valencia, 2023, pp. 27-29.

SANTAELLA, J., “Revolución Industrial en España: antecedentes y causas de su fracaso”, en *Economía 3*, 2016 (disponible en <https://economia3.com/revolucion-industrial-espana/#:~:text=No%20obstante%2C%20en%20Espa%C3%B1a%20se,en%20una%20situaci%C3%B3n%20sumamente%20delicada>; última consulta 15/11/2023)

PÉREZ PIQUEURAS, J. L., “La caza en la evolución humana”, *ABC*, 7 de junio de 2021 (disponible en https://www.abc.es/deportes/caza/abci-caza-evolucion-humana-202106070209_noticia.html)

Ley Benot de 1873, de 24 de julio de 1873, de condiciones de trabajo en las fábricas, talleres y minas (BOE de 24 de julio de 1873).

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23 de marzo de 2007).

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE 10 de noviembre de 1995).

LA LÍNEA DE LA CONCEPCIÓN, ¿CIUDAD AUTÓNOMA? VIABILIDAD JURÍDICA Y CONSTITUCIONAL

MANUEL JESÚS GARNICA CORBACHO
Estudiante de 3º de Derecho
Universidad de Cádiz

La pretensión del municipio gaditano de La Línea de la Concepción en constituirse en Ciudad Autónoma supone un revulsivo jurídico con gran trascendencia constitucional. Los problemas de la ciudad quieren ser subsanados con un Estatuto Autonómico que permita al municipio dotarles de herramientas y competencias suficientes para derrotar al desempleo, pero la forma de alcanzar esta consideración está llena de una serie de obstáculos, empezando por la ley de bases del régimen local y pasando por la Constitución Española.

Palabras Claves: La Línea de la Concepción, Tribunal Constitucional, Constitución, Ley de Bases del Régimen Local, Tribunal Supremo, Gibraltar.

Artículos clave: art. 71 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, arts. 141, 144 y 149 CE, art. 2 Estatuto autonómico andaluz.

Resoluciones relacionadas: STS 3736/2023 y Autos del Tribunal Constitucional 320/1995, de 4 de diciembre y 10/1996, de 16 de enero. STC 240/2006.

I. INTRODUCCIÓN

La política local está repleta de singularidades, de medidas y pretensiones que escapan de lo meramente municipal, con solicitudes de consultas populares que pueden ir desde la peatonalización de una vía o el nombre de alguna biblioteca, hasta la unión de dos municipios y sus respectivos entes administrativos. Este no es el caso de una ciudad gaditana, con la mayor tasa de paro en

ámbito nacional (un 29,32% según el Instituto Nacional) y una de las mayorías absolutas más aplastantes del Estado.

La Línea de la Concepción, con no más de 63.000 habitantes, es gobernada actualmente por Juan Franco, el alcalde más votado de España, consiguiendo un 75,18% de los votos en las elecciones municipales del pasado 28 de mayo de 2023 y un total de 22 concejales de los 25 que conforman el Pleno de su Excelentísimo Ayuntamiento, una abrumadora mayoría que le permite sacar adelante todo tipo de mociones o normativa local que consideren oportuna.

El contexto social e histórico de esta ciudad gaditana está conectado directamente con el territorio británico de Gibraltar, catalogado *territorio no autónomo* según la Organización de las Naciones Unidas, reunida en Asamblea General, en su resolución 66 (I) de 14 de diciembre de 1946. Las relaciones *transfronterizas* entre los vecinos es algo de lo más común, el propio origen del municipio proviene de aquí, una ciudad creada en *una posición estratégica tomada a principios del siglo XVIII para frenar la invasión de territorio español tras la toma de Gibraltar*.¹ Las relaciones laborales y sociales surgidas entre la población de estos dos territorios provoca, o debería de provocar, una serie de consecuencias jurídicas, ¿Cuál es el régimen fiscal aplicado a los trabajadores transfronterizos? ¿Cuál es la seguridad social aplicable? Preguntas que no contienen fáciles respuestas y una situación que empeora con el inexistente acuerdo de retirada de Reino Unido de la Unión Europea, tras el Brexit de 2019, que deberá

1. Ayuntamiento de La Línea de la Concepción. *Estudio socio-económico del impacto del Brexit en La Línea de la Concepción*.

contener el gran impacto en toda la zona de la comarca del Campo de Gibraltar.

El partido municipalista liderado por J. Franco, *La Línea 100x100*, tiene entre otras medidas recogidas en su programa electoral, la convocatoria de una consulta popular para llevar al municipio a la categoría de ciudad autónoma, independizándose del territorio andaluz y obteniendo el mismo Estatuto Jurídico que tienen Ceuta y Melilla. Pero, ¿cuál es el alcance jurídico y constitucional que supone?

Se plantean diversos problemas; por un lado, la proyección del art. 71 de la ley de bases del régimen local para la convocatoria del referéndum, y por otro lado, el calibre y acogida que podría darse a través de la Constitución.

II. ALCANCE JURÍDICO

1. Ley de bases del régimen local

El pleno del ayuntamiento aprobó solicitar autorización al Consejo de Ministros para someter a consulta popular esta medida secesionista², a tenor del artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local³. Sin embargo, y así se ha pronunciado la sección cuarta de la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo con la sentencia 3736/2023, esta disposición no ampara tal medida porque se excede del ámbito de la autonomía local.

El artículo establece que los entes municipales “*podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos*”, y el Tribunal Supremo⁴, en este mismo sentido, desestima el recurso planteado por el ayuntamiento contra la negativa por parte del Gobierno de tal solicitud de consulta popular. El referéndum de “independencia” de una ciudad se escapa de toda competencia municipal que un ente local pueda disponer, como paralelismo es la inviabilidad jurídica actual de constituir Cataluña como Estado independiente, pues las comunidades autónomas carecen también de la competencia y de la soberanía necesaria para tal consecuencia.

El Consejo de Ministros, reunido el 25 de octubre de 2022, no autorizó la consulta popular, argumentando a su favor el art. 149 CE que da al Estado la titularidad exclusiva para la “*autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum*”. Esta consulta popular, dice el Consejo de Ministros, se escapa de la especial relevancia para los intereses de los vecinos, es decir, trasciende del mero interés vecinal ya que supone una cuestión de gran relevancia constitucional.

El artículo segundo de la LO 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, otorga la exclusiva competencia al Estado para “*la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de sus modalidades*”.

2. Estatuto de Autonomía

Esta propuesta municipalista, además de ser opuesta a tal artículo, es contraria al Estatuto de Autonomía para Andalucía que en su art. 2 establece la delimitación territorial de la comunidad, donde se encuentra la provincia de Cádiz, a la que pertenece el municipio linense. Esta misma comunidad autónoma tiene una ley específica⁵ que regula detalladamente las consultas populares en el territorio andaluz. Esta ley tampoco ve factible que la ciudad realice tal hecho sin escaparse de las competencias correspondientes.

El Gobierno, en el acuerdo de denegación, también expresa que la autorización de la consulta popular supone la violación del derecho de participación política que recoge el Estatuto de Autonomía para Andalucía. Un derecho, al mismo tiempo, fundamental, protegido por la Constitución Española en su artículo 23. El Estatuto protege la participación política de los andaluces en el art. 30⁶, una consulta como la propuesta supone unos efectos que escapan de lo meramente municipal, con graves consecuencias jurídicas y sociales para el resto de la población andaluza y es en sí mismo el pueblo andaluz el único legítimo para aceptar o no una medida que afecte a su vertebración territorial y derechos.

2. BOP de Cádiz nº 163, de 26 de agosto de 2021.

3. BOE nº 80 de 3 de abril de 1985.

4. STS 3736/2023, de 25 de septiembre de 2023.

5. BOE nº134 de 5 de junio de 2001.

6. *Los andaluces y andaluzas tienen el derecho a participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos de Andalucía, directamente o por medio de representantes, en los términos que establezcan la Constitución, este Estatuto y las leyes.*

III. ALCANCE CONSTITUCIONAL

La opción primaria establecida por la Constitución Española para el diseño autonómico, como es sabido, fue cuestionado por territorios y nacionalidades históricas como Andalucía y su reivindicación entorno al andalucismo y las movilizaciones del cuatro de diciembre⁷, un diseño desigual y asimétrico que diferenciaba entre comunidades con una reserva exclusiva para el alcance de sus máximas competencias a través de la Disposición Transitoria segunda (País Vasco, Galicia y Cataluña) y el resto de territorios que no alcanzaron durante la Segunda República el estatuto autonómico (art. 11 de la Constitución de 1931). Tras los Pactos Autonómicos se intenta una homogeneización competencial de las distintas comunidades, con el art. 150.2 de la CE, pero que se mantiene respecto de las posteriores formaciones del Estado autonómico de Ceuta y Melilla.

El encaje de una nueva ciudad autónoma en el mapa autonómico español resulta complejo. El art. 141 de nuestra Constitución nombra que cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica, es decir, la unilateralidad intentada por el ayuntamiento de La Línea a través del art. 71 de la ley de base es, además, previsiblemente inconstitucional, aunque para eso tendrá el Tribunal Constitucional que pronunciarse en el momento oportuno. Relativo a este marco constitucional, el Catedrático de Derecho Constitucional Antonio de Cabo de la Vega⁸ considera al apartado a) del art. 144 CE como la hipotética vía para que tal ciudad sea considerada con el Estatuto Autonómico. Las condiciones aludidas en este precepto, son desarrolladas en el 143, donde *“las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes (...) podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas”*. No obstante, en el caso presente no se reúne ninguna de las condiciones precisas, La Línea no es una provincia ni tiene una entidad regional histórica. Tampoco vendría a colación alegar a motivos de interés nacional, requisito incluido en el art. 144 a), a pesar que el ayuntamiento así lo aprecie pero sin argumento jurídico de peso que avale este posicionamiento, tal como no tuvo efectos jurídicos la histórica pretensión de autonomía para la ciudad de Cartagena. Las Cortes Generales podrían autorizar

para constituirse en Comunidad Autónoma a los territorios con una extensión menor o igual al de una provincia y sin entidad regional histórica (condición que debe ser determinada por el legislador mediante ley orgánica).

A su vez, Álvarez Conde⁹ concluye que el modelo de Estado presenta una serie de disfuncionalidades derivadas de la regulación constitucional en el ámbito de la iniciativa autonómica. La inexistencia de un mapa territorial en los primeros momentos del Estado autonómico provocó grandes problemas, que llevan a los Acuerdos Autonómicos firmados entre UCD y PSOE en 1981. Ambos partidos limitaron el principio dispositivo de autonomía territorial, limitándose con una concreción de sistemas constitucionalizados por el art. 144, y tratando además de subsanar ciertos problemas del sistema, como el caso del proceso autonómico andaluz o la integración de la provincia segoviana en Castilla y León. Parece evidente que los Pactos Autonómicos demarcaron de forma inamovible el actual mapa autonómico, suprimiendo toda oportunidad de formación de nuevas comunidades o ciudades autónomas.

Referente al art. 144 de la Constitución, solo ha sido aplicado en el caso de Madrid, que a pesar de no ser considerada una “entidad regional histórica”, éste requisito fue subsanado por el Congreso de los Diputados y Senado mediante la LO 6/1982, de 7 de julio, donde se puso de manifiesto:

“la existencia de los motivos de interés nacional que justifican la elaboración por las Cortes Generales de una Ley Orgánica a tenor de lo establecido en el artículo ciento cuarenta y cuatro de la Constitución, toda vez que no se dan en la provincia de Madrid las condiciones necesarias para su individualización como entidad regional histórica para culminar el proceso autonómico iniciado por su Corporación Municipal”¹⁰.

Además, el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se le deniega la consulta popular al Ayuntamiento recuerda que *“sería inconstitucional”* porque el cuerpo electoral elegido, es decir el art. 71 de la ley de bases del régimen local, no es el establecido en el bloque constitucional oportuno, un referéndum.

7. Ruiz Romero, M. *La conquista del Estatuto de Autonomía para Andalucía (1977-1982)*. Ayuntamiento de Sevilla. 2005.

8. de Cabo de la Vega, A. *Dictamen legal sobre la viabilidad jurídica de constituir La Línea de la Concepción en ciudad autónoma: procedimiento y competencias que se asumirían por el ayuntamiento*. 3 de julio de 2019.

9. Álvarez Conde, E. *Los titulares de la iniciativa del proceso autonómico*. Revista de Estudios de la Vida Local, núm. 202, págs. 233 y ss.

10. BOE nº 173, de 21 de julio de 1982.

IV. CIUDADES AUTÓNOMAS: CASO DE CEUTA Y MELILLA

En cuanto a Ceuta y Melilla, únicas ciudades con un Estatuto Autonómico similar al que aspira el Ayuntamiento de La Línea, obtuvieron su Estatuto en base a la disposición transitoria quinta, no aplicada hasta 1995¹¹. En mi interpretación, se aprecia un *numerus clausus* a la constitución de tales entidades autonómicas de ámbito municipal, excluyéndose dicha posibilidad a otros territorios que quieran postularse al mismo reconocimiento, a la que se debe aguardar únicamente los municipios que expresamente vienen recogidos en la Constitución y en que las Cortes Generales aprecien ese interés general necesario.

A continuación vamos a realizar un análisis del régimen jurídico y consecuencias provocadas en la naturaleza de una ciudad autónoma que podemos aplicar a través de la analogía, a la posible ciudad autónoma de La Línea de la Concepción.

1. Legitimación activa, recursos de inconstitucionalidad

No obstante, no merecen las ciudades de Ceuta y Melilla ser consideradas a plenos efectos jurídicos como Comunidades Autónomas, pues el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en los Autos 320/1995, de 4 de diciembre y 10/1996, de 16 de enero, que carecen de la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad, competencia que sí se incluye en el resto de comunidades autónomas.

El 30 de marzo del año 2000, el Consejo de Gobierno de la ciudad de Melilla presentó ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad, ante la ley 55/199, de 29 de diciembre, que causaba un grave deterioro en las competencias urbanísticas del municipio. El Gobierno, con la idea de ser considerada como comunidad autónoma, alegaba tener la legitimación activa necesaria para poder interponer recursos de inconstitucionalidad. El Constitucional, como máxima garantía y conectora de la Constitución Española, resume en el Auto 2001/2000 que la ciudad, representada por su Ayuntamiento, tiene una falta de iniciativa para constituirse en Comunidad Autónoma y manifiesta la voluntad de las Cortes Generales en negar la consideración de Comunidad Autónoma a estos territorios.

Sí que podrían ambas ciudades, y así lo refleja la STC 240/2006, que aunque las ciudades autónomas care-

cen del *conditio iuris* para interponer el recurso de inconstitucionalidad, sí que podrían defender las competencias atribuidas por el Estatuto autonómico a través de un conflicto en defensa de la autonomía local, denominando estos territorios como un *régimen singular de autonomía local*, y no una Comunidad Autónoma de plenos efectos jurídicos y constitucionales (F.J. 7).

2. División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial

A diferencia de lo que sí podrían ostentar las comunidades autónomas de facto, ni Ceuta ni Melilla tienen capacidad legislativa, es decir, tienen una limitada capacidad normativa, como cualquier municipio, aunque con un mayor nivel de competencias, recogido en el Estatuto, pero muy por debajo en comparación con otras comunidades.

Sí que poseen, sin embargo, poder ejecutivo¹², encargado de ejecutar y poner en práctica las políticas del Estado que correspondan, así de competencias exclusivas como puertos, carreteras y caminos, marisqueo, museos, patrimonio cultural, asistencia social... y otras que sean atribuidas por el Estado. Por el contrario, no se nombra ningún tipo de competencias en materia educativa o de sanidad. Estas ciudades dependen del Ministerio de Educación y Formación Profesional (MEFP). También carecen de un Tribunal Superior de Justicia, resulta lógico, pues tampoco tienen Audiencia Provincial propia, sino que, como en Ceuta, depende de la de Cádiz, formándose una sección sexta. Al mismo tiempo es el TSJ de Andalucía el competente para resolver los recursos planteados dichas ciudades.

También carecen las ciudades de poder designar senadores autonómicos ni de legitimación, como hemos nombrado anteriormente, ante el Constitucional. Los senadores autonómicos son elegidos por los Parlamentos Autonómicos (art. 69.5 CE), mientras que los elegidos en Elecciones se obtienen cuatro en cada provincia, a diferencia de Ceuta y Melilla que solo tienen capacidad de elegir dos.

3. Régimen competencial

La asimetría derivada del Mapa autonómico respecto del ámbito competencial de las ciudades autónomas se subsume en comportamientos políticos y jurídicos como la limitación de la organización institucional de éstas ciudades respecto del resto de comunidades. La propia asimetría se aprecia en el preámbulo de los dos Estatutos autonómicos¹³, donde adquieren un régimen

11. LO 2/1995, de 13 de marzo.

12. Art. 16 LO 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta.

13. Montilla Martos, J. A.. *La asimetría de las ciudades autónomas*. Revista española de derecho constitucional. 1999. págs. 65-86.

de autonomía superior a lo mero local con autonomía administrativa y órganos similares a los del resto de autonomías pero sin las competencias oportunas, como la Asamblea (pleno municipal), dirigida por el Presidente (Alcalde) que también lidera el Consejo de Gobierno (Junta de Gobierno).

Es el artículo 21 de ambos Estatutos donde con un *numerus clausus* se determinan las competencias de administración, inspección y sanción que las ciudades disponen, además del ejercicio de la potestad reglamentaria (principal diferencia respecto de las comunidades autónomas, ya que no se nombra la potestad legislativa). Esto provoca que a desemejanza con las CCAA, ni Ceuta ni Melilla pueden legislar sobre sus competencias, por lo tanto se rechaza la posibilidad de elaborar leyes. No obstante, a priori, las competencias serían las mismas que las del resto de CCAA, las recogidas en el artículo 150 de la CE.

La potestad reglamentaria es la única vía que disponen las ciudades para desarrollar sus distintas políticas sociales, económicas... Se frena en gran medida el margen de actuación de las Asambleas, aunque no por esto el resto de leyes puedan arrebatar las competencias exclusivas recogidas en los Estatutos, debiendo hacerse siempre por el legislador una especial consideración en base a la singularidad territorial en el mapa autonómico del Estado.

Quizás la falta de competencia en algunas materias que sí poseen el resto de las diecisiete comunidades autónomas de España es lo que provoca el déficit de estas ciudades en conocimientos como las matemáticas o Ciencias, donde el informe PISA del 2018 deja a la cola a los estudiantes de Ceuta y Melilla, con peores resultados, con una puntuación en Ceuta de 411 en Matemáticas, que se contraponen a los resultados de otros territorios europeos, como Estonia, con 527, o sin irnos tan lejos, un 492 en Portugal. Si los resultados de la media del Estado español son malos, los de las ciudades autónomas reflejan aún más lo peor. Esto podría ser consecuencia de diversos factores, pero sin duda ambas ciudades tienen en común el mismo *estatus jurídico*, ambas ciudades, a grandes rasgos, ostentan las mismas competencias y ambas ciudades carecen de las mismas.

V. CONCLUSIONES

La consulta linense pretendida escapa de la competencia municipal, es el Estatuto de Autonomía quien posee la tramitación específica en base a la normativa comentada, o en su caso las Cortes Generales apreciando el especial interés nacional y en aplicación del

artículo 144 de la Constitución. Este hecho incide en la vertebración territorial del Estado, en la modificación del mapa autonómico y en el propio de las provincias.

La ciudad de la Línea de la Concepción tiene un problema social, con las más que conocidas particularidades provocadas por su frontera-línea con la colonia de Gibraltar, de forma directa, que la dejan en una tesitura económica que no se arregla con un Estatuto de Autonomía, como hemos analizado con los casos de Ceuta y Melilla, sino mediante unos planes estratégicos centrados en políticas sociales y de empleo capaces de acabar con tal tesitura, impulsando formación profesional y académica para la juventud y políticas que protejan a los trabajadores *transfronterizos*, dotándolos de una seguridad jurídica de la que hoy carecen. En este aspecto el Derecho Internacional Público y de la Unión Europea tendrá mucho que estudiar y analizar los efectos que para esta población traerá el futuro y esperado acuerdo de la UE para la relación futura con Gibraltar, pero, desde luego, el Derecho Constitucional debe quedarse al margen de los problemas de los campogibaltareños.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CONDE, E. (1979) Los titulares de la iniciativa del proceso autonómico. *Revista de Estudios de la Vida Local*, 202, pp. 233 y ss.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (2001). Las Ciudades Autónomas en el Estado Autonómico. *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*. Vol. 4, pp. 2463-2476.

DE CABO DE LA VEGA, A. (2019). *Dictamen legal sobre la viabilidad jurídica de constituir La Línea de la Concepción en ciudad autónoma: procedimiento y competencias que se asumirían por el ayuntamiento*.

RUIZ ROMERO, M. (2005). *La conquista del Estatuto de Autonomía para Andalucía*. Ayuntamiento de Sevilla.

RUIZ ROMERO, M. (2020). Los intentos para una novena provincia en Andalucía: La rebeldía administrativa de la Bahía de Algeciras. *Andalucía en la historia*, 67, pp. 76-79.

MARTÍN GALLEGO, M. (2023). Causas e implicaciones del comportamiento político abstencionista, un cortocircuito democrático. *Documentación Social*, 14.

MONTILLA MARTOS, J.A. (1999). La asimetría de las ciudades autónomas. *Revista española de derecho constitucional*. pp. 65-86.

REVISIÓN DOCTRINAL: LA REFORMA DEL SISTEMA DE ELECCIÓN DE VOCALES DEL CGPJ

JULI GRANÉS VALLÈS
Estudiante 3º de Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

El 22 de diciembre de 2023 se celebraba en el Congreso de los Diputados una reunión entre el Presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, y el líder de la oposición, Alberto Núñez Feijóo para tratar, entre otros temas, la renovación del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ). Pilar Alegría, portavoz del Gobierno, valoraba la reunión con los Populares como un «magnífico punto de partida»¹ para desbloquear la renovación de un Consejo que el 4 de diciembre de 2023 cumplió cinco años con el mandato caducado.

Desde la aprobación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los veinte vocales que conforman el CGPJ se eligen en sede parlamentaria, mediante mayorías reforzadas de tres quintos en ambas cámaras. Dichas mayorías requieren, en la práctica, el acuerdo del partido gobernante con la oposición para completar la renovación del Consejo. En noviembre de 2018, con anterioridad a la expiración del mandato del CGPJ vigente, el Partido Socialista Obrero Español y el Partido Popular pactaron la designación de los vocales que debían conformar el futuro Consejo. Sin embargo, la filtración de unos mensajes del portavoz Popular al Senado, que ponían seriamente en entredicho la independencia de los nombramientos del CGPJ, precipitó en una crisis político-jurídica aún sin resolver. La ac-

tual falta del consenso político necesario para que las Cámaras elijan a los vocales del CGPJ se ha traducido en una situación de anormalidad jurídica que no puede considerarse una excepcionalidad histórica. Desde su aprobación constitucional, el CGPJ se ha renovado con normalidad en una sola ocasión: en 1986.

No obstante, la duración y la magnitud del bloqueo que sufre actualmente el CGPJ no encuentran precedente en la democracia española². En su informe anual sobre el Estado del Derecho de 2023, la Comisión Europea reitera su preocupación (ya expresada en 2020, 2021 y 2022) por la no-renovación del CGPJ así como por la ausencia de medidas para actualizar el procedimiento de nombramiento de sus jueces miembros³. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determina en su sentencia de 22 de junio de 2023, la improcedencia de la ausencia de examen de las candidaturas de una serie de magistrados por parte de las cámaras, al suspenderse tal examen por la filtración de los mensajes. El TEDH concluye la vulneración de España del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre el derecho a un juicio justo y acceso a un tribunal.⁴

Las críticas de diversos organismos europeos y las recurrentes situaciones de bloqueo evidencian una disfun-

1. Soto, R, "Negociaciones para renovar el CGPJ y reforma del artículo 49 de la Constitución: claves de la reunión entre Sánchez y Feijóo", *Newtral*, 22 diciembre 2023, (disponible en: <https://www.newtral.es/acuerdos-alcanzados-reunion-sanchez-feijoo/20231222/>, última consulta 23 de diciembre de 2023).

2. MARTÍN GUARDADO, S., 2023. Polarización política y crisis en la renovación del Consejo General del Poder Judicial. *Revista de derecho político*, no. 117, p. 139

3. Comisión Europea, "Informe sobre el Estado de Derecho en 2023", 2023, p.6. (Disponible en: https://commission.europa.eu/publications/2023-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en)

4. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), Caso Lorenzo Bragado y Otros contra España, de 22 de junio de 2023

cionalidad del sistema de elección de vocales del CGPJ; las sucesivas reformas mediante ley orgánica de dicho sistema revelan una inoperancia de la intervención legislativa⁵. El objetivo de este artículo será el de realizar una revisión doctrinal del sistema de elección del CGPJ, abordando el régimen jurídico del mismo, seguido por una revisión histórica de las diferentes leyes orgánicas que han concretizado el sistema de elección de vocales del CGPJ, y finalizado por una apreciación de la naturaleza jurídica de cada una de las reformas.

I. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El artículo 122.2 de la Constitución establece el Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno del Poder Judicial, y le reserva funciones particulares en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. A nivel general, de la misma norma Constitucional se infiere que las funciones del CGPJ son todas aquellas que se requieran para conseguir el eficaz ejercicio de la potestad jurisdiccional y, en particular, las destinadas controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa⁶.

Dichas funciones son esenciales para la preservación de la independencia del poder judicial en su conjunto, fuente esencial de legitimidad de jueces y magistrados⁷. La independencia de la judicatura, constituye en palabras de Karl Loewenstein «la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional de Derecho»⁸.

