

ACADEMIA ARAGONESA  
DE  
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

# ANUARIO

2020 - 2021





ACADEMIA ARAGONESA  
DE  
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

# ANUARIO

2020 - 2021



Edita: Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Depósito Legal: Z-253-2022

Imprime: Imprenta Arilla, S.L.

Prolongación Paseo del Muro, 33 - Ejea de los Caballeros (Zaragoza)

# SUMARIO

<b>PRESENTACIÓN DEL ANUARIO</b> .....	7
Excmo. Sr. Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Don José Luis Merino Hernández	
<b>SALUDO DEL ALCALDE DE ZARAGOZA</b> .....	9
A cargo del Ilmo. Sr. Don Jorge Antonio Azcón Navarro	
<b>DISCURSOS DE INGRESO</b> .....	11
ACADÉMICO DE NÚMERO	
LAS ENSEÑANZAS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN ARAGÓN	
Excmo. Sr. Don Juan Carlos Zapata Hajar .....	13
Contestación: Excmo. Sr. Don Luis Alberto Gil Noguera .....	41
ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES	
RUPTURA DEL MATRIMONIO CON HIJOS DISCAPACITADOS	
Ilma. Sra. Doña M <sup>a</sup> Cristina Chárlez Arán .....	47
Contestacion: Excmo Sr. Don José Luis Merino Hernández .....	101
EL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS: TEORÍA Y REALIDAD	
Excmo. Sr. Don Carlos-Ramón Fernández Liesa .....	107
Contestacion. Excmo. Sr. Don Antonio Blanc Altamir .....	217
<b>CONFERENCIAS</b>	
LA RECUPERACIÓN DEL PATRIMONIO ARTÍSTICO ARAGONÉS EN CATALUÑA: EL PLEITO JURÍDICAMENTE MAS IMPORTANTE DE ARAGÓN Y CATALUÑA	
Sr. Don Jorge F. Español Fumanal, Abogado y Profesor de Derecho Internacional.....	233
JUSTICIA AGRARIA Y DERECHO AGRARIO EN ESPAÑA. ENTRE LA HISTORIA Y LA MEMORIA DE JUAN JOSÉ SANZ JARQUE	
Ilmo. Sr. Don Manuel López-Medel Bascones, Académico Correspondiente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación .....	259

“LA NUEVA DISPOSICIÓN DEL ART 753 Cci., LIMITATIVA DE LA LIBERTAD DE TESTAR. COMPARATIVA CON EL CDFA”.	
Excma. Sra. Doña M <sup>a</sup> Cristina Charlez Arán, Académica de Número de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.....	283

### **DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2021**

“INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ENCRUCIJADA. PERSONALIDAD O SALVAGUARDA”	
Excmo. Sr. Don Luis Alberto Gil Nogueras, Académico de Número de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.....	291

### **PREMIOS DE LA ACADEMIA 2019**

PREMIO DE DERECHO PRIVADO “CASTÁN TOBEÑAS”	
Premiada: Doña Cecilia Celeste Danesi	
Título y contenido del trabajo: EL ROL DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS REDES SOCIALES Y SU MARCO REGULATORIO .....	309

PREMIO DE DERECHO PÚBLICO “GASCÓN Y MARÍN”	
Premiado: Don Darío Badules Iglesias	
Título y contenido del trabajo: REFLEXIONES ACERCA DE LA MEJORA DE LA CALIDAD DEL DERECHO: INSTRUMENTOS Y ALTERNATIVAS .....	335

### **PREMIOS DE LA ACADEMIA 2020**

PREMIO DE DERECHO PRIVADO “CASTAN TOBEÑAS”	
Premiada: Doña Beatriz Alegre Villarroya	
Título y contenido del trabajo: MECANISMOS DE REVISIÓN CONTRACTUAL POR CAUSAS RELACIONADAS CON LA CRISIS DEL COVID-19.....	405

PREMIO DE DERECHO PÚBLICO “GASCÓN Y MARÍN”	
Premiada: Doña Miriam Jiménez Martínez	
Título y contenido del trabajo: DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS AMBIENTALES EN AMÉRICA LATINA: INVISIBLES AL PODER E IMPRESCINDIBLES PARA LA TIERRA.....	437

## PRESENTACIÓN

Tras la importante interrupción en la normal actividad de la Academia, sufrida durante el año 2020, provocada por la pandemia que todavía altera la vida de muchos ciudadanos, en el año 2021 la Institución ha reabierto las puertas de su salón de sesiones y, aunque limitadamente, ha conseguido recuperar el pulso de su normal vida académica.

Desgraciadamente, no con todo su habitual contenido, pues las precauciones sanitarias que se han debido adoptar en cada momento han obstaculizado la celebración de determinadas actividades propias de la vida de la Academia.

A pesar de ello, y aún todavía inmersos en la pandemia y sus secuelas, la Academia y sus miembros hemos tratado de superar las dificultades sobrevenidas por ella y celebrar una serie de importantes actos que son los que quedan reflejados en las páginas de este Anuario.

En él destacan los tres discursos de ingreso, pronunciados respectivamente por los Académicos Doña María-Cristina Charlez Arán, Don Juan-Carlos Zapata Hajar y Don Carlos-Ramón Fernández Liesa, cada uno en el ámbito de sus especiales conocimientos, y que, en su conjunto, constituyen un importante depósito de ciencia jurídica, muy propio de la esencia misma del quehacer académico.

Se incluyen íntegros también los trabajos ganadores de los premios “Castán Tobeñas” y “Gascón y Marín”, correspondientes al año 2020, obtenidos respectivamente por las jóvenes juristas Doña Beatriz Alegre Villarroya y Doña Miriam Jiménez Martínez.

En este Anuario, en defecto del correspondiente al año 2019, que no pudo publicarse, se incluyen también los trabajos ganadores de dichos premios en aquel año, los presentados por Doña Cecilia Celeste Danesi y Don Darío Badules Iglesias.

Un especial recuerdo “post mortem” al querido compañero Don Juan José Sanz Jarque, recientemente fallecido, ha corrido a cargo del Académico Don Manuel López-Medel Bascones, transcribiendo en el Anuario las sentidas palabras que le dedicó en un pleno de la Academia.

Le sigue la conferencia que pronunció en la Academia el abogado Don Jorge Español Fumanal acerca de “La recuperación del patrimonio artístico aragonés en Cataluña”.

Y se cierra la edición con la charla que, en sesión interna de trabajo, llevó a cabo la compañera Doña María-Cristina Chárlez Arán, comentando la reforma llevada a cabo recientemente en el art. 753 del Código civil.

Con el Anuario y las publicaciones que contiene, la Academia cumple su principal objetivo de generar un depósito de cultura jurídica que pueda servir de información a cuantos juristas estén interesados en las materias que en él se contienen.

Hago votos para que esta nueva andadura no se vea interrumpida de nuevo y para que, aún con las precauciones y limitaciones que imponga la situación sanitaria, la Academia pueda seguir el curso de su normal actividad y, con ella, servir de importante foro de la juridicidad aragonesa.

JOSÉ-LUIS MERINO HERNÁNDEZ  
PRESIDENTE



## **SALUDO DEL ALCALDE DE ZARAGOZA**

Excmo. Sr. Don Jorge Azcón  
Alcalde de Zaragoza

### **EL DERECHO Y LA CONVIVENCIA**

Un año más, la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación muestra y resume en este anuario la destacada y fecunda actividad que desarrolla a lo largo del ejercicio en aras de su objetivo principal: constituirse en un centro generador y difusor de cultura jurídica que presta especial atención al Derecho civil aragonés, una de las principales señas de identidad de nuestra comunidad autónoma y un legado histórico con plena vigencia del que tenemos que sentirnos orgullosos y que debemos impulsar como una herramienta especialmente útil para nuestra convivencia.

Este año, por primera vez debido a la pandemia, se publican en un mismo número dos ejercicios que corresponden a los años 2020 y 2021. Esto demuestra el efecto que tuvo el Covid-19 en la Administración de Justicia, que llegó a estar paralizada con la sola excepción de los servicios esenciales. Tiempo habrá para hacer un análisis de estos hechos históricos así como de los retos a los que todavía hoy tenemos que hacer frente derivados de la reanudación de la actividad jurisdiccional.

La administración de Justicia es un pilar básico e insustituible para el buen funcionamiento de nuestro sistema democrático. Una adecuada producción legislativa, pegada a la realidad social y sus necesidades, y la correcta aplicación de las normas son elementos esenciales para garantizar los derechos y libertades de todos los ciudadanos, que es en definitiva el sustrato fundamental que asegura la convivencia democrática y pacífica de nuestra sociedad.

Por eso es importante resaltar la profesionalidad, el rigor y la ejemplaridad con que en Aragón se trabaja en los diferentes ámbitos relacionados con el Dere-

cho. El buen hacer de esta Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, presidida por José Luis Merino Hernández, es perfecta muestra de esa labor que se lleva a cabo en nuestras instituciones jurídicas y judiciales, desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza hasta nuestros tribunales, con sus jueces y fiscales, pasando por el Colegio de Abogados o el Justiciazgo. Desde todas ellas, en sus diferentes atribuciones y competencias (académicas, administrativas, divulgativas, profesionales...) se presta un servicio impagable al conjunto de la sociedad que redunda en su avance y mejora.

Creo de justicia resaltar la brillantez con que en los últimos años el sistema judicial, y muy especialmente el Tribunal Supremo, ha abordado la deriva ilegal del independentismo catalán, sin duda el mayor desafío lanzado contra nuestro sistema constitucional.

Los españoles debemos estar orgullosos de ese sistema judicial que garantiza las libertades y derechos de todos por igual en todas las comunidades de España. Y eso es así gracias al trabajo de jueces, magistrados y fiscales, que desarrollan un desempeño de enorme relevancia en el fortalecimiento de nuestra sociedad y en el mantenimiento de los preceptos y valores de nuestro sistema constitucional. Quienes pretenden saltarse las normas para conseguir sus objetivos políticos tienen que saber que van a tener enfrente siempre la razón y el peso de la ley. Porque en nuestro sistema democrático cabe cualquier ideología, pero sólo siempre y cuando respete las leyes que nos hemos dado para garantizar nuestra convivencia.

Quiero aprovechar también estas líneas para expresar la firme voluntad del gobierno que presido por defender la independencia del poder judicial y por mantener desde el Ayuntamiento de Zaragoza una adecuada relación institucional, basada en el respeto a la ley y a las decisiones emanadas de jueces y tribunales. Es muy importante que desde las otras administraciones y poderes públicos respetemos su trabajo y dignidad. Porque nuestro reto es, no solo impulsar las instituciones públicas que dirigimos, sino la mejora de la sociedad democrática que entre todos construimos día a día. Siempre con la Constitución y el ordenamiento jurídico como garantes supremos de los derechos y las libertades de todos los ciudadanos.

Finalizo estas palabras con el deseo de que esta Academia prosiga en los años venideros con su excelente línea de trabajo, en la cual considero muy positivo el convenio de colaboración que suscribió con el Ayuntamiento de Zaragoza en 2018 con el objetivo de promover y difundir el Derecho aragonés, privado y público.

**DISCURSOS  
DE  
INGRESO**



# **LAS ENSEÑANZAS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN ARAGÓN.**

## **Los casos más mediáticos de estos últimos años.**

Excmo. Sr. Don Juan Carlos Zapata Híjar

### **1. INTRODUCCIÓN.**

Para JOAQUÍN COSTA: *Dos cosas han llegado al máximo que se podía llegar: la escultura en Grecia y la libertad civil en Aragón*<sup>1</sup>. Por eso una de las frases que más ha calado en el imaginario de esta tierra, es la siguiente “*Aragón se caracteriza por el derecho*”.

Si Costa levantase hoy día la cabeza, desde su tumba del cementerio de Torrero, actualizaría la frase y añadiría socarronamente: “*Y usa y abusa del derecho, a su antojo. Si no hay juez que lo remedie. Y a veces aún habiéndolo*”.

Costa no solo se dedicó al estudio del derecho consuetudinario y positivo de su época, sino que por esos azares del siglo que le tocó vivir, y tras una carrera diríamos convulsa como notario y político, que a eso también se dedicó, ejerció ya en la madurez de su vida de Abogado donde utilizó no solo su sabiduría jurídica, sino su inusitada cabezonería aragonesa en deshacer pleitos.

Muy conocido fue el pleito de La Solana, su tío y mentor el presbítero Salamero Martínez, abogó por él y lo recomendó a los tres sacerdotes implicados que lo contrataron. El hacendado manchego Javier Bustillo y Mena legó a los pobres una masa patrimonial formada por numerosas propiedades anteriormente heredadas por él, de su hermana Concepción Bustillo y Mena, viuda de Remón, para lo

---

<sup>1</sup> Discurso en lo que hoy es la Academia de Jurisprudencia y Legislación de España el 18 de febrero de 1881.

que habían sido instituidos fideicomisarios tres eclesiásticos a los que el testador había dado instrucciones con las que cumplir su voluntad y la de su hermana Concepción. Sin embargo, circunstancialmente, esta última no figuraba en el testamento, si bien ello, a la fecha de la formalización notarial, en modo alguno era requisito legal. Por otra parte, el causante, Javier Bustillo y Mena, suscribía posteriormente un segundo testamento en el que, conservando la validez del anterior, instituía heredero a su administrador, llamado Vidal Núñez Polo. En este último testamento no se incluyen las obligaciones testamentarias y eso fue la causa del pleito<sup>2</sup>. Costa ganó en la inteligencia de que ganar, era que los bienes finalmente fuesen a parar a los pobres de la zona, pero se le vino encima la maldición del gitano “pleitos tengas y los ganes”. Pues tras la primera sentencia alguno de los sacerdotes, desoyendo la voluntad del causante vendió ventajosamente parte de las fincas al Obispado y Costa tuvo que solicitar la nulidad de esa venta. Once años de pleitos en los años finales de la vida de nuestro jurisconsulto. Fue necesario todo el Siglo XX para finalizar las contiendas, constituyendo actualmente el Legado Bustillo un patrimonio que ayuda a los desfavorecidos de la zona. Pero por encima de esto Costa consiguió que el Tribunal Supremo sentase doctrina sobre la sustitución fideicomisaria, que antes carecía de fuerza de obligar y ahora permite por su fuerza de disponer, anular segundos testamentos y ventas posteriores.