Así pues, para garantizar el objetivo último de una plena independencia judicial, el Tribunal Constitucional enfatiza en su STC 108/1986 la posición autónoma del Consejo General del Poder Judicial, como órgano no subordinado a los demás poderes públicos (STC 108/1986, FJ 10). Dicha posición, en relación a la independencia judicial, debe entenderse como un reconocimiento a una auto-

nomía de la Judicatura en su conjunto, cuya facultad de autogobierno recaería en el CGPJ (STC 108/1986 FJ 8). Por el contrario, la no subordinación a los demás poderes públicos debe entenderse como la «ausencia de injerencia de poderes en el funcionamiento del poder judicial»⁹.

II. EL SISTEMA DE ELECCIÓN DE VOCALES DEL CGPJ: UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

La problemática en la determinación del sistema de elección de vocales del Consejo General del Poder Judicial, acarreada por el legislador español desde la misma fundación de la Carta Magna, puede entenderse en palabras de Rosado Iglesias, a través de la «ambigüedad e indeterminación constitucional»¹⁰. La Constitución determina en su artículo 122.2 la composición del CGPJ, que será conformado por el presidente del Consejo (que ejerce a su vez de presidente del Tribunal Supremo) y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De estos veinte vocales, ocho serán elegidos por las cámaras (cuatro a propuesta del Congreso y cuatro a propuesta del Senado), seleccionados en ambos casos por mayoría cualificada de tres quintos. Los ocho vocales nombrados por las cámaras deberán ser elegidos entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio de su profesión.

Sin embargo, el mismo artículo 122 reserva a la ley orgánica la determinación del sistema de elección de los doce vocales restantes para completar el Consejo General del Poder Judicial. Sin más precisión que la que establece que los doce miembros restantes deberán escogerse entre Jueces y Magistrados de todas las categorías. Esta configuración constitucional resulta «excesivamente abierta» en palabras de Cabellos Espiérrez¹¹.

Con la entrada en vigor de la Constitución en 1978, el legislador se encuentra frente a la responsabilidad apre-

5. MARTÍN GUARDADO, S., 2023. Polarización política y crisis en la renovación del Consejo General del Poder Judicial. *Revista de derecho político*, no. 117, p. 141.

6. CAVERO LATAILLADE, I, "Artículo 122: La estructura Organizativa del Poder Judicial", en ALZAGA, O, (coord.) *Comentarios a la Constitución Española. Tomo IX - Artículos 113 a 127 de la Constitución Española de 1978*, Edersa, 2006, pp 483-485

7. BUSTOS GISBERT, R., DELGADO DEL RINCÓN, L. E., FIGUERUELO BURRIEZA, A., LÓPEZ AGUILAR, J.F., LÓPEZ GUERRA, L. M., MURILLO DE LA CUEVA, P. L., ROSADO IGLESIAS, M. G., y SERRA CRISTÓBAL, R. (2022), "Encuesta sobre el poder judicial", *Teoría y Realidad Constitucional*, pp. 73

8. LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1965, pág. 294.

9. BUSTOS GISBERT, R. (2022) "Política, independencia y autogobierno judicial: Cuatro miradas", *Revista de Estudios Políticos*, no. 198, pp. 93-120

10. ROSADO IGLESIAS, G., La constitucionalización del Gobierno Judicial: cuarenta años de Consejo General del Poder Judicial, régimen actual y cuestiones pendientes. *Revista de derecho político*, no. 101, 2018, pp. 353-391. ISSN 0211-979X. DOI 10.5944/rdp.101.2018.21965.

11. CABELLOS ESPIÉRREZ M. A., 2020. La reforma inacabada. *Revista española de derecho constitucional*, vol. 40, no. 118, pp. 13-44. ISSN 0211-5743.

mante de completar mediante ley orgánica el sistema de elección de vocales que conformarán el CGPJ, requisito indispensable para el proceso de constitución del Tribunal Constitucional (dos de los vocales del TC son nombrados a propuesta del CGPJ, en virtud del art. 159.1 CE).

Así pues, la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, reguladora del Consejo General del Poder Judicial será la primera intervención del legislador, posterior a la Constitución para acotar las funciones y características del CGPJ, así como el sistema de elección de sus vocales. Aprobada con una marcada presunción de temporalidad, la Ley 1/1980 concreta el nombramiento de los doce vocales del turno judicial en sus artículos duodécimo y siguientes, mediante un sistema de elecciones internas entre todos los jueces y magistrados en activo. El régimen de elección establecido en la Ley 1/1980 recogía una serie de preceptos en su artículo decimocuarto (candidaturas avaladas por un diez por ciento de los electores o una asociación judicial, posibilidad de combinar nombres dentro de una misma candidatura y sistema electoral mayoritario corregido) para potenciar la representación de sectores minoritarios dentro de las asociaciones judiciales. De igual modo, en su artículo octavo la Ley dictamina la obligatoriedad de la conformación del turno judicial del Consejo por tres Magistrados del Tribunal Supremo, seis Magistrados y tres Jueces, a fin de otorgar una cierta representatividad a cada una de las categorías de la carrera judicial. Sin embargo y pese a las pretensiones del legislador, la experiencia de 1980 favoreció claramente al sector mayoritario de carácter conservador, facción judicial que copó todos los puestos¹².

En 1985, se aprobó la definitiva Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, ley 6/1985 o LOPJ), que derogaba la norma de 1980 y la integraba en la nueva ley.

La representación de magistrados conservadores en el seno del CGPJ que había sido constituido en 1980, y la victoria del Partido Socialista en las elecciones de 1982 condicionan la principal novedad de la Ley 6/1985; la designación parlamentaria de todos los miembros del Consejo, judiciales y juristas. La propuesta de modifi-

cación del sistema de elección, cristalizada como elemento fundamental del Proyecto de Ley, fue justificada por el Partido Socialista remarcando la «estructura conservadora» de la carrera judicial, y aduciendo que debía pesar más la «mayoría parlamentaria»¹³. A partir de la Ley Orgánica 6/1985, y en virtud del artículo 112.1 de la LOPJ (en la redacción entonces vigente) los veinte vocales en su totalidad que conforman el CGPJ pasaron a ser seleccionados por la Cámaras Parlamentarias. El artículo 112.2 determinaba que los doce vocales designados entre jueces y magistrados, pasaron a elegirse como los ocho restantes, la mitad por cada Cámara mediante mayoría cualificada de tres quintos.

La siguiente modificación legislativa relevante en materia de nombramiento de los vocales del Consejo llega con la Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, sobre la composición del Consejo General del Poder Judicial. La norma legal modifica el artículo 112 de la anterior ley, intentando imponer lo que algunos académicos han considerado un «modelo mixto»¹⁴: la propuesta para la determinación de los vocales del turno judicial sigue correspondiendo a las Cámaras, pero estas a su vez configurarán su propuesta a partir de una selección de treinta y seis Jueces y Magistrados que la Judicatura habrá previamente presentado. En el apartado tercero del mismo artículo se detallaba que los treinta y seis candidatos se distribuirán en proporción al número de afiliados de cada asociación y al número de no afiliados a asociación alguna. La clara intención del legislador a través de la innovación legislativa anteriormente mencionada resulta evidente: mitigar el grado de discrecionalidad del que gozaban las cámaras parlamentarias en la elección de vocales configurando la propuesta a partir de una selección concreta de Jueces y Magistrados presentados por la judicatura.

La última reforma en materia de nombramiento de los vocales del turno judicial la realiza la Ley Orgánica 4/2013, vigente a día de hoy. Las novedades introducidas en la Ley 4/2013 se dirigen particularmente a optimizar e intensificar la participación de todos los miembros de la carrera judicial en el proceso de selección de los vocales de origen judicial que conforman el CGPJ¹⁵. En su artículo 574, se reduce el número de avales necesarios

12. ROSADO IGLESIAS, G., La constitucionalización del Gobierno Judicial: cuarenta años de Consejo General del Poder Judicial, régimen actual y cuestiones pendientes. *Revista de derecho político*, no. 101, 2018, p. 357

13. Cuadra, Bonifacio de la. «El PSOE decide que el Consejo del Poder Judicial sea elegido por las Cortes». *El País*, 4 de marzo de 1985). Disponible en: https://elpais.com/diario/1985/03/05/espana/478825218_850215.html

14. BUSTOS GISBERT, R., DELGADO DEL RINCÓN, L. E., FIGUERUELO BURRIEZA, A., LÓPEZ AGUILAR, J.F., LÓPEZ GUERRA, L. M., MURILLO DE LA CUEVA, P. L., ROSADO IGLESIAS, M. G., y SERRA CRISTÓBAL, R. (2022), «Encuesta sobre el poder judicial», *Teoría y Realidad Constitucional*, p. 36

15. FERNÁNDEZ RIVEIRA, R.M., 2014. Regeneración democrática? Algunas reflexiones sobre la nueva ley orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial. *Revista de derecho político*, no. 91, pp. 137-182. ISSN 0211-979X. DOI 10.5944/rdp.91.2014.13221.

para presentar candidatura, y en el 575 se determina un mayor protagonismo de los jueces y magistrados frente a las asociaciones, que aún pudiendo avalar candidatos, no podrán presentar candidaturas directamente. Finalmente, en el artículo 578.3, el legislador vuelve a la llamada «representatividad dirigida» del modelo de 1980¹⁶, al establecer que deberán conformar el turno judicial del CGPJ tres magistrados del Tribunal Supremo, tres Magistrados con más de veinticinco años de antigüedad en la carrera judicial y seis Jueces o Magistrados sin sujeción a antigüedad.

III. LA TENSIÓN ENTRE CORPORATIVISMO JUDICIAL Y POLITIZACIÓN PARLAMENTARIA

La ya mencionada «ambigüedad constitucional» del artículo 122.3, relativa al nombramiento de los doce vocales del turno judicial del CGPJ debe enmarcarse en el recurrente debate del legislador español en relación a la potestad de autogobierno del poder judicial. Ya en el debate constituyente de la Constitución Española de 1931, se aborda la discrepancia entre aquellos que consideraban que el poder judicial debía gozar de autogobierno al erigirse como un verdadero poder, y los que por el contrario consideraban que el gobierno de los jueces debía recoger las mayorías políticas del momento¹⁷. En relación al nombramiento de vocales del CGPJ, el debate se ha materializado en una doble opción legislativa: dotar de mayor autogobierno al poder judicial permitiendo al conjunto de la judicatura elegir por sí misma a los doce vocales del turno judicial (Ley Orgánica 1/1980), o desplazar bajo control parlamentario el nombramiento de los mismos (Ley Orgánica 6/1985 y siguientes). La doctrina académica es consistente en señalar las problemáticas que suscitan cada una de las dos opciones. En esta última sección del trabajo retomaremos brevemente la experiencia histórica para exponer brevemente las flaquezas que han condicionado cada modelo de elección de vocales del turno judicial del CGPJ.

El Consejo General del Poder Judicial comienza a actuar en octubre de 1980, constituido bajo los auspicios de la recién aprobada Ley Orgánica 1/1980. La totalidad de los doce miembros del turno judicial, que fueron elegidos mediante sufragio entre el conjunto de la judicatura, estaban afiliados a la Asociación Profesional de la Magistratura (en adelante, APM), de corte mayoritariamente conservador. La sobrerrepresentación de vocales judiciales, en palabras de Rosado Iglesias llevó al CGPJ del momento a concebirse como un órgano de autogobierno en sentido estricto, reclamando un aumento de competencias para situarse en el mismo plano en la estructura de división de poderes que los poderes propiamente políticos.¹⁸ De igual modo, el hecho que la totalidad de los vocales elegidos fuese afiliado a la APM (asociación que su momento concentraba como afiliados únicamente un 25% de la totalidad de jueces y magistrados en activo) ponía de manifiesto el corporativismo inherente en la elección, es decir, la primacía de intereses sectoriales o profesionales de un determinado colectivo ante los intereses generales del conjunto del ordenamiento¹⁹.

Como ya ha sido expuesto, la aprobación de la definitiva Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial trae consigo la elección por las Cortes de la totalidad de los miembros del Consejo. Buscando eliminar del proceso de selección el componente corporativista del anterior sistema, se desprovee a las asociaciones judiciales del poder que habían ostentado hasta el momento mediante la designación parlamentaria de los vocales del turno judicial. Ante tan radical cambio legislativo, varias asociaciones judiciales así como el Partido Popular presentaron recurso de inconstitucionalidad, en el que el Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse sobre el fondo del asunto: ¿podía el Parlamento, mediante Ley orgánica, atribuirse competencias no específicamente mencionadas por la Constitución, como el nombramiento de los vocales-jueces del CGPJ?²⁰. El Tribunal Constitucional se pronunció sobre el asunto en las Sentencias 45/1986 y 108/1986, declarando la constitucionalidad de la modificación legislativa en el

16. FERNÁNDEZ RIVEIRA, R.M., 2014. Regeneración democrática? Algunas reflexiones sobre la nueva ley orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial. *Revista de derecho político*, no. 91, pp. 137-182. ISSN 0211-979X. DOI 10.5944/rdp.91.2014.13221.

17. BUSTOS GISBERT, R., 2022. POLÍTICA, INDEPENDENCIA Y AUTOGOBIERNO JUDICIAL: CUATRO MIRADAS. *Revista de estudios políticos*, vol. 2022, no. 198, pp. 93-120. ISSN 0048-7694. DOI 10.18042/cepc/rep.198.04.

18. ROSADO IGLESIAS, G., La constitucionalización del Gobierno Judicial: cuarenta años de Consejo General del Poder Judicial, régimen actual y cuestiones pendientes. *Revista de derecho político*, no. 101, 2018, p. 357

19. PORRAS NADALES, A., El Consejo General del Poder Judicial, según la STC 108/1986, de 29 de julio, sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial, *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 19, 1987 pp. 225-244

20. SERRA CRISTÓBAL, R., La elección de los miembros del consejo general del poder judicial. Una propuesta de consejo más integrador e independiente. *Teoría y realidad constitucional*, vol. 31, no. 1, 2013 p. 301

proceso de nombramiento. En la Sentencia 108/1986, el Tribunal admite la obligación constitucional expresa que los doce vocales del turno judicial sean elegidos «entre» jueces y magistrados, pero que la norma constitucional ni contiene ni se puede inferir de ella que el nombramiento de los mismos deba realizarse «por» el conjunto de la judicatura (STC 108/1986, FJ 8).

Aún validando la reforma propuesta por la Ley 6/1985, el Tribunal Constituyente creyó prudente señalar el riesgo de que las Cámaras, a la hora de efectuar las propuestas de nombramientos, actuasen atendiendo únicamente a la división de fuerzas en su propio seno, y distribuyesen los puestos a cubrir en proporción a la fuerza parlamentaria de estos (STC 108/1986, FJ 13). La literatura académica en la materia ha sido también consistente en destacar la politización de las decisiones de los mismos vocales en el cumplimiento de sus funciones. Aunque los vocales elegidos por las Cámaras no reciben un mandato imperativo de éstas, sí parece existir un mandato subliminar que responde a sus convicciones ideológicas, generando la imagen de un órgano con connotaciones políticas²¹.

Los temores del Tribunal Constitucional se materializaron con la primera constitución del CGPJ posterior a la Ley 6/1985, en el que un Parlamento de mayoría socialista eligió para cubrir las propuestas del turno judicial a 14 vocales propuestos por el PSOE. El actual bloqueo del CGPJ y en particular la filtración de mensajes en la que ciertos representantes políticos presumían de un futuro control «desde detrás» sobre órganos clave en el Tribunal Supremo²² representa la ulterior confirmación de dichos temores.

Las posteriores reformas de la LOPJ que han incidido en el sistema de elección del turno judicial de vocales del CGPJ no han servido para atajar la problemática de la elección de una forma definitiva. El modelo mixto de elección de vocales que se derivó de la Ley Orgánica 2/2001 no consiguió su misión. El sistema mixto mantuvo la elección de las Cámaras por criterios partidistas, que había suscitado la reforma de 1985, y confirma la sobrerrepresentación de las asociaciones judiciales mayoritarias que se había revelado con la aprobación de la primera ley orgánica de

1980. La irrupción mínima de algún vocal perteneciente a asociaciones judiciales minoritarias, así como la prácticamente nula representación de vocales no afiliados (aún constituyendo casi la mitad de la totalidad de los jueces en activo) no pueden considerarse motivo suficiente de auténtica regeneración del sistema²³.

La Ley Orgánica 4/2013, nace con la voluntad de corregir la problemática de la falta de representación de sectores judiciales minoritarios, así como de vocales no afiliados a ninguna asociación generada con la anterior norma. Lo dispuesto en los artículos 566 y siguientes de la norma no supone un auténtico cambio en el sistema electivo parlamentario, al encontrar imprecisiones jurídicas en artículos como el 578.2, que dispone que «las Cámaras tomarán en consideración el número existente en la carrera judicial, en el momento de proceder a la renovación del Consejo General del Poder Judicial, de Jueces y Magistrados no afiliados y de afiliados a cada una de las distintas Asociaciones judiciales».²⁴

Como hemos podido constatar, la producción legislativa en relación al sistema de elección de los vocales del turno judicial del CGPJ ha estado marcada por una tensión entre el *corporativismo judicial* generado por la sobrerrepresentación de asociaciones judiciales en los sistemas en los que se ha permitido «la elección de los jueces por los jueces» y la *politización parlamentaria* derivada de los sistemas en que ha primado la elección parlamentaria de los vocales.

Martín Guardado sostiene en su artículo «Polarización política y crisis en la renovación del Consejo General del Poder Judicial» que la disfuncionalidad en el sistema de elección de vocales del turno judicial del CGPJ puede explicarse a través de una mala interpretación legislativa del pluralismo que propugna la Constitución respecto al CGPJ. El legislador ha optado por defender un modelo fundamentado en el pluralismo asociativo de los jueces, en lugar de buscar la preservación de un pluralismo profesional real. El mal entendido pluralismo asociativo inevitablemente ha gravitado hacia un corporativismo judicial, que a su turno ha generado una reacción frontal de politización parlamentaria del sistema de elección. En su artículo, Guardado reposiciona brillantemente

21. SERRA CRISTÓBAL, R., La elección de los miembros del consejo general del poder judicial. Una propuesta de consejo más integrador e independiente. *Teoría y realidad constitucional*, vol. 31, no. 1, 2013, p. 305

22. López Fonseca, O. «Cosidó admite el mensaje de WhatsApp en el que presume de un futuro control del PP sobre el Supremo». *El País*, 19 de noviembre de 2018). Disponible en: https://elpais.com/politica/2018/11/19/actualidad/1542630134_616500.html?event_log=oklogin

23. ROSADO IGLESIAS, G., La constitucionalización del Gobierno Judicial: cuarenta años de Consejo General del Poder Judicial, régimen actual y cuestiones pendientes. *Revista de derecho político*, no. 101, 2018, p. 359

24. FERNÁNDEZ RIVEIRA, R.M., 2014. Regeneración democrática? Algunas reflexiones sobre la nueva ley orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial. *Revista de derecho político*, no. 91, p. 174

la interpretación del pluralismo contenido en la norma constitucional: en su artículo 122.3, la CE propugna tanto el pluralismo profesional de los jueces y magistrados nombrados vocales del CGPJ como el pluralismo político que debe ser salvaguardado en el caso que sean las Cortes Generales las que realicen las designaciones²⁵.

La concreción de una ambigüedad constitucional aparentemente irresoluble, puede que encuentre respuesta a través del mismo texto de la Carta Magna. En todo caso, la resolución de una dicotomía en la que el legislador debe decantarse por un *corporativismo judicial* o una *politización parlamentaria* resulta necesaria para impulsar una reforma legislativa que vertebré el sistema de elección del turno judicial de una vez por todas, devolviendo la completa funcionalidad y prestigio al Consejo General del Poder Judicial.

IV. OBRAS DOCTRINALES

- BUSTOS GISBERT, R., DELGADO DEL RINCÓN, L. E., FIGUERUELO BURRIEZA, A., LÓPEZ AGUILAR, J.F., LÓPEZ GUERRA, L. M., MURILLO DE LA CUEVA, P. L., ROSADO IGLESIAS, M. G., y SERRA CRISTÓBAL, R., "Encuesta sobre el poder judicial", *Teoría y Realidad Constitucional*, 2022, pp. 15-114.
- BUSTOS GISBERT, R. "Política, independencia y autogobierno judicial: Cuatro miradas", *Revista de Estudios Políticos*, no. 198, 2022, pp. 93-120
- CABELLOS ESPIÉRREZ M. A., 2020. La reforma inacabada. *Revista española de derecho constitucional*, vol. 40, no. 118, pp. 13-44. ISSN 0211-5743.
- CAVERO LATAILLADE, I, "Artículo 122: La estructura Organizativa del Poder Judicial", en ALZAGA, O, (coord.) *Comentarios a la Constitución Española. Tomo IX - Artículos 113 a 127 de la Constitución Española de 1978*, Edersa, 2006, pp 483-485
- Comisión Europea, "Informe sobre el Estado de Derecho en 2023", 2023, p.6. (Disponible en: https://commission.europa.eu/publications/2023-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en)
- FERNÁNDEZ RIVEIRA, R.M., 2014. Regeneración democrática? Algunas reflexiones sobre la nueva ley orgánica 4/2013, de 28 de junio, de

reforma del Consejo General del Poder Judicial. *Revista de derecho político*, no. 91, p. 174

- LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1965, pág. 294.
- MARTÍN GUARDADO, S., 2023. Polarización política y crisis en la renovación del Consejo General del Poder Judicial. *Revista de derecho político*, no. 117, pp. 131-152.
- PORRAS NADALES, A., El Consejo General del Poder Judicial, según la STC 108/1986, de 29 de julio, sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial, *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 19, 1987 pp. 225-244
- ROSADO IGLESIAS, G., La constitucionalización del Gobierno Judicial: cuarenta años de Consejo General del Poder Judicial, régimen actual y cuestiones pendientes. *Revista de derecho político*, no. 101, 2018, pp. 353-391. ISSN 0211-979X. DOI 10.5944/rdp.101.2018.21965.
- SERRA CRISTÓBAL, R., La elección de los miembros del consejo general del poder judicial. Una propuesta de consejo más integrador e independiente. *Teoría y realidad constitucional*, vol. 31, no. 1, 2013. pp. 299-321. ISSN 1139-5583.

LEGISLACIÓN

- Constitución española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978)
- Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, reguladora del Consejo General del Poder Judicial
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, sobre la composición del Consejo General del Poder Judicial
- Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), Caso Lorenzo Bragado y Otros contra España, de 22 de junio de 2023
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de julio 108/1986
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de abril 45/1986

25. MARTÍN GUARDADO, S., 2023. Polarización política y crisis en la renovación del Consejo General del Poder Judicial. *Revista de derecho político*, no. 117, p. 135-136

ESENCIALIDAD DE UN ACTIVO A EFECTOS DEL ARTÍCULO 160.f) DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

PABLO MORILLO-VELARDE GIMÉNEZ

Máster de Acceso a la Abogacía y Procura - ISDE Law & Business School

I. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE ACTIVO ESENCIAL:

Las operaciones en las que concurren activos esenciales comprenden una cuestión que no ha pasado desapercibida en la historia de las sociedades de capital. Ha suscitado multitud de conflictos societarios en los que el protagonista es el socio (Junta General) y el administrador (Consejo de Administración). Con la pandemia del COVID eran frecuentes los agobios de los administradores por las deudas y la venta desesperada de activos para paliarlas¹. Esta investigación sobre Derecho Mercantil se comprenderá la evolución jurisprudencial y doctrinal, porque a pesar de lo que menciona el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, "LSC"), el concepto abstracto de "activo esencial" ha sido interpretado de manera diferente y atendiendo a las circunstancias de cada caso. Pero antes de comenzar, resulta esencial leer el apartado f) del art. 160 LSC (Competencia de la Junta): *"Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado"*.

Puede entenderse que el concepto legal de activo esencial a efectos del art. 160.f) LSC tiene dos elementos: el conductual y el cuantitativo. En cuanto a elemento conductual, se tipifica la conducta de adquirir, enajenar

o aportar a otra sociedad activos considerados esenciales. En su día existió la duda sobre si estarían en el art. 160.f) la constitución de gravámenes, a lo que responde la Resolución de la DGRN de 22 de noviembre de 2017 mencionando que los gravámenes de activos esenciales están excluidos del art. 160.f), salvo excepcionalmente casos en los que se comprometa el desarrollo del objeto social. En cuanto al elemento cuantitativo, se establece literalmente un umbral del 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado. Superado dicho límite, cualquiera que entienda la literalidad de este precepto podría entender que dicho activo se presumirá esencial y en caso contrario, no. A contra de lo que dicta el sentido común, esto no es así. Por ello cabe proceder a un estudio riguroso de la evolución jurisprudencial y doctrinal al respecto. Porque un activo puede suponer menos de ese 25% y ser considerado cualitativamente esencial y también viceversa, puede superar dicho umbral y no ser considerado esencial. El término "esencial" puede tener varias interpretaciones, pero la línea doctrinal y jurisprudencial ha hecho énfasis en la necesidad de dicho activo para satisfacer el objeto social. Esto podría significar que, en caso de la enajenación de un activo esencial, podría desaparecer el objeto social, lo que conllevaría a la obligación legal de disolución de la sociedad (art. 363 LSC).

II. EVOLUCIÓN INTERPRETATIVA:

El art. 160.f) nació con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. En

1. Iriarte, A. "El COVID y la venta de Activos esenciales sin autorización". Noticias jurídicas

la exposición de motivos se menciona: “se amplían las competencias de la junta general en las sociedades para reservar a su aprobación aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales”. Por otro lado, se modifica el art. 511 bis LSC (Competencias adicionales de la Junta), que reza: “1. En las sociedades cotizadas constituyen materias reservadas a la competencia de la junta general, además de las reconocidas en el artículo 160, las siguientes: a) La transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas. b) Las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad. c) La política de remuneraciones de los consejeros en los términos establecidos en esta ley. 2. Se presumirá el carácter esencial de las actividades y de los activos operativos cuando el volumen de la operación supere el veinticinco por ciento del total de activos del balance”.

Ya antes del 2014, la doctrina y jurisprudencia daba la razón a la necesidad de convocar Junta para realizar actos de disposición de activos esenciales basándose en la recomendación que el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, de 22 de mayo de 2006 hacía al respecto². Aunque no fuera preceptivo, ya entonces era bastante recomendable convocar Junta para operaciones así. Menciona expresamente la Recomendación 3^a.b): “Que, aunque no lo exijan expresamente las Leyes mercantiles, se sometan a la aprobación de la Junta General de Accionistas las operaciones que entrañen una modificación estructural de la sociedad y, en particular, las siguientes: b) La adquisición o enajenación de activos operativos esenciales, cuando entraña una modificación efectiva del objeto social”.

Por ello, conviene tomar siempre en cuenta el elemento cualitativo, partiendo de jurisprudencia y doctrina anterior al 2014. La STS nº285/2008, de 17 de abril estimó que tener como único objeto social el transporte y vender licencias de transporte es equiparable al cese de la actividad de explotación. La actividad ordinaria de la empresa se paralizaría a consecuencia de un negocio jurídico extraordinario que debía ser autorizada expresamente por la Junta General. Se declaró la nulidad de la escritura de compraventa de licencias. Los conseje-

ros delegados de una sociedad carecen de poder para otorgar escritura de transmisión de todo el activo sin consentimiento ni aprobación de la Junta³.

Poco a poco, fue configurándose jurisprudencia y doctrina de interés para el tráfico mercantil, teniendo en cuenta el contexto económico-financiero de la crisis financiera global de 2008⁴. Las dificultades generalizadas de acceso al crédito y la fuerte caída de la demanda por la global recesión económica provocaron en muchas sociedades mercantiles una inmediata necesidad de liquidez y la consecuente liquidación de activos. Se le fue dando valor a la mayor fiabilidad y utilidad de la información financiera para prevenir potenciales conflictos de interés, problemas de agencia y proteger a los accionistas. Para la protección de los pequeños minoristas ha sido de interés la citada sentencia, al menos eso consideran las corrientes doctrinales de autores como Jesús Alfaro Águila-Real⁵.

La creación del art. 160.f) no supuso un cambio radical en la práctica societaria, la SAP Segovia nº1/2021, de 11 de enero (FJ 4) menciona: “En realidad esta reforma no ha restringido el ámbito de actuación del órgano de administración en relación a activos esenciales, más bien se la ha concedido o, si se quiere, la ha delimitado para disipar dudas. A partir de la reforma puede enajenar el 25% del activo, lo que no significa que antes pudiera enajenar activos esenciales sin límite, y desde luego no significa que pudiera enajenar todo el activo”.

Para una concreción más rigurosa del concepto de adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad, en cuanto a si el art. 160.f) afecta a las operaciones ordinarias como extraordinarias, se pronunció la SAP Ourense nº326/2018, de 16 de octubre (FJ 3): “la norma no especifica la naturaleza del negocio (...) esta omisión significa que es irrelevante la forma negocial de la transmisión, ya que lo importante es el efecto patrimonial que desencadene. Será, por tanto, cualquier negocio jurídico por el que el activo esencial entra en la esfera patrimonial de la sociedad o salga de ella”.

Alfaro Águila-Real⁶ hace referencia en una publicación del blog Almacén de derecho, fechada a 2 de junio de 2015, a Álvarez Royo-Villanova y Sánchez Santiago. Estos autores opinan que las operaciones de activos esenciales

2. CNMV. Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, de 22 de mayo de 2006. Pg 15

3. Alfaro Águila Real, J. “El nuevo art. 160.f) LSC ¿Qué consecuencias tiene la falta de autorización de la Junta cuando los administradores adquieren, enajenan o aportan a otra sociedad un activo esencial?”

4. Hernández Costa, I. “La competencia de la Junta General en la venta de activos esenciales. Artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital”. 2021. TFG Universitat de Barcelona. Pg. 11

5. Alfaro Águila Real, J, op. cit.

6. Alfaro Águila-Real, J. “Y más sobre el art. 160.f) LSC”. Almacén de Derecho.

incluidas en el ámbito de competencia de la Junta General son las que tengan efectos equivalentes a las modificaciones estructurales en cuanto a su trascendencia para los derechos económicos y políticos de los socios. Asimismo, defienden que el 25% de umbral es muy bajo, que hay que tomar en cuenta valores cualitativos para determinar la esencialidad. Los administradores deben convocar Junta para operaciones que impliquen que la sociedad deje de realizar actividades comprendidas en el objeto social, operaciones en las que se adquiera activos que modifiquen sustancialmente la actividad de la sociedad, operaciones sobre activos esenciales que comprometan esa obtención de ingresos de manera sostenida, aunque se realicen a precio de mercado y no alteren el objeto social (ej. venta de la marca principal de la empresa) y operaciones que sin implicar la modificación del objeto social produzcan un cambio sustancial en el control por los socios, como la filialización de la actividad más importante. La reciente jurisprudencia coincide plenamente con la interpretación que en su día estos autores dieron, apoyada por Javier Juste Mencía, y el propio, Alfaro Águila-Real, entre muchos⁷.

La doctrina considera que ese umbral cuantitativo del 25% del art. 160.f) es una presunción *iuris tantum*. No es útil como un criterio único para validar la esencialidad de un activo. El art. 385.3 LEC recuerda que las presunciones establecidas por la ley no son absolutas, sino que admiten prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba. Sobre esta presunción *iuris tantum* se pronunció la SAP Asturias nº501/2020, de 26 de febrero, reiterando lo expresado por el Juzgado de Instancia en que: “(...) la presunción que señala dicho precepto del 25% lo es *iuris tantum*, admitiendo, por tanto, prueba en contra, recayendo la carga de la prueba de que no se trata de un activo esencial sobre quien alegue tal cosa una vez demostrado que el activo pesa más del 25% de los activos del balance (...)”; “Afirmado el carácter esencial de los activos en la demanda y destruida por la parte demandada la presunción legal *iuris tantum* establecida al efecto para tal consideración, es el demandante quien debe soportar la carga de acreditar la esencialidad de los bienes inmuebles sobre la base de un criterio no cuantitativo, sino cualitativo”. Entonces: primero se parte del elemento cuantitativo y después, se procede con el elemento cualitativo.

Caben, pues, cuatro escenarios⁸: 1º) Operaciones con activo no esencial de valor superior al 25% del activo total del último balance aprobado, siempre que se pruebe conforme a derecho. 2º) Operaciones con activo

esencial de valor superior a ese 25% (presunción *iuris tantum* del art. 160.f), sin que medie prueba en contrario. 3º) Operaciones con activo esencial, de valor superior al 25%, resultada su esencialidad de la práctica de un test cualitativo del activo. 4º) Operaciones con activo esencial con valor superior al 25%, y que, tras practicar el test cualitativo, se reafirme su esencialidad.

La SAP (Secc. 1ª) Ourense nº326/2018, de 16 de octubre ut supra, declara la esencialidad de la concesión minera transmitida por tratarse de un activo afecto al objeto social e imprescindible para el desarrollo del mismo. Por el elemento cualitativo.

Cabe hacer distinción entre activo estratégico y activo esencial. La SJM Bilbao nº1/2020, de 7 de enero distingue entre activo estratégico y esencial. IBERDROLA impugnaba el acuerdo del Consejo de SIEMENS GAMESA RENEWABLE ENERGY, S.A. (participación del 8,07%), por el que decide vender determinados activos que IBERDROLA consideraba estratégicos. Se menciona que: “(...) el activo esencial, paralelamente a lo que sucede con el elemento esencial del negocio jurídico, es aquel sin el cual no hay sociedad, no hay contrato, pues pierde su esencia, su alma, su causa. Sin embargo, un activo estratégico es aquel que incide de forma importante en el rendimiento de la sociedad, pero sin el cual la sociedad subsiste pudiendo desarrollar su objeto con otros activos, pero mermada en cuanto a su productividad. Por ejemplo, si la sociedad se dedica a explotar hoteles, y se enajena su único hotel, evidentemente se destruye su fuente original de rendimiento, pero aún puede explotar otros hoteles, pues no ha sido creada exclusivamente para explotar ese determinado hotel (salvo que así haya sido, naturalmente, en cuyo caso es un supuesto de disolución anticipada de la sociedad). Es estratégico el activo porque de él depende el plan social del momento para la obtención del rendimiento. Es estratégico para la sociedad aquel activo cuya existencia en el balance de la sociedad tiene importancia no sólo en cuanto a su valoración en sí mismo, sino en lo que aporta al fondo de comercio de la sociedad”.

En la SAP (Secc. 5ª) Zaragoza nº885/2019, de 8 de noviembre consideraba el apelante que el acuerdo de crédito de 70 millones de euros aprobado constituía la adquisición de un activo esencial, que esto superaba el umbral del 25% y que al no convocar Junta se incumplía el art. 160.f). Aquí se define un concepto implícito al de activo esencial: el activo. La financiación forma parte del pasivo. Es una operación de gasto que se replica en partidas del activo

7. Hernández Costa, I. Op. cit. Pg. 22

8. Hernández Costa, I. Op. cit. Pg. 23

corriente como en la cuenta de tesorería. Falla a favor del Consejo de LA ZARAGOZANA, S.A., disponiendo que la financiación era un medio para conseguir activos y refinanciar deuda existente. Menciona el FJ 10: “Que la operación de financiación es de entidad no se discute, pero tampoco se ha acreditado que suponga un riesgo evidente y palmario del devenir social, más bien se desprende la imperiosa necesidad de financiación para refinanciar deudas e impulsar la competitividad de la empresa”. “En el caso que nos ocupa, aun admitiendo el criterio extensivo de interpretación del art. 160 f) (actividad esencial), no hay elementos para concluir que excede de las competencias propias de un Consejo de Administración que ratifica un proyecto de refinanciación”.

Disconforme con el fallo de esta sentencia recurrió en casación el apelante, también con fallo a favor de LA ZARAGOZANA S.A, en la STS (Sala de lo Civil, Secc.1ª) 1045/2023, de 27 de junio. Las operaciones de financiación para la gestión ordinaria de la sociedad o para obtener los recursos necesarios para el cumplimiento del objeto social no tienen la consideración de activo esencial y entonces no requieren de la autorización del 160.f). Pero cuidado, en determinadas circunstancias excepcionales sí pueden ser consideradas sobre activos esenciales y por ello es preceptiva la autorización del 160.f) en⁹ las operaciones que pusieran en riesgo la viabilidad de la sociedad, las que modifiquen sustancialmente el desarrollo de la actividad de la sociedad o la forma de realización de su objeto, las que alteren profundamente el cálculo de riesgo inicial de los socios o su posición de control y las operaciones que lleven aparejadas, aunque sea a título de garantía, facultades de disposición sobre activos sociales de importancia. Esto debe quedar siempre claro.

III. CONVOCATORIA DE LA JUNTA, REQUISITOS:

En cuanto a los requisitos de la convocatoria de la Junta para aprobar operaciones del art. 160.f), no se pronuncia ni este ni ningún otro artículo de la LSC. Como consecuencia, se plantea si dicho acuerdo está sometido al régimen de aprobación de acuerdos por mayoría ordinaria (art. 198 en S.L., art. 201.1 en S.A.); o bien por mayoría reforzada (art. 199 en S.L., art. 201.2 en S.A.). Para algunos autores doctrinales como Andrés Recalde,

lo lógico es que el acuerdo se someta al régimen aplicable en materia de modificación de estatutos, esto es, la mayoría reforzada en las S.L., y la mayoría absoluta en las S.A. En contra se expresan otros como Ricardo Cabanas y Luis Fernández del Pozo¹⁰, que defienden que, en ausencia de previsión estatutaria de mayoría reforzada en S.L. o mayoría absoluta en S.A. para aprobar la transmisión de estos activos, resulta aplicable el régimen ordinario de adopción de acuerdos. Al respecto, no hay apenas jurisprudencia relevante.

Asimismo, el acuerdo de aprobación en la Junta no tiene por qué ser previo¹¹ a la conclusión de la operación, sino que perfectamente cabe adoptar un acuerdo posterior que lo ratifique o incluso prever los efectos del acuerdo de la Junta en el propio negocio, sometiendo a condición suspensiva la producción de sus efectos. Pero eso no quita que no sea recomendable este carácter previo para generar un marco de transparencia y seguridad jurídica, como defiende María Jesús Guerrero Lebrón.

En cuanto a los requisitos de la notificación a los socios de la convocatoria de la Junta, habla la SJMA Coruña nº259/2020, de 2 de diciembre menciona que previamente a la celebración de la Junta en que se apruebe el acuerdo de transmisión de un activo esencial es obligatorio informar debidamente a los socios de qué activos se venden y en qué condiciones, especificando la esencialidad de éstos. No caben vaguedades e inconcreciones a la hora de establecer como punto de orden del día la enajenación de un activo esencial.

IV. VALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO POR INCUMPLIMIENTO DEL ART. 160.F):

Una de las críticas que se hizo a la reforma del 2014 es que no se habló de la validez del negocio jurídico por incumplimiento del art. 160.f). Autores como Álvarez Royo-Villanova y Sánchez Santiago¹² defienden una interpretación del precepto que permita salvar la posición de los terceros de buena fe y sin culpa grave que hayan contratado con la sociedad, de conformidad con el art. 234.2 LSC, sin que la falta de autorización de la Junta sirva para impugnar la validez del negocio jurídico. En cambio, autores como Andrés Recalde Castells y Guerrero Lebrón¹³ entienden que no se trata de un proble-

9. Durán Jiménez, M. Á. “Junta General, operaciones de financiación y activos esenciales”. LinkedIn.

10. Hernández Costa, I. Op. cit. Pg. 36

11. Hernández Costa, I. Op. cit. Pg. 36

12. Álvarez Royo-Villanova, Segismundo y Sánchez Santiago, Jaime. “La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC”. Diario La Ley, Nº 8546, Sección Doctrina, 25 de Mayo de 2015, Ref. D-207, Editorial La Ley.

13. Hernández Costa, I. Op. cit. Pg. 38

ma relativo al alcance del poder de representación de la administración social, y que las competencias atribuidas a la Junta no serían efectivas si se limitaran sus efectos a la relación entre el administrador y la sociedad. Es esencial la lectura del art. 234 LSC (Ámbito del poder de representación): “1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social”.

La SAP (Secc. 1ª) de Asturias nº501/2020, de 26 de febrero *ut supra*, dispone que, en ausencia de acuerdo de la Junta, se declara la ineficacia de la operación frente a terceros al no quedar vinculada la sociedad frente a ellos (art. 1261 CC). Al no existir tercero de buena fe y sin culpa grave, prevalece la ineficacia del negocio jurídico sobre la protección del tercero del artículo 234.2 LSC.

No obstante, en la actualidad ya no existe discusión sobre la prevalencia de la protección del tercero de buena fe y sin culpa grave ni sobre la no proyección en el ámbito externo a la sociedad de los efectos derivados del incumplimiento del 160.f). La SAP (Secc. 10ª) de Madrid nº35/2020, de 22 de enero (FJ 3), avala la eficacia del negocio sobre activos esenciales incumpliendo el art. 160.f) concurriendo tercero de buena fe. La SAP (Secc. 1ª) de Ourense nº 326/2018, de 16 de octubre (FJ 3) *ut supra*, también: “si se aplican las consecuencias de la infracción del art. 234 LSC al artículo 160 f) LSC, si el tercero adquirente es considerado de buena fe y sin culpa grave, estará protegido por el propio artículo 234; y por el contrario, si el adquirente, transmitente o, en su caso, acreedor pignoraticio no es considerado como tercero de buena fe, nos hallaríamos ante un supuesto de vicio en el consentimiento cuya consecuencia fundamental es la nulidad del acto que trae causa, y por tanto, del negocio jurídico correspondiente”.

V. ADMINISTRADORES E INCUMPLIMIENTO DEL ART. 160.F):

En cuanto a la responsabilidad del administrador¹⁴ incumplidor del art.160.f), la inoponibilidad al tercero de buena fe de la invalidez del contrato por falta de consentimiento no implica que los administradores que ejecuten el negocio jurídico no sean responsables del perjuicio

económico causado a la sociedad y/o a los socios con su actuación. Regirá el art. 236.1 LSC, de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, los socios y acreedores por daños fruto de actos u omisiones contrarios a la ley o estatutos, o incumpléndose los deberes inherentes como administradores siempre que haya dolo o culpa. La culpa se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando se vaya en contra de la ley o los estatutos. Por lo que, según que patrimonio haya sufrido el daño, caben la acción social de responsabilidad (art. 238 LSC) o la acción individual de responsabilidad (art. 240 LSC). Será preciso examinar si objetivamente podían los administradores sostener que no se trataba de un activo esencial, si se asesoraron convenientemente antes de formalizar el negocio jurídico y si actuaron de buena fe, en aras del *business judgment rule* del art. 226 LSC. La SAP (Secc. 3ª) Burgos nº 93/2020, de 21 de febrero (FJ 3) lo recuerda. Desestimó la acción individual de responsabilidad y aclaró que la venta de la nave por los administradores estaba amparada por la protección de la *business judgment rule* obrando siempre de buena fe, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. En resumen, de conformidad con la jurisprudencia y doctrina vigentes, para apreciar la responsabilidad de los administradores por la enajenación de un activo esencial sin aprobación de la Junta, se deberá probar que obraron de mala fe, o con interés personal en el negocio jurídico, o sin información suficiente, o sin arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

VI. CONCLUSIONES

Para dar por finalizado este trabajo, cabe recordar que la presunción cuantitativa del 25% establecida en el art. 160.f) LSC es una presunción *iuris tantum* (la carga probatoria recae en quien defiende la esencialidad), que admite interpretación jurisprudencial sobre todo en cuanto a la dimensión cualitativa de activo esencial. Dependiendo del tipo de acto que se realice con un activo, la naturaleza del mismo, su representación en el valor de los activos según el último balance social, y la repercusión de dicha operación en el cumplimiento efectivo del objeto social (esta es casi la condición más importante para evidenciar la “esencialidad”); puede ser preceptiva o no la convocatoria de la Junta al considerarse esa operación concreta competencia de la misma. Es importante que en un Consejo de Administración se considere bien antes de empezar una operación el tipo de activo o derecho sujeto a posible disposición. Es deber inherente de los administradores informar debidamente a los socios cuando estos les requieran y proporcionarles la información concreta que

14. Hernández Costa, I. Op. cit. Pg. 41

ellos precisen. Deben actuar con diligencia y atenerse a las consecuencias de no convocar una Junta y disponer de dichos activos esenciales, porque si se prueba mala fe o negligencia puede incurrir en responsabilidades. La sociedad es de los socios, no de los administradores: esto que a veces se olvida debe quedar siempre claro. Lo prudente (o la opción más diligente) es que en caso de duda de la esencialidad de un activo, aunque no se disponga de suficiente asesoramiento legal, se convoque Junta, aunque ello ralentice o paralice algunas decisiones de grandes repercusiones para la sociedad. Ello es prueba de buena fe de los administradores y de pretender informar de forma incluso amplia a los socios de la llevanza de la sociedad. Ello no implica que para el tráfico ordinario mercantil de la empresa deban de estar convocando reiteradamente juntas. Pero sí es prudente hacerlo para operaciones del art. 160.f), aunque el interpretador tras varias horas de estudio concluyera que no es esencial. Por último, actualmente se avala la validez del negocio jurídico por la protección de terceros de buena fe sin culpa grave en el caso de la realización de operaciones del art. 160.f) sin convocatoria de Junta, otra razón más para que los administradores puedan incurrir en responsabilidades.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
- Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo
- CNMV. Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, de 22 de mayo de 2006
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) nº285/2008, de 17 de abril (ECLI:ES:TS:2008:1382)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) 1045/2023, de 27 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2897)
- Sentencia de la Audiencia Provincial (Secc. 1ª) de Ourense nº326/2018, de 16 de octubre (ECLI:ES:APOU:2018:557)
- Sentencia de la Audiencia Provincial (Secc. 10ª) de Madrid nº35/2020, de 22 de enero (ECLI:ES:APM:2020:439)
- SAP (Secc. 1ª) Segovia 24/2021, de 11 de enero (ECLI:ES:APSG:2021:24)
- Sentencia de la Audiencia Provincial (Secc. 5ª) de Zaragoza nº885/2019, de 8 de noviembre (ECLI:ES:APZ:2019:2208)
- Sentencia de la Audiencia Provincial (Secc. 3ª) de Burgos nº93/2020, de 21 de febrero (ECLI:ES:APBU:2020:116)
- Sentencia de la Audiencia Provincial (Secc. 1ª) de Asturias nº501/2020, de 26 de febrero (ECLI:ES:APO:2020:658)
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de A Coruña nº259/2020, de 2 de diciembre (ECLI:ES:-JMC:2020:3991)
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Bilbao nº1/2020, de 7 de enero (ECLI:ES:JMBI:2020:1)
- Resolución de 22 de noviembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Madrid n.º 25 a inscribir una escritura de constitución de hipoteca en garantía de un préstamo. BOE nº303, de 14 de diciembre de 2017 (BOE-A-2017-14729)

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús:

-“El nuevo art. 160.f) LSC ¿Qué consecuencias tiene la falta de autorización de la Junta cuando los administradores adquieren, enajenan o aportan a otra sociedad un activo esencial?” 13 de febrero de 2015. Derecho Mercantil España Blogspot. En: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2015/02/el-nuevo-articulo-160-f-lsc.html>

-“Y más sobre el art. 160.f) LSC”. 2 de junio de 2015. Almacén de Derecho. En: <https://almacendederecho.org/y-mas-sobre-el-art-160-f-lsc>

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo y SÁNCHEZ SANTIAGO, Jaime. “La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC”. Diario La Ley, Nº 8546, Sección Doctrina, 25 de Mayo de 2015, Ref. D-207, Editorial LA LEY.

DURÁN JIMÉNEZ, Miguel Ángel. “Junta General, operaciones de financiación y activos esenciales”. 2023. LinkedIn. En: https://www.linkedin.com/posts/miguel-durjim_sts-27062023-financiación-y-activos-esenciales-activity-7101880998224703488-QDIf/

HERNÁNDEZ COSTA, Iván. “La competencia de la Junta General en la venta de activos esenciales. Artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital”. 2021. TFG Universitat de Barcelona. En: <https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/180171/1/TFG-ADRET-Hernández-Iván-jun21.pdf>

IRIARTE, Ainoa. “El COVID y la venta de Activos esenciales sin autorización”. 25 de noviembre de 2020. Noticias jurídicas. En: <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/15782-el-covid-y-la-venta-de-activos-esenciales-sin-autorizacion/>

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR TRAS LA SENTENCIA DEL TJUE EN EL ASUNTO C-278/20, ¿HAY LUZ AL FINAL DEL TÚNEL?

GUILLERMO AMILIVIA DÍAZ

*Abogado del Departamento de Derecho Público y Regulatorio de Andersen
Miembro de Honor y Vicepresidente de CONEDE (2017-2021)*

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Responsabilidad patrimonial de la Administración

La institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA), cuyo nacimiento formal no podemos fechar en España sino hasta 1954, con la aprobación de la -aún vigente- Ley de Expropiación Forzosa; supone, en esencia, trasladar al ámbito de las Administraciones Públicas (AAPP) el concepto de la responsabilidad civil, entendido como la obligación de reparar el daño producido a otro -el particular- como consecuencia de un deber de conducta impuesto en interés de otro -esto es, el funcionamiento normal o anormal de la Administración-.

Desde un punto de vista teórico conviene hacer una sucinta referencia a los que el Tribunal Supremo (TS) viene considerando como los cinco principios y caracteres esenciales de nuestro sistema de responsabilidad,¹ siendo este un sistema unitario, de responsabilidad general, directa y objetiva; y que persigue la reparación integral del daño.

Así, la legislación -desarrollada por la ingente jurisprudencia del TS- establece que la existencia de RPA viene supeditada al cumplimiento de cinco requisitos básicos: (i) su imputación a la Administración, como

consecuencia de un funcionamiento normal o anormal, incluyendo la inactividad; (ii) la existencia de relación de causalidad entre el daño sufrido por el particular y la actuación pública; (iii) la antijuridicidad del daño -esto es, la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño-; (iv) la necesidad de que los daños sean evaluables económicamente y, por último, (v) la ausencia de causas de exoneración, como la fuerza mayor o la intervención o culpa de un tercero o de la propia víctima.²

1.2. Responsabilidad del Estado legislador

Dentro de la RPA, la hiperregulación a la que los ciudadanos y las empresas se enfrentan en estos tiempos ha hecho que cobre especial importancia un tipo concreto de responsabilidad: la responsabilidad patrimonial del Estado legislador (RPEL), que sienta sus bases sobre el principio de jerarquía normativa, imponiendo al legislador la obligación -aunque con matices- de reparar los daños producidos a consecuencia de las vulneraciones del marco constitucional o, cada vez con mayor frecuencia, del Derecho de la Unión Europea (DUE).