Tomando el relevo de Costa, y desde que la Constitución Española en su artículo 103.1 dejó dicho, que *La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho* y en su art. 106.1 que *Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*, son muchos los procedimientos sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa que han puesto a prueba el sistema judicial en su conjunto. Abogados, donde incluyo a los de las Administraciones Públicas, Procuradores, Jueces y Letrados de la Administración de Justicia, por un lado, particulares, asociaciones de todo tipo y ralea, y alcaldes, Concejales, Presidentes autonómicos y Consejeros por otro, han sido actores y partícipes en estos procesos.

Aquí daré cuenta de una lista muy personal y mediática de estos procedimientos, que son famosos por que son de interés general y públicos, pues públicos son los conflictos que se suscitan. Pero junto con lo relevante del comportamiento

---

<sup>2</sup> Notas tomadas de “Una mirada a Joaquín Costa como jurisconsulto en el foro” de D. Antonio Baso Andreu en Anales de la Fundación Joaquín Costa nº 27/2013.

de los indicados actores y del resultado final, a veces descorazonador, porque en muchas ocasiones no se alía con nuestros deseos, a lo que me voy a dedicar en estas líneas es a exponer junto con el caso, las lecciones que estos pleitos, nos dan. Qué hemos aprendido de ellos. O qué debemos aprender.

Comprenderán que, en esta lista, no están todos los que son, pero sí son todos los que están. Solo he excluido aquellos asuntos, todavía no firmes, intentando traer asuntos de todas las materias y de todos los lugares.

Pero veamos cuantas Solanas, podemos rescatar de la historia de los pleitos contenciosos en Aragón.

## **2. LA LICENCIA DE ACTIVIDAD DEL CENTRO COMERCIAL PRÍNCIPE FELIPE.**

D. José Ortega y Gasset decía: *“Todo esfuerzo inútil, conduce a la melancolía”*. Y parece que esta frase está pensando en este pleito por lo que diré.

A finales de 1998, justo cuando entró en vigor la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y se pusieron en funcionamiento los nuevos Juzgados de lo Contencioso, se dio licencia para instalación y actividad a un nuevo Centro Comercial denominado en aquél momento Príncipe Felipe y ahora Utrillas Plaza, en el Residencial Parque Bruil, también de nueva construcción. Se trataba de ubicar en el centro de una plaza formada por viviendas de cinco alturas un centro comercial de más de 25.000 metros cuadrados, realizando un nuevo edificio que ocupa la planta baja de la plaza y las plantas bajo rasante.

Ya comenzó litigiosamente la convivencia entre los moradores de los edificios y el propietario del centro comercial, pues la promotora fue condenada por publicidad engañosa dado que no se había contemplado la construcción del Centro Comercial y lo que se preveía en un principio era zona verde. Por eso fue condenada<sup>3</sup> por haber infringido la oferta y publicidad sobre la construcción de la plaza diáfana colindante a las viviendas, indemnizando a los propietarios de las viviendas, con una suma equivalente al importe de la ejecución de la obra necesaria para remodelar la plaza diáfana colindante con la vivienda en los términos ofertados y publicitados.

En aquellos años, contienda que sigue en la actualidad, los pequeños y medianos comerciantes veían con preocupación la instalación de grandes centros

---

<sup>3</sup> Aunque en un principio el titular del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Zaragoza por Sentencia de 26 de mayo de 2003 condenó al derribo del edificio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de marzo de 2004, anuló esa condena, pero ratificó la indemnización.

comerciales. Interpuso recurso contra ambas licencias la “Federación Profesional de Empresarios de Comercio de Zaragoza”. Por motivos temporales la licencia de instalación fue tramitada en el Tribunal Superior de Justicia<sup>4</sup> y la de actividad ante el recién creado Juzgado de lo Contencioso Uno de Zaragoza, del que yo era titular en aquellos años. A este último me voy a referir.

Se denunciaba que no había sido tramitada correctamente la autorización comercial. La Ley de Cortes de Aragón 9/89 de 5 de octubre de Ordenación de la Actividad Comercial en Aragón, regulaba la cuestión, pero había deslegalizado la autorización comercial, remitiendo su autorización a la aprobación del Plan General para el Equipamiento Comercial en Aragón. Como quiera que, tras la ley, se había aprobado por Decreto 124/1994 del Gobierno de Aragón el citado Plan General Comercial de Aragón, se denunciaba que el informe previo urbanístico que contemplaba ese Plan y que permitía la autorización no era conforme a derecho. Pero con posterioridad este Plan fue anulado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón<sup>5</sup>, la Sentencia del Juzgado desestimó este motivo, pero no el segundo y subsidiario que se planteó.

El centro comercial estaba ubicado, como hemos dicho en el centro de la plaza y en el se localizaban más de 25.000 metros cuadrados de superficie comercial. El Juzgado anuló la licencia<sup>6</sup>, porque se habían incumplido tres requerimientos urbanísticos.

El primero que, dado que se trataba de un Centro Comercial con una superficie construida superior a 4000 m<sup>2</sup>, era preciso que con carácter previo se hubiera aprobado un instrumento urbanístico de planeamiento (Plan Especial o Estudio de detalle) en el que se establezcan las condiciones de ordenación, accesibilidad, estacionamiento, carga y descarga y localización de usos o actividades (art. 2.2.11.3.d del PGOU de Zaragoza).

El segundo que el hecho de que se hubiera localizado uso comercial bajo rasante no permitía autorizar la gran cantidad de metros de centro comercial que se autorizaba por la licencia, dado que los previstos en el Plan eran poco más de

---

<sup>4</sup> La STSJ de Aragón de 28 de julio de 2004 anuló la licencia de instalación, basándose en la nulidad de la licencia de actividad que había sido decretada por el Juzgado nº1 de 22 de noviembre de 2000, y que fue confirmada por STJ de Aragón de 14 de junio de 2002.

<sup>5</sup> Plan General para el Equipamiento Comercial de Aragón se aprobó mediante Decreto 124/1994, de 7 de junio del Gobierno de Aragón y fue anulado por sentencia del TSJ de Aragón de 22 de mayo de 1998, quedando la norma sin efecto alguno hasta que en virtud de Decreto 112/2001, de 22 de mayo del Gobierno de Aragón, se aprobó un nuevo Plan General.

<sup>6</sup> Sentencia de 22 de noviembre de 2000, ratificada por TSJ de Aragón por Sentencia de 14 de junio de 2002 (ponencia Nerea Juste).



6.000 m<sup>2</sup>. El razonamiento efectuado por el Ayuntamiento era que como los usos bajo rasante no consumían edificabilidad, tampoco debían consignarse en el plan que lo autorizase. Algo que el Juzgado no comparte razonando: *Los usos comerciales ya estén ubicados en una planta cuya superficie se compute a efectos de edificabilidad, ya se computen en una planta bajo rasante, generan necesidad de ordenación, en cuanto a accesos, estacionamiento, carga y descarga y ubicación de usos, por lo tanto, sólo si están previstos en el Plan Especial que como instrumento intermedio requiere la norma, es posible la autorización de la instalación posterior. Si en el modificado del Plan, estos usos no se contemplan, no cabrá el control aludido sobre los mismos y por lo mismo, la licencia posterior que se conceda en base a esa ordenación urbanística se habrá concedido, sin que la Administración municipal haya podido hacer efectiva la exigencia del Plan General.*

Y en tercer lugar el Juzgado sostiene que si el uso principal es vivienda, y solo complementario el comercial, no es admisible que el 30 % de los metros autorizados sean comerciales, creando así un centro comercial que no es complementario de las viviendas, sino principal y para un uso generalizado y mucho más amplio en cuando a los usos que los precisos para el complejo residencial al que sirven.

Visto los motivos que dieron lugar a la nulidad, la verdadera batalla empezó después al intentar ejecutar la Sentencia. La idea del Ayuntamiento desde el principio fue legalizar la construcción, aprobando un nuevo modificado del Plan Especial que contuviese usos comerciales bajo rasante. Pero mientras no se aprobaba el Juzgado seguía requiriendo el cumplimiento de la Sentencia, acordando el cierre del establecimiento, pues no debemos de olvidar que la anulada era la licencia de actividad<sup>7</sup>.

Todo ello hasta que, por fin, el Ayuntamiento aprobó el modificado otorgó uso comercial al bajo rasante y solicitó la legalización. La Federación se opuso, pero dado que el Juzgado no era competente para anular esta disposición (art. 103.5 de la LRJCA), aunque considerase que solo se había aprobado para evitar el cumplimiento de la Sentencia, en un fraude de ley, declaró la imposibilidad de cumplimiento, eso sí indemnizando por perjuicio moral a la Federación en 300.000 euros<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> El Juzgado dictó reiterados Autos en los que sostenía que no se podía suspender la ejecución de la Sentencia, sino se había aprobado el modificado del Plan. Auto de 3 de abril de 2003 confrmado por STJ de Aragón de 18 de marzo de 2005, Auto de 13 de enero de 2004, confrmado por STSJ de Aragón de 30 de noviembre de 2005-

<sup>8</sup> El Auto de 15 de septiembre de 2004, fue confrmado por STSJ de Aragón de 18 de enero de 2007.

Ahí parecía que se había acabado la batalla judicial para la Federación, con un resultado no satisfactorio para ella, pero interpuso recurso directo contra el modificado del Plan Especial y aunque el TSJ en Sentencia de 15 de septiembre de 2011, desestimó el recurso el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de abril de 2014, anuló el modificado del Plan Especial razonando:

*de todo lo actuado se deduce que, a partir de la firmeza de esa sentencia, no hubo en momento alguno voluntad de cumplirla y cuando el Juzgado fijó un plazo perentorio para la cesación del uso comercial en planta bajo rasante, el Ayuntamiento aprobó, en sesión extraordinaria y urgente, definitivamente la Modificación Puntual planteada por la titular de la licencia de instalación anulada por sentencia firme con el eufemismo de « dar cumplimiento a la sentencia », cuando la realidad, como demuestran los hechos acaecidos, es la contraria.*

*No explica la Sala de instancia en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida que el interés en aprobar la cuestionada Modificación Puntual sea el general del Municipio sino que se erige como razón de ser de la misma el muy concreto y singular de no cerrar o clausurar la actividad ejercida bajo rasante que imponía la sentencia firme pronunciada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo por las razones que la propia Sala de instancia recoge en el párrafo tercero del tan repetido fundamento jurídico cuarto, que hemos transcrito en el antecedente segundo de esta nuestra sentencia.*

*Al tener la Modificación Puntual del Plan de Reforma Interior como finalidad primordial eludir el cumplimiento de la sentencia firme que anuló la licencia de actividad, la sentencia ahora recurrida ha infringido lo dispuesto en el artículo 103.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el cual son nulas de pleno derecho las disposiciones contrarias a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento, y, por tanto, se ha vulnerado también el derecho a la tutela judicial efectiva, contemplado en el artículo 24.1 de la Constitución, en relación con el artículo 118 de la misma, como derecho al cumplimiento de las sentencias firmes, lo que determina la estimación del segundo de los motivos de casación invocado por la representación procesal de la Federación recurrente con la consiguiente anulación de la sentencia recurrida.*

Todo este avatar litigioso nos lleva a concluir.

1) Lo importante de las medidas cautelares. Si el Juzgado hubiera suspendido la obra cuando se le solicitó, se hubieran evitado 14 años de ejecución, si es que esta ha acabado.

2) El Juez de ejecución debe de tener competencia plena para ejecutar la Sentencia. Si la Administración burla la ejecución dictando normas generales, en este caso un modificado del Plan Especial, el juez debe de poder anular o suspender esa norma para el bien de la ejecución. La norma que prohíbe esta posibilidad debe ser anulada por contraria al art. 24 de la Constitución.

Y 3) La Administración solo debe actuar en base al interés general y dentro del interés general está el cumplimiento de las Sentencia firmes, que constituyen parte de su función.

### **3. LA PARALIZACIÓN DE LA REFORMA DEL ESTADIO DE FÚTBOL DE LA ROMAREDA.**

Este asunto nos debe recordar el refrán: “*Quién da primero, da dos veces*”, o si lo llevamos al mundo jurídico “*Prior in tempore, potior in iuri*”, pues ambos brocados llevan a la conclusión de que, en derecho, y en la vida, hacer primero una cosa te coloca en mejor posición que el que viene detrás. Dado que en este caso debemos manifestarnos en términos futbolísticos, sería como la ventaja de quién comienza el partido goleando, o la importancia de la primera canasta en baloncesto.

El Estadio de la Romareda, fue construido en el año 1957 y a pesar de que acogió en su día, grandes eventos deportivos y musicales, ya lleva años precisando de una reforma integral en consonancia con la capital de Aragón y con el equipo que juega en él, el queridísimo Real Zaragoza.

En el año 2002, el añorado alcalde de la ciudad José Atarés presentó al también añorado presidente del Real Zaragoza, Alfonso Sólans la maqueta realizada por Ricardo Bofill del nuevo estadio en Valdespartera, un barrio entonces de nuevo desarrollo, pero su construcción fue descartada por el nuevo equipo municipal<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> En 2008, el Ayuntamiento de Zaragoza, tras un cambio en la coalición de gobierno, anunció el acuerdo para que el nuevo campo se ubique en el distrito de San José. El 1 de febrero de 2008, cuatro de los cinco grupos políticos municipales anunciaron su acuerdo para construir el nuevo campo en una zona cercana al tercer cinturón, el barrio de San José, el Pabellón Príncipe Felipe y la futura estación de cercanías de Miraflores. El 29 de julio de 2008, se anunció que el aragonés Joaquín Sicilia diseñaría el Nuevo estadio de San José que tendría una capacidad de 43.000 espectadores pudiendo ser ampliado hasta los 50.000. La obra costaría 103,5 millones de euros, según los cálculos del Ayuntamiento. La construcción debería haber comenzado a mediados de 2009 y haber estado lista en 24 meses. En febrero de 2011, se anunció el aplazamiento ‘sine die’ de la construcción del Nuevo estadio de San José. El actual alcalde de Zaragoza, Jorge Azcón (PP) está promoviendo el proyecto de reforma integral del estadio, con un coste de 70 millones de euros, financiados por la enajenación de espacios comerciales, patrocinios y por el propio Real Zaragoza, sin suponer por tanto inversión municipal.