Así, la RPEL puede definirse como «la obligación de resarcimiento que contrae el Legislador como consecuencia de la aprobación de una ley inconstitucional o contraria al Derecho de la Unión Europea, que provoque un daño económicamente evaluable al ciuda-

1. STS (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª) 5450/2014, de 22 de diciembre (ECLI: ES:TS:2014:5450)

2. STS (Sala de lo Contencioso, Sección 4ª) 4754/2012, de 22 de junio (ECLI: ES:TS:2012:4574)

dano y que este no tenga el deber jurídico de soportar»³ y, aunque con cierta tradición en otros sistemas jurídicos como el francés, comenzó a reconocerse en España a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986, de 29 de julio. Tampoco estuvo ajeno a esta figura el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que ya en 1996 se pronunció sobre su existencia, indicando que «el principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional».⁴

Y esta responsabilidad operó en nuestro ordenamiento sin reconocimiento legal expreso -pero gracias al desarrollo jurisprudencial dado por el TS- hasta la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; derogada a su vez en el año 2015, por las leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que asentaron la regulación sobre esta materia y sirvieron como trasposición de los artículos 29.1 y 340 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Por un lado, se establece -concretamente en el artículo 32.3 de la LRJSP- el derecho de los particulares a ser indemnizados por las AAPP por las lesiones sufridas en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, que no tengan el deber jurídico de soportar y, en todo caso, cuando así se establezca en estas leyes, en los términos en ellas indicados. Así, de forma idéntica a la Ley 30/1992, se regula el reconocimiento de responsabilidad por el propio Legislador, determinando cuándo y en qué condiciones debe hacerse efectiva la indemnización.

Por otra parte, la verdadera novedad de las leyes de 2015 la encontramos en el segundo párrafo del citado artículo 32.3, donde se fijan dos supuestos inéditos de RPEL: (i) la derivada de la aplicación de normas con rango de ley declaradas inconstitucionales y (ii) la proveniente de aplicar una norma cuyo contenido se declare contrario al DUE.

En el primero de los anteriores supuestos, se requiere la obtención por el particular, en cualquier instancia, de una sentencia firme desestimatoria de un recurso dirigido contra la actuación administrativa que produjo el daño, exigiéndose igualmente que se hubiera alegado en el proceso la inconstitucionalidad que posteriormente declare el TC. En el segundo caso, de forma casi idéntica, es necesario contar con dicha sentencia desestimatoria, habiendo invocado la infracción del DUE que posteriormente sea declarada como tal por el TJUE. En ambos casos resulta aplicable el plazo de prescripción de un año para interponer la reclamación, que impera en el ámbito de la RPA con carácter general, cuyo *dies a quo* se inicia con la publicación de la sentencia del TC en el BOE o la del TJUE en el DOUE.

De igual forma, otro de los elementos configuradores de la RPEL en España es la limitación de sus efectos en el tiempo -ex artículo 34.1 de la LRJSP-, que carece de toda clase de justificación y que establece que únicamente son indemnizables los daños producidos en los cinco años anteriores a la publicación de la sentencia del TC o del TJUE, si bien sometido a la posibilidad de que el fallo disponga otra cosa, lo que deja la puerta abierta al debate doctrinal sobre si la sentencia puede ampliar el plazo, reducirlo o ambas.

Debemos hacer referencia, asimismo, a los requisitos adicionales que se establecen en el artículo 32.5 de la LRJSP, en relación con la RPEL por infracciones al DUE, y que suponen una diferenciación absolutamente desproporcionada respecto del régimen nacional de dicha responsabilidad. Así, en estos supuestos se exige (i) que la norma tenga por objeto conferir derechos a los particulares, (ii) la existencia de relación de causalidad directa entre el daño sufrido y el incumplimiento por la Administración de un deber impuesto por el DUE; y (iii) que el incumplimiento esté suficientemente caracterizado -un término jurídico indeterminado que da lugar a interpretaciones ajenas a la objetividad que impera en el ámbito de la RPA-.

A modo de conclusión, el sistema de RPEL actualmente vigente en España peca de un formalismo exagerado, al exigir de facto el agotamiento previo de todas las vías de recurso; se aparta del previo criterio jurisprudencial del TS, configura un sistema dirigido a restringir la exigencia de responsabilidad al Estado-Legislador e impone requisitos adicionales e injustificados para los supuestos de responsabilidad por vulneración del DUE.

3. MORET MILLÁS, V. / GATÓO JIMÉNEZ DE LAIGLESIA, S., *La responsabilidad del Estado-Legislador: antecedentes y situación tras la reforma de 2015*, Revista de las Cortes Generales, N° 100-101-102, 2017, p. 8

4. STJUE, de 5 de marzo de 1996, asuntos C-48/1993 y C-46/1993

2. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TJUE EN EL ASUNTO C-278/20

2.1. Antecedentes

Sobre la base de este marco jurídico de la RPEL en relación con las vulneraciones del DUE, cargado de sobree exigencias materiales y formales sin aparente justificación, la Comisión Europea (CE) inició a mediados del año 2016 un procedimiento EU Pilot como consecuencia de las denuncias remitidas por particulares. En este procedimiento se invocaba una posible vulneración de los principios de equivalencia y efectividad en la redacción de los artículos 32 y 34 de la LRJSP, por entender que estos preceptos imponen requisitos que dificultan la exigencia al Reino de España de responsabilidades por violaciones del DUE.

El resultado infructuoso de este primer procedimiento derivó en la incoación de un procedimiento de infracción contra España, en el cual las explicaciones ofrecidas respecto a la adecuación de estas normas al DUE fueron insuficientes en opinión de la CE, lo que llevó en enero de 2018 a la emisión de un dictamen motivado en el que se reiteró la opinión de las instituciones europeas respecto a la infracción en estos preceptos de los principios de equivalencia y efectividad, extendiéndose igualmente al artículo 67 de la LPACAP.

Las reticencias iniciales del Gobierno de España para modificar esta legislación parecieron decaer a finales de 2018, con la remisión a la CE de un proyecto de modificación legislativa, que tampoco satisfizo los requerimientos de los órganos comunitarios y que, ante la situación de parálisis política en el año 2019 -a consecuencia de la celebración de dos elecciones generales- llevó a la interposición por parte de la CE del recurso de incumplimiento ante el TJUE a mediados del año 2020.

En otras palabras, durante cerca de cuatro años y con dos gobiernos de distinto color político, España -bien a iniciativa del Gobierno, bien a iniciativa de las Cortes- fue incapaz de plantear a la CE un texto alternativo a la actual regulación de la RPEL por infracciones al derecho comunitario, lo que culminó con un pronunciamiento del Tribunal de Justicia. Así, resulta hasta cómico que el TJUE se viese obligado a pronunciarse sobre si la norma que regula las indemnizaciones por vulnerar el Derecho de la Unión era, precisamente, contraria al propio Derecho de la Unión.

2.2 Contenido de la sentencia

El fallo del TJUE, de fecha 28 de junio de 2022 y dictado bajo el asunto C-278/20 gira en torno a los principios de equivalencia y efectividad, que merecen una breve mención. El primero, que establece que los requisitos fijados por las leyes estatales en esta materia no pueden ser menos favorables que los que se aplican a supuestos análogos de naturaleza exclusivamente interna; mientras que el segundo prohíbe que la vía de reclamación se articule de tal forma que haga imposible o excesivamente difícil en la práctica el resarcimiento de los daños sufridos. Así, la sentencia pivota en torno a cinco ejes principales:

En cuanto al requisito relativo a la existencia de una sentencia del TJUE declarando la norma como contraria al DUE, el Tribunal entiende que supone una exigencia contraria al principio de efectividad, pues supedita cualquier atisbo de responsabilidad a la existencia de un pronunciamiento del más alto tribunal en el seno de la Unión. En otros términos, obliga a que el pronunciamiento de otros órganos jurisdiccionales sobre la desconformidad de una norma española con el DUE resulte vinculante a los efectos de la exigencia de RPEL.

Respecto a la exigencia de que el particular haya obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso, en cualquier instancia, contra la actuación administrativa que produjo el daño, se trata de un requisito que cuenta con el visto bueno del TJUE, que entiende que un particular no puede obtener la reparación de un perjuicio que no ha evitado de forma deliberada o negligente. Sin embargo, el Tribunal se detiene en una cuestión concreta: la exigencia de un «*previo acto administrativo*», lo que imposibilita la reclamación en aquellos supuestos en que los daños no deriven de una actuación administrativa impugnada -cuestión, por otra parte, relativamente frecuente-⁵ Por ello, este requisito resulta igualmente contrario al principio de efectividad, en tanto el artículo 32.5 de la LRJSP no prevé una excepción para los supuestos de ausencia de actuación administrativa.

En tercer lugar, el requisito de que se haya alegado la infracción del DUE en el seno del recurso contra la actuación administrativa, en consonancia con lo indicado en el punto previo, parece razonable a los ojos del TJUE, que lo considera conforme con el DUE, en tanto es un cuerpo jurídico invocable por los particulares, tenga

5. CARRO DE MIGUEL, C. *Revisión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por infracción del derecho de la Unión Europea*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, N° 60, 2022, p. 209

este -o no- aplicación directa. Sin embargo, el fallo deja otras dudas sin resolver, por ejemplo: ¿Dónde queda el principio *iura novit curia*, si se exige al perjudicado alegar dicha infracción? ¿La apreciación por parte del juez, sin invocación por el demandante, impide la exigencia de responsabilidad?

Continuando con el pronunciamiento, nos encontramos con el plazo de prescripción de la acción para reclamar desde la publicación de la sentencia del TJUE, que se declara contrario al principio de efectividad en consonancia con la no exigencia de una sentencia del TJUE. Así, se fija que el inicio de dicho cómputo temporal de un año -que se entiende ajustado a Derecho- tenga lugar desde el momento de producción del daño, siendo la declaración de que la norma es contraria al DUE el hecho causante del daño.

Y, por último, en cuanto a la limitación de los daños indemnizables a un plazo de cinco años, esta es declarada contraria al principio de efectividad, en tanto la jurisprudencia del TJUE ha venido fijando que la reparación de los daños causados a particulares por infracciones del DUE debe adecuarse al daño sufrido, permitiendo la íntegra reparación de los perjuicios sufridos -principio, por otra parte, que impera en nuestro sistema de RPA-. Así, la enorme duración de los procedimientos judiciales, que, como hemos visto, son imperativos para la exigencia de responsabilidad (y pueden superar ampliamente el plazo de cinco años), acrecenta más aún la violación del principio de efectividad y sirve de base para el fallo.

3. PROPUESTAS DE REFORMA LEGISLATIVA

La necesidad de modificar la normativa española declarada como contraria al DUE a raíz de la sentencia de referencia ha devenido en la elaboración, por parte del Gobierno de España, de un Anteproyecto de Ley para la modificación del régimen jurídico de la RPEL por daños derivados de la infracción del DUE, siendo especialmente destacable que la intención del Ejecutivo sea la de diferenciar aún más el régimen indemnizatorio para la RPEL, en función del origen nacional o comunitario de las normas vulneradas.

Así, el prelegislador ha optado por obviar el principio de claridad jurídica y acrecentar la cada vez más deficiente técnica legislativa, tomando el fallo del TJUE

como una mera obligación de modificación del régimen de la RPEL por daños derivados de la infracción del DUE, en lugar de plantear una reforma integral que se extienda a toda la RPEL. Es decir, lejos de modificar el sistema para hacerlo más flexible y menos enrevesado, se pretende perpetuar -aún más, si cabe- la imposibilidad de exigir responsabilidades al Estado-Legislador.⁶

3.1. Contenido

Este Anteproyecto, que fue sometido a trámite de audiencia e información pública el 22 de mayo de 2023, implica, en esencia, cuatro cambios en el régimen jurídico:

En primer lugar, la desvinculación del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad -que se mantiene en un año- exclusivamente a la publicación de una sentencia del TJUE declarando la infracción del DUE. De esta forma, el *dies a quo* se somete a tres posibles opciones, vinculadas todas ellas a un pronunciamiento judicial sobre la contravención del DUE: (i) la publicación de una sentencia del Tribunal Supremo, (ii) la publicación de una sentencia del TJUE y (iii) la fecha en que devenga firme la sentencia de un órgano jurisdiccional español declarando una norma contraria al DUE, si bien esto debe ser dentro de un proceso iniciado por el reclamante y siempre sometido a que no se haya recibido una indemnización en el marco de dicho proceso.

En segundo término, se modifican los supuestos en los que procede la indemnización, estableciendo dos casos diferenciados: (i) cuando se haya declarado por el TS o el TJUE que la norma nacional es contraria al DUE y, además, el particular haya obtenido en cualquier instancia una sentencia firme desestimatoria del recurso contra el acto administrativo que le causó el daño, no siendo esto exigible cuando el daño no provenga de una actuación administrativa impugnada; y (ii) en aquellos casos en que el perjudicado, en un proceso judicial iniciado a su instancia ante cualquier órgano judicial español, obtenga una sentencia estimatoria firme en la que se declare que la norma nacional resulta contraria al DUE; sometido esto, en todo caso, a la falta de indemnización o restablecimiento del *status quo*.

Por otra parte, la tercera modificación, establece que serán indemnizables los daños, en los términos que disponga la sentencia que declare que la norma española

6. JUAN ÁLVAREZ, J. ¿Para cuándo la reforma de responsabilidad patrimonial que exigió Europa hace un año?, El Confidencial, 30 de junio de 2023 (disponible en https://blogs.elconfidencial.com/juridico/tribuna/2023-06-30/para-cuando-la-reforma-de-responsabilidad-patrimonial-que-exigio-europa-hace-un-ano_3682858/; última consulta 19/12/2023)

es contraria al DUE; fijándose como límite la no afectación a las situaciones jurídicas ya prescritas. Es decir, se elimina el límite temporal de la normativa aún vigente -5 años anteriores a la publicación de la STJUE-, si bien la exclusión de las situaciones jurídicas prescritas, como veremos, supone un matiz de grandísima relevancia y que no estará exento de polémicas.

Y, finalmente, el último cambio que busca introducir este Anteproyecto es una modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) para habilitar al TS a pronunciarse -a través de recurso de casación -sobre aquellos asuntos en los que los órganos judiciales de instancia hayan basado sus fallos en la declaración de que una norma nacional es contraria al DUE.

3.2. Análisis

Durante su elaboración, el Anteproyecto se sometió a la valoración de diversos organismos técnicos -como el Consejo de Estado, que, por desgracia, no ha hecho público su dictamen-, siendo especialmente destacable el del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en el que nos detendremos, dada la profundidad de su análisis y la relevancia de sus valoraciones.

Así, el CGPJ, en su informe de fecha 19 de julio de 2023 (del que fue ponente D. Wenceslao Olea Godoy), resultó especialmente crítico con el planteamiento que el prelegislador había hecho de esta reforma normativa, que procedemos a analizar a continuación.

Sobre la apertura de otras vías que habilitan a la reclamación -más allá de una sentencia del TJUE- parece introducirse un aspecto que venía siendo reclamado por la doctrina:⁷ facultar a los tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena al Legislador, en concreto por violaciones del DUE. Sin embargo, en el afán por limitar permanentemente toda posibilidad de resarcimiento, el prelegislador exige que la sentencia sea clara e inequívoca, desechando pronunciamientos colaterales, introductorios u *obiter dicta*.

Adicionalmente, no se comprende que el Ejecutivo no haya resuelto del todo uno de los aspectos más relevantes de la STJUE: la posibilidad de interponer un recurso contencioso previo cuando el daño no provenga de una

actividad administrativa impugnabile; que se trata de solventar introduciendo una exención de este requisito en esos casos, si bien el texto de la reforma no aporta nada a la claridad normativa y la seguridad jurídica, a pesar de los esfuerzos justificativos hechos en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN). Esta cuestión, además, se mantiene vinculada a la necesidad de alegar la infracción del DUE durante el procedimiento, requisito que ya fue criticado por el TJUE y que el TS ha tratado de flexibilizar en beneficio de los reclamantes.⁸

En cuanto a la limitación de la extensión de la reparación del daño, debemos criticar que el Ejecutivo pretenda imponer una limitación a los pronunciamientos del propio TJUE -en tanto puede declarar en sus sentencias la contrariedad de las normas con el DUE-, incurriendo así, como entiende igualmente el CGPJ, en un evidente exceso de competencia normativa. A esto, además, debemos añadir la imprecisión de dicha limitación respecto a las «*situaciones jurídicas ya prescritas*», que choca frontalmente con la interpretación jurisprudencial sobre el momento de producción del daño, en consonancia con el principio de efectividad.⁹

Y, finalmente, en lo relativo a la modificación de la LJCA, el CGPJ entiende que la reforma planteada para el recurso de casación abre la puerta a que todas las sentencias estimatorias en instancias inferiores terminen llegando al TS a consecuencia de los recursos de las AAPP, lo que -de facto- implica una exigencia de sentencia del TJUE o de nuestro Alto Tribunal, haciendo inútil la tercera alternativa incluida en el Anteproyecto de Ley.

Además, cabe destacar que entre los cambios a introducir está el establecimiento de una doble legitimación en favor de la Administración de cara a los recursos de casación, legitimando tanto a la Administración parte en el procedimiento original como a aquella competente para resolver la reclamación de RPEL, lo que ocasiona una evidente desigualdad de armas en contra de los particulares, siendo -además- una modificación que poco -o nada- ayuda a incorporar el principio de efectividad en la legislación española. Sobre esta cuestión, además, el CGPJ manifiesta su crítica por la falta de diligencia del prelegislador, que obvia cualquier referencia a este extremo tanto en la Exposición de motivos como en la MAIN.

7. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*, 2ª Edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 118-120

8. STS (Sala de lo Contencioso, Sección 5ª) 1534/2020, de 18 de noviembre (ECLI: ES:TS:2020:3936)

9. STS (Sala de lo Contencioso, Sección 5ª) 1393/2021, de 29 de noviembre (ECLI: ES:TS:2021:4437)

En definitiva, no sólo cabe suscribir la opinión del órgano de gobierno de los Jueces y Magistrados respecto a este Anteproyecto de Ley, sino que se puede concluir que los escasos trabajos que el Reino de España -en particular, el Gobierno, dada la pasividad de las Cortes- ha venido realizando para ejecutar la sentencia del TJUE y modificar la legislación declarada contraria al DUE no sólo han resultado infructuosos desde el punto de vista legislativo, sino que no dan pleno cumplimiento a diversos puntos relevantes del fallo del Tribunal de Justicia y, además, van encaminados a modificar un sistema -que ya es muy complejo- para hacerlo aún más farragoso y destinado a reducir la responsabilidad del Estado-Legislator hasta hacerla prácticamente desaparecer.

En resumen, y siguiendo al refranero español, podemos concluir que *«para este viaje (podríamos decir que a ninguna parte), no hacían falta tantas alforjas»*.

5. BIBLIOGRAFÍA

A) Obras doctrinales

CARRO DE MIGUEL, C. *Revisión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por infracción del derecho de la Unión Europea*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Nº 60, 2022

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español*, 2ª Edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2007

JUAN ÁLVAREZ, J. ¿Para cuándo la reforma de responsabilidad patrimonial que exigió Europa hace un año?, *El Confidencial*, 30 de junio de 2023 (disponible en https://blogs.elconfidencial.com/juridico/tribuna/2023-06-30/para-cuando-la-reforma-de-responsabilidad-patrimonial-que-exigio-europa-hace-un-ano_3682858/)

MORET MILLÁS, V. / GATÓO JIMÉNEZ DE LAIGLE-SIA, S., *La responsabilidad del Estado-Legislator: antecedentes y situación tras la reforma de 2015*, Revista de las Cortes Generales, Nº 100-101-102, 2017

B) Legislación

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea / Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa / Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas / Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

C) Jurisprudencia

STJUE, de 5 de marzo de 1996, asuntos C-48/1993 y C-46/1993 / STJUE, de 28 de junio de 2022, asunto C-278/20 / STC 108/1986, de 29 de julio / STS (Sala de lo Contencioso, Sección 4ª) 4754/2012, de 22 de junio (ECLI: ES:TS:2012:4574) / STS (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª) 5450/2014, de 22 de diciembre (ECLI: ES:TS:2014:5450) / STS (Sala de lo Contencioso, Sección 5ª) 1534/2020, de 18 de noviembre (ECLI: ES:TS:2020:3936) / STS (Sala de lo Contencioso, Sección 5ª) 1393/2021, de 29 de noviembre (ECLI: ES:TS:2021:4437)

LA STC 149/2023 Y LA CONSTITUCIONALIDAD DEL IMPUESTO SOBRE LAS GRANDES FORTUNAS

FERNANDO CASTILLO LÓPEZ
*Estudiante de 3º de Derecho y ADE
Universidad Carlos III de Madrid*

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional en su sentencia STC 149/2023¹ del 7 de noviembre, desestima el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra la Ley 38/2022² de 27 diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias³. El recurso está impugnaba en el artículo 3 de dicha ley estatal, que establece el impuesto a las grandes fortunas, el cual grava el patrimonio de las personas físicas que sea superior a 3.000.000 de euros, con la peculiaridad, de que este tributo es deducible del impuesto de patrimonio cedido a las Comunidades Autónomas, por lo que el gravamen sólo recaería sobre el monto que no estuviera gravado por estas últimas.

Lo que hace esta Sentencia tan interesante y por lo que he querido dedicarle el presente artículo, es porque atañe a varias impugnaciones, pero por razones

de espacio, me centraré a continuación en las dos más importantes: vicios en el procedimiento legislativo (vulneración del art. 23.2 CE) y conflicto competencial y autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (vulneración de los art. 156.1 y 157.3 CE)

II. POSTURAS Y ARGUMENTOS

Empecemos analizando los argumentos esgrimidos por el recurrente, es decir el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, que presenta varias impugnaciones contra la ley. La primera de ellas va dirigida a los criterios formales que deben seguir las leyes, en este caso, el argumento del recurrente se basa en varios factores, el primero es que el texto que más tarde se convertiría en el artículo 3 de la Ley 38/2022, se introdujo como una enmienda en lugar de como una proposición de ley nueva, evitando así los trámites que se deberían haber seguido en este segundo caso, como es la posibilidad de debate parlamentario y de que el resto de grupos parlamentarios pudieran presentar enmiendas al texto. También se resalta el hecho de que los grupos

1. Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2023 del 14 de Noviembre

2. Ley 38/2022 de 27 diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias.

3. Dado que el Impuesto es muy reciente, y mucho más aún la Sentencia que comento en este artículo, la bibliografía académica sobre el primero es muy escasa. Ver, por ejemplo, los dos siguientes análisis: García Novoa, C. "Motivos de inconstitucionalidad del impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas", *Revista Técnica Tributaria* (141), (2023), 1-41; Utande San Juan, J. M., "Aspectos constitucionales del Impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas", *Tributos Locales* (162), (2023), 127-146. Nada hay aún escrito sobre la propia Sentencia, puesto que es más reciente aún que la Ley sobre la que se centra.

parlamentarios que han presentado la proposición de ley, sean los mismos que integran el gobierno, y que la hayan presentado en este formato en lugar de que el ejecutivo hubiera remitido un proyecto de ley, para lo cual se habría necesitado de una audiencia y una petición de informes y dictámenes del consejo de estado.

Pero sin duda el concepto más interesante del que se habla en lo referente a la vulneración del art. 23.2, es la “doctrina de la homogeneidad” en el marco del denominado derecho de enmienda. Citando como precedentes STC 23/1990⁴ y ATC 188/1999⁵ el recurrente afirma que siguiendo esta jurisprudencia citada, las enmiendas introducidas a un texto legislativo, deben estar relacionadas no solo con el objeto, si no con la misma materia también, procediéndose entonces a destacar que el gravamen que se impugna, que es el de solidaridad de las grandes fortunas, no tiene relación alguna con los otros dos gravámenes presentes en el texto original, para probar esto, se indica que junto a esta enmienda principal, se presentaron otras dos que modificaban el título de la proposición de ley y su exposición de motivos.

Tras estos argumentos, el recurrente fundamenta su segunda impugnación que hace referencia al conflicto competencial y a los principios constitucionales de la autonomía financiera y política, ya que el impuesto a las grandes fortunas se solapa en su hecho imponible con el del impuesto de patrimonio, por tanto entiende el recurrente que el fundamento de ambos impuestos es el mismo, ya que gravan la misma manifestación de la capacidad de pago.

Cabe destacar que si bien el impuesto de patrimonio es de titularidad estatal, su recaudación ha sido cedida a las Comunidades Autónomas siguiendo el art.10 de la Ley Orgánica 8/1980⁶, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas. Partiendo de la base ya asentada de que el tributo está cedido a la Comunidad de Madrid, el lector debe saber que para la modificación de los términos de cesión del tributo se requiere de un acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias de Administración entre estado y la Comunidad de Madrid, como indican el tercer apartado de la Disposición Adicional Primera del Estatuto de

Autonomía de la Comunidad de Madrid⁷ y el art. 9.3 de la Ley 10/2022⁸, de 16 de noviembre, de Defensa de la Autonomía Financiera de la Comunidad de Madrid.

Por tanto el argumento principal del recurrente en cuanto a la vulneración de la autonomía financiera se basa en que la nueva ley estatal se ha aprobado con el objetivo de armonizar fiscalmente la tributación de patrimonio, eludiendo en fraude de ley, el procedimiento previsto para la modificación de la cesión de los tributos.

Si bien el recurrente hace referencia también a otras vulneraciones constitucionales como a la seguridad jurídica, al principio de no confiscatoriedad o al principio de lealtad institucional, me limitaré solo a mencionar estos temas ya que el artículo pretende centrarse en los argumentos ya explicados que me parecen de sumo interés.

Por otra parte tenemos la postura de la Presidencia del Congreso de los Diputados, que se persona en el proceso representada por la Letrada de las Cortes Generales, sólo para formular alegaciones acerca de los vicios formales en el procedimiento legislativo, empezando por rebatir la acusación de la Comunidad de Madrid acerca de presentar el texto como proposición de ley en lugar de como proyecto de ley, citando la STC 19/2023⁹ del 22 de marzo, que en su fundamento jurídico 3 B) c) afirma que se trata solo de una mala praxis, pero no de un motivo suficiente para declarar inconstitucional la ley.

En cuanto a la “doctrina de la homogeneidad” la Letrada de las Cortes empieza por recordar que es fruto de la doctrina del Tribunal Constitucional, y que no se encuentra reflejada en el Reglamento del Congreso, pero que aún así, se ha añadido como un requisito de admisión. Siguiendo con su argumentación, la Letrada de las Cortes afirma que el impuesto de solidaridad a las grandes fortunas coincide con la finalidad de la ley, la de exigir un esfuerzo solidario a varios sectores para contrarrestar la subida de precios y crisis energética, y que por consiguiente, la enmienda cumple con creces el criterio de homogeneidad.

La Letrada así mismo afirma que aunque hubiere todavía dudas acerca de la homogeneidad de esta en-

4. Sentencia del Tribunal Constitucional 23/1990 del 15 de febrero

5. Auto del Tribunal Constitucional 118/1999 del 10 de mayo

6. Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

7. Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

8. Ley 10/2022, de 16 de noviembre, de Defensa de la Autonomía Financiera de la Comunidad de Madrid.

9. Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023 del 22 de marzo

mienda, esto no sería suficiente para declarar un vicio de inconstitucionalidad, si se han respetado los derechos de los parlamentarios y ha quedado clara la voluntad de la Cámara, cosa que afirma que ha sucedido, ya que los grupos parlamentarios han podido manifestar su opinión tanto en la Comisión como en el Pleno.

La última parte personada en estas actuaciones de la que nos queda por hablar, es la del Abogado del Estado, poniendo aquí el foco de atención en sus alegaciones acerca del problema competencial. Estas comienzan con la afirmación de que el recurso de la Comunidad de Madrid parte de una base equivocada, ya que el impuesto de solidaridad a las grandes fortunas no está dentro del sistema de financiación autonómica, si no que es un tributo complementario al impuesto de patrimonio, y que además no es susceptible de cesión a las Comunidades Autónomas. Por lo que según el Abogado del Estado, entra dentro de las potestades tributarias concedidas al estado en virtud del art. 133.1

Otro punto importante a destacar según el Abogado del Estado, es que el impuesto no afectará a la financiación de ninguna Comunidad Autónoma, ya que aquellas que no hayan bonificado el impuesto de patrimonio, seguirán recaudando su cuota, ya que estas son deducibles del nuevo impuesto. El Abogado del Estado cita también como precedente la STC 26/2015¹⁰, de 19 de febrero, que no es un caso idéntico, pero que sí es similar, donde se concluye que el Estado es competente para establecer tributos de carácter armonizador como es el caso del impuesto a las grandes fortunas, sin que se vea invadida la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas.

Finaliza pues su argumentación el Abogado del Estado recalando que solo habrá ingresos estatales cuando la cuota sea superior a la del impuesto de patrimonio, pero que nunca minorará los ingresos autonómicos que genere el mismo, por lo que no se trata de una vulneración de las competencias autonómicas, y no se requiere de un acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias como exponía la Comunidad de Madrid en su argumentación.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS, FALLO Y VOTOS PARTICULARES

La fundamentación jurídica que sustenta el fallo del

Tribunal Constitucional comienza atajando las alegaciones de la parte recurrente en cuanto a los vicios formales del procedimiento legislativo y la vulneración del artículo 23.2 de la Constitución, empezando por enumerar los dos requisitos que han sido establecidos en la jurisprudencia anterior, para declarar inconstitucional un texto debido a un vicio insubsanable del procedimiento legislativo. Estos 2 requisitos son: 1) “se ha producido una vulneración de la normativa reguladora de la elaboración de las leyes, debiendo determinarse qué norma concreta ha resultado infringida” y 2) “una vez constatada la infracción de la norma de procedimiento, debe evaluarse su trascendencia, pues para que un vicio formal vulnere el art. 23.2 CE debe alterar de forma sustancial el proceso de formación de la voluntad de una Cámara, habiendo afectado, en consecuencia, al ejercicio de la función representativa inherente al estatuto del parlamentario”

Teniendo en cuenta la doctrina expuesta, considera el Tribunal que la impugnación por vicios insubsanables del procedimiento" interpuesta por la Comunidad de Madrid no puede prosperar porque en cuanto al reproche de usar la proposición de ley en lugar del proyecto de ley, cabe destacar que considerar que hay una identidad funcional entre gobierno y mayoría en las cámaras es una apreciación política pero no jurídica, por lo que no cabe impugnación por usar una proposición de ley en lugar de un proyecto de ley.

En cuanto a la “doctrina de la homogeneidad” y la conexión entre la enmienda y el texto, entiende el Tribunal que sí hay tal conexión entre la enmienda y el texto, ya que según el preámbulo de este, este se enmarcaba en el “pacto de rentas” y el principio de “reparto del esfuerzo” además de que el texto contiene la creación de dos nuevas prestaciones patrimoniales cuyo objetivo era aumentar la recaudación de las arcas públicas, por lo que al añadir una enmienda con el impuesto de solidaridad a las grandes fortunas, que tiene una finalidad recaudatoria similar, se aprecia una homogeneidad suficiente con el resto de las medidas¹².

Pasamos, pues, a analizar los fundamentos del fallo del tribunal en lo referente al problema competencial en la cesión de impuestos. En este sentido, empiezan los Magistrados, partiendo de la base de que el nuevo

10. Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2015 del 19 de febrero

11. Acerca de los vicios en el procedimiento legislativo, véase: Biglino Campo, P. “Los vicios en el procedimiento legislativo”, Tecnos, Madrid, (1991), 189-238;

12. En la doctrina, se han ocupado de esta cuestión el trabajo de Santaolalla López, F. . “¿Es la homogeneidad material condición indispensable de las iniciativas legislativas?”, Revista de las Cortes Generales, (83), (2011), 135-176,

impuesto opera como un “pago a cuenta” del impuesto de patrimonio, ya que solo habrá que pagar este impuesto cuando las rentas de más de 3.000.000 euros residan en Comunidades que hayan ejercido a la baja sus competencias. Por tanto expone el Tribunal que: el importe del nuevo tributo será de 0, salvo que la Comunidad Autónoma haya mantenido las competencias a la baja, y que este nuevo impuesto temporal a las grandes fortunas, no afecta a la cuantificación del impuesto de patrimonio, y por tanto, no afecta tampoco a la recaudación de las Comunidades Autónomas¹³.

Concluye el Tribunal diciendo, que el recurrente, no ha concretado que competencia autonómica ha quedado alterada ni ha demostrado que la Comunidad de Madrid haya tenido merma alguna en sus ingresos, de modo que, por tanto, no hay vulneración de los artículos 156.1 y 157.3 de la Constitución, ni hay fraude de ley para evitar la Comisión Mixta de Transferencias contenida en la Ley 10/2022, de 16 de noviembre, de defensa financiera de la Comunidad de Madrid y en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

Falla pues el Tribunal, la desestimación del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid. Cabe destacar que esta sentencia posee el voto particular de 4 magistrados: don Ricardo Enrique Sancho, don Enrique Arnaldo, don César Tolosa y doña Concepción Espejel, que haciendo uso de la facultad que les confiere la LOTC, discrepan de la sentencia de la mayoría.

Empieza la minoría en su voto particular, exponiendo que en ningún momento se ha puesto en tela de juicio la capacidad del Estado de armonizar, lo que se ha puesto en tela de juicio es el procedimiento usado para esta armonización, que no ha pasado por los instrumentos previstos para esta. Por tanto, entiende la minoría, que esta Sentencia se trata de un caso de recentralización ilegítima, y que es una “larga cambiada” que pretende justificar la intervención del Estado, destacando también estos Magistrados, que la Sentencia se aparta de la doctrina mantenida hasta ahora por el propio Tribunal Constitucional, sin llegar a hacer una excepción justificada de la misma.

En cuanto a la impugnación de los vicios del procedimiento, también disienten los Magistrados de la opinión de la mayoría, empezando por establecer que los dos

criterios más importantes para comprobar si una enmienda cumple con la “doctrina de la homogeneidad” son la materia y el objeto del texto. Entienden además estos mismos Magistrados, que como el concepto de enmendar implica cambiar algo ya preexistente, no se puede usar este procedimiento para dar vida a una nueva realidad.

Finalizan pues los Magistrados de la minoría en lo referente a la impugnación de la enmienda, explicando que el razonamiento de la mayoría se basa, en que los dos primeros tributos contenidos en el texto original eran dos nuevas prestaciones patrimoniales de carácter público “no tributarias” cuyo objetivo radica en “aumentar la contribución a las arcas públicas de determinadas empresas del sector energético y financiero” y que como la enmienda que incluye el impuesto a las grandes fortunas tiene también esa finalidad, está dentro de la “doctrina de la homogeneidad”

En este último aspecto es donde disienten los Magistrados discrepantes, ya que consideran que la sentencia de la mayoría mezcla los criterios de “materia” y “objeto” con la finalidad, y que estos no son equivalentes, además de que a juicio de la minoría, el texto original sí tenía una finalidad recaudatoria, pero la enmienda presentada tenía como objetivo real la armonización. Terminan también señalando que “para la necesaria conexión “material” entre proyecto y enmienda no basta con “una genérica correlación”, siendo necesario que la “enmienda” y el “texto enmendado” se inscriban “en el mismo sector material” y versen “sobre el mismo objeto”, ¿qué conexión existe entre los “sectores materiales” de entidades de crédito/energía (art. 149.1.11 y 25 CE) y de hacienda general (art. 149.1.14 CE)?, y ¿entre un gravamen no tributario y otro tributario?, y, en fin, ¿entre una finalidad principal que se dice intervencionista (extrafiscal), aunque tenga accesoriamente un efecto recaudatorio (fiscal), y otra que es meramente recaudatoria (fiscal), con un efecto armonizador adicional (extrafiscal)?”

IV. CONCLUSIONES

Me gustaría concluir este artículo resaltando la importancia futura que podrá tener esta Sentencia, especialmente en materia de competencias fiscales, sentando un precedente en la jurisprudencia por la cuál se

¹³. En relación con este tipo de recursos financieros autonómicos, véase el siguiente estudio doctrinal: Falcón y Tella, R. “Los tributos cedidos y las competencias normativas de las Comunidades Autónomas”, *Papeles de Economía Española*, (83), (2000), 118-126.

le otorga al Estado mayor discrecionalidad a la hora de armonizar los tributos de las Comunidades Autónomas sin necesidad de pasar por el procedimiento establecido por éstas en sus leyes autonómicas o Estatutos, por lo que creo que en un futuro veremos más casos parecidos a este, pudiendo usar el Estado el mecanismo de deducción de la cuota tributaria con respecto a la cuota de un impuesto en la Comunidad Autónoma, como hemos visto en este caso. Por lo que se podrían crear muchos más impuestos parecidos a este cuya finalidad principal sea más cercana a la armonización que a la recaudación, en materias cuyos tributos han sido cedidos a las Comunidades como puede ser el caso del impuesto de sucesiones, cuya cuotas varían enormemente dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que se resida, cosa que ha creado un extenso debate político en nuestro país, por lo que creo que es el siguiente impuesto más susceptible de ser modificado usando este método.

En mi opinión una estrategia alternativa que el Estado central podría haber seguido si quería armonizar este tributo cedido, sin tener que pasar por el trámite de las Comisiones Mixtas entre gobierno y Comunidad Autónoma, podría haber radicado en modificar la Ley Orgánica 8/1980¹⁴, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, reduciendo las competencias normativas que tienen las Comunidades a la hora de fijar los requisitos y trámites para su modificación, eliminando así el requisito ya mencionado.

En cuanto a los requisitos de homogeneidad, creo que esta Sentencia también crea jurisprudencia que hace más laxos los requisitos referentes a la materia y el objeto a la hora de introducir enmiendas, lo que en un futuro otorgará más libertad a los parlamentarios para enmendar textos con enmiendas algo más distanciadas del texto original.

V. BIBLIOGRAFÍA

Obras doctrinales:

García Novoa, C. "Motivos de inconstitucionalidad del impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas", *Revista Técnica Tributaria* (141), (2023), 1-41.

Utande San Juan, J. M., "Aspectos constitucionales del Impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas", *Tributos Locales* (162), (2023), 127-146.

Biglino Campo, P. "Los vicios en el procedimiento legislativo", *Tecnos*, Madrid, (1991), 189-238.

Santaolalla López, F. . "¿Es la homogeneidad material condición indispensable de las iniciativas legislativas?", *Revista de las Cortes Generales*, (83), (2011), 135-176,

Falcón y Tella, R. "Los tributos cedidos y las competencias normativas de las

Comunidades Autónomas", *Papeles de Economía Española*, (83), (2000), 118-126.

Legislación:

Ley 38/2022 de 27 diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias.

Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

Ley 10/2022, de 16 de noviembre, de Defensa de la Autonomía Financiera de la Comunidad de Madrid.

Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas

Constitución Española

Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

Jurisprudencia:

Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2023 del 14 de Noviembre

Sentencia del Tribunal Constitucional 23/1990 del 15 de febrero

Auto del Tribunal Constitucional 118/1999 del 10 de mayo

Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023 del 22 de marzo

Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2015 del 19 de febrero

14. Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas

TEDH COMO GARANTE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Comentario a la STEDH 8 de junio de 2023 Frago Dacosta c. España

JOSÉ ALBERTO MATOS FERNÁNDEZ

Estudiante de 3º de Derecho

Universidad de La Laguna

1. INTRODUCCIÓN

El presente texto tiene como objetivo el análisis crítico de la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Frago Dacosta c. España, en la que el Tribunal concedió amparo al demandante, un representante sindical condenado por ultrajes a España por haber vejado a la bandera en el contexto de una manifestación frente a una base militar. La Sentencia sigue la estela de anteriores pronunciamientos del Tribunal que han condenado en tiempos recientes a nuestro país por violaciones de la libertad de expresión.¹

2. LOS HECHOS

El Arsenal Militar de Ferrol, se vio envuelto en un conflicto debido al impago de salarios a los trabajadores de la empresa encargada del servicio de limpieza de las instalaciones de Defensa. El personal de la empresa de limpieza se declaró en huelga desde octubre de 2014 hasta marzo de 2015, celebrando concentraciones diarias frente a la base militar.

El 30 de octubre de 2014 el demandante, un representante sindical, junto a una treintena de manifestantes, se encontraba frente al Arsenal en el momento del izado solemne de la bandera cuando, a través de un me-

gáfono, gritó: “aquí tedes o silencio da puta bandeira” [“aquí tenéis el silencio de la puta bandera”] y “hai que prenderlle lume á puta bandeira” [“hay que prenderle fuego a la puta bandera”].²»

El 6 de febrero de 2015 el demandante fue acusado por el Ministerio Fiscal, con arreglo al artículo 543 del Código Penal, de un delito de ultrajes a España.

Tras ser condenado por el Juzgado de lo Penal nº1 de Ferrol a una pena de multa de 7 meses, que ascendió a un total de 1260€ y su recurso de apelación rechazado por la Audiencia Provincial, el demandante acudió al Tribunal Constitucional, que le denegó el amparo por 6 votos a 5 en la STC 190/2020, de 15 de diciembre. Los cinco magistrados partidarios de conceder el amparo formularon votos particulares, que llegaron a advertir cómo el fallo significaría con suma probabilidad una nueva condena a España en un hipotético examen de los hechos en el TEDH.

Tras demandar a España ante el TEDH, el Tribunal declaró por unanimidad la vulneración del Artículo 10 del CEDH que proclama que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión y que este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.»³

1. Las citas de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son extraídas de las traducciones al español realizadas por los servicios del Departamento de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado, salvo que se indique lo contrario.

2. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª) Asunto Frago Dacosta contra España, de 8 de junio de 2023.

3. Convenio Europeo de Derechos Humanos

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: REFERENCIA A LOS VOTOS PARTICULARES

No es baladí apreciar, como hace el magistrado D. Andrés Ollero Tassara en su voto particular. El acontecimiento de lo que él denomina *eclipse de fiscal*: pese a que la Fiscalía acusó al recurrente en instancias anteriores, el fiscal que actúa ante el TC – conocedor según el magistrado, de la jurisprudencia del TEDH – solicita el amparo «que se le acaba negando a quien, en el proceso constitucional, nadie acusa.»⁴

La sentencia de la Sala reconoce que el TEDH concede «un amplio margen al ejercicio de la libertad de expresión, permitiendo incluso la puesta en escena de actitudes provocadoras, que se utilizan para llamar la atención de la opinión pública y transmitir un mensaje crítico, aunque lo sea con expresiones hirientes o malsonantes para los personajes con relevancia pública.»⁵

Sin embargo, al considerar innecesaria la expresión proferida por el recurrente en amparo y desconectada con el contexto en que se manifiesta – el conflicto laboral – además de proyectar hostilidad y «el menosprecio hacia un símbolo respetado y sentido como propio de su identidad nacional por muchos ciudadanos»⁶ no puede quedar circunscrito al ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión.

El TC va más allá al sostener que «ni siquiera es posible apreciar una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión, pues su conducta, por las razones expresadas, no puede quedar amparada por este derecho, dado que no contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre.»⁷

4. LA SENTENCIA DEL TEDH

Pablo Frago da Costa, en adelante, el demandado, demandó a España por infracción del mencionado ar-

tículo 10 del CEDH, que consagra la libertad de expresión.

El apartado 2 del mismo artículo permite el establecimiento de límites a este derecho y permite que sea «sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática» para la consecución de ciertos fines que el artículo enumera.⁸ Estas excepciones a la libertad de expresión requieren sin embargo una interpretación restrictiva.⁹

El Tribunal somete los casos de libertad de expresión a tres criterios de evaluación «three assessment criteria»: la previsión legal de la intervención, la legitimidad del objetivo perseguido y su necesidad en una sociedad democrática.¹⁰

El test de legalidad fue superado, ya que la injerencia denunciada está prevista por la ley, en el artículo 543 Código Penal y la persecución de uno o más objetivos establecidos en el artículo 10.2 del CEDH lo entiende el Tribunal, encuadrado en el título de *defensa de derechos de otros*.

El tercer criterio, la necesidad de la medida en una sociedad democrática, es en el que se centra el Tribunal para determinar la existencia de la infracción. Este es el criterio que suele determinar el fallo del tribunal.¹¹

El Tribunal se remite a una de las sentencias que ha sido su mascarón de proa en el ámbito de la libertad de expresión desde que fuera dictada en 1976, *Handyside c. el Reino Unido*. «la libertad de expresión se aplica no sólo a la “información” o a las “ideas” que se reciben de forma favorable o se consideran inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, escandalizan o molestan al Estado o a cualquier otro sector de la población.»

Si bien coincide en lo provocativo del lenguaje del demandante y el uso gratuito de improperios destaca

4. Voto particular de D. Andrés Ollero Tassara a la STC 190/2020, FJ 4.

5. La STC 190/2020 cita las sentencias *Otegi Mondragón c. España*, *Eón c. Francia* y *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*.

6. STC 190/2020, FJ 5.

7. STC 190/2020, FJ 5.

8. Sépase: la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

9. STEDH Jiménez Losantos c. España, ap.34

10. STEDH Frago da Costa c. España ap. 23

11. Guide on Article 10 – Freedom of expression ap. 61

la ausencia de violencia y reprende al TC preterir la valoración de la presencia o ausencia de incitación al odio, uno de los límites que junto a la incitación a la violencia el TEDH ha establecido a la libertad de expresión¹² en el ámbito de la crítica política (a través de la doctrina del discurso de odio como abuso de derecho del 17 CEDH), sin cuya concurrencia es prácticamente intangible sin importar lo ácida o mordaz que sea.

El carácter oral de las manifestaciones también constituye un aspecto que la jurisprudencia del TEDH ha tenido históricamente en cuenta, ya que la espontaneidad con que se produjeron las manifestaciones enjuiciadas no dan pie a la modulación, rectificación o matización por parte del demandante. Esta sentencia no es una excepción, el Tribunal reitera esta línea jurisprudencial asentada citando las SSTEDH *Otegi Mondragón* (p.54) y *Fuentes Bobo* (p.48).¹³

En el asunto *Stern Tautats y Roura Capellera*, en que los demandantes habían sido condenados por un delito de injurias a la corona por, en una manifestación, quemar un retrato de Felipe VI, el TEDH consideró que no eran sino un recurso a una cierta dosis de provocación permitida para la transmisión de un mensaje crítico desde la perspectiva de la libertad de expresión, argumentación a la que se refiere en el apartado 32 de esta sentencia.

La condición de representante sindical es también relevante, ya que el contexto de la protesta por el impago de salarios convierte la situación en un debate sobre una cuestión de interés general para los trabajadores, con precedentes como *Palomo Sanchez c. España*. «El debate, entonces, no fue puramente privado; se trataba al menos, de una cuestión de interés general para los trabajadores de la empresa.»¹⁴

La opinión del Tribunal respecto de la sanción es que el hecho de que se podía imponer la privación de libertad como pena alternativa es particularmente relevante y que consideraban la cuantía de la multa desproporcionada en relación con el objetivo perseguido.¹⁵

El tribunal concluye por tanto que la condena infringió el derecho a la libertad de expresión y que la sanción fue desproporcionada.

5. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

La sentencia es, definitivamente, congruente con la línea jurisprudencial que ha seguido el TEDH en materia de libertad de expresión.

La jurisprudencia del TEDH - con las salvedades del discurso de odio e incitación a la violencia - ha sido regida por el principio *pro libertatis* en asuntos relacionados con el artículo 10, especialmente cuando las manifestaciones enjuiciadas hubieran aparecido en un contexto de interés general o como crítica política, estableciendo desde 1986 que los límites de la crítica aceptable son más amplios respecto de los políticos que de los individuos particulares (*Lingens c. Austria*)¹⁶.

El TEDH entiende el discurso de odio como un abuso de derecho proscrito por el Artículo 17 del Convenio, que queda desprotegido ante la intervención del Estado. Sin embargo, en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera* el tribunal afirmó que incluir en el discurso de odio y por tanto, excluir de la protección del Artículo 10 « la manifestación simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución conllevaría una interpretación demasiado amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del TEDH - lo que perjudica al pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura sin los cuales no existe una “sociedad democrática”»¹⁷. Por lo que de haber argumentado el Gobierno que las manifestaciones del demandante fueran constitutivas de discurso de odio el Tribunal se habría limitado a citar, *mutatis mutandis*, la sentencia mencionada.

El Tribunal ha considerado digno de protección bajo el Artículo 10 la quema de la imagen de Felipe VI (*Stern Taulats y Roura Capellera c. España*), la quema de la imagen del presidente de la Federación Rusa Vladimir Putin y la bandera de Rusia (*Christian Democratic People 's Party c. Moldavia*) o los insultos al jefe de Estado francés en una manifestación (*Eon c. Francia*), reafir-

12. STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, p. 41. en relación a las SSTEDH *Günduz y otros c. Turquía* (2003) y *Perinçek c. Suiza* (2015).

13. STEDH *Fragoso Dacosta c. España* p. 29

14. STEDH *Palomo Sánchez c. España* p.72

15. STEDH *Fragoso Dacosta c. España* p. 31

16. *The limits of acceptable criticism are accordingly wider as regards a politician as such than as regards a private individual.* STEDH *Lingens c. Austria*.9815/82. Traducción propia.

17. STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* p. 41

mándose una y otra vez en que debe prevalecer la crítica aunque sea provocadora o desagradable ante el prestigio de las instituciones o el derecho al honor de los políticos.

No puede decirse, expuesta la jurisprudencia del TEDH, que el fallo no fuera predecible. Me remito a las palabras del magistrado Ollero, que ironiza en su voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional: « En realidad no hice más que tener en cuenta el bien conocido artículo 10.2 de nuestra Constitución [...] y, en consecuencia, asumir la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo. Ahorraba así a mi querida España una nueva condena, como las ya coleccionadas sobre cuestiones similares. Podría sin duda, henchido de ardor patrio, tomármelo a beneficio de inventario, pero no me pareció serio.»¹⁸

6. LOS SÍMBOLOS NACIONALES EN OTROS ORDENAMIENTOS

Si bien existen líneas de pensamiento que consideran que el delito de ultrajes a la bandera debería desaparecer de nuestro ordenamiento, no es honesto afirmar que sea un tipo sin parangón en las democracias occidentales.

Países como EEUU, Reino Unido y Canadá no castigan el ultraje a la bandera, pero otros como Alemania, Francia e Italia sí.

Alemania castiga en el artículo 90a, apartado 2, de su Código Penal (*Strafgesetzbuch*) a «quien denigre los colores, bandera, escudo o himno de la República Federal Alemana o sus *länder*» con la pena de prisión de hasta tres años o con una multa.¹⁹

Francia castiga en el artículo 433-5-1 de su Código Penal el ultraje público al himno nacional o la bandera tricolor en una manifestación organizada o regulada

18. Voto particular de D. Andrés Ollero Tallasa a la STC 190/2020, apartado 3.

19. «Whoever publicly, in a meeting or by disseminating content denigrates the colours, flag, coat of arms or the anthem of the Federal Republic of Germany or one of its Länder incurs a penalty of imprisonment for a term not exceeding three years or a fine.» Traducción propia al español a partir de la traducción al inglés del Código Penal Alemán realizado por el Ministerio Federal de Justicia de Alemania disponible en la web. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html

20. «Le fait, au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques, d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore est puni de 7 500 euros d'amende. Lorsqu'il est commis en réunion, cet outrage est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.» Traducción propia a partir de la web del Gobierno Francés <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

21. *Street v New York* 394 U.S. 576 (1969)

22. *Texas v Johnson* 491 U.S. 397 (1989)

23. La web del Congreso de los Diputados (congreso.es) muestra la situación actual de la proposición como "Pleno Toma en consideración" el día 30/11/2023

por los poderes públicos con la pena de 7500 euros y añade una pena adicional de seis meses de prisión si se realizara en reunión.²⁰

Estos tipos, que contemplan penas de prisión son, desde luego, más problemáticos que el artículo 543 de nuestro Código Penal.