El gobierno PSOE, CHA, IU, presentó la reforma de la Romareda en el año 2005, que fue recurrida por los partidos de la oposición municipal PAR y PP que habían votado en contra. El recurso presentado por dos concejales del PAR recayó en el Juzgado de lo Contencioso nº 2 cuyo titular era en aquel momento el magistrado D. Javier Albar García al que con posterioridad se acumularía el recurso del PP.

La interposición del recurso llevaba en el otrosí la solicitud de la suspensión de los actos recurridos que eran la decisión de reforma del Estadio que iba a ser abonada al acabar las obras con la permuta del suelo colindante al estadio para uso terciario y la adjudicación del contrato a la UTE formada por Acciona Infraestructuras SA y Sacyr SA.

El Juzgado tramitó la solicitud de suspensión, oyó por supuesto al Ayuntamiento, pero también al Real Zaragoza, Comunidad Autónoma de Aragón y a las empresas adjudicatarias y por Auto de 17 de abril de 2006 suspendió los actos recurridos, previa caución (que fue prestada) de 200.000 euros.

La magnitud de la obra, la importancia que tuvo para la sociedad aragonesa en general y para los aficionados en particular, acertar con la mejor solución para el futuro del campo, fue proporcional al esfuerzo y razonar del Juez en su resolución. Eso sí, no podemos de dejar indicar que el campo, sigue ahí, igual que el Zaragoza en Segunda, sin que ni a uno, ni a otro, nadie los rescate y los ponga en el lugar que merecen.

Tres son las valoraciones que hizo el Juez para suspender la obra.

Primero. La pérdida de finalidad del recurso. Si la obra no se paraba, el recurso perdía su finalidad, dado que se acabaría antes de finalizar el pleito, con el evidente riesgo de que, con posterioridad, se consolidase sin posibilidad de vuelta atrás, una obra ilegal.

Segundo. La valoración de los intereses en conflicto. Aquí el magistrado hace un valiente ejercicio de prospectiva, analizando que pudiera ocurrir si la obra se suspende o no. Para los aficionados da ternura y orgullo, por no decir otra cosa, comprobar que un interés a proteger era el que el estadio tuviera la calificación de 5 estrellas de la UEFA, y que pudiera tener una cabida de 50.000 espectadores, en previsión de que el Real Zaragoza siguiera compitiendo en Europa<sup>10</sup>. Y haciendo

---

<sup>10</sup> El auto hace referencia incluso a la “desgraciada debacle del 12 de abril” en alusión a la derrota en la final de la Copa del Rey de ese año con el Espanyol. Piénsese que aquel año el Zaragoza había llegado a la final eliminando sucesivamente al Real Madrid y al Barcelona, con severas derrotas.

estado de la cuestión valora de forma favorable a la suspensión, aludiendo al ahorro que pudiera producirse de demorar el inicio de las obras, pues se preveía el pago por permuta en aquel momento.

Y Tercero. El *fumus boni iuris* o apariencia de derecho. El Juez considera que es imprescindible analizar la seriedad del recurso y determinar que solo si el recurso tiene apariencia de que puede ser estimado, es posible suspender la actuación recurrida. Desmenuza los argumentos de fondo y admite que para que la permuta sea válida, el edificio que se entregará en pago por las obras de reforma debería tener un precio cierto<sup>11</sup>, algo imposible de acreditar porque la edificabilidad del mismo dependerá de un futuro Estudio de Detalle que determine qué cantidad de metros construidos, tiene uso comercial, u hotelero, por ejemplo. Además de ello ve dudoso no se incumpla la normativa sobre Patrimonio de Suelo<sup>12</sup>, que obliga a dedicar las ganancias de una venta de suelo público, a determinadas usos, entre los que no se encuentra el pago de la reforma del Estadio, así como la eventual vulneración de la normativa autonómica sobre grandes superficies<sup>13</sup>

El Estadio no se reformó, quedose como estaba. Y el recurso contra la reforma acabó con Sentencia estimatoria, que no llegó a apelarse, por lo que devino firme. La causa de ello no fue la avenencia de las partes con la misma, sino que hubo un cambio en el consistorio y finalmente la mayor parte de las fuerzas políticas llegaron a un acuerdo para construir un nuevo campo de fútbol en San José, más allá de la Estación de Miraflores y del Pabellón Príncipe Felipe. Lamentablemente tampoco este nuevo estadio, se construyó.

Se recurrió en apelación el Auto de suspensión y en una decisión que yo no comparto, la Sala de Aragón<sup>14</sup> declaró que el recurso de apelación carecía de objeto, por dos motivos, porque ya no se iba a reformar y porque se había dictado Sentencia en primera instancia. Nos quedamos por tanto sin saber si el Auto era conforme o no a derecho.

Las conclusiones que podemos extraer de este caso son:

---

<sup>11</sup> Art. 14 del vigente en aquellos momentos Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y art. 189.2 de la Ley 7/1999 de 29 de abril de Administración Local de Aragón.

<sup>12</sup> Art. 3 de la Ley 24/2003 de 26 de diciembre de medidas urgentes de política de vivienda protegida.

<sup>13</sup> Decreto 172/2005, de 6 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Equipamientos Comerciales en Gran Superficie de la Comunidad Autónoma de Aragón.

<sup>14</sup> Sentencia de 19 de febrero de 2009 (ponente Isabel Zarzuela)

1º) Las decisiones de calado deben de adoptarse por consenso de las fuerzas políticas. Hay que buscar el acuerdo sin desfallecer.

2º) La importancia de la medida cautelar en este caso, es primordial. Si no se hubiera adoptado la obra ilegal se hubiera llevado a cabo.

3º) Sin entrar a valorar la incidencia que tiene el haber dictado la Sentencia en primera instancia, a mi juicio un recurso de apelación no queda sin sentido, porque se hayan adoptado nuevas decisiones administrativas que determinen que no se va proseguir la obra. El Tribunal Superior debe determinar si la decisión cautelar fue correcta o no, en el momento en que se adoptó. Si esto no se hace así se vulnera la función más relevante de un tribunal de apelación, que es controlar la decisión realizada en el momento en que se efectuó.

#### **4. LA CATALOGACIÓN COMO BIENES DE INTERÉS CULTURAL DE LOS BIENES DE LA FRANJA.**

Para calificar este pleito, han de mirarse aquellas postales de los años 60, en las se veía a un baturro sobre un pollino, caminando sobre las vías del tren, al fondo una máquina que se le acerca y el del cachirulo diciendo: “*chuça, chuça, que como no te apartes tú*”.

La larguísima contienda que enfrenta a la Generalitat de Cataluña con Aragón por la posesión y propiedad de los bienes denominados de la franja tuvo también su proceso contencioso administrativo.

Como es sabido en el año 1995, 111 parroquias aragonesas que hasta ese momento dependían del Obispado de Lérida, pasaron al nuevo Obispado de Barbastro-Monzón, la intención de la medida era clara, hacer coincidir las provincias eclesiásticas con las administrativas. Como quiera que muchos de los bienes sacros de aquellas, en la mayor parte pequeñas parroquias de la franja –se llama así a la zona de Huesca más próxima a Lérida-, estaban depositadas bien en Lérida, bien en otros municipios catalanes, para protegerlas, restaurarlas o en simple préstamo, los titulares del Obispado de Barbastro comenzaron a reclamar a sus homólogos catalanes la devolución de estos. La reclamación tuvo un primer episodio ante los tribunales eclesiásticos que fallaron a favor de la reclamación aragonesa, con escaso éxito en la ejecución. Y tras ello –ex equatur incluido- y auxiliado por el Gobierno de Aragón, se inició una batalla en los Juzgados de Huesca reclamando la posesión y propiedad de estos bienes.

Pero además de esta vía civil, el Gobierno de Aragón catalogó en el año 2010, a estos bienes protegiéndolos como Bien de interés cultural y algunos como Bienes inventariados, al amparo de la norma autonómica, Ley 3/1999 de 10 de

marzo de Patrimonio Cultural Aragonés. Con anterioridad el Conseller de Cultura de la Generalitat había incluido en el Catálogo del Patrimonio Cultural Catalán la colección formada por 1810 objetos del Museu, entre ellos las piezas litigiosas. Este Museo radicado en Lérida, está constituido por la Generalitat de Catalunya, el Ayuntamiento y la Diputación Provincial de Lleida, el Consejo Comarcal del Sagriá y el Obispado de Lleida.

Entre otros la Generalitat recurrió la decisión del Gobierno de Aragón, que incluso había ejercido el derecho de retracto de alguna pieza vendida mientras estaba en depósito<sup>15</sup>. El argumento más definitivo que utilizó Cataluña es que si esos bienes ya estaban protegidos por la Ley Catalana desde el año 1999, ahora no cabía esa nueva protección por la Ley Aragonesa, con ello se vulneraba el principio de territorialidad, según el cual cada Comunidad Autónoma debe de ejercer sus competencias en su territorio y los bienes están, o estaban, en Cataluña.

Las Sentencias del TSJ de Aragón dictadas en el año 2013 por la Sección Primera<sup>16</sup> fueron desestimatorias, confirmando la competencia autonómica para declarar esa protección a pesar de que con anterioridad las mismas piezas ya habían sido declaradas bien de interés cultural por la Comunidad autónoma de Cataluña. Las Sentencias fueron recurridas en casación y confirmadas por el Tribunal Supremo<sup>17</sup>.

La Sala de Aragón y el Tribunal Supremo cuestionan si la declaración de protección cultural del Gobierno de Aragón vulnera el principio de territorialidad, que define la actuación de los gobiernos autónomos. Dado que la orden de declaración de protección de los bienes se ha efectuado cuando éstos, no están en Aragón, estando además protegidos por Cataluña.

El Tribunal Aragonés tuvo claro que siendo los bienes de Aragón, algo no discutido, la Comunidad Autónoma podía adoptar esa decisión. Esto fue ratificado por el Tribunal Supremo que indica que las políticas de protección del patrimonio, también se pueden ejercer fuera de Aragón. Y es que la Ley del Patri-

---

<sup>15</sup> Se trata de las SSTJ de Aragón de la sección de refuerzo de 30 de abril de 2013, confirmadas por STS de 23 de mayo de 2015 (ponencia Ignacio Martínez Lasierra). El 30 de octubre de 2014, el Museo de Lérida devolvió la primera pieza una parte de la tabla de la Virgen de la Resurrección, de la Iglesia de Benabarre y lo hizo, entregándola en la sede del TSJ de Aragón.

<sup>16</sup> Sentencias de 28 y 29 de mayo de 2013, (ponencia de Jesús Arias, Isabel Zarzuela y Nerea Juste)

<sup>17</sup> Son dos Sentencias de 23 de mayo de 2015 y 5 de 26 de mayo de 2015, todas ponencia de D. José Luis Requero.

monio Cultural Aragonés ordena a la Administración aragonesa que utilice (“utilizará”) «... *todos los medios disponibles a su alcance a fin de asegurar el retorno a Aragón de aquellos bienes del Patrimonio Cultural Aragonés que se hallen fuera de su territorio, y elaborará, en colaboración con otras Administraciones, una relación pormenorizada de los bienes que se encuentran en tal situación*» (artículo 7).

No admite el Supremo, como sí hacía la Sala de Aragón, que la declaración de protección catalana tras la protección aragonesa haya quedado sin eficacia, lo que le lleva a estimar que es posible una doble protección. Y ello entendiendo que la protección catalana solo será factible en términos de provisionalidad, esto es mientras esté en su territorio. Lo que determina que sea válida la declaración de bien de interés cultural en Aragón, tanto en el periodo de recuperación, como en el posterior cuando se encuentre en territorio aragonés.

Es claro que el conflicto se resolvió por el Tribunal Supremo, facilitando la recuperación de los bienes. Por lo que la conclusión evidente y la enseñanza que debemos de obtener de todo ello es que la justicia es lenta, pero es la vía para la solución de conflictos, incluso interadministrativos, cuando los motivos jurídicos de una de las partes no son sino excusas para no cumplir lo que todas las jurisdicciones (eclesiástica, civil y contenciosa) demandan.

Ayuda desde luego la constancia aragonesa, en este caso proverbial.

## **5. LA ADJUDICACIÓN DEL SERVICIO DE AUTOBÚS URBANO DE ZARAGOZA.**

*“Para excluir con razón hay que motivar, para excluir sin razón, hay que inventarse la razón”*. Esta frase es mía, pero va al pelo con el siguiente caso.

Finalizado el periodo de concesión del servicio de autobuses de Zaragoza, se convoca nuevo concurso. Se aprueban las bases de esa licitación y entre otro clausulado se impone 1) que una vez adjudicado el concurso la empresa debe constituirse en Sociedad Anónima, 2) La acreditación de la solvencia técnica, constituida por la experiencia relativa a la gestión de un contrato con igual objeto del licitado: servicio de transporte público urbano o metropolitano de viajeros mediante autobuses. Se entenderá acreditada siempre que dicha experiencia sea relativa a un contrato que dé servicio a 40 millones de pasajeros año o que se realicen 8 millones vehículo-kilómetro al año como mínimo. Dicha experiencia deberá corresponder a un contrato que esté en vigor o que haya expirado con una antelación máxima de tres años. (ii) La acreditación de experiencias en gestión de servicios de transporte público urbano o metropolitano de viajeros que de manera



acumulada representen experiencia en gestión de contratos que den servicio a 80 millones de pasajeros año o que realicen 16 millones de vehículos-km al año, acreditable mediante un máximo de cuatro contratos, que deberán estar en vigor o tener una antigüedad máxima (su expiración) de tres años. Los contratos para la acreditación de dichas experiencias deben corresponderse con contratos de gestión de servicio público de transporte urbano o metropolitano por autobuses no siendo válidos los interurbanos” y 3) se exige también la presentación de cuentas anuales de los tres ejercicios anteriores y la declaración del volumen global medio de los negocios.

Recorre esta decisión la cooperativa de trabajadores del transporte urbano, que quiere presentarse al concurso, pero que a la vista de este clausulado no puede. La Sala de Aragón<sup>18</sup>, con apoyo en normativa europea<sup>19</sup>, aprecia que estos requisitos no están justificados y que imponen una limitación a la competencia no admisible.

El Tribunal Supremo<sup>20</sup> ratifica la nulidad de las dos primeras cláusulas, no de la tercera, haciendo primar la libertad de contratación, sobre la exigencia de requisitos tanto técnicos, como profesionales no suficientemente motivados. El contrato podía prestarse por una Cooperativa y la experiencia, no puede acreditarse únicamente por la prestación anterior de un contrato similar.

Reitera que la transformación en sociedad anónima no es necesaria para la correcta ejecución del servicio y que la solvencia técnica puede acreditarse por otros medios distintos que los previstos. En realidad, tanto uno como otro Tribunal no pueden dejar de reseñar que no es posible imponer cláusulas limitativas en la admisión de un contrato público, que tengan como último fin, que solo el que estaba prestando el servicio pueda presentarse. Esta es la conclusión de este pleito, que ahora está en fase de ejecución.

## **6. EL COLEGIO ÁNFORA.**

*“Triste época la nuestra. Es más fácil desintegrar un átomo que acabar con un prejuicio”.* Albert Einstein.

Se trataba de un Colegio privado autorizado y concertado desde Infantil a Secundaria, en Cuarte de Huerva, como se sabe población necesitada de aulas

---

<sup>18</sup> STSJ de Aragón de 15 de junio de 2016 (ponencia mía).

<sup>19</sup> Directiva 2004/17 y 2004/18 sobre concesiones, fundamentalmente.

<sup>20</sup> STS de 10 de junio de 2020 (ponencia de Segundo Menéndez Perez).

al existir mucha demanda, dado que es una de las pocos pueblos, fuera de las capitales de provincia que habían crecido en población. En agosto de 2015, el Departamento de Educación requiere determinada documentación y se persona en las obras para inspección. El Colegio debía abrir ese curso. Tras esta visita, el Departamento deniega la autorización para impartir docencia, por no haber terminado las obras. El Ayuntamiento de Cuarte sin embargo concede la licencia de primera ocupación del edificio, cuando en agosto de 2015 faltaba por realizar las siguientes: Pavimentación del patio exterior, - Remates vierteaguas de salida de las aulas al patio infantil, - Falta de equipamiento en todas las aulas, - Remates entre pavimentación y rodapiés de las aulas de infantil y Delimitación exterior entre Fase I y Fase II, mediante vallado rígido.

Se interpuso recurso por los padres frente a la denegación de apertura y suspensión del concierto educativo, dado que sin la apertura no era posible concederlo. Por Auto de 3 de septiembre de 2015, el TSJ de Aragón, concede como medida cautelar positiva la autorización para la apertura del centro al comprobar que se han acabado las obras en su práctica totalidad y que tiene licencia municipal de apertura.

De la misma forma y dado que se había concedido la apertura por Auto de 9 de septiembre de 2015 se concede también la medida de levantamiento de la suspensión del concierto educativo.

Tras la tramitación del procedimiento la Sala estima el recurso<sup>21</sup> y razona:

*De lo expuesto se deduce la arbitraria por injustificada actuación de la Administración que partiendo ab initio de una sorpresiva y anómala inspección de las obras por el Secretario General Técnico del Departamento de Educación del Gobierno de Aragón, la Arquitecta del Departamento de Educación del Gobierno de Aragón y la Arquitecta y Arquitecta Técnico, ambas de la Unidad Técnica de Construcción del Servicio Provincial de Educación de Zaragoza el día 17 de agosto de 2015, en que debían concluirse; dictarse el mismo día la resolución de requerimiento para cumplimentar en 24 horas; presentarse la documentación requerida al día siguiente, 18 de agosto y, en el mismo día, realizarse nueva visita de inspección esta vez por las Técnicos de la Unidad de Construcción, se emite informe el día 19 de agosto que señala una serie de defectos, muchos de ellos subsanables como señalaron los Técnicos del Ayuntamiento de*

---

<sup>21</sup> En realidad, se trata de dos sentencias de 2 de abril de 2019 (ponencia de Isabel Zarzuela), resolviendo los recursos interpuestos uno por los padres del Colegio y otro por la entidad propietaria.

*Cuarte en los informes emitidos previamente al Decreto de la Alcaldía a aprobar la licencia de primera ocupación del centro , y, posteriormente, subsanados como consta en el citado informe del Técnico Municipal, y se reñeja en el acta de manifestación y presencia notarial, de fecha 20 de agosto de 2015; y, en un breve espacio de tiempo, sin que existiera requerimiento de subsanación a la Cooperativa, se dicta la resolución impugnada de 20 de agosto. Informe de 19 de agosto, desvirtuado por el del Arquitecto Técnico Municipal, respecto a que las obras estaban concluidas para la obtención de la licencia de primera ocupación, con defectos, que, en ningún caso, como indicaba, suponían inseguridad alguna para los alumnos -circunstancia especial y significativa que determinó la medida cautelar adoptada por la Sala en fecha 3 de septiembre del mismo año-, ni impedían la apertura del centro.*

La actuación era disconforme a derecho porque: a) ningún motivo urbanístico impedía la apertura del Colegio que tenía concedida la licencia municipal. b) El centro había sido autorizado por la Administración en un acto firme y no recurrido. y c) Satisfacía necesidades educativas en el municipio como era notorio.

Por ello y de forma relacionada, la Sala concede el concierto solicitado y que había sido suspendido hasta esta decisión.

La no apertura del Colegio Ánfora fue una decisión tomada con anterioridad a los informes técnicos sobre la cuestión y porque así venía en el programa electoral de la coalición que había vencido las elecciones. Y es claro que el derecho de los ciudadanos, está por encima de las decisiones políticas, no justificadas.

## **7. EL BARRIO DE POME CIA EN TERUEL.**

También este es un caso abierto. Que evidentemente no se va a solucionar con una sola Sentencia. Y que precisa de mucho trabajo del Ayuntamiento de Teruel y de otras muchas administraciones para su solución.

Se trata de unos terrenos propiedad particular, por herencia de sus padres, que desde antiguo habían sido ocupados de forma ilegal por terceros que habían construido viviendas de subsistencia. De hecho, parece claro que la familia propietaria, no había denunciado la ocupación hasta fechas relativamente recientes. El Ayuntamiento dado que los terrenos no habían sido urbanizados, y para mejorar la salubridad había ocupado igualmente otros terrenos también propiedad de la titular, donde había asfaltado calles y había implantado un colector de abastecimiento de agua, desde los años 80. Contra esa ocupación se interpuso un

interdicto de recobrar que terminó con Sentencia favorable a la actora de 30 de noviembre de 1988. No se expropiaron los terrenos y solicitó que así se hiciera por ministerio de la ley lo que dio lugar a la interposición de un recurso, en el que recayó Sentencia del TSJ de Aragón en la que condenaba al Consistorio a aportar plano topográfico con el que seguir el expediente. La recurrente además de otras iniciativas solicitó la recuperación de los terrenos ocupados por el consistorio para urbanizar el barrio y colocar el colector y en defecto de ello una indemnización.

En aquel proceso el Ayuntamiento de Teruel se opuso a la demanda e indicó que no se explicaba porque los causahabientes de la actora permitieron la ocupación. Niega la propiedad de la actora e indica que cree que los terrenos en parte fueron vendidos a una empresa de cerámicas, por el padre de la actora y parte cedidos a Cáritas Diocesana quien hizo las edificaciones para la gente más pobre y así surgió Pomecia. Indica que los ocupantes de esas fincas tienen una presunción posesoria por el plazo que ya llevan poseyendo. Admite que realizó la arteria de suministro, pero por los viales que nada afecta a la propiedad de la actora. Admite que no se expropió esos terrenos, aunque no considera que sean indemnizables, pues tuvo necesariamente que transcurrir por el terreno que dejaban libres las viviendas clandestinas. Admite que también se asfaltaron vías para mejorar la salubridad del barrio y que son provisionales.

El Juzgado de Teruel desestimó la demanda por prescripción y la Sala<sup>22</sup> estimó el recurso interpuesto por la actora, indicando que la acción mientras dure la ocupación de los terrenos es imprescriptible y por tanto no es de aplicación el plazo de prescripción de un año del art. 142.5 de la Ley 30/1992, que es el plazo para reclamar una responsabilidad patrimonial. En la Sentencia se añade que se ha acreditado la propiedad de los terrenos por la solicitante y que la ocupación

---

<sup>22</sup> STSJ de Aragón de 15 de febrero de 2017 (ponencia mía). Frente a ella interpuso recurso de revisión el Ayuntamiento al considerar que habían aparecido documentos nuevos que fue desestimado por el Tribunal Supremo por Sentencia de 15 de noviembre de 2018 (ponencia Nicolás Maurandi). En ese procedimiento se solicitaba que se anulase la indemnización dado que aparecieron documentos en los que constaba que el Ayuntamiento había abonado a la familia indemnización por la ocupación de los terrenos. El Supremo indica que el Ayuntamiento no ha probado que esos documentos hayan estado fuera de su disponibilidad, o de la posibilidad de ser aportados en su día al proceso contencioso-administrativo, por razones de fuerza mayor o por una actuación que sea imputable a la parte que se vio favorecida por la sentencia firme que aquí es objeto de revisión. No se ha acreditado la fuerza mayor que se dice ha impedido su aportación al proceso y por otra parte, esos documentos, que son de muy difícil lectura, tampoco permiten constatar que el concreto pago cuyo rechazo en ellos es invocado se corresponda con las concretas superficies a las que la sentencia de apelación refiere la ocupación que aprecia o tiene por probada.

de los actuales moradores de las viviendas, no lo es a título de dueño, por lo que es lícita la reclamación. Ha existido una vía de hecho al no existir expediente en el que fundar la ocupación y se condena a una indemnización pues no es posible devolver los terrenos a la propietaria, por haberse ejecutado la obra pública y construido la carretera, por lo que cabe apreciar en este momento la imposibilidad de restitución in natura.

En la actualidad la prensa<sup>23</sup> recoge la noticia de que la Alcaldía de Teruel, pretende aprobar un plan para regenerar el barrio de Pomecia, con la idea de que los residentes dejen las infraviviendas y los residentes tengan un empleo que les permita integrarse en la vida ordinaria de la ciudad.

La lección que nos debe dar este contencioso es que por mucho que los dirigentes políticos piensen lo contrario, los problemas no se resuelven, sólo por el paso del tiempo. El silencio nunca es la resolución adecuada ante una petición. Y este tipo de problemas de urbanismo y de convivencia, en el que tantos factores se conjugan, implica oír a todas las partes, a todos los servicios afectados, pero finalmente tomar las decisiones legales que más se ajusten a derecho, intentando satisfacer el interés general.

## **8. EL CAMBIO DE NOMBRE DEL PABELLÓN PRÍNCIPE FELIPE DE ZARAGOZA.**

Nada más acceder al cargo el nuevo alcalde de Zaragoza en julio de 2015, tomo la decisión de cambiar el nombre del Pabellón de deportes “Príncipe Felipe”, por el del recientemente fallecido José Luis Abós, que fue entrenador del club de baloncesto que jugaba en el citado Pabellón.

Solo dos formaciones ZEC y CHA, estuvieron a favor de esa decisión, no estando a favor el resto PSOE, PP y Ciudadanos. Recurrió el Grupo municipal del PP y pidió la suspensión, que fue concedida inaudita parte, llegándose a suspender los trabajos de repintado de la fachada a la vista de toda la ciudadanía.

Aunque a nadie le es ajena, la polémica acrecentada en los tiempos actuales sobre el apoyo que tiene o puede tener la monarquía en nuestro país, es evidente que cualquier cambio de calle, plaza, o instalación pública, no solo tiene que tener el consenso pacífico y necesario del que participan todas las decisiones públicas, sino algo que muchas veces se nos olvida. Deben de ser adoptadas por el órgano administrativo competente.

---

<sup>23</sup> Heraldo de Aragón de 22 de junio de 2020.

Esto no ocurrió así, en el presente caso. En la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4, firmada por su titular, Concepción Gimeno se indica:

*La atribución al entonces Príncipe Felipe, actual Felipe VI, Rey de España, tanto del título de Hijo Adoptivo de esta ciudad de Zaragoza, como de la denominación “ Príncipe Felipe ” al pabellón municipal que se estaba proyectando -en la zona de la Universidad, se decía- en el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza de 5 de mayo de 1986, ambos, eran honores y distinciones otorgadas al entonces Príncipe Felipe. Por consiguiente, razona la Juez de instancia que, ha de seguirse lo dispuesto en el Reglamento de Protocolo, Ceremonial, Honores y Distinciones del Ayuntamiento de Zaragoza, concretamente en su artículo 23, donde se exige la revocación por el mismo órgano que otorgó los honores concedidos. Ello significa que no podrá regirse el cambio de nombre por la Ordenanza de identificación y Rotulación de Vías y Fincas Urbanas, de suerte que es insuficiente a tal efecto con un acto del Gobierno de Zaragoza por delegación del órgano realmente competente, que es el alcalde. Rechaza las alegaciones del Ayuntamiento demandado y añade que la regulación contenida en el artículo 23 del Reglamento antedicho, se encuentra en sintonía con la regulación general de la revisión de actos administrativos, contenida en los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/92, atribuyéndose la competencia para la revisión de oficio de actos y disposiciones generales, conforme a lo dispuesto en el artículo 123.1 l) de la LRBRL al Pleno de la Corporación. Por todo ello considera nulo de pleno derecho el acto impugnado, al concurrir causa de nulidad prevista en el artículo 62.1 b) de la Ley 30/92.*

Este razonamiento fue confirmado por la Sentencia de la Sala de Aragón de 23 de marzo de 2018<sup>24</sup>, que además de ello indica, contestando a la apelación municipal:

*es que no se ha discutido que la denominación del tantas veces mentado pabellón debe ser considerada como un honor o una distinción y no mera identificación de un espacio público; que esto determina desde ese momento la aplicación al Acuerdo que pretende la red denominación -que es el acto realmente impugnado-, del régimen jurídico de honores y distinciones contenido en el reglamento municipal de 2008; y que conforme al mismo, para la revocación de un acto no agotado, porque pervive en sus*

---

<sup>24</sup> Ponencia de Juan José Carbonero.