Por otro lado, el Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró inconstitucional castigar los ultrajes de palabra a la bandera (*Street v New York (1969)*²¹) y, en una sentencia histórica, la quema de bandera (*Texas v Johnson (1989)*²²).

7. CONSECUENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES: LA NECESARIA – ¿E INMINENTE – REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE EXPRESIÓN

Si bien el TEDH no se pronuncia contra el artículo 543 del Código Penal en abstracto sino contra su aplicación concreta al caso, el amparo concedido al demandante constituye a mi parecer el último clavo en el ataúd para un tipo definitivamente polémico.

Que sirva como antecedente la decisión que tomó Francia al derogar el delito de injurias al jefe de Estado después de que la sentencia Eon c. Francia declarase la vulneración de la libertad de expresión de un manifestante condenado por el mismo tipo.

El 22 de septiembre de 2023 el Grupo Parlamentario Plurinacional SUMAR presentó la proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre²³, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión que persigue la derogación de varios delitos entre los que se incluyen los ultrajes a España y las injurias a la Corona. La proposición menciona la presente sentencia del TEDH en la exposición de motivos para justificar la eliminación del artículo 543 LOPJ.

Debido a la predisposición que otros grupos políticos han mostrado por la derogación de estos artículos del Código Penal, es posible que el delito quede derogado en los próximos meses.

8. CONCLUSIONES

Para concluir se añade un extracto de la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: *Texas v Johnson*, que declaró inconstitucional penar la quema de la bandera americana, ya que consideró que la grandeza de un símbolo como nuestra bandera es que representa una Constitución que ama a todos por igual y ella misma les concede la libertad para odiarla, de acuerdo con el espíritu de una democracia no militante como la nuestra. Dicho extracto redactado por el magistrado William J. Brennan Jr dice lo siguiente: «No consagramos la bandera castigando su profanación pues al hacerlo diluimos la libertad que este querido emblema representa.»²⁴

Considero necesario la desaparición de este tipo, y o bien, su conversión en un delito especial sólo comisible por funcionarios y cargos públicos en el ejercicio de sus funciones, debido a la relación especial de sujeción que tienen con el Estado o la limitación de la protección de los símbolos al derecho administrativo sancionador. La persecución penal de estas conductas realizadas por particulares es a mi entender, incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

1) LEGISLACIÓN

Constitución Española de 1978.

Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Código Penal Español de 1995.

Código Francés de 1791.

Código Penal Alemán de 1871 (traducción al inglés por el ministerio alemán de justicia).

2) JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional 190/2020, de 15 de diciembre.

24. We do not consecrate the flag by punishing its desecration for in doing so we dilute the freedom that this cherished emblem represents. *Texas v Johnson* 91 US 397 (1989). Traducción propia.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Sentencia Frago Dacosta contra España de

Sentencia Handyside contra el Reino Unido de 15 de noviembre de 1971.

Sentencia Otegi Mondragón contra España de 15 de marzo de 2011.

Sentencia Fuentes Bobo contra España de 29 de febrero de 2000.

Sentencia Stern Taulats y Roura Capellera contra España de 13 de marzo de 2018.

Sentencia Günduz y otros contra Turquía de 4 de diciembre de 2003.

Sentencia Perinçek contra Suiza de 15 de octubre de 2015.

Sentencia Palomo Sánchez contra España de 12 de septiembre 2011.

Sentencia Lingens contra Austria de 8 de julio de 1986.

Sentencia Partido Popular Cristiano Demócrata contra Moldavia de 2 de Febrero de 2010.

Sentencia Eon contra Francia de 14 de marzo de 2003.

TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Sentencia *Street v New York*

Sentencia *Texas v Johnson*

¿UN NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL? EL ABORTO A LA LUZ DE LA STC 44/2023

DAMIÀ VENY OLIVER

*Estudiante de 6º de Derecho y Relaciones Internacionales
Universidad Carlos III de Madrid.*

La regulación del aborto ha sufrido cambios profundos desde su despenalización en 1985. Hasta el año 2010, el sistema de aborto en España era un sistema basado en indicaciones, de modo que solamente se podían practicar abortos en los casos tasados permitidos por la ley¹. Sin embargo, con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, LIVE), el modelo español se convierte en un modelo mixto de plazos e indicaciones, según el cual el aborto es libre durante las primeras catorce semanas (art. 14 LIVE), esto es, no hace falta ninguna circunstancia concreta que funcione como presupuesto habilitante, pues la gestante puede decidir si quiere seguir con su embarazo dentro de este período. A partir de la semana catorce hasta la semana veintidós, se pueden llevar a cabo a) abortos terapéuticos (art. 15.a) LIVE) y b) abortos embriopáticos (art. 15.b) LIVE); a partir de la semana veintidós, se pueden llevar a cabo abortos cuando i) se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida o ii) se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable (art. 15.c) LIVE).

Ante este profundo cambio, el Grupo Parlamentario Popular interpuso un recurso de inconstitucionalidad

que cuestionaba varios preceptos de la LIVE relacionados con aspectos muy diversos –desde el sistema de plazos hasta la regulación de la objeción de conciencia, pasando por la inclusión de la perspectiva de género en la formación de profesionales–. Trece años más tarde, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre todas ellas en su Sentencia 44/2023, de 9 de mayo de 2023 (en adelante, STC 44/2023). En este modesto trabajo, el centro de análisis será el sistema mixto de plazos e indicaciones establecido con dicha ley, que se aproxima a la interrupción voluntaria del embarazo desde una perspectiva completamente distinta a la sostenida hasta ese momento. La regulación que esta ley realiza del derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario² merece una extensión que no se le puede otorgar si se analiza la regulación del derecho al aborto en profundidad: este es un comentario parcial de la STC 44/2023.

I. NOTAS PRELIMINARES: LA NUEVA APROXIMACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Hay que partir de la idea de que si la gestante no desea interrumpir su embarazo, no existe ningún conflicto, puesto que proteger la vida dependiente está en el

1. La Ley Orgánica 9/1985 despenalizó el aborto en 3 casos: cuando hubiese riesgo grave para la salud física o mental de la embarazada; violación o malformaciones físicas o psíquicas en el feto.

2. El TC tiene dicho que no existe un derecho general a la objeción de conciencia y que es opción del legislador reconocerlo. Sin embargo, el mismo Tribunal ha establecido que tanto en el ámbito militar (art. 30 CE) -STC 161/1987, de 27 de octubre- como en el sanitario -STC 53/1985- sí que hay un derecho constitucional a objetar. En esta sentencia, el Tribunal confirma la constitucionalidad de la forma de regular el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia. Esta ley es la primera que regula el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario en España.

mejor interés de la madre. Sin embargo, cuando la voluntad de la madre está orientada a practicar un aborto, ejerciendo sus derechos constitucionales, aparece un peligro potencial sobre la vida del concebido no nacido. El Tribunal comienza presentando los dos polos de este conflicto: el derecho al aborto y la protección del nasciturus.

Frente a la aproximación que hizo el Tribunal en 1985, que partía de la protección merecida por el nasciturus –mencionando a vuelapluma los derechos de las mujeres–, en esta sentencia, los Magistrados comienzan examinando el derecho al aborto para, después, pasar a hablar del concebido no nacido. Se llega a la conclusión de que el aborto forma parte del contenido esencial del derecho a la integridad física y moral y de que el nasciturus es un bien jurídico que merece protección constitucional, de tal forma que i) la protección de éste debe respetar los derechos constitucionales de la mujer que se ven afectados por el embarazo y ii) los límites impuestos a estos derechos están justificados por la protección del nasciturus. Seguidamente, los Magistrados estudian los preceptos impugnados para revisar que la ponderación que ha hecho el legislador entre estos dos extremos está dentro de los límites constitucionales.

I.1. El aborto como derecho fundamental

La Constitución Española no recoge expresamente el derecho al aborto en ninguno de sus artículos. De hecho, durante la elaboración de la Constitución, los grupos políticos tuvieron grandes discrepancias sobre quiénes debían ser los titulares al derecho a la vida³, pues se abría la posibilidad de legalizar el aborto. El análisis que hizo el Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la LO 9/1985 hablaba de “los derechos constitucionales de la mujer” en general, aunque vinculándolos específicamente con el derecho a la vida (art. 15 CE), al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), a la libertad de ideas y creencias (art. 16 CE), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 CE)⁴. La STC 53/1985 no entra a analizar en profundidad de qué derecho es el aborto una manifestación ni si dicha manifestación entra dentro

del contenido esencial de alguno de esos derechos⁵. La sentencia empieza a ver qué derechos de la mujer están en juego, pero no termina su argumentación⁶.

La STC 44/2023, sin embargo, comienza con el análisis de esta cuestión. El Tribunal afirma que el derecho de la mujer de interrumpir su embarazo se fundamenta tanto en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad –art. 10.1 CE– como en el derecho fundamental a la integridad física y moral –art. 15 CE–.

En primer lugar, la sentencia afirma que “el embarazo, el parto y la maternidad condicionan indiscutiblemente el proyecto de vida de la mujer” y que, por tanto, afectan a la dignidad de la persona, entendida como un mínimo invulnerable que merece cualquier persona en tanto que ser humano, y que garantiza un ámbito mínimo de autonomía y configuración del propio plan vital. El Tribunal recuerda que el libre desarrollo de la personalidad queda afectado si se imponen opciones de naturaleza particularmente íntima y que ya tiene declarado que “la libertad de procreación es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad (STC 215/1994)”. En este sentido, tanto la decisión de continuar como la de interrumpir el embarazo afectan de forma directa a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, pues dicha decisión se incardina en su núcleo más íntimo.

En segundo lugar, la sentencia pasa a configurar la interrupción voluntaria del embarazo como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral. La jurisprudencia del TC es constante en la idea de que este derecho tiene una doble vertiente: negativa, por cuanto protege contra los ataques dirigidos a lesionar a la persona así como contra las intervenciones sobre su integridad sin consentimiento de su titular; y positiva, en tanto que todos somos sujetos con capacidad de autodeterminación individual y, por tanto, sujetos capaces de tomar decisiones libres y voluntarias. En esta línea argumental, la sentencia indica que el embarazo –aún cuando no presente ninguna complicación– genera una afectación relevante en la integridad física de la mujer en sus

3. Véase el Diario de Sesiones de la Comisión Constitucional, Pleno núm. 105, de 6 de julio de 1978: https://www.congreso.es/public_oficiales/LO/CONG/DS/C_1978_105.PDF

4. FFJJ 8 y 12 de la STC 53/1985.

5. El voto particular de Rubio LLorente sí que critica la falta de invocación de los derechos fundamentales que están implicados en el aborto, como el libre desarrollo de la personalidad o la integridad física y moral; el de Tomás y Valiente habla de los derechos fundamentales de la mujer; el de los Magistrados Ángel Latorre Segura y Manuel Díaz de Velasco Vallejo afirma que los derechos fundamentales implicados apenas son mencionados por la sentencia.

6. SALINERO ALONSO, C. “El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la-casi eterna-respuesta a una incertidumbre”. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, núm 20-31, 2018, pp. 1-34.

dos vertientes, pues se trata de un proceso biológico de extrema trascendencia que afecta a todos sus sistemas corporales: no se puede intervenir sobre su cuerpo sin su consentimiento ni se le puede forzar a continuar con su embarazo en todo caso, anulando su capacidad de autodeterminación.

En relación con la vertiente moral de la integridad personal, se afirma que la decisión de continuar o interrumpir el embarazo tiene una profunda relevancia vital, concluyendo que “una regulación que imponga a la mujer gestante una obligación de culminar el embarazo al margen de sus facultades decisorias y con independencia de la fase de gestación en la que se encuentre, equivaldría a la imposición de una maternidad forzada y, en tal concepto, supondría una instrumentalización de la persona contraria al art. 15 CE”.

Parte de la doctrina ha indicado que la argumentación no debería haberse articulado de esta forma⁷, es decir, que no debería haberse partido del art. 10 CE y, después, analizado el art. 15 CE, sino que, en realidad, el derecho fundamental al aborto forma parte del contenido esencial del derecho a la integridad física y moral, cuya fundamentalidad debe determinarse a la luz del mandato de optimización que supone el principio de libre desarrollo de la personalidad.

Otros sectores doctrinales, sin embargo, directamente han criticado la sentencia por crear un derecho fundamental *ex novo*, pues entienden que la sentencia se aparta de la doctrina constitucional anterior y que el constituyente no quiso incluir el derecho al aborto como derecho fundamental. Dichos sectores afirman que el derecho al aborto es un derecho legal y que no puede considerarse un derecho constitucional⁸. En su voto particular, los Magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño han afirmado que el Tribunal se ha situado fuera de los márgenes de control de constitucionalidad, al “reescribir la Constitución para crear, descubrir o deducir nuevos derechos fundamen-

tales, sustituyendo al poder constituyente permanente”. La debilidad de esta argumentación, a mí parecer, es que no aparece un razonamiento sólido que permita excluir la interrupción voluntaria del embarazo del contenido esencial del derecho a la integridad física y moral más que el abandono de la doctrina anterior y la voluntad del constituyente.

En este sentido, se ha criticado la interpretación evolutiva canadiense que concibe la Constitución como un “árbol vivo”⁹, parámetro de interpretación que ha mantenido la opinión mayoritaria para sostener la iusfundamentalidad del derecho al aborto. Esta es una crítica compartida incluso por aquellos que afirman que el derecho al aborto sí que forma parte del contenido esencial del derecho a la integridad física y moral. Así, por ejemplo, la Magistrada Balaguer en su voto concurrente afirma que el TC no necesitaba aferrarse a ninguna interpretación evolutiva puesto que el Tribunal no está sujeto a su doctrina anterior y puede cambiar de criterio, justificando dicho cambio por razones de seguridad jurídica y de refuerzo de su propia legitimidad. Es más, habida cuenta de que la STC 9/1985 se ocupó de la despenalización del aborto y no de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, dicha sentencia no puede ser un parámetro de control de la ley¹⁰ y, por tanto, el Tribunal puede entrar a analizar en profundidad qué es el aborto.

En suma, la sentencia reconoce que el derecho al aborto forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la integridad física y moral en conexión con el libre desarrollo de la personalidad, profundizando en la construcción de la ciudadanía democrática; de la “ciudadanía íntima”¹¹. Una gran parte de la doctrina sostiene la misma posición, mientras otra considera que el TC ha creado un nuevo derecho no recogido en la Carta Magna a través de una “interpretación evolutiva” que es verdaderamente excepcional (solamente se ha invocado con razón del matrimonio igualitario, STC 198/2012; la eutanasia, STC 19/2023;

7. PRESNO LINERA, M.A. “Las “pautas interpretativas” de la STC sobre la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo”, en su blog *Del derecho y el revés* (2023). (disponible en <https://presnolinera.wordpress.com/2023/05/24/las-pautas-interpretativas-de-la-stc-sobre-la-ley-organica-2-2010-de-salud-sexual-y-reproductiva-y-de-interrupcion-voluntaria-del-embarazo/>; últ. consulta 31/12/2023).

8. GÓMEZ MONTORO, A. J. “Autonomía reproductiva de la mujer y protección del nasciturus: ¿intereses comunes o bienes irreconciliables? Por una lectura constitucional integradora”. En *Mujeres y derechos: una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género*. Marcial Pons, 2020. pp. 61-92.

9. En este sentido, vid. los votos particulares; o: TASSARA OLLERO, A. “Un derecho fundamental de hoja caduca: Comentario a la STC 44/2023 de 9 de mayo de 2023”. *De Lege Ferenda*, 2023, núm. 1, p. 92-97.

10. PRESNO LINERA, M.A., op cit.

11. RODRÍGUEZ RUIZ, B. *Consensuando el disenso: autodeterminación reproductiva y ciudadanía democrática*. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 52, 2023, pp. 493-519.

y el aborto). Con todo, la iusfundamentalidad del derecho al aborto viene confirmada por la STC 78/2023 –con 2 votos particulares–, que reconoce el amparo a una mujer que tuvo que desplazarse a otra Comunidad Autónoma para ejercer este derecho.

I.II. El nasciturus como bien constitucionalmente protegido

El art. 15 CE reconoce que “*todos* tienen derecho a la vida” y ya desde 1985 el Alto Tribunal indicó que la titularidad del derecho a la vida corresponde a los ya nacidos, esto es, a quienes ya tienen personalidad jurídica y, por tanto, pueden ser titulares de derechos. Sin embargo, el TC afirma que la vida es un devenir y que, desde que comienza la gestación, existe un *tertium* existencialmente distinto del de la madre, pero que se aloja en su seno. Los recurrentes, la Abogacía del Estado y la sentencia coinciden en que la vida dependiente es un bien constitucionalmente protegido por el art. 15 CE, pues se trata de una vida en formación –que no es titular del derecho a la vida, pero que sí merece protección constitucional–.

Alguna doctrina minoritaria, de la que es representativo el voto concurrente de la Magistrada Balaguer, niega la protección constitucional del concebido no nacido porque entiende que el feto y el embrión son parte del cuerpo de la mujer y que, por tanto, no se le puede atribuir la naturaleza de objeto autónomo e independiente de la mujer que lo gesta. La Magistrada defiende que si bien la vida prenatal puede ser un bien jurídico que merece protección penal, esa es una opción del legislador que no necesariamente implica que esa protección derive de la Constitución. Otro sector doctrinal, también minoritario, concluye que el nasciturus sí que es titular del derecho a la vida¹².

Que la vida prenatal sea un bien merecedor de protección constitucional es fundamental a la hora de rea-

lizar el ejercicio de ponderación, pues si no se trata de un bien jurídico constitucional, solo nos encontramos ante el ejercicio del derecho fundamental al aborto cuya limitación no estaría, en principio, justificada; si sí que lo es, sería posible limitar dicho derecho. Parte de la doctrina llega a concluir que la tutela de los derechos fundamentales –y bienes jurídicos constitucionales– debe incluir la protección penal¹³, como se desprende, por ejemplo, de la doctrina sentada por la STC 53 /1985¹⁴. Otro sector doctrinal niega que esto sea así¹⁵. Por tanto, que el nasciturus sea un bien jurídico constitucional es importante, también, porque puede determinar que la vida dependiente merezca protección penal y, en consecuencia, la protección administrativa no sea suficiente.

II. ENTRE EL EJERCICIO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL Y LA PROTECCIÓN DE UN BIEN JURÍDICO CONSTITUCIONAL: ¿QUÉ PESA MÁS?

En aquellos casos en que la mujer desea continuar con su embarazo, no existe ningún tipo de conflicto de intereses: está en el mejor interés de la madre que se proteja al nasciturus. El art. 144 del Código Penal castiga con una pena de 4 a 8 años a quien produzca el aborto de una mujer sin su consentimiento. Los artículos siguientes tipifican supuestos en los que la mujer otorga su consentimiento para que se le practique un aborto: i) fuera de los casos permitidos por la ley (art. 145 CP), esto es, a partir de las 14 semanas y al margen de los supuestos reconocidos una vez superado dicho plazo¹⁶, o ii) saltándose algún elemento del procedimiento requerido (art. 145 bis CP). De ello se desprende que hay que analizar la LIVE para ver cómo se soluciona el conflicto, esto es, si la interrupción del embarazo está permitida o si la conducta está tipificada en el CP.

En términos generales, a medida que va pasando el tiempo, la LIVE entiende que se producen cambios cua-

12. GÓMEZ MONTORO, A. J., op. cit., pp. 81-83.

13. PASCUAL DOMÉNECH, G. “Los derechos fundamentales a la protección penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, pp. 333-372.

14. FJ 7: “Partiendo de las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico 4, esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”.

15. Voto particular de Balaguer: “no todos los bienes constitucionales han de tener su equivalente protección penal”. La abogacía del Estado argumenta que “la Constitución no impone la garantía penal, ni reconoce que la misma sea absoluta. Es al legislador a quien corresponde en exclusiva el diseño de la política criminal, para lo que goza de un amplio margen de libertad (por todas, STC 45/2009, de 29 de febrero, FJ 3)[...]. No se puede pretender que se declare inconstitucional no sancionar penalmente ciertos supuestos de interrupción voluntaria del embarazo porque así lo exigía la tutela de la vida del no nacido”.

16. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal: Parte especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 2009.

litativos en el nasciturus que deben suponer un cambio sustantivo de su estatus jurídico, de modo que se da una mayor prevalencia a los derechos de la mujer al comienzo de la gestación, que van cediendo en favor de la protección del nasciturus a medida que va pasando el tiempo. Hay un sistema de protección gradual de la vida dependiente porque los casos en los que se puede practicar un aborto se van reduciendo a medida que pasa el tiempo y, por tanto, se amplía la protección penal. Esta forma de regular el derecho al aborto, esto es, con un sistema de plazos -frente al sistema de indicaciones- es admitido en su conjunto¹⁷ por el Tribunal Constitucional¹⁸ porque (i) no se vulneran los derechos de las mujeres, (ii) no se desprotege al nasciturus, (iii) se restringen los derechos de las mujeres a medida que se protege al nasciturus, con ajuste al canon de proporcionalidad y (iv) dicha restricción respeta la posibilidad de un ejercicio razonable de dichos derechos.

En las siguientes líneas, se va a analizar la constitucionalidad de los preceptos impugnados por los recurrentes, esto es, la forma concreta de regular el sistema mixto de plazos e indicaciones, que, como se ha explicado, es constitucional en abstracto.

II.I. El aborto dentro de las primeras catorce semanas (art. 14 LIVE)

Los recurrentes y parte de la doctrina¹⁹ arguyen que durante las 14 primeras semanas el nasciturus está com-

pletamente desprotegido frente a la voluntad de la madre y que, por tanto, el legislador ha renunciado a su obligación constitucional de proteger la vida en formación. Insisten en que la regulación de unas garantías administrativas²⁰ no es suficiente para proteger la vida dependiente, pues la mera voluntad de la madre es suficiente para acabar con dicha vida siempre que se dé el requisito temporal de las 14 semanas y el formal del consentimiento informado, vulnerándose, así, el art. 15 CE. No hay ninguna protección de la vida dependiente en el caso de que la mujer decida acabar con dicha vida, pues, en caso de conflicto, prevalece siempre la voluntad de la gestante.

El Tribunal Constitucional rechaza la premisa sobre la cual fundamentan su recurso: la renuncia a proteger al concebido no nacido durante las primeras catorce semanas. Esto es así porque se parte de la constitucionalidad del sistema de plazos, de modo que el legislador ha establecido que las catorce semanas son el plazo razonable para que la mujer pueda ejercer sus derechos constitucionales con plenitud, sin desproteger al nasciturus pues: i) sigue existiendo protección penal (arts. 144, 145, 145 bis y 146 CP), ii) la LO 2/2010 establece un modelo preventivo y asistencial dirigido a proteger la vida prenatal durante la primera fase de la gestación y iii) la información facilitada a las mujeres es una garantía más, no dirigida a entrometerse ilegítimamente en sus derechos fundamentales²¹. Por tanto, durante las primeras catorce semanas se reconoce un ámbito de li-

17. La doctrina mayoritaria concuerda con esta postura. Así, CARBONELL MATEU, J.C., *Sobre la constitucionalidad y otras cuestiones de la regulación vigente de la interrupción voluntaria del embarazo*, Revista General de Derecho Penal, núm. 17, 2012; VIVES ANTÓN, T. S. y CUERDA ARNAU, M.L., *El debate acerca de la legalización del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp 73 y 74.

18. Antes de analizar los preceptos impugnados, el Tribunal estudia la viabilidad de un sistema de plazos en general e indica que este modelo parte de la autonomía de la mujer para decidir si continúa o no con su embarazo durante un “plazo razonable” -en nuestro caso, de catorce semanas-. Una vez transcurrido dicho plazo y hasta la viabilidad fetal -en nuestro caso, la semana 22-, se da prioridad a la protección del nasciturus, la cual puede ser alterada en el caso de que se dé alguna de las indicaciones recogidas en la ley. A partir de la semana 22, solo en ciertos supuestos puede realizarse un aborto. Que el legislador dé prioridad a la voluntad de la mujer al comienzo -ponderando en favor del derecho a la integridad física y moral- para después priorizar la protección del nasciturus -ponderando en favor de la protección de la vida dependiente- según el momento de la gestación es, en principio, constitucional.

19. GÓMEZ MONTORO, A. J., op. cit., pp. 85-88.

20. Estas garantías son; a) que se haya informado a la mujer embarazada de los derechos, prestaciones y ayudas públicas a la maternidad y b) que haya pasado un plazo de tres días entre la recepción de la información y la intervención. Estas garantías han sido suprimidas con la LO 1/2023, de 28 de febrero, de modo que solo es necesario el requerimiento de la mujer.

21. Los recurrentes argumentan que el hecho de que la información se dé por escrito y en un sobre cerrado -medidas administrativas de protección del nasciturus- hace que estas medidas no sean eficaces. El Tribunal, sin embargo, expone que el sentido de los arts. 14 y 17 LO 2/2010 no es presionar a la mujer para decidir en un sentido o en otro, sino que garantizan que la mujer tenga la información más completa posible. Es interesante el voto particular de Balaguer, porque concibe -de modo más contundente que la sentencia- a la mujer como persona adulta y responsable, capaz de tomar sus propias decisiones sin ningún tipo de tutela estatal, y que, por tanto, no sería necesario otorgar dicha información si no se solicita, lo cual debía hacerse con o sin solicitud de la mujer embarazada.

bertad de la mujer para decidir que no deja sin protección al nasciturus.