*efectos y puede decirse que es continuado, se exige nuevo acto del mismo órgano que lo adoptó.* Dicho de otra manera, si se concedió el título de hijo adoptivo, junto con el nombramiento del Pabellón por el pleno, el pleno es el único órgano que puede adoptar esa decisión.

La relevancia de las cuestiones protocolarias, los giros de imagen de los actos públicos, las reprobaciones a personas o instituciones deben hacerse respetando escrupulosamente el principio de competencia. Más diría yo, ante la cantidad de actos de este tipo, que encontramos actualmente en España, estos cambios deben hacerse no solo cuando hay una mayoría matemática en el órgano de decisión, sino cuando hay un consenso histórico y este se ha asentado entre la población. Lo contrario es transformar un sentimiento de una parte del ideario político, en idea general, que indefectiblemente será cambiada cuando cambie la mayoría del órgano decisor.

## **LA ENSEÑANZA DE LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN.**

La Sala se enfrentó al control judicial de las decisiones administrativas en relación con la carga de la asignatura de religión en Educación Primaria, Educación Secundaria y Segundo de Bachillerato. Para la educación primaria la orden recurrida, modifica el currículo anterior reduciendo la carga lectiva de la materia al 50 % del horario que tenía en el Curso anterior<sup>25</sup>. Ahora según la Orden recurrida el horario de Religión para la Educación Primaria es de 45 minutos semanales, 4,5 horas en la etapa. En Secundaria la reducción es a una hora semanal y en segundo de Bachiller, se suprime la enseñanza de religión.

La Sala si bien suspendió, adoptando medida cautelar, el nuevo horario en Primaria y Secundaria<sup>26</sup> y adoptó como medida positiva el mantenimiento de la asignatura de Religión en segundo de Bachiller<sup>27</sup>, dictó finalmente Sentencias

---

<sup>25</sup> La Ley 2/2006 de 3 de mayo de Educación fue desarrollada en su momento por la Comunidad Autónoma por la Orden de 9 de mayo de 2007 y tras la entrada en vigor de la LOMCE (Ley Orgánica 8/2013 de 9 de diciembre, de mejora de la Educación) nuevamente fue desarrollado el currículo por Orden de 16 de junio de 2014. En esas normas el horario de la materia de Religión/ Atención educativa o Religión/ valores sociales y cívicos fue de 1,5 horas por curso (3 por ciclo o 9 para todo el nivel educativo).

<sup>26</sup> Auto entre otros de 25 de julio de 2016 -216/2016-

<sup>27</sup> (Auto de 23 de junio de 2016 -146/2016- La adopción de estas medidas cautelares posibilitaron incluso que tras las Sentencias desestimatorias, no se adoptase la ejecución provisional de Sentencia solicitada por el Gobierno de Aragón, tras la casación interpuesta por los recurrentes (Auto del TSJA de 6 de septiembre de 2017).

desestimatorias de las pretensiones anulatorias de los currículos de Primaria y Secundaria, estimando el recurso interpuesto contra la supresión de la asignatura de Religión en Bachiller, que consideró ilegal.

La Sentencia del TSJA de 13 de julio de 2017<sup>28</sup> confirma la carga de la asignatura en Secundaria e indica, que no se puede considerar que la asignatura no se da en condiciones equiparables, como exige el Acuerdo con la Santa Sede, razonando:

*según la referida jurisprudencia del Tribunal Supremo, no demanda un trato igualitario de la asignatura de religión con las demás, sino que admite diferencias siempre y cuando se salvaguarde aquello que necesariamente ha de ser preservado, como núcleo fundamental, y se preserve la libertad de opción entre unas y otras asignaturas y la no discriminación en cuanto a los efectos de tales opciones .*

Esta Sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de marzo de 2019 en la que se indicaba:

*Como se ha visto ya, ese argumento de la sentencia de instancia -coincidente con la jurisprudencia posterior de esta Sala- se centraba en que para integrar el concepto “condiciones equiparables” hay que estar, no tanto al dato del número de horas, sino a si con el nuevo horario es posible impartir la asignatura de Religión cuyo currículo publicó la resolución de la Dirección General de Evaluación y Cooperación Territorial del Ministerio de Educación de 11 de febrero de 2015. Tal cuestión pudo haberse atacado en la instancia y desde luego al preparar esta casación, si bien en ambos momentos lo litigioso se centró en la integración del concepto “condiciones equiparables”.*

*3º Sin embargo es en el escrito de casación cuando por vez primera se reacciona y se introduce una cuestión por entero nueva que, en puridad llevaría lo litigioso a otro aspecto: si el horario atribuido a una asignatura es coherente con un currículo, si es posible impartirlo y si del mismo modo que las Administraciones educativas fijan los horarios para las asignaturas troncales y específicas [cf artículo 6 bis.2.c).4º y 5º de la LOE ] cuyos currículos aprueban, si tal coherencia debe predicarse de la asignatura de Religión, cuyo currículo o contenido “señala” la autoridad ecle-*

---

<sup>28</sup> Esta sentencia ponencia de Jesús Arias, corresponde al recurso 182/2016 interpuesto por los obispos aragoneses y en el mismo sentido se dictó la Sentencia de 24 de julio de 2017 -166/2016-ponencia Isabel Zarzuela, en el recuso de los profesores de religión.



*siástica -por preverlo así el Acuerdo y la normativa estatal-, limitándose la Administración del Estado a publicarlo.*

La Sentencia que conlirma el currículo de primaria fue la de 12 de julio de 2017<sup>29</sup>, en la que específicamente y respecto de las condiciones equiparables se decía:

*La motivación de esta decisión.*

*La Sala no considera motivación suficiente como se hace en la contestación a la demanda, el hecho de que el mismo horario es el que ha adoptado el Ministerio y otras Comunidades Autónomas.*

*Evidentemente la motivación tiene que venir fundada en criterios técnicos y decisiones fundadas en el favorecimiento de una u otra materia sobre la que se concede más carga lectiva. En el expediente encontramos la Memoria complementaria firmada por el Director General de Planificación y Formación Profesional a la vista del Dictamen del Consejo Consultivo de 28 de julio de 2016.*

*Tampoco consideramos que exista justificación por el hecho de que haya una reserva de horario destinada a la autonomía de centro, pues ello en ningún momento garantiza que la asignatura se preste en condiciones equiparables, pues no lo es si queda a la decisión de cada Centro.*

*Si encontramos justificación en que la decisión esté basada en la Recomendación 2006/962/EC del Parlamento Europeo y Consejo de 18 de diciembre de 2006 que llama al reforzamiento de las materias básicas, en comunicación lingüística, matemática, ciencia y tecnología. En dar más carga lectiva a la Educación Física siguiendo recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, en fin en reforzar las competencias clave, sin dejar de reconocer que el fenómeno religioso, debe ser conocido analizado por los estudiantes y es parte y contenido curricular de varias asignaturas y materias de Primaria y Secundaria.*

*3º) No ha sido acreditado que el horario señalado para Primaria sea insuficiente para prestar la docencia que precisa la asignatura.*

*Para la Sala hubiera sido necesario que se hubiera acreditado de*

---

<sup>29</sup> Esta Sentencia ponencia mía, corresponde al recurso 216/2016 de los obispos aragoneses. En el mismo sentido se dictó la Sentencia de 19 de julio de 2017 -215/2016- ponencia Jesús Arias de los profesores de religión y de 27 de julio de 2017 -340/2017-, ponencia Juan José Carbonero, recurso interpuesto por el Sindicato USO.

*alguna manera que el horario finalmente establecido, era insuficiente para prestar esta asignatura en condiciones. Ninguna prueba e indicio se ha desplegado en este proceso para llegar al convencimiento de este Tribunal sobre la insuficiencia del horario para cumplir los objetivos mínimos de esta asignatura indicados en el currículo.*

*Tendría que haberse acreditado que con ese horario no cabe cumplir los objetivos mínimos de enseñanza que se aprobaron por la Resolución de 11 de febrero de 2015, de la Dirección General de Evaluación y Cooperación Territorial del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte que publica el currículo de la enseñanza de Religión Católica de la Educación Primaria y de la Educación Secundaria Obligatoria.*

*Por todo ello ha de desestimarse el presente recurso*<sup>30</sup>.

Finalmente, el TSJA resolvió si era obligatorio o no incluir en los currículos la asignatura de religión en Segundo de Bachiller, dando la razón a los recurrentes y decidiendo que sí lo era. En la Sentencia de 12 de julio de 2017 –recurso 146/2016- se fundamenta esta decisión a que el Acuerdo con la Santa Sede debe entenderse en el sentido, de que es obligatorio ofrecer esa asignatura en el Bachillerato, lo que ahora se corresponde con los dos cursos de Bachillerato, aunque uno de ellos se equipare con la edad que antes se cursaba el Curso de Orientación Universitaria, COU.

Contra esta Sentencia interpuso la Comunidad Autónoma recurso de casación<sup>31</sup> que finalmente ha sido desestimado por STS de 21 de octubre de 2019.

Como se ve el control del currículo, es completo y lo es además desde la confianza y garantía de tutela judicial, que da el hecho de que cuando es posible y frente a la impugnación de decisiones de calado, es preferible, sin duda, controlar la conformidad a derecho de las mismas, desde la situación fáctica anterior, esto es, manteniendo el statu quo, que existía antes, en este caso, el horario y clase de Religión que existía antes de la reforma. Es posible adoptar una medida cautelar y después desestimar el recurso.

---

<sup>30</sup> Esta rebaja en el horario de Primaria, incluso en el de Secundaria, ha sido considerada correcta por SSTS de 22 de noviembre de 2016 –recurso 3698/2015-, de 21 de febrero de 2017 -353/2016- y 22 de mayo de 2018 -3624/2015- referidas a Asturias, SSTS de 21 de marzo y 11 de julio de 2018 -1430/2017- referidas a Extremadura.

<sup>31</sup> El recurso fue admitido por ATS de 29 de enero de 2018 -4630/2017- y desestimado por la Sentencia indicada. En el mismo sentido el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de marzo de 2018 –recurso 1432/2017- referida a Extremadura, ha confirmado la doctrina expuesta por el Tribunal aragonés.

## **EL REGLAMENTO DE HONORES DEL AYUNTAMIENTO DE HUESCA.**

Se recurre por el Grupo municipal popular del Ayuntamiento de Huesca, el Reglamento del Pleno del Ayuntamiento de 29 de junio de 2016 por el que desestimando las alegaciones presentadas se aprueba el Reglamento Municipal de Protocolo y Ceremonial, y Honores y Distinciones. Se cuestiona la decisión de la Corporación de no acudir, como tal, a actos de carácter confesional y la Sala concluye que la Corporación es libre de hacerlo, ello no vulnera el principio de neutralidad. También se recurre la prohibición de que puedan asistir los miembros de la Corporación y el personal del Ayuntamiento a actos confesionales. Preceptos que son anulados por el Tribunal<sup>32</sup> al considerar que va en contra de la libertad religiosa y del derecho a ejercer funciones públicas. Por último, se anula, la disposición en la que se acuerda que la persona que ostente la Alcaldía podrá dictar las instrucciones que resulten precisas en materia de protocolo y desarrollo de este Reglamento, así como establecer excepciones en su aplicación cuando concurren determinadas circunstancias singulares, oídos los portavoces municipales, se anula porque constituye una dispensa de reglamento.

La Sala se basa en un precedente anterior, en el que se confirma la decisión del Ayuntamiento de Zaragoza de permitir que los concejales acudan a actos religiosos en nombre de la Corporación<sup>33</sup>. En aquel caso impugnaba el reglamento zaragozano una asociación laica y el Tribunal desestimó el recurso. En primer lugar porque se trataba de un acto voluntario y en segundo lugar porque el Tribunal Constitucional nos recuerda que en un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas han de ser ideológicamente neutrales ( STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9), pero eso no impide que las instituciones pueda adoptar símbolos, señas, siempre que con ello, no se vulnere la imparcialidad que deben de regir con terceros ajenos a esta creencia. En este caso por tanto al Ayuntamiento no le es indiferente un posicionamiento ante el hecho religioso y por tanto es tan lícito, acudir como Corporación a un acto religioso, como decidir no hacerlo. Evidentemente esto es así como corporación, pues lo que no puede hacer es impedir que acudan los concejales y en menor medida el personal al servicio del Ayuntamiento.

Para el Tribunal esto vulnera la libertad religiosa e incluso el derecho a participar en asuntos públicos. La sala razona en este aspecto que:

---

<sup>32</sup> La Sentencia es de 24 de julio de 2019 ponencia mía y no fue recurrida por lo que devino firme.

<sup>33</sup> STSJ A de 6 de noviembre de 2012 (ponencia de Isabel Zarzuela).

*Los miembros de las Corporaciones Locales son elegidos democráticamente y como tales tienen un derecho/deber a ejercer esa representación instituida personalmente, más allá de la pertenencia a la Corporación y a sus órganos de gobierno. La elección de los ciudadanos recae sobre personas determinadas y no sobre los partidos que las proponen, con independencia de que las elecciones se articulen en listas cerradas y bloqueadas.*

*Si no fuera así, y no tuvieran una representación distinta y eficaz, a la del propio consistorio, no se verían completados sus derechos a la participación pública, derivados de principios democráticos a los que se refiere el art. 23.2 de la Constitución en el ejercicio de sus funciones. Por tanto tiene razón el recurrente cuando indica que el Consistorio, no puede negar que los concejales acudan, como tales y en ejercicio de su representación como concejal a los actos confesionales, que consideren adecuados y con el tratamiento y honores que como tales se les disponga. Si a los concejales se le invita a un acto confesional, y es su voluntad acudir, no existe esa disociación que indebidamente establece el Reglamento. Dentro de su función pública también está acudir, como concejal a estos actos y evidentemente a otros distintos y separados de lo que la mayoría del consistorio considere adecuados. Esta prohibición escapa de las facultades que tiene el plenario, que cuando impone restricciones solo puede obligar a la Corporación y no a sus miembros individualmente considerados.*

Este caso nos ha de indicar que las instituciones, no están por encima de los derechos fundamentales de las personas, ni siquiera cuando son miembros de éstas.