II.II. Interrupción del embarazo por causas médicas (art. 15 a) LIVE)

Los recurrentes afirman que el art. 15 a), regulador de los supuestos de aborto terapéutico, también vulnera el art. 15 CE porque el concepto “grave riesgo para la salud” puede incluir la “salud social” (art. 2 de la LO 2/2010) como una de las indicaciones que permiten el aborto hasta la semana 22, lo cual puede acabar convirtiendo este supuesto en un “coladero” para la realización de abortos, pues los mecanismos de control quedarían inhabilitados. No cuestionan este tipo de indicación en general –que fue admitida en la STC 53/1985–, sino solamente la interpretación referida a la salud social.

El Tribunal desestima estos motivos por que, de un lado, la impugnación se realiza sobre una hipotética interpretación del precepto mencionado y, de otro, porque para la prevalencia del derecho al aborto de la mujer es necesaria la existencia de un “grave riesgo”, presupuesto habilitante que debe ser constatado por dictamen médico con carácter previo, de modo que los mecanismos de control sí que quedan garantizados.

II.III. Aborto embriopático del art. 15 b) LIVE

En relación con el aborto embriopático, argumentan que su constitucionalidad fue sostenida en 1985 porque en ese momento no existían los mecanismos de protección y asistencia de las personas con discapacidad o con enfermedades graves. El hecho de que el Estado tenga hoy un sistema de prestaciones mucho mejor que en 1985 hace que la justificación de este tipo de aborto desaparezca y, por tanto, se vulnera el art. 15 CE. Sin embargo, el TC explica que la *ratio decidendi* en 1985 fue que no se podía obligar a continuar con el embarazo en el caso de que concurriera una circunstancia excepcional, como es el caso de las graves anomalías en el feto, lo cual resultaba agravado por la insuficiencia de prestaciones estatales. El Tribunal añade que “la detección en el feto de graves anomalías constituye una variable de extraordinaria influencia en la toma de dicha decisión, alterando por completo el escenario decisorio previo a la misma”, de modo que la afectación adicional que esta circunstancia supone en el libre desarrollo de la personalidad –que se desconoce antes de la semana catorce–, fundamenta la extensión del período decisorio en el que la mujer puede interrumpir su embarazo. Es decir, la ponderación que se hace en favor de la protección del nasciturus a partir de la semana catorce, en estos casos, se invierte en favor de la gestante: el reco-

nocimiento de un ámbito más amplio para el ejercicio del derecho al aborto frente a la protección de la vida en formación está justificada y es, por tanto, constitucional.

Los recurrentes terminan argumentando que también se vulnera el art. 14 CE, en relación con los arts. 43 y 49 CE porque “los nasciturus con discapacidad deben tener también esa protección constitucional en condiciones de igualdad, pues lo contrario constituiría una violación de la dignidad colectiva de las personas con discapacidad”. Este motivo lo reproducen también en los casos de aborto del art. 15 c) LIVE. El TC, sin embargo, recuerda que el no nacido no es titular de ningún derecho fundamental y que, en consecuencia, no se puede argumentar que se vulneren dichos preceptos constitucionales: si uno no es titular de un derecho fundamental, no se puede argumentar su vulneración para declarar inconstitucional precepto alguno.

II.IV. Abortos embriopáticos del art. 15 c) LIVE

Los recurrentes afirman que la posibilidad de interrumpir el embarazo cuando el feto ya es viable –una vez transcurridas las 22 semanas– supone una desprotección desproporcionada de la vida del nasciturus incompatible con el art. 15 CE. El cambio cualitativo que se ha producido en esta fase de gestación es tan importante que ya no se puede desproteger al concebido no nacido en favor de ningún otro derecho, ya que la vida es susceptible de vivir independientemente del seno materno.

El primer inciso del art. 15 c) se refiere a aquellos casos en que se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida. A partir de ahí, el Tribunal entiende que se trata de aquellos casos en los que el feto no es viable y que, por tanto, no se trata de una vida en formación, un nasciturus, de modo que la protección del art. 15 CE no se le puede aplicar. No hay, en realidad, ningún bien jurídico que proteger y, en consecuencia, la falta de protección no puede ser inconstitucional.

El segundo inciso se refiere a aquellos casos en que se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico, en los cuales sí que se dispensa la protección del art. 15 CE. Sin embargo, el TC entiende que este precepto es admisible porque la premisa según la cual no hay ningún derecho que se le pueda oponer al valor de la vida en formación no es cierta. En este sentido, el Tribunal rescata su argumentación respecto al aborto terapéutico y concluye que este se trata de un supuesto excepcional en el que obligar a una mujer a llevar a cabo su embarazo afecta

de manera profunda al libre desarrollo de su personalidad. Este es un supuesto extraordinario rodeado de un procedimiento riguroso que no vulnera el art. 15 CE, pues el legislador revierte la ponderación en favor de la mujer en una circunstancia excepcionalísima.

III. CONCLUSIONES

Esta sentencia reconoce por primera vez la iusfundamentalidad de la interrupción voluntaria del embarazo, por ser parte del núcleo esencial del derecho a la integridad física y moral en conexión con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, se mantiene la doctrina sobre la protección constitucional que merece el nasciturus, derivada del art. 15 CE. Estos son los dos polos de la colusión que nace cuando una gestante consiente en que se le practique un aborto y es la LO 2/2010 la que regula qué extremo debe primar en caso de conflicto. Se establece un sistema mixto de plazos e indicaciones que parte de la prevalencia de la autonomía de la mujer sobre la protección de la vida dependiente, pero que gradualmente, a raíz de los cambios cualitativos que experimenta el concebido no nacido, se va limitando en favor de una mayor protección del mismo. Este modelo, configurado con una perspectiva completamente distinta a la de 1985 –que, por otra parte, solamente despenalizaba algunos supuestos de aborto– no es solamente declarada constitucional en abstracto, sino que es constitucional también en la forma concreta elegida por el legislador de 2010, pues el TC considera que este sistema va limitando los derechos de las mujeres a medida que protege al nasciturus, volviendo a ampliar dichos derechos en algunos supuestos concretos, de tal forma que supera el canon de proporcionalidad. De la sentencia parece desprenderse que el Alto Tribunal considera que este sistema tiene un mejor encaje constitucional que el anterior, pues su conceptualización concuerda mejor con el reconocimiento del aborto como derecho fundamental.

IV. BIBLIOGRAFÍA

CARBONELL MATEU, J.C., *Sobre la constitucionalidad y otras cuestiones de la regulación vigente*

de la interrupción voluntaria del embarazo, Revista General de Derecho Penal, núm. 17, 2012.

GÓMEZ MONTORO, A. J. “Autonomía reproductiva de la mujer y protección del nasciturus: ¿intereses comunes o bienes irreconciliables? Por una lectura constitucional integradora”. En *Mujeres y derechos: una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género*. Marcial Pons, 2020. pp. 61-92.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal: Parte especial*. Ed. Tirant lo Blanch, 2009

PASCUAL DOMÉNECH, G. “Los derechos fundamentales a la protección penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, pp. 333-372.

PRESNO LINERA, M.A. “Las “pautas interpretativas” de la STC sobre la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo”, en su blog *Del derecho y el revés* (2023). (disponible en <https://presnolinera.wordpress.com/2023/05/24/las-pautas-interpretativas-de-la-stc-sobre-la-ley-organica-2-2010-de-salud-sexual-y-reproductiva-y-de-interrupcion-voluntaria-del-embarazo/>; últ. consulta 31/12/2023)

RODRÍGUEZ RUIZ, B. *Consensuando el disenso: autodeterminación reproductiva y ciudadanía democrática*. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 52, 2023, pp. 493-519.

SALINERO ALONSO, C. “El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la-casi eterna-respuesta a una incertidumbre”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm 20-31, 2018, pp. 1-34.

TASSARA OLLERO, A. “Un derecho fundamental de hoja caduca: Comentario a la STC 44/2023 de 9 de mayo de 2023”. *De Lege Ferenda*, 2023, núm. 1, p. 92-97.

VIVES ANTÓN, T. S. y CUERDA ARNAU, M.L., *El debate acerca de la legalización del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

EL DELITO DE CORRUPCIÓN DEPORTIVA A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL 'CASO OSASUNA'

GONZALO VILLARÍAS VOZMEDIANO
4º Doble Grado en Derecho y Business Analytics
Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

INTRODUCCIÓN

El 13 de enero de 2023, el Tribunal Supremo dictó sentencia en relación con uno de los casos más sangrantes de corrupción deportiva en nuestro país: el Caso Osasuna¹. Aunque el asunto es complejo y abarca otros delitos (tales como la apropiación indebida o la falsedad contable), aprovecharemos esta reciente sentencia para hacer un estudio del delito de corrupción deportiva.

Hemos de tener en cuenta que los precedentes de aplicación de este delito en España son muy escasos, y más allá del Caso Osasuna, no ha habido hasta la fecha ningún pronunciamiento relevante. Por ello, este análisis será un estudio eminentemente doctrinal. Asimismo, haremos una breve reseña de las novedades jurisprudenciales que, a este respecto, ha añadido la citada sentencia del Caso Osasuna.

1. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL DEL TIPO

1.1. Evolución legislativa y bien jurídico protegido

El delito de corrupción deportiva se regula en el art. 286 bis 4 CP. Este es, no obstante, un precepto de corta trayectoria en nuestro Código Penal, habiendo entrado en vigor el 23 de diciembre de 2010², y siendo reformado posteriormente en dos ocasiones (2015³ y 2019⁴), encontrándose la versión actual en vigor desde el 13 de marzo de 2019.

Desde un punto de vista sistemático, el delito se tipifica como una modalidad especial del delito de corrupción en los negocios del art. 286 bis CP, concebido, a su vez, como la traslación al ámbito jurídico-privado del delito de cohecho (arts. 419 y ss. CP).

Esta sistemática ha sido muy cuestionada por la doctrina, debatiéndose el grado de coincidencia entre los

1. TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Osasuna. Sentencia núm. 1014/2022 de 13 de enero. Aranzadi.

2. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 23 de junio de 2010).

3. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 de marzo de 2015).

4. Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional (BOE 21 de febrero de 2019).

bienes jurídicos protegidos por ambos delitos⁵. Y es que, mientras que el delito de corrupción en los negocios protegería la competencia leal en el mercado⁶, el delito de corrupción deportiva respondería de otros bienes distintos, ninguno de los cuales se identificaría en puridad con la competencia leal en el mercado.

Un sector de la doctrina sostiene que el bien jurídico protegido por el delito de corrupción deportiva es el juego limpio⁷, o incluso, la confianza del aficionado en este *fair play*⁸. No obstante, otro sector matiza esta postura, y sostiene que estos valores pasan por un filtro, que hace que, en realidad, el tipo solamente proteja aquellos actos deportivos de mayor trascendencia económica, buscándose así proteger mediatamente el patrimonio de los intervinientes en apuestas u otras operaciones económicas relacionadas⁹. Esto acercaría al delito de corrupción deportiva a otros delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, al proteger el juego limpio, habida cuenta de su impacto económico.

1.2. Sujetos activos y modalidades comisivas del delito

Al igual que los delitos de cohecho y corrupción en los negocios, el delito de corrupción deportiva se concibe como un delito bilateral, en el que una parte promete, ofrece o concede (corrupción activa), mientras que otra recibe, solicita o acepta (corrupción pasiva), si bien no resulta necesario para la consumación que se conforme acuerdo entre las partes implicadas, ni por tanto, que ambas cometan sendos injustos¹⁰.

Por un lado, la modalidad de corrupción activa se construye con relación al tipo del art. 286 bis 2 CP. Este

delito de corrupción en los negocios activa se concibe como un delito común, sin perjuicio de que algunos autores hayan tratado de reducir su ámbito subjetivo a los intervinientes en el tráfico económico-mercantil¹¹. La duda que surge es si, del mismo modo, el delito del art. 286 bis 4 CP, en su modalidad activa, es también un delito común, y en caso de no serlo, cuál es su ámbito subjetivo. Esta es una cuestión muy polémica en la doctrina, y podemos encontrar tres posiciones al respecto:

i) Una primera postura defiende la corrupción deportiva activa como un delito común, en base a dos argumentos. El primero llama la atención sobre que el tipo del 286 bis 4 CP se construye en referencia a los apartados 1 y 2 del mismo artículo, empleando la locución «Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos». Entienden estos autores que se extrapolan al apartado 4 las exigencias subjetivas de los apartados 1 y 2, y por ende, las referencias subjetivas del apartado 4 vendrían simplemente a ‘acomodar’ al ámbito del deporte la estructura subjetiva de los apartados 1 y 2. Por otro lado, desde el punto de vista teleológico, esta interpretación permitiría extender al máximo la punición, englobando las conductas de socios y aficionados, que no serían típicas en su modalidad pasiva, pero sí en su modalidad activa. Entre los defensores de esta postura, encontramos a Anarte Borralló¹², Cortés Bechiarelli¹³ o Berdugo Gómez de la Torre¹⁴.

ii) Una segunda posición defiende la corrupción deportiva activa como un delito especial, del que podrían ser sujetos activos todos los mencionados en el art. 286 bis 4 CP. El argumento que emplea aquí la doctrina es de tipo literal, arguyendo que, por un lado, la relación de sujetos recogida en este apartado 4 prima sobre los

5. MORALES PRATS, F., “Delitos de corrupción en los negocios.” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), Comentarios al Código Penal Español Vol. 2, Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 29-525.

6. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP español)” en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Coord.), COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A. (Coord.), GÓMEZ PAVÓN, P. (Coord.), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. (Coord.), MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (Coord.), Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 699-716.

7. CORTÉS BECHIARELLI, E. El delito de corrupción deportiva, Tirant lo Blanch, 2012.

8. MORALES PRATS, F., op. cit., pp. 29-525.

9. BLANCO CORDERO, I., “Artículos 286 bis a 286 quater. Delitos de corrupción en los negocios” en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo III [Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos. Artículos 234-318 bis], Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 539-560.

10. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., op. cit., pp. 699-716.

11. Gili Pascual, A., La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas, en Revista de Derecho Penal y Criminología, n. 8, 2012, pp. 13-70.

12. Anarte Borralló, E. y Romero Sánchez, C., El delito de corrupción deportiva. Aspectos metodológicos, dogmáticos y político-criminales, en Revista electrónica de ciencia penal y criminología, n. 14, 2012, pp. 20: 1-58.

13. CORTÉS BECHIARELLI, E. op. cit.

14. Berdugo Gómez de la Torre, I. y Cerina, G., Algunos problemas del nuevo delito de corrupción en el deporte, en Revista General de Derecho Penal, n. 18, 2012, pp. 1-19.

sujetos recogidos en los apartados 1 y 2 por un principio de especialidad, y por ende, la remisión a estos apartados se entiende hecha exclusivamente a efectos de la conducta. Por otra parte, argumenta que la literalidad del tipo no permite reducir el ámbito subjetivo a solamente algunos de los sujetos mencionados en el apartado 4. Entre los partidarios de esta tesis, destaca Castro Moreno¹⁵.

iii) Una tercera posición defiende la corrupción deportiva activa como un delito especial, en el que solo tienen cabida como sujetos activos los directivos, administradores, empleados o colaboradores de entidades deportivas. Así, desde una perspectiva gramatical, estos autores se apoyan en la locución distributiva «en sus respectivos casos», que unida a que el tenor del artículo presenta a los sujetos en dos grupos diferenciados, llevaría a la conclusión de que son potenciales sujetos activos de la corrupción deportiva activa los mencionados en el primer grupo (directivos, administradores, empleados y colaboradores), mientras que los sujetos del segundo grupo (deportistas, árbitros y jueces) lo serían en relación con la corrupción pasiva. Asimismo, desde el punto de vista teleológico y criminológico, los sujetos del primer grupo parecerían más orientados a la corrupción activa, del mismo modo que los sujetos del segundo grupo parecerían especialmente idóneos para la corrupción pasiva. Entre los defensores de esta postura, encontramos a Martínez-Buján¹⁶ y a Morales Prats¹⁷.

En mi modesta opinión, reconociendo que todas las posturas esbozan argumentos valiosos, tiendo a inclinarme por la segunda. Esto es así porque considero que, efectivamente, desde el punto de vista literal, la remisión a los apartados 1 y 2 es una remisión a las conductas y no a los sujetos activos. Asimismo, tampoco creo que la expresión «en sus respectivos casos» se refiera a los dos grupos de sujetos respecto de las dos modalidades comisivas, por cuanto que, de ser así, y si respetamos estrictamente la sistemática y el orden del artículo, el primer grupo se relacionaría con la corrupción pasiva, mientras que el segundo grupo se vincularía a la corrupción activa, lo que, a mi juicio, carece de sen-

tido desde una perspectiva político-criminal. Más bien, parecería que la expresión se refiere a cada una de las conductas de los apartados 1 y 2, que serían aplicables a los sujetos del apartado 4.

Además, a nivel teleológico, la extensión punitiva que implicaría la primera interpretación parecería excesiva y contraria a la voluntad del legislador, pues en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 (introdutora del precepto), se dice expresamente que «Se ha considerado conveniente tipificar penalmente las conductas más graves de corrupción en el deporte. En este sentido se castigan todos aquellos sobornos llevados a cabo tanto por los miembros y colaboradores de entidades deportivas como por los deportistas, árbitros o jueces»¹⁸. A raíz de esto, resulta evidente que queda fuera de la voluntad del legislador el tipificar la corrupción activa llevada a cabo por aficionados o socios de la entidad deportiva. Esto se justifica por el principio de mínima intervención, en virtud del cual, el Derecho Penal solo debe ocuparse de las conductas más peligrosas para los bienes jurídicos (siendo, naturalmente, más peligroso para el *fair play* que estas conductas las realicen sujetos que ostentan una posición más estrechamente vinculada con la actividad deportiva en cuestión). De hecho, estas mismas conductas llevadas a cabo por socios sí entrarían dentro del ámbito del Derecho administrativo sancionador del deporte¹⁹, distinguiéndose así entre ambas capas de punición, en función del grado de peligrosidad para el bien jurídico.

Si pasamos ahora a estudiar la corrupción pasiva, esta se construye con relación al tipo del art. 286 bis 1 CP. Por ello, se trata indiscutiblemente de un delito especial, y solamente se debate si el elenco de sujetos se extiende a todos los recogidos en el art. 286 bis 4 CP, o solamente a los deportistas, árbitros y jueces (en los términos ya expuestos).

Otra cuestión candente es si los miembros de los organismos encargados de velar por la regularidad de las competiciones (considerados jueces o árbitros a efectos del precepto), en tanto que ejercen ocasionalmente funciones públicas, serían sujetos activos de un delito

15. CASTRO MORENO, A., “Corrupción en el deporte” en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 331-338.

16. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., op. cit., pp. 699-716.

17. MORALES PRATS, F., op. cit., pp. 29-525.

18. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 23 de junio de 2010).

19. Art. 6.2 b) Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre Disciplina Deportiva (BOE 19 de febrero de 1993).

de corrupción deportiva o de cohecho. La doctrina²⁰ ha indicado que los organismos dependientes de federaciones deportivas privadas, por más que ejerzan potestades sancionadoras delegadas, quedarían fuera del ámbito del cohecho. En cambio, sí cometerían este delito los miembros de órganos administrativos como el Comité Superior de Disciplina Deportiva o el Consejo Superior de Deportes (CSD).

1.2. Conductas típicas y objeto material

En relación con la conducta típica del delito, el primer elemento que hemos de destacar es la necesaria dualidad de partes, derivada del hecho de que tanto las conductas de recibir, solicitar o aceptar, como las de prometer, ofrecer o conceder, se proyectan siempre hacia una contraparte²¹. Por ese motivo, la doctrina ha señalado en reiteradas ocasiones que son atípicas otras conductas que, aunque puedan ser igualmente peligrosas para el bien jurídico, carezcan de este elemento de alteridad (notablemente, deportistas que apuestan por un resultado imprevisto, forzando posteriormente su acaecimiento)²². El ámbito típico es también más reducido que en el cohecho, pues son atípicas tanto la “corrupción subsiguiente” como los regalos importantes en consideración a la función²³.

En cuanto al momento de la consumación, estamos ante un delito de mera actividad que se consuma con la realización de cualquiera de los verbos típicos, sin necesidad de adulteración efectiva del encuentro (lo cual formará parte de la fase de agotamiento del delito)²⁴. Otros autores han añadido que la consumación exigiría, en la corrupción activa, el conocimiento de la contraparte de la promesa, ofrecimiento o concesión, como consecuencia del profundo sentido teleológico incluido en el tipo²⁵.

Además de todo esto, algunos autores, como Morales Prats²⁶ han hecho énfasis en que la conducta debe tener una cierta idoneidad *ex ante* para producir la lesión al bien jurídico (a saber, para alterar el juego limpio), ar-

gumentándose que estaríamos ante un tipo de peligro hipotético, y no de peligro abstracto. Estos autores contemplan esta cierta idoneidad como un requisito *de minimis* para justificar la intervención del Derecho penal, dejando al ámbito del Derecho administrativo del deporte aquellas otras conductas que carecieran de este nivel mínimo de peligrosidad.

A la misma conclusión llega Martínez-Buján²⁷, si bien, empleando la que, a mi juicio, es una argumentación más sólida y fundamentada en el principio de legalidad. Así, aduce que el inciso incluido en el tipo relativo a «conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva» no debe entenderse como un elemento subjetivo del tipo, sino como una característica que se predica objetivamente de la conducta. Así, estaríamos hablando de que la conducta en sí misma considerada debería ser idónea y estar orientada a modificar en cualquier estadio de su desarrollo el resultado de la prueba, de forma contraria a las reglas preestablecidas para la misma. Así, la conducta descrita no se presumiría, sino que debería demostrarse idónea para tales fines.

Otro elemento de gran interés doctrinal es el elenco de actividades deportivas susceptibles de entrar en el ámbito del delito. Fue esta, precisamente, una de las principales modificaciones que introdujo la reforma del año 2015²⁸. La redacción original del año 2010 resultó bastante polémica pues, en tanto que se remitía exclusivamente a eventos «profesionales», quedaban aparentemente excluidas del tipo las competiciones deportivas oficiales, pero no profesionales, tales como, según algunos autores, la Copa del Rey²⁹. En todo caso, la reforma de 2015 alteró la dicción literal del tipo, que pasaría a hablar de «encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva», conceptos posteriormente definidos en la propia ley. Así, aunque el nuevo tenor resolvía el problema en relación con las competiciones oficiales no profesionales, introducía, a su vez, otras dificultades. La principal de ellas es

20. CASTRO MORENO, A., op. cit., pp. 331-338.

21. CASTRO MORENO, A., op. cit., pp. 331-338.

22. MORALES PRATS, F., op. cit., pp. 29-525.

23. Gili Pascual, A., op. cit., pp. 13-70.

24. CASTRO MORENO, A., op. cit., pp. 331-338.

25. Anarte Borralló, E. y Romero Sánchez, C., op. cit., pp. 20: 1-58.

26. MORALES PRATS, F., op. cit., pp. 29-525.

27. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., op. cit., pp. 699-716.

28. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 de marzo de 2015).

29. Anarte Borralló, E. y Romero Sánchez, C., op. cit., pp. 20: 1-58.

la expresión «máxima categoría», empleada para definir las competiciones deportivas de especial relevancia deportiva. Y es que, en virtud del tenor literal de esta expresión, quedarían excluidas las 'segundas divisiones', que, aunque pudieran seguir suscitando interés desde el punto de vista puramente deportivo, no entrarían dentro del concepto de «especial relevancia deportiva». En todo caso, este déficit quedaría mayoritariamente cubierto por el concepto de «especial relevancia económica»³⁰.

2. EL CASO OSASUNA: APORTACIONES JURISPRUDENCIALES

Como he indicado, dentro del Caso Osasuna, me centraré en lo relativo al delito de corrupción deportiva, y dentro de este, en la que fue la *ratio decidendi* del caso y su principal aportación jurisprudencial: la tipicidad o no de las 'primas por ganar'. Los hechos probados del caso describen cómo directivos del Osasuna acordaron pagos a jugadores del Betis para que lograran la victoria en su encuentro frente al Valladolid, a fin de aumentar las posibilidades del Osasuna de no descender a Segunda División. Se discute si estas promesas constituyen o no un delito de corrupción deportiva.

Con carácter previo, la doctrina³¹ se había pronunciado en contra de que estas primas por ganar entraran dentro del tipo, arguyendo que el tipo incluye un elemento de fraude en la manipulación, que no existiría en las primas por ganar (en tanto que se estaría incentivando a los deportistas a realizar aquella conducta que se esperaba de ellos, y que ya deberían realizar en ausencia de dicha prima). No obstante, la Audiencia se mostró contraria a esta tesis en su sentencia³², aduciendo que la jurisprudencia del TAS ya denunciaba estas prácticas como contrarias al *fair play*, y que el hecho de que se incentive a los deportistas a cumplir con sus obligaciones no necesariamente excluye el fraude, en tanto que, por ejemplo, están tipificadas como cohecho las dádivas a funcionarios públicos por realizar actos propios de su cargo, o en consideración a su cargo o función.