## **11. AUTORIZACIÓN DE MANIFESTACIÓN DURANTE LA PANDEMIA.**

Acabaré el periplo, con la más rabiosa actualidad. La jurisdicción contencioso-administrativa sigue el palpitar a veces doloroso del presente y también, por supuesto, tiene mucho que decir en estos tiempos, tan complicados de pandemia y de limitación de derechos fundamentales.

En pleno estado de alarma, una entidad sindical solicitó manifestarse el día 1 de mayo de 2020 y fue denegada por la Delegación del Gobierno. La peculiaridad de la solicitud es que se iba a efectuar en vehículos particulares, con un sólo ocupante y respetando la distancia de seguridad, así como en bicicletas o motocicletas, cuyo uso está siendo permitido para el tránsito habitual durante esta situación excepcional de alarma. El día en que se solicitó, nos hallábamos en fase de “desescalada” o progresiva vuelta a una situación de normalidad, en la que

se había permitido los paseos de menores de catorce años junto a un adulto, con previsión de medidas de ampliación de la libre deambulaci3n (paseos, ejercicio f3sico...) para los d3as inmediatamente posteriores al previsto para la celebraci3n de la manifestaci3n.

Que pudiera autorizarse una manifestaci3n en esos momentos, en los que todo el mundo se encontraba confinado, ni era una decisi3n popular<sup>34</sup>, ni era una decisi3n en la que los distintos TSJ estuvieran de acuerdo.

Ante peticiones muy parecidas los TSJ en su mayor3a<sup>35</sup> confirmaron la denegaci3n de la manifestaci3n y, lo que es m3s, interpuesto recurso de amparo contra la Sentencia del TSJ de Galicia<sup>36</sup> que en situaci3n an3loga a la de Arag3n, deneg3 la manifestaci3n, el Tribunal Constitucional en un muy debatido y comentado Auto inadmiti3 el recurso de amparo por falta absoluta de fundamento.

Sin embargo, el Tribunal Aragon3s<sup>37</sup>, concede el derecho solicitado a la manifestaci3n, tal y como se solicit3, con la 3nica limitaci3n de que no pudieran manifestarse en bicicleta o motocicleta.

Comienza la Sala indicando que no es necesario plantear cuesti3n de inconstitucionalidad frente a la declaraci3n de estado de alarma, pues el estado de alarma no suspende, ni limita ning3n derecho fundamental<sup>38</sup> a diferencia del estado de excepci3n.

Pero tras ello indica *que lo que puede justificar una declaraci3n de estado alarma, que es una situaci3n de crisis sanitaria en abstracto, no necesariamente ser3 suficiente para justificar una suspensi3n de derecho fundamental que*

---

<sup>34</sup> Uno de los argumentos manejados por la Delegaci3n del Gobierno es que se pudieran incluso producir altercados de orden p3blico al paso de la manifestaci3n por las diferentes calles, dado que mientras todos est3bamos confinados los sindicalistas pod3an poner en riesgo nuestra salud.

<sup>35</sup> El TSJ de Navarra en una Sentencia de 30/4/2020 confirm3 la denegaci3n tambi3n efectuada en veh3culo, pero en Sentencia de la misma fecha autoriz3 una manifestaci3n de 6 personas en Pamplona. El TSJ de Madrid en 4 Sentencias de 30 de abril de 2020, confirm3 todas las denegaciones de manifestaci3n, tanto las solicitadas para ir andando, como la solicitada para realizar en veh3culo. La Sala de Valladolid, tambi3n deneg3 la autorizaci3n para efectuar una manifestaci3n en veh3culo, por estar justificada y por solicitar la impugnaci3n fuera de plazo.

<sup>36</sup> La STSJ de Galicia es de 28 de abril de 2020 y el Auto del Tribunal Constitucional es el 40/2020 de 30 de abril, aunque es justo decir que la Sala de Arag3n, no lo conoci3 sino hasta despu3s de dictar la Sentencia.

<sup>37</sup> Sentencia de 30 de abril de 2020 ponencia Juan Jos3 Carbonero.

<sup>38</sup> La Sentencia cuenta con el voto particular del magistrado Javier Albar, que entiende que para resolver el recurso, s3 era preciso el planteamiento de la cuesti3n, albergando dudas sobre su constitucionalidad.

*tal declaración no puede decretar. Sólo si en el caso concreto concurren datos objetivos suficientes que permitan un correcto juicio de ponderación, cabrá el sacrificio del derecho en liza por el superior interés que contempla el artículo 21.2 de la C.e.*

La Sala entiende que la decisión de prohibición no está justificada y no es proporcional con el sacrificio a un derecho fundamental. El día 2 ya se iniciaba la descalada y podía pasarse con los niños. No se justifica lo que se dice, que una manifestación en vehículo cerrado conlleva seguros contagios, entre otras razones porque no estaban prohibidos los desplazamientos en vehículos.

A la vista de lo que resolvió el tribunal, hemos de reivindicar del desapasionamiento y la distancia en la toma de decisión tanto administrativa, como judicial. Y que no todo vale en la lucha contra los efectos de la pandemia. De hecho, los tribunales han de colocarse en posición crítica, cuando se limitan o suspenden derechos fundamentales. Ahora más que nunca.

## **12. CONCLUSIONES.**

Se habrá echado en falta, muchos pleitos que ya son firmes, también trascendentes. La nulidad de la reforma del edificio de la estación de Canfran en 2006 , la nulidad del plan general de ordenación urbana de Montanuy instado por los vecinos de Castanesa<sup>39</sup>, La adjudicación de la explotación del coso de la Misericordia, los pagos a proveedores por el Ayuntamiento de La Muela, la remunicipalización del servicio de basuras de Jaca y Huesca, la anulación de la ampliación del servicio de bizi Zaragoza, la anulación del Plan de caza de Aragón, la nulidad de las jubilaciones forzosas de los sanitarios, su carrera profesional, la correcta liquidación del impuesto de plusvalía, el vertedero de Huesca, la supresión o limitación de los conciertos en centros educativos concertados, el pago de la justicia gratuita a los colegios de abogados, el conflicto de las trabajadoras municipales del 010, la nulidad del Reglamento aragonés de indemnización de víctimas del terrorismo, el pleito del ICA, la instalación de granjas de cerdos en el Parque Natural de Guara, la concesión a una policía nacional de excedencia del 99 % de la jornada para cuidar a su hijo enfermo de cáncer, la anulación de la prohibición de circos con animales en Zaragoza. Basta rastrear en las noticias de cualquier medio de comunicación general de Aragón, para comprobar que son decenas de ellos los conflictos que se han suscitado ante la jurisdicción y que son mediáticos, porque interesan a una generalidad.

---

<sup>39</sup> STSJ de Aragón de 22 de enero de 2014, confrmada por STS de 2de marzo de 2016.

Yo diré tras la enumeración de los casos descritos que la primera evidencia es que estamos ante un sistema. La actividad decisonal pública, no empieza y acaba en el órgano administrativo que la dicta. Una vez que la Administración dicta un acto firme y eficaz, sabe que se somete al control judicial. Un control judicial rogado, pero completo. Que cada vez sea menos rogado y más completo, dependerá de la calidad del sistema.

La segunda evidencia es que la Administración no puede, ni debe utilizar el principio de autotutela, o lo que es lo mismo la ejecución de sus actos sin impetrar el auxilio del poder judicial, en beneficio propio. Esto es no puede utilizar la tardanza en resolver el procedimiento judicial en su provecho, de forma que cuando se resuelve judicialmente el conflicto, sea imposible, o muy difícil deshacer lo ya hecho. Frente a ello los perjudicados por la decisión deben tener la posibilidad de solicitar medidas cautelares y los tribunales deben valorar su estimación y suspender lo perjudicial de las decisiones administrativas, si no hay perjuicio al interés general, pues es la única forma de poder llegar a ejecutar en su día la sentencia dictada. Este ha sido y es el gran reto de esta jurisdicción.

La tercera evidencia es que el mejor tribunal contencioso es el propio órgano administrativo que adopta la decisión. Que los partidos que sustentan en la actual forma constitucional el poder se fundamenten en principios democráticos, en la continua consulta y audiencia a los ciudadanos y –lo que es más relevante- en la búsqueda del interés de todos y no solo de los que les sustentan en el poder, es el mejor juez, para la mejor causa.

Y la cuarta y última evidencia es la relevancia fundamental en la sociedad actual de una justicia contenciosa transparente y accesible a todos. El control judicial de los actos administrativos de trascendencia general, como los que se han expuesto, no solo interesa a los beneficiados o perjudicados directamente por ellos, sino a toda la sociedad plural. Que cada vez más, las decisiones se tomen frente a una sociedad informada de forma veraz, e imparcial es la primera garantía de que las decisiones se adoptarán con más dosis de acierto y certidumbre.

El pueblo de Aragón y el de España, puede no saber la diferencia entre validez y eficacia de una actuación administrativa, pero sabe que la mejor justicia empieza porque un tribunal bien dotado, imparcial, transparente y accesible puede adoptar la medida cautelar de suspender la decisión administrativa que combate. No sabrá los criterios de valoración de la prueba pericial y la presunción de acierto de las decisiones administrativas, pero tiene bien claro que el procedimiento le ha de garantizar que puede probar, en igualdad de armas, que la decisión administrativa no es correcta. Y puede no saber que la ejecución de las

sentencias, aunque forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, se realiza por la propia Administración condenada, pero confía plenamente en que al final, la sentencia se ejecutará, aunque tenga que ordenarlo nuevamente el juez.

Que todo esto sea así, solo depende de que le demos a la justicia contenciosa la inversión e importancia que merece y que lo exijamos al poder público. En ello nos va la buena administración de los asuntos comunes.

Muchas gracias.

Zaragoza a 25 de abril de 2021.



## **DISCURSO DE CONTESTACIÓN**

A cargo del

Excmo. Sr. Don Luis Alberto Gil Nogueras

Excmo Sr Presidente, Excmos Miembros de la Academia, Excmos e Ilustrísimos Sres y Sras, Señores y Señoras todos.

Como ya habrán observado, no es Don Juan Carlos Zapata Hajar, un conferenciante al uso, y su discurso tampoco ha sido un discurso al uso, de lo que cabe deducir que quizás tampoco venga a ser un académico al uso, y por ende esta contestación a su discurso tampoco lo sea.

Con su innegable don de gentes y claridad expositiva, el nuevo académico ha seleccionado diez casos reales vistos por la Sala de lo contencioso Administrativo que preside y que califica de mediáticos, los disecciona, extrae el núcleo de la controversia y explica la solución final, bien la dada por la Sala o por el Tribunal Supremo. Diez casos, no 7 o 12.

El número 10 es el primer número compuesto por los números 1 y 0. ¡Qué ingenio!, pensarán algunos. Sé que no les descubro nada nuevo. Tampoco me lo he propuesto. Pero cabe exponer que estos números son la base de nuestro sistema decimal y son susceptibles por combinación de repetirse hasta el infinito. De tal manera que para los griegos el 10 significaba la totalidad, el cosmos, y en la cábala puede identificarse con el todo, con la divinidad. Diez fueron los mandamientos, como diez fueron las ofensas de los judíos a Dios, y diez fueron las pruebas soportadas por Moisés.

Para los budistas, los puntos de perfección son igualmente 10, y todo escolar y estudiante que se precie, aspira a obtener aunque solo sea una vez en su vida una calificación de 10.

Cabe por tanto congratularse de que nuestro nuevo académico nos haya presentado una visión global (uso este término para el solazo de algunos de los pre-

sentes) de los conflictos que genera la actuación administrativa en la Comunidad de Aragón y del control ejercido por la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

También cabe congratularse de que lo haya hecho con afán divulgativo, para los ignotos en tal campo entre los que me encuentro. Dejo por tanto para otros la misión de cuestionar las consecuencias extraídas por el discurso, que de todo tiene que haber en la viña del señor.

A su experiencia personal de unas cuantas décadas en la Jurisdicción, el relato escuchado añade importantes dosis de conocimiento sintético aplicado y permite extraer unas consecuencias asimilables para el común de los juristas.

Claridad expositiva, amenidad y visión de conjunto, características todas ellas que vienen a ser una constante en la carrera profesional de nuestro nuevo académico, como lo fueron en su día en su epígono futbolístico, porque aquí donde lo ven, don Juan Carlos Zapata Hajar ha sido referencia en ataque en el club de su militancia, al menos tanto como lo es en la actualidad Zanimacchia para el Real Zaragoza

No obstante pese a ello, espero que en una segunda intervención, nos relate qué sucedió o fue, de buena parte de los objetos materia de aquéllos recursos, aunque solo sea para poner en entredicho las opiniones de ilustres pensadores como NIETO AVELLANED que vienen a sostener que la eficacia declarativa de las resoluciones de los Tribunales de lo contencioso Administrativo en nuestro país es inversamente proporcional a su eficacia ejecutiva.

Pero eso quedará para otra ocasión que a buen seguro tendrá lugar, pues le auguró al nuevo académico una fecunda participación en esta Academia, siempre que su frenética actividad se lo permita.

Aunque se muestre tan jovial, no es don Juan Carlos Zapata Hajar un recién llegado al mundo jurídico, bueno ni al mundo en general.

Nacido en Zaragoza la víspera de los Santos Inocentes de 1962, cursa estudios de Derecho en la Universidad de Zaragoza, donde a entre otros tuvo la oportunidad de conocerme, oportunidad que desaprovechó pues no recuerdo haberme cruzado con él hasta largo tiempo después. Accede a las Carreras Judicial y Fiscal en el año 1989, decantándose por la primera, siendo abogado fiscal en excedencia desde 1990.

Su primer destino judicial fue el extinto Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tarazona número 2 en el año 1990, a cuyo frente estuvo hasta el

año 1992 donde aprovechó el momento para militar en el equipo de Fútbol sala de Jueces y Magistrados de la región. Cabe advertir que ni la desaparición del equipo de fútbol ni la extinción del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 2 de Tarazona guardan relación con su participación.

De la ciudad del Moncayo pasa a la Sala de lo contencioso administrativo del País Vasco, un salto cualitativo que le permite tomar contacto con una Jurisdicción que ya no abandonará. Tras ser Presidente de la Sala, retornará a Aragón para ocupar la plaza de Magistrado-Juez de lo contencioso administrativo número 1 de Zaragoza desde la fecha de su creación, 14 de diciembre de 1998 hasta el 29 de marzo de 2012. De ahí un nuevo salto a la Presidencia, pero en esta ocasión del Tribunal Superior de Justicia de Aragón donde ejerce desde el 30 de marzo de 2012 hasta la actualidad.