No obstante, el TS casó la sentencia de la AP de Navarra, y se pronunció en favor de la atipicidad de las primas por ganar³³. El principal argumento al respecto fue

la falta de antijuridicidad material de la conducta. Esto es: siendo el bien jurídico protegido por el tipo el juego limpio, no pueden incluirse en el mismo las primas por ganar, por cuanto que no estando en manos del jugador ganar (como sí lo está perder), la conducta llevada a cabo por él de 'jugar con especial celo, incentivado por la prima' no transgrede el juego limpio, ni por ende pone en peligro el bien jurídico. Carecería de sentido, además, que una misma conducta pusiese en peligro o no el juego limpio, dependiendo únicamente de si la prima la paga la propia entidad deportiva de los jugadores, o un tercero. Por último, remata el TS: «un jugador puede, con su actuación, como una opción posible, perder un encuentro, pero no ganarlo. Y no puede ganarlo porque no depende exclusivamente de su voluntad, sino de otros factores. Y lo que no puede conseguirse voluntariamente, porque es imposible, tampoco puede ser sancionable penalmente.»³⁴

Así, el Tribunal Supremo ha excluido, en su sentencia del Caso Osasuna, la tipicidad de las primas por ganar respecto del delito del art. 286 bis 4 CP, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que proceda.

3. CONCLUSIONES

Estudiar el art. 286 bis 4 CP nos permite tomar conciencia de la incidencia que pueden llegar a tener la sintaxis y el tenor literal de los tipos en la calificación jurídico-penal de las conductas. Como hemos visto, según interpretemos la sintaxis del precepto, puede variar muy sustancialmente su ámbito subjetivo, hasta el punto de determinar que ciertas conductas, en los términos descritos, sean o no penalmente relevantes.

Igualmente, la interpretación de muchos de los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en el precepto puede convertirse en uno de los grandes caballos de batalla en la aplicación del artículo. No en vano, incursos como estamos en la instrucción del mediático 'Caso Negreira', uno de los principales puntos de discrepancia entre el Ministerio Fiscal y las defensas está siendo la calificación de los hechos como un delito de cohecho o un delito de corrupción deportiva (en los términos que hemos explicado a lo largo de este artículo).

30. BLANCO CORDERO, I., op. cit. pp. 539-560.

31. Véase, por ejemplo, CASTRO MORENO, A., op. cit., pp. 331-338.

32. SAP de Navarra (Sección 2ª) Caso Osasuna. Sentencia núm. 111/2020 de 23 de abril. Aranzadi.

33. STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Osasuna. Sentencia núm. 1014/2022, de 13 de enero. Aranzadi.

34. TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Osasuna. Sentencia núm. 1014/2022, de 13 de enero. F.J. 54 Aranzadi.

Es por ello de suma importancia hacer una defensa de la legislación sosegada y la calidad legislativa, pues la delimitación de las conductas penalmente ilícitas debe hacerse cuidadosamente, para asegurarnos de que no quedan fuera del tipo conductas que pretendemos tipificar, ni mucho menos que acabemos incluyendo como conductas delictivas actuaciones que no creemos que merezcan tal consideración.

ANEXO I: DOCTRINA CIENTÍFICA CONSULTADA

Anarte Borrallo, E. y Romero Sánchez, C., El delito de corrupción deportiva. Aspectos metodológicos, dogmáticos y político-criminales, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 14, 2012, pp. 20: 1-58.

Berdugo Gómez de la Torre, I. y Cerina, G., Algunos problemas del nuevo delito de corrupción en el deporte, en *Revista General de Derecho Penal*, n. 18, 2012, pp. 1-19.

BLANCO CORDERO, I., "Artículos 286 bis a 286 quarter. Delitos de corrupción en los negocios" en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo III [Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos. Artículos 234-318 bis]*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 539-560.

CASTRO MORENO, A., "Corrupción en el deporte" en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y GONZÁLEZ CUSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 331-338.

CORTÉS BECHIARELLI, E. *El delito de corrupción deportiva*, Tirant lo Blanch, 2012.

Gili Pascual, A., La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 8, 2012, pp. 13-70.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "La corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP español)" en ÁLVA-

REZ GARCÍA, F.J. (Coord.), COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A. (Coord.), GÓMEZ PAVÓN, P. (Coord.), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. (Coord.), MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coord.) y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (Coord.), *Libro*

homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 699-716.

MORALES PRATS, F., "Delitos de corrupción en los negocios." en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español Vol. 2*, Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 29-525.

ANEXO II: LEGISLACIÓN CONSULTADA

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 23 de junio de 2010).

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 de marzo de 2015).

Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional (BOE 21 de febrero de 2019).

Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre Disciplina Deportiva (BOE 19 de febrero de 1993).

ANEXO III: JURISPRUDENCIA CONSULTADA

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso Osasuna. Sentencia núm. 1014/2022, de 13 de enero. Aranzadi.

SAP de Navarra (Sección 2ª) Caso Osasuna. Sentencia núm. 111/2020 de 23 de abril. Aranzadi.

EL DERECHO ESPAÑOL, UN OBSTÁCULO PARA LOS LITIGIOS AMBIENTALES

ALEJANDRO EDUARDO RUBIO FUENTES
Estudiante de 4º de Derecho
UCLM (Cuenca)

1. ANTECEDENTES

El pasado mes de julio el Tribunal Supremo (TS) se reunió para votar la resolución del recurso presentado por un grupo de asociaciones ecologistas lideradas por "Greenpeace Spain", en el que se plantea si el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (PINEC) en el cual se establecen las medidas de reducción de emisiones, planteado por el gobierno español y aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, cumple con el objetivo 55 marcado por la Unión Europea dentro del llamado Pacto Verde Europeo.

El fallo llegaba a finales del mes de septiembre, el cual, supuso un jarro de agua fría para los ecologistas, pues el tribunal consideró dar la razón al gobierno español, en la demanda de más de doscientas páginas presentada por los colectivos ecologistas se solicita que el alto tribunal español obligue a el gobierno de la nación a reformular el PINEC para llegar a los objetivos planteados por el pacto verde, en el cual se estableció que se ha de lograr la neutralidad de las emisiones en las próximas décadas, el objetivo 55. Este Pacto Verde se configura en la línea de la Convención Marco de las Naciones Unidas por el Clima y en sintonía con la legislación climática dada por los Reglamentos 2018/1999 (UE) y 2021/1119 (UE).

Tal y como enuncia esta sentencia es de acuerdo al Reglamento 2018/1999 por el cual se establece la obli-

gación de crear el PINEC, quedando regulado su ámbito en el capítulo segundo de este, el cual ya en el preámbulo lo configura como herramienta imprescindible para obtener los objetivos climáticos *"el logro de los objetivos generales y de los objetivos específicos de la Unión de la Energía debe garantizarse mediante una combinación de iniciativas de la Unión y de políticas nacionales coherentes establecidas en planes nacionales integrados de energía y clima"*¹. De tal modo que este (el PINEC) deje plasmadas cuales son las políticas que se realizarán en pos de obtener los objetivos en los plazos que este reglamento enuncia.

Tras la petición principal, los colectivos ambientalistas solicitaban de manera accesoria que en el caso de que no se obligase al gobierno a cambiar las políticas climáticas pactadas en esta hoja de ruta, se declarase nulo. Opción que la alta sala rechazo dado que la nulidad de las actuaciones habrían de darse tan solo en el caso de que dicho plan se encontrase en contradicción con normas de un grado superior pues no de por si se trata de un acto jurídico vinculante ya que entiende este, como una acto administrativo que finalice una actuación si no que este requiere de otros que desarrollen las políticas ambientales, tal y como defiende la Abogacía del Estado, Se habría de estudiar pues si este plan se encuentra en contra de los tratados internacionales o los reglamentos de los que dependa.

1, Prólogo del Reglamento 2018/1999 (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 663/2009 y (CE) n.º 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE y 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y las Directivas 2009/119/CE y (UE) 2015/652 del Consejo, y se deroga el Reglamento (UE) n.º 525/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE.)

Una vez expuesta la situación que se le planteó al alto tribunal, este entró a valorar la competencia sobre las políticas ambientales al igual que otros altos tribunales europeos han hecho, y como trataremos más adelante.

Dicho esto el tribunal al hacer un análisis dejando de lado las cuestiones de forma entiende que no puede declarar el PINEC nulo pues la realización de los objetivos planteados por el Convenio de París no obliga pues a los estados incluidos de la Unión Europea de manera conjunta sino a los estados de manera individual, pues pese a haber realizado la adhesión la Unión Europea, esta no se configura como unión de estados sino como equiparación de derechos, de esta manera España, de manera individual, sería competente para realizar las políticas que decida siempre que en fecha de mayo de 2050 cumpla con lo establecido en los tratados suscritos, como motivo adjunto entra que dado que existes notas de carácter legal que ratifican los objetivos que se establecen en el PINEC no puede establecer la nulidad de este plan pues supondría que este órgano entraría en competencias del poder legislativo al cambiar las políticas y objetivos establecidos en estos documentos.

Respecto al Protocolo de París a la que hace referencia en un epígrafe aparte rompe con la configuración de este como tratado internacional, pues entiende que las conferencias las partes (COP), no son sino, comisiones de evaluación y seguimiento de un tratado base en la cual se modifican y acuerdan actuaciones que sirven como base de actuación sobre la Convención de Río de 1992 tal y como enuncia “en definitivas cuentas, las COP no hacen sino examinar periódicamente, el cumplimiento de la Convención”. Establece a su vez que el Protocolo de París ya remite sus actuaciones y cumplimiento a la CMNUCC, de tal manera que las COP serian tratadas de acuerdo a la Convención de Viena (sobre el derecho de los Tratados Internacionales del 23 de mayo de 1969) como acuerdos ulteriores siguiendo lo dictado en el art 31 de esta.

En cuanto al resto de criterios establece que lo pactado dentro de la convención de Río y mejorado por las diferentes COP tan solo declaran que los estados harán “grandes esfuerzos” para lograr los objetivos que en estas se establecen sin definir medidas concretas y creando un gran concepto jurídico indeterminado. No obstante, tras revisar las metas que establecen los acuerdos inter-

nacionales, sí que cede la razón a los recurrentes cuando concuerda con ellos en que la actividad que plantea el PINEC supone aplazar las actuaciones necesarias para lograr los objetivos, de tal manera que supondrá un gran esfuerzo en los años posteriores a este, pese a ello reconoce que el estado se encuentra dentro de sus capacidades al establecer las medidas que estimase.

Por lo que como hemos adelantado anteriormente termina desestimando el recurso y fallando en contra de las asociaciones ambientalistas.

2. ÁMBITO INTERNACIONAL

En el resto de tribunales nacionales no obstante la tendencia que se ha establecido es muy diferente pues estas salas sí que han realizado una valoración de los tratados, su aplicación e incluso como ya veremos más adelante incluso las posibles consecuencias a futuro que repercutirán en las personas más jóvenes de acuerdo al coste de oportunidad y la calidad de vida de estos, así como en la Sentencia sobre el cambio climático del Tribunal Constitucional de los Países Bajos²; este es el caso medioambiental que inició la jurisprudencia ambientalista a nivel internacional dado que desde entonces no ha parado de crecer el número de casos que tiene como materia el cambio climático. En este proceso denominado como caso Urgenda, recibiendo el nombre de la ONG que presentó dicha demanda por vulneración de los derechos humanos frente al gobierno de los Países Bajos, En este proceso tribunal neerlandés realiza el primer fallo en el que el Estado resulta condenado por inacción frente a una ONG, así pues establece que “*renforcer ses mesures de réduction d’émissions de gaz à effet de serre d’au moins 25 % d’ici 2021*”, el estado ha de reforzar sus medidas de reducción de emisiones de efecto invernadero a menos del 25% de este 2021.

En el caso de Alemania nos podemos encontrar al menos una sentencia sobre el cambio climático del Tribunal Constitucional Alemán³; la Sentencia del 24 de marzo de 2021 del Tribunal Constitucional alemán, la cual examina la Ley de Cambio Climático alemana (Klimaschutzgesetz), en esta sentencia se declaran inconstitucionales por falta de regulación los artículos 3.1 frase 2 y 4.1 frase 3 de la citada ley y por vulnerar los derechos fundamentales de las futuras generaciones. El

2. Valadares, H. (2019, December 21). La justice contraint les Pays-Bas à accélérer son action climatique et donne de “l’espoir” aux ONG. France 24. <https://web.archive.org/web/20191221184638/https://www.france24.com/fr/20191221-la-justice-contraint-les-pays-bas-%C3%A0-acc%C3%A9l%C3%A9rer-son-action-climatique-et-donne-de-l-espoir-aux-ong>

3. Ruiz Prieto, M. R. P. (2022). Cambio climático y derechos fundamentales diacrónicos: la Sentencia alemana del Cambio climático y su doctrina: Climate change and diachronical fundamental rights: German climate change sentence and its doctrine [Universidad Complutense de Madrid (España)]. Universidad Complutense de Madrid.

Tribunal obliga al legislador alemán a regular antes del 31 de diciembre de 2022 los objetivos de reducción de emisión de CO₂ a partir de 2030.

Para aceptar a trámite esta demanda el tribunal valoró que se infringiese un derecho real frente a una persona que se encontrase esencialmente damnificada. En cuanto a esto atendiendo a los derechos constitucionales de dignidad el tribunal entendió que el demandante exponía una situación de vulneración de un derecho a la dignidad humana “en tanto recogen una obligación positiva de protección de un derecho a un futuro digno y un derecho fundamental a unas condiciones ecológicas mínimas”.

Ruiz Prieto, en su valoración acerca de esta sentencia entiende de la necesidad de la aplicación de estos procesos para garantizar los derechos fundamentales.

La realización de estos procesos “supone un refuerzo de las obligaciones de protección que emanan de los derechos fundamentales, cuya relevancia es cada vez mayor en una sociedad en la que los peligros más importantes no provienen de la injerencia estatal en la esfera individual, sino de los riesgos derivados de las actividades económico-sociales humanas”. El estado pues entiende que se le reclama la atención pertinente para que esta vulneración no se haga fáctica “Del Estado, entonces, no se reclama su abstención, sino precisamente el establecimiento de medidas de contención de dichos peligros, provengan ya de terceros”.

También fuera de Europa nos encontramos con ejemplos de jurisprudencia climática contra un estado como es el caso *Asghar Leghari versus Federation of Pakistan*⁴

Se trata de un caso que se dio en 14 de septiembre de 2015 en el alto tribunal de Lahore en el que se dictaminó que el gobierno de Pakistán estaba vulnerando los acuerdos de implantación de política de cambio climático (2014-2030), este granjero acudió a la corte argumentando la vulneración de derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la dignidad humana, los cuales se encuentran en la constitución de dicho país en los artículos 9, 10, 11, 12, 13 y 14. Este tribunal reconoció la vulneración de los derechos, contraviniendo lo expuesto por el gobierno que rechazó la idoneidad del demandante para presentar la demanda.

Esta decisión del alto tribunal pakistaní supuso la creación de una comisión de seguimiento e implantación por parte del gobierno nacional, que en 2018 tuvo que trasladar al tribunal un informe de seguimiento de estas políticas.

El alto tribunal entiende que hacer respetar la justicia climática, pasa por salvaguardar los derechos de los pueblos vulnerables y compartir “*las cargas y los beneficios del cambio climático y sus impactos de manera equitativa y justa*”. La justicia climática “*se basó en la ciencia, responde a la ciencia y reconoce la necesidad de una gestión equitativa de los recursos del mundo*”.

Así pues, podemos enumerar más ejemplos de jurisprudencia climática que ha dado pie a que 6 jóvenes portugueses con edades comprendidas entre los 11 y 24 años, presentase un recurso frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵; se enfrentan en el tribunal anteriormente citado a 32 países del continente europeo, donde se reclaman medidas climáticas reales que no condicionen el futuro de aquellas personas que hayan de vivir en los años venideros. El encaje jurídico de la demanda se ampara en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, concretamente en los siguientes derechos fundamentales⁶; derecho a la vida (artículo 2), derecho a no sufrir tortura ni otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 3), derecho a la vida privada y familiar (artículo 8) y derecho a no sufrir discriminación por motivos de edad (artículo 14 interpretado conjuntamente con el artículo 2 y el artículo 8).

Como veremos más adelante y en palabras de la profesora Barreiro, directora y fundadora del instituto de Derecho y Medioambiente “*Este tipo de demandas tiene encaje en nuestro derecho y cada vez es más habitual encontrarse casos como estos incluyendo ya casos en ámbitos nacionales como Holanda o Alemania*” (Barreiro, 2023).

De acuerdo a los abogados de la acusación, por parte de los jóvenes; “*Una sentencia favorable a los demandantes actuaría como un tratado vinculante impuesto por el tribunal a los demandados, exigiéndoles que aceleren rápidamente sus esfuerzos de mitigación climática*” (Gerry Liston, uno de los abogados de Global Legal Action Network), no tanto como un tratado internacional sino que sería vinculante y tendría qué efectos sobre los

4. Leghari v. Federation of Pakistan - Climate Change Litigation. (2022, February 21). Climate Change Litigation. <https://climatecasechart.com/non-us-case/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan/>

5. Planelles, M. (2023, September 14). Seis jóvenes portugueses sientan en el banquillo de la justicia climática a 32 países: “Nos preocupa nuestro futuro.” El País. <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2023-09-14/seis-jovenes-portugueses-sientan-en-el-banquillo-de-la-justicia-climatica-a-32-paises-nos-preocupa-nuestro-futuro.html>

6. Amnistía Internacional (2023). Seis jóvenes portugueses demandan justicia climática. Amnistía Internacional Sección Española. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/jovenes-portugueses-demandan-tribunal-derechos-humanos-cambio-climatico/>

países así como se consideraría que este alto tribunal inste de manera directa a los países y a la Unión Europea.

3. CONCLUSIÓN

Así pues, qué podemos esperar, si bien es cierto que como hemos visto existe una clara tendencia de crecimiento en los procesos climáticos, esta tendencia no tiene arraigo en España. El aumento de la legislación en materia climática supone dentro de la Unión Europea una vertiente que no surge en los últimos años, no obstante en pos de convertir a la unión de naciones en la referencia de la lucha climática se han tomado medidas que entran en colisión con derechos fundamentales de los ciudadanos del territorio europeo y no es para menos pues hasta el mismo tribunal ha decretado que la intención de la Unión Europea es de revestir todas sus acciones de “un nivel de protección elevado” (S. de 17 de noviembre de 2022. C-238/21. ECLI: EU:C:2022:885.) en materia de Medio Ambiente.

Dicho esto y a modo de reflexión hemos de tener en cuenta que dada la irrupción que está teniendo el derecho ambiental dentro de nuestro sistema jurídico, en concreto dentro de la legislación europea, no es raro pensar que tarde o temprano la discusión llegaría a nuestros tribunales, así pues, no sería raro decir que debido al alto grado de especificidad que circunda a esta nueva rama jurídica los tribunales requieren de mayor formación. Por último, podemos decir que el Tribunal Supremo ha optado por reservar a una cuestión de competencia la materia climática y desmarcarse de la línea que han tomado sus homologos Europeos, pues no ha entrado a valorar el fondo de la demanda. Sería muy inocente pensar que la situación en la que nos encontramos de emergencia climática los litigios climáticos serán actuaciones puntuales, no solo pueden ser una realidad si no llegar a terminar convirtiéndose en una tendencia, la cual se verá indudablemente afectada con la llegada de los llamados *refugiados climáticos*.

4. CITAS BIBLIOGRÁFICAS

Legislación

Prólogo del Reglamento 2018/1999 (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 663/2009 y (CE) n.º 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE y 2013/30/UE del Parla-

mento Europeo y del Consejo y las Directivas 2009/119/CE y (UE) 2015/652 del Consejo, y se deroga el Reglamento (UE) n.º 525/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE.)

Asimismo también han sido objeto de apoyo la Convención Marco de las Naciones Unidas Contra el Cambio Climático (Convención de Río 1992) y las posteriores Conferencias de las partes (COP).

Jurisprudencia

STS 1079/2023 del 24 de julio de 2023 en resolución del recurso 162/2021 interpuesto por “Greenpeace España”, “ecologistas en acción-coda”, “Oxfam Intermón” y “coordinadora de ongs para el desarrollo” contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2021 por el que se aprueba el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030

Leghari v. Federation of Pakistan - Climate Change Litigation. (2022, February 21). Climate Change Litigation. <https://climatecasechart.com/non-us-case/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan/>

Valadares, H. (2019, December 21). La justice contraint les Pays-Bas à accélérer son action climatique et donne de “l’espoir” aux ONG. France 24. <https://web.archive.org/web/20191221184638/https://www.france24.com/fr/20191221-la-justice-contraint-les-pays-bas-%C3%AO-acc%C3%A9l%C3%A9rer-son-action-climatique-et-donne-de-l-espoir-aux-ong>

Artículos

Planelles, M. (2023, September 14). Seis jóvenes portugueses sientan en el banquillo de la justicia climática a 32 países: “Nos preocupa nuestro futuro.” El País. <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2023-09-14/seis-jovenes-portugueses-sientan-en-el-banquillo-de-la-justicia-climatica-a-32-paises-nos-preocupa-nuestro-futuro.html>

Amnistía Internacional (2023). Seis jóvenes portugueses demandan justicia climática. Amnistía Internacional Sección Española. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/jovenes-portugueses-demandan-tribunal-derechos-humanos-cambio-climatico/>

Doctrina

Ruiz Prieto, M. R. P. (2022). Cambio climático y derechos fundamentales diacrónicos: la Sentencia alemana del Cambio climático y su doctrina: Climate change and diachronical fundamental rights: German climate change sentence and its doctrine [Universidad Complutense de Madrid (España)]. Universidad Complutense de Madrid.

II Moot Court CONEDE

Acto de presentación de la Revista CONEDE



El pasado 18 de abril de 2024, se llevó a cabo la segunda edición del Torneo de Juicios Simulados más grande de España, el MOOT COURT de CONEDE. Gracias a la colaboración del Área de Derecho Mercantil de la Universidad de Alicante, este evento se centró en la presentación y contestación de casos de ámbito mercantil, dotándolo así de una calidad y rigor incuestionables.

En esta segunda edición del torneo, más de 50 equipos de toda España se presentaron con el ob-

jetivo de demostrar sus habilidades frente a prestigiosas instituciones del ámbito jurídico. El evento tuvo lugar en el emblemático Salón de Actos del CGPJ, ofreciendo a los participantes la oportunidad de ganar más de 6000€ en premios por el primer, segundo y tercer puesto, así como por el mejor escrito de demanda y contestación, respectivamente.

El formato del torneo consistió en la presentación preliminar de escritos de demanda y su

II Moot Court CONEDE



posterior contestación. De entre las más de 50 demandas y contestaciones presentadas, solo 8 equipos tuvieron el honor de ser seleccionados para la fase oral. En el Salón de Actos del CGPJ, estos equipos defendieron sus casos ante un tribunal compuesto por autoridades de alto nivel jurídico y académico.

La competición se llevó a cabo en intervenciones abiertas, fomentando el debate, la agilidad de pensamiento, la expresión oral y el conocimiento del derecho. Se estructuró en un formato de “Brac-

ket” compuesto por cuartos de final, semifinales y final, donde los equipos se enfrentaron cara a cara en la defensa o el ataque del caso.

Después de juicios ajustados y altamente competitivos, el equipo de la Universidad de Alicante se alzó con el primer lugar, siendo premiado con 3000€ cortesía de Santander Justicia. En segundo lugar quedó la Universidad Carlos III de Madrid, otorgado por Uría Menéndez, con un premio de 2000€. El tercer lugar fue para la Universidad de Valencia, premiada con 1000€ de la Fundación Mutualidad de

la Abogacía. Además, los premios al mejor escrito y contestación, valorados en 500€ cada uno, fueron para la Universidad de Alicante y la Universidad de Valencia, respectivamente.

Queremos expresar nuestro profundo agradecimiento a todos los equipos premiados, así como a todos los participantes, por su esfuerzo y dedicación para convertir la comunidad jurídica en un lugar mejor con su iniciativa y compromiso.



Adquiere ahora el
pack a precio reducido
y te será más fácil
acceder a la Abogacía

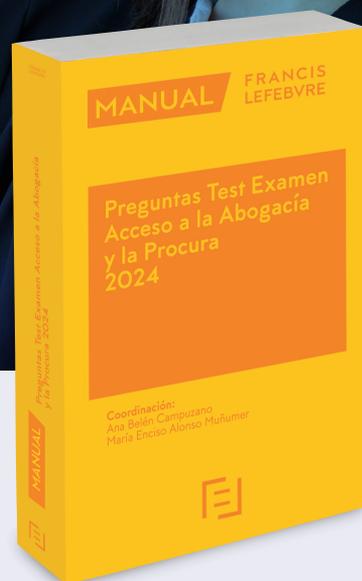


OFERTA PACK

Ahora por solo

106 €

PRECIO SIN IVA



MEMENTO
Ejercicio Profesional
de la Abogacía y
la Procura 2024

MANUAL
Preguntas Test Examen
+ Acceso a la Abogacía
y la Procura 2024

MEMENTO EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA Y LA PROCURA

Una herramienta eminentemente práctica, elaborada por especialistas de prestigio provenientes tanto del mundo académico, como colegial y, sobre todo, profesional, en la que se ofrecen **soluciones a las necesidades formativas de los estudiantes de Derecho** que quieran acceder al ejercicio de la profesión de abogado.

MANUAL PREGUNTAS TEST EXAMEN ACCESO A LA ABOGACÍA Y LA PROCURA

Contiene más de 1.400 preguntas tipo test, que te ayudarán a superar el Grado en Derecho y los nuevos requisitos exigidos **para ser abogado y comenzar a ejercer**.

[Adquiere los en lefebvre.es/tienda](https://lefebvre.es/tienda)



CONEDE

CONSEJO NACIONAL DE ESTUDIANTES DE DERECHO

**“Unirse, es el principio,
mantenerse juntos es progreso,
pero trabajar juntos es el éxito”**

Henry Ford