En el nuevo contacto con su tierra, retoma su pasión futbolística y se integra con otros correligionarios, entre los que me encontraba, en la aventura balompédica, con un alto nivel de compromiso y pundonor hasta fechas más o menos recientes.

Su producción científica y divulgativa es francamente ingente, más de 30 publicaciones y cerca de cien cursos de formación y seminarios cuentan con su intervención.

De entre las primeras destacaré sus obras *El procedimiento Abreviado en la Jurisdicción contencioso-administrativa* escrito en colaboración con don Jesús María Chamorro González, publicado en 1999, *Ejecución de sentencias, procedimiento y garantías: la ejecución provisional, imposible y subsidiaria en el orden contencioso administrativo*, coescrito con don Javier Albar García y don Javier Oliván del Cacho, publicado en 2006, *Tráfico. Nuevo régimen sancionador* que vio la luz en el año 2006, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por asistencia sanitaria* artículo publicado en la Revista del Colegio de Abogados de Vizcaya de noviembre de 1996, *El procedimiento para la imposición de sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la presunción de veracidad de las actas de inspección* contenida en los Estudios de derecho judicial número 100 el año 2006, *los procedimientos de gestión, recaudación, inspección y sancionador en el ámbito tributario local*, también recogida en Estudios de Derecho Judicial pero en u número 126, el año 2007 o *El recurso de casación ante el Tribunal Supremo y ante los Tribunales Superiores de Justicia* publicado por la Editorial Jurídica Sepín en Julio de 2016

De entre los segundos recordaré su intervención en cursos de formación del Consejo General del Poder Judicial tanto a nivel nacional como territorial, como

los relacionados con las Medidas Cautelares y ejecución de sentencias realizado en 2001, la legislación administrativa autonómica, del mismo año, el seminario sobre Tributos Locales acaecido en Madrid en Mayo de 2002, el Curso sobre la función pública celebrado en Junio de 2003 también en Madrid, el seminario sobre sistema de protección de los derechos fundamentales celebrado en Mayo de 2005, los problemas que plantea el régimen jurídico del personal estatutario que tuvo lugar en el 2008 o el curso que sobre mediación se desarrolló en Albarra-cín el otoño de 2008. Son también numerosas las participaciones del nuevo aca-démico en cursos, seminarios y actividades promovidas por otras instituciones, tales como la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, la Diputación Provincial de Zaragoza, el Ayuntamiento de Zaragoza, El Justicia de Aragón, el Departamento de Formación de la Dirección General de Policía, la Federación Aragonesa de Municipios y Provincias, la Institución Fernando el Católico, el Instituto Nacio-nal de Administración Pública, el Instituto de Estudios Gordios, la Asociación de letrados de la Comunidad Autónoma de Aragón, el Hospital Miguel Servet, Fundación Ramón Sainz de Varanda y así un largo etcétera que me haría copiar varias páginas de las páginas amarillas de la , en desuso, guía telefónica.

Una larga y fecunda actividad, como sin duda habrán podido apreciar. Y junto a él a lo largo de tan dilatado carrera, Luz, su esposa, que hace bueno el dicho de que al lado de un gran hombre hay una gran mujer, y sus tres hijos, vástagos a quien hemos visto crecer a través de los dibujos con que ayudaban a digerir las conferencias que daba su padre.

Casi toda una vida profesional dedicada a la Jurisdicción contencioso Admi-nistrativa. Ya saben esa Jurisdicción que no todos los países tienen y desde luego no con la extensión de la que goza en el nuestro, que permite la posibilidad de impugnar, y por tanto someter a control toda la actividad administrativa (art 25 de la Ley 29/98) incluidas las denominadas vías de hecho, cuanto la inactividad material de la misma. E incluso de instituciones que propiamente no pueden ser consideradas como parte de la Administración, como sucede con los actos en materia de personal, gestión patrimonial y contratación de las distintas cámaras legislativas y órganos constitucionales (Tribunal Constitucional, Consejo Gene-ral del Poder Judicial, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas y organismos homólogos autonómicos)

Y si ya desde el inicio de este control debido, se hizo notorio la importancia de la Jurisdicción, en la actualidad tal es irrenunciable por la enorme variedad y por la multiplicación de la esfera de actuación de la Administración y de sus orga-

nismos de ella dependiente, en la generación de actos de trascendencia manifiesta para los administrados.

No en vano cabe recordar que el art 106 CE establece que 1. *Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.* 2. *Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor; siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.*

Y en ambos ámbitos se esfuerza y desarrolla la Jurisdicción contenciosa. También en el ámbito de reparación a los particulares por los daños sufridos a consecuencia del anormal funcionamiento de los servicios públicos, aunque sobre este aspecto el discurso de ingreso no contenga caso referenciado, por lo que no sé si deberé matizar mi afirmación sobre la visión global del mismo.

Actuación que como viene a recodar reciente Jurisprudencia constitucional (STC 23/18 , 155/12, 180/05) no se circunscribe a una estricta revisión del proceso tramitado ante la administración, pues *‘desde la óptica constitucional la consideración del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa más allá de la necesidad de la existencia de una actuación administrativa en relación a la cual se deducen las pretensiones procesales para un enjuiciamiento pleno por parte de los órganos judiciales de la actuación administrativa, eso sí, dentro de lo aducido por las partes (art. 43 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 y art. 33 LJCA), las cuales podrán alegar cuantos motivos procedan, aun cuando no se hayan expuesto ante la Administración (art. 69.1 LJCA 1956 y art. 56.1 LJCA 1998). Y es que, sobre el carácter pleno de la jurisdicción contencioso-administrativa y la falta de vinculación estricta a los motivos alegados en la vía administrativa si se quiere respetar el derecho a la tutela judicial efectiva, ya se ha pronunciado este Tribunal en más de una ocasión’*

Urbanismo, Comercio, Educación, Deporte, Pluralidad religiosa, Asociacionismo, Patrimonio... son esferas de actuación administrativa de cuyo control, nos ha hablado el nuevo académico en su discurso. Son grandes esferas de actuación pública, pero no son sino un mero ejemplo del actuar diario de unos, Administración, y de otros, Jurisdicción contencioso-administrativa.

Y en mi opinión hay que felicitarlo de que ello sea así, y confluir en que siga siéndolo, a pesar de los agoreros que en el mundo son y han sido.

No me queda sino felicitar de corazón a Don Juan Carlos Zapata Hajar, por su amena y brillante disertación y congratularme por su ingreso en esta Academia, a la que sin duda aportará mucho más que su consabido calado intelectual. Y entre tanto regocijo tan solo echo de menos en estos tiempos de pandemia, poder darle un fuerte abrazo y escenificar el acogimiento y afecto que su persona merece.

Muchas Gracias.

# **RUPTURA DEL MATRIMONIO CON HIJOS DISCAPACITADOS**

Ilma. Dra. Sra. Doña María Cristina Charlez Arán

Excelentísimo Señor Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación

Excelentísimos Académicos

Excelentísimas e Ilustrísimas Autoridades

Señoras y Señores

Queridos todos.

Patremhabenti tutor non datur<sup>1</sup>,

## **1. INTRODUCCIÓN**

El presente estudio tiene como objeto, tal como indica su título plantear las diferentes situaciones tras la ruptura del matrimonio (nulidad, divorcio o separación judicial) según la terminología del CC, o bien en ruptura de pareja no casada, (este término se plantea en el CDFa, sin embargo no se concreta en el CC, teniendo que ser aplicada por analogía), cuando existen hijos discapacitados, y en consecuencia con ello las medidas que es necesario adoptar tales como: la patria potestad, guarda y custodia, derecho de visitas, uso de vivienda, o contribución agastos.

---

<sup>1</sup> “*A quien tiene padre no se le da tutor*”. Las siete partidas del muy noble rey Don Alfonso el Sabio, Volumen 3 Las siete partidas del muy noble rey Don Alfonso el Sabio, Volumen 3 de Las siete partidas del muy noble rey Don Alfonso el Sabio, glosadas por el Lic. Gregorio Lopez, Autor Castile (Kingdom). Editor Compañía general de impresores y libreros del reino, 1844

Por lo tanto, lo que me planteo es un estudio de la solución a la situación familiar ante una ruptura de pareja (ya sea matrimonio o pareja de hecho), cuando tienen hijos mayores de edad con discapacidad. En cuanto a este término podemos plantear diferentes deficiencias como ejemplo, de carácter psíquico (síndrome de down, autismo...) o físico (deficiencia visual grave, paraplejia...) siendo situaciones que le impidan gobernarse por sí mismo, necesitando por tanto en el caso que planteo la asistencia de sus progenitores.

Sobre dichos hijos nos podemos encontrar con la necesidad de mantenerse custodia, o prorrogarse la patria potestad, y en el mismo sentido, será necesario el mantenimiento de sus gastos así como la necesidad o no de vivienda. Tal como indico ante la ruptura de pareja de los progenitores puede existir discrepancia entre ellos, por lo que debemos tratar de plantear la solución para resolver dicho problema cuando no hay acuerdo.

Como he indicado en el párrafo previo, voy a hacer el estudio con base en dos ordenamientos legislativos: el CC y el CDFa. En este sentido, debo centrarme en la regulación y situación actual del indicado CC, si bien no obstante dejaré adelantado el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación y que ya se encuentra publicado en BOCG<sup>2</sup>

En esta introducción procedo a referirme previamente a legislación general, y en dicho sentido:

La Constitución Española de 1978 al enumerar, en el capítulo III del Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención en primer lugar a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia que en concreto en su artículo 39 determina: *1- Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2- Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, (...) 3- Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.(...)*

La constante evolución social y la repercusión de ésta en la estructura de las familias entre las que se configura como una nueva frecuente realidad la ruptura

---

<sup>2</sup> BOCG Proyectos de Ley 17 de julio de 2020. Proyecto de Ley 121/27 por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. <http://www.congreso.es/public.oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-A.PDF>



del matrimonio con hijos a cargo produce, una modificación en la organización familiar, en la cual no obstante siempre debe estar presente el interés de los hijos menores o incapacitados<sup>3</sup> (según la nomenclatura de la vigente legislación)

Este principio, el de “*el interés de los menores o discapacitados*” se recoge en toda nuestra legislación general, tanto en el Código Civil (Título X. De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados Capítulo primero. Disposiciones generales: Artículo 215. *La guarda y protección de la persona y bienes (...) de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1. La tutela. 2 -La curatela. 3.- El defensor judicial.*; como en el **Código de Derecho Foral Aragonés, donde consta igualmente concretada esta protección** en concreto en el artículo 100. Instituciones tutelares.: *1. La guarda y protección de la persona y bienes (...) del menor o incapacitado se realizará, en los supuestos previstos en la ley, mediante: a) La tutela. b) La curatela. c) El defensor judicial.*

El indicado principio regulador o principio de protección (en concreto el de la persona discapacitada), dentro de la ruptura de pareja, todavía debe tener, si cabe, más presencia, ya que la ruptura o separación de los padres no les exime de sus obligaciones para con los hijos, siendo esto indicado igualmente en el Código Civil que determina en su artículo 92 CC.- *1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.(...);* y por supuesto en el Código de Derecho Foral Aragonés, que indica en su artículo 76 CDFFA. *Derechos y principios: 1. La ruptura de la convivencia de los progenitores no afectará a los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar. (...)*<sup>4</sup>

La custodia de los hijos menores ha sido y es objeto de numerosos estudios y tratados, así como de innumerable Jurisprudencia, de lo que resulta multitud sentencias dictadas en dicho sentido. Dentro de este ámbito jurídico no obstante no podemos olvidar la importancia de los hijosincapacitadoscuando alcanzan su mayoría de edad y es por ello que dedico este discurso a esta cuestión que considero altamente trascendente.

---

<sup>3</sup> Del mismo modo, haciendo referencia a la CE, aunque no indica el concepto de incapacidad, sí que expone el art. 49: *Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*

<sup>4</sup> Comprobamos como el CDFFA ostenta terminología más novedosa que el CC, ya que indica “ruptura de la convivencia de los progenitores”, no se reflere por tanto solo a matrimonio.

El Código Civil contiene los preceptos reguladores de la custodia o visitas de los hijos, indicando los derechos y obligaciones de los progenitores al respecto de los mismos tras la ruptura, así se indica en el artículo 90 CC:- 1. *El convenio regulador (...) deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.(...),* y del mismo modo continúa el artículo 91 CC: *En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará (...) las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos*

Es evidente que con el término “hijos” incluye a todos ellos en las circunstancias en que se encuentren, pero es mi opinión lo acertado del Código de Derecho Foral Aragonés, que es más concreto que el Código Civil, exponiendo la referencia a custodia de hijos menores o incapacitados que expone en su artículo 80. CDFA *Guarda y custodia de los hijos.-1. Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.*

Y ello porque, aunque el término genérico incluya todas las circunstancias, considero de importancia incluir esta indicación y por ello reitero lo acertado de la exposición, por tanto, me centraré en esta intervención como indicaré en apartados posteriores en la custodia de los hijos incapacitados (sin perjuicio de, como luego veremos la modificación legislativa ya prevista que debe ser tratada) cuando no existe acuerdo entre los progenitores y, por tanto, en un estudio de la Jurisprudencial sobre estas circunstancias, de forma breve en cuanto a la extensión que supone este discurso, pero destacando lo que considero de importancia para la aplicación en las familias y práctica profesional.

Debido a que toda la legislación que nos ocupa debe ser modificada para su adaptación al Convenio de Nueva York (que veremos a continuación), y encontrándose pendiente de aprobación el Proyecto de Modificación del Código Civil (que igualmente trataremos), vamos a dedicar los siguientes apartados a esta normativa.

## **2. LEGISLACIÓN ACTUAL**

Nuestra legislación todavía no ha sido actualizada a tenor del Convenio de Nueva York que luego veremos, y por tanto, actualmente la legislación mantiene la diferencia de terminología en cuanto a incapacidad y discapacidad, diferencias jurídicas y terminológicas que trataré a continuación.

Las diferencias entre discapacidad<sup>5</sup> e incapacidad<sup>6</sup>, no han sido implementadas en nuestra legislación tal como nos obliga el Convenio de NY, y por tanto en la práctica judicial diaria aún no estamos en ese escenario. Incluso en muchas ocasiones nos encontramos en la práctica diaria con que el hijo discapacitado se encuentra ante guarda de hecho, sin resolución alguna que concrete la situación.

Debemos acudir como premisa a los significados que indica la Real Academia de la Lengua Española, que expone “*Discapacidad- Discapacitado -da. [Persona] que no puede realizar ciertas actividades debido a la alteración de sus funciones intelectuales o físicas*”, y sin embargo el término *incapacidad* queda definido como “*falta de capacidad para hacer, recibir o aprender algo; falta de entendimiento o inteligencia; falta de preparación o de medios para realizar un acto*”

En consecuencia, partiendo de esta clara diferencia terminológica, comprobamos como la legislación es también diferente y con ello procedo a exponer la legislación vigente, en este sentido. La Ley de discapacidad define esta situación<sup>7</sup> indicando que es la “*resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”, pero ello no significa que esta persona resulte incapacitada jurídicamente ya que como hemos expuesto según CC “*nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial*”.

Por tanto, una persona puede ser definida como discapacitada, pero no existir sentencia de incapacitación. Lo habitual es que, según el CC, las causas para una incapacidad por sentencia devengan de “*enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”.

En consecuencia en estas causas, se valora y define la discapacidad como La Ley General de Derechos de las personas con discapacidad<sup>8</sup> como “*una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación*”

---

<sup>5</sup> De las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE num 289 de 03.12.2013

<sup>6</sup> Artículo 199 CC Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.; Artículo 200 CC Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

<sup>7</sup> Artículo 2. Ley 2013 op cit. *Definiciones. A efectos de esta ley se entiende por: a) Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

<sup>8</sup> Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social«BOE» núm. 289, de 03/12/2013.

*plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*". Se determina o califica por grados emitidos de forma porcentual, y también por etiologías (mental, intelectual, física, psíquica y sensorial).

En resumen, constatamos claramente que una persona discapacitada puede no ser declarada incapacitada y, por lo tanto jurídicamente las consecuencias van a ser diferentes. Tal diferencia se comprueba en el caso de hijos que se encuentran en tal situación (mayores de edad) que conviven con los padres y son dependientes de ellos, como expondré en los siguientes apartados. Es por ello la conveniencia de la modificación que realiza el Anteproyecto que analizaré en siguientes apartados, puesto que con ello no existirá diferencia terminológica sino que se hablará de conceptos tales como "medidas de apoyo al discapacitado". Como ejemplo una persona con discapacidad física puede tener más libertad de actuación.

Por tanto dejamos aquí indicado que esta cuestión tiene relación en la legislación Foral Aragonesa con la convivencia y, el uso o no de la vivienda familiar, tal como expone el art. 81. *C DFA Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar: 1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares* de igual manera que también queda concretado en la legislación general, según art. 96 *CC En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar (...) corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.; (...)*. En consecuencia es evidente que la referencia a los hijos, extendiéndola a los hijos mayores de edad incapacitados

Igualmente es trascendente en este sentido tener en cuenta, según posteriormente expondré, si dicha persona percibe algún tipo de prestación o pensión<sup>9</sup>, pues ello es importante a los efectos de que los progenitores (el cuidador) deban participar o no en aportación económica y/o debe mantenerse la pensión de alimentos o aportación de gastos a los hijos, cuando estos alcanzan la mayoría de edad. Como conocemos, la determinación sobre aportación de gastos de asistencia a los hijos es tratado en el C DFA, indicándose en su caso como deberá

---

<sup>9</sup> <https://www.msrebs.gob.es/ssi/discapacidad/home.htm>. Discapacidad

- Prestaciones para personas con discapacidad
- Servicios para personas con discapacidad
- Información sobre discapacidad
- Protección de derechos

realizarse tal aportación indicándose en el art. 82 *Gastos de asistencia a los hijos.: 1. Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo (...); y del mismo modo se determina en la legislación general, indicando el art. 93 CC El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes (...) a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.; Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad (...) que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142.(...)*

A dichos efectos y por tanto será necesario conocer si se percibe o no una pensión. Vemos como no sólo se trata la necesidad de aportación de gastos a hijos menores sino también a hijos mayores de edad que no son independientes económicamente, tanto en la legislación foral aragonesa, exponiendo en art 69. CDFa *Gastos de los hijos mayores o emancipados.: 1. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, (...) y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. (...)* Ya he indicado en el párrafo anterior el art. 93 y 142 CC.

Vemos en la práctica cómo se nos van planteando cuestiones tales como; un hijo percibe una prestación pero es totalmente dependiente de un tercero para su asistencia, situación a la que habrá que dar solución.

### **3. POSIBILIDADES EN SUPUESTOS DE CUSTODIA DE HIJOS INCAPACITADOS**

#### **3.1. Sobre la Autoridad Familiar**

Previamente trataré la posibilidad sobre que si los progenitores siguen conviviendo, o bien existe acuerdo en la ruptura y por tanto, en la custodia (o convivencia con el hijo mayor de edad incapacitado), es factible que ambos padres opten, según la legislación vigente, por la prórroga de la autoridad familiar<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> LACRUZ MANTECON, Miguel L. Familia y Sucesiones. Edición septiembre 2016. Pág 167.: *Parece lógico que la protección a estos discapacitados sea llevada a cabo por las personas más próximas a ellos como son sus padres, y no resulta lógico que estos tengan que ajustarse a las formalidades de la tutela, sino que es mejor que se aproveche la institución de la patria potestad, que se prorroga en el caso de los primeros, o si el hijo ya había llegado a la mayor edad, se rehabilita a partir de dicho momento*

La autoridad familiar sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquellos a la mayoría edad. Si el hijo mayor de edad soltero que vive en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad, en concreto el artículo 171 CC determina que *la patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquellos a la mayoría edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación(...)*. En Aragón se concreta como autoridad familiar o tutela, refiriéndose a la que estuviera sometido el menor de edad que hubiera sido incapacitado la cual quedará prorrogada, por ministerio de la ley, al llegar aquel a la mayoría edad, estando concretada la prórroga en el art. 41 CDFa: *la autoridad familiar o tutela a que estuviera sometido el menor de edad que hubiera sido incapacitado quedará prorrogada, por ministerio de la ley, al llegar aquel a la mayoría edad.* Y la rehabilitación en el art 42 CDFa: *Si el hijo soltero mayor de edad que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, (...), se rehabilitará por ministerio de la ley la autoridad familiar, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad.*

En consecuencia como vemos en el momento de este trabajo, debe existir la declaración de incapacidad por sentencia judicial. Y todo ello salvo que el Juez, atendidos el grado de deficiencia del incapacitado y la edad o situación personal y social de las personas a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, acuerde en lugar de ello, la constitución de la tutela, según continúa indicando el art. 43 CDFa como excepción a la prórroga o rehabilitación, siendo indicado: *El Juez, no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, atendidos el grado de deficiencia del incapacitado y la edad o situación personal y social de las personas a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, puede en su lugar acordar la constitución de la tutela o curatela*

### **3.2. Acuerdo en la custodia de hijos incapacitados**

Entrando ya en supuestos de separación, nulidad o divorcio, dado que esta ruptura no exime a los padres de sus obligaciones con sus hijos<sup>11</sup>, ante un proceso

---

<sup>11</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.); de PABLO CONTRERAS, Pedro; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel. Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia (5º Edición Pág 200)

judicial la legislación establece la obligación del juez de velar por el derecho de los menores e incapaces

Si existe acuerdo, los progenitores decidirán la custodia de dicho hijo y por tanto, los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares<sup>12</sup> (en Aragón) o convenio regulador<sup>13</sup> (en legislación general) en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos. El Código Civil expone en articulado de forma independiente el derecho de visita del progenitor con el hijo incapacitado, realizándose siempre en beneficio del mismo, en concreto en art. 94 CC: *el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.(...) El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen (...)*

Y todo ello puesto que se siguen las pautas indicadas en la legislación para el ejercicio de los deberes y facultades que integran el contenido de la autoridad familiar (o patria potestad) que deben incardinarse siempre; 1.- En interés de los hijos de acuerdo a su personalidad y con respeto a sus derechos; 2.- Si los hijos tuvieran suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten; 3.- Se faculta a los progenitores en ejercicio de su función recabar el auxilio de la autoridad. (Art. 154 cc)

Igualmente, el CDFA determina expresamente el ejercicio de la autoridad familiar por los padres que deberán actuar según los correspondientes derechos y deberes. En concreto el art. 65 del indicado CDFA determina el contenido de la autoridad familiar.

---

<sup>12</sup> Artículo 77 CDFA. El pacto de relaciones familiares. 1. *Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos(...)*

<sup>13</sup> Artículo 90 CC.- 1. *El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta (...)*

## 4. PROCESO JUDICIAL: CUSTODIA DE HIJOS INCAPACITADOS

Comenzaré este apartado exponiendo en relación con los hijos incapacitados el derecho de estos a ser oídos, (al igual que los menores de edad<sup>14</sup>). Se observa que en la mayor parte de legislación se habla del “menor”<sup>15</sup> y de nuevo, reitero el motivo de este discurso, pues no podemos olvidar al hijo mayor de edad incapacitado. Es evidente que si protegemos al menor de edad, de igual modo debemos proteger al hijo mayor de edad incapacitado, quien debe encontrarse con los mismos derechos y forma de protección.

### 4.1. Exposición de los supuestos en los que podemos encontrarnos

Expuestos los anteriores conceptos y antecedentes, el fondo de este discurso es tratar de profundizar en la problemática que puede causarse ante separación, divorcio o nulidad, cuando existen hijos mayores de edad incapacitados, y mientras estos hijos sigan a cargo y/o conviviendo con los progenitores. Me centraré en las cuestiones relacionadas con ello que pueden producir mayor conflicto, esto es: la guarda o custodia, el uso de la vivienda que ha sido o es familiar y la contribución a los gastos de los indicados hijos a cargo. En no pocas ocasiones los progenitores discrepan sobre cual es el interés del hijo y, por tanto, es claro, que cuando no existe acuerdo y se plantea un proceso contencioso, la familia debe acudir a los tribunales quienes estudiarán el interés del más necesitado de protección, y en estos supuestos, deberán ser los hijos incapacitados.

Procedemos al análisis de Sentencias relacionadas con este tema y, dado que estamos ante legislación Foral propia, me referiré a tanto a sentencias del TSJA pero también a Sentencias del TS. Y finalmente por trascendentes en cuanto a repercusión social haré una breve referencia a alguna sentencia de otras comunidades autónomas que aplican legislación general (CC) la cual también es expuesta en las sentencias de nuestra legislación foral y, todo ello, motivado porque

---

<sup>14</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm 15 17/01/1996. Art 9 Derecho a ser oído y escuchado.: 1. *El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. (...)*

<sup>15</sup> Artículo 201 CC *Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.*



aunque aplicamos de forma preferente nuestra legislación foral, no es menos cierto que cierto que en Derecho de Familia se estudia cada caso concreto, con sus especialidades, por lo que nos podemos encontrar con supuestos que aunque parezcan similares realmente no lo son, y el fallo de la sentencia por tanto es distinto y por ello también tenemos en consideración otra Jurisprudencia.

Procedo a destacar algunas la referidas a los últimos años, y que en mi opinión resultan destacables, por tanto:

#### **4.2. Guarda y custodia del hijo incapacitado tras la ruptura del matrimonio**

Según la legislación vigente en este momento, he indicado la existencia de la prórroga de la patria potestad (autoridad familiar en Aragón) que se solicita para un hijo incapacitado, no pareciendo necesario que tengamos que proceder a una incapacidad y solicitar una tutela. Pero en la práctica podemos ver la necesidad de acudir a solicitar tutela y ello porque si ante ruptura de pareja la situación de conflicto entre los progenitores es elevada, la concesión de prórroga de patria potestad (autoridad familiar en Aragón) podría conllevar que de forma constante hubiese que acudir a dirimir dichas discrepancias de los padres ante los tribunales, y ello porque como expone el art. 156 CC: *la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. (...) En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez (...). Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones.* En el mismo sentido, ello es expuesto en el CDFA<sup>16</sup> sobre la autoridad familiar, que en el supuesto en que existan divergencias, indica el art 74 (...) *en caso de divergencia en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al Juez para que resuelva de plano lo mas favorable al interés del hijo, (...) Cuando la divergencia sea reiterada o concurra cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la autoridad familiar, el Juez podrá atribuirlo total o parcialmente a uno solo de los padres (...)*

Con la vigente legislación en ocasiones los Juzgados atribuyen la patria potestad a uno sólo de los padres, si bien, esto también conlleva que el otro quede

---

<sup>16</sup> art. 72 CDFA: *El ejercicio de la autoridad familiar corresponde a uno solo de los padres en los casos de exclusión, privación, suspensión o extinción de la autoridad familiar del otro, y también cuando así se haya resuelto judicialmente.*

disconforme, puesto efectivamente puede suponer en la práctica que el progenitor que ostente guarda y custodia, así como patria potestad (autoridad familiar), tenga el poder decisorio total sobre las cuestiones del hijo, y en consecuencia, nos encontramos ante una situación de complicada resolución. Vemos sentencias en tal sentido, puesto que como he expuesto si las discrepancias son muy elevadas, no parece sea el interés del hijo acudir de forma constante ante los Tribunales, en este sentido dejo anotada Sentencia del TSJA<sup>17</sup> y así, dicho Tribunal *concede a una madre la tutela desu **hija incapacitada y mayor de edad frente a las pretensiones de su exmarido. Los magistrados consideran que la madre es la persona más adecuada para ejercer el cargo de tutora porque la hija vive con ella***, la sentencia procede al estudio de la situación y determina: (...) *nació con lesiones físicas y síquicas, que determinaron un retraso mental severo de carácter irreversible. (...) Al llegar la mayoría de edad de la joven, (...) instó procedimiento sobre su incapacitación, (...) y, en atención a la separación de los cónyuges, solicitó la constitución de tutela para la guarda y protección personal y patrimonial de la citada hija, y que fuera la demandante nombrada tutora. Invocó al efecto lo dispuesto en el art. 200 del Código Civil y los arts. 215.1 y 222.2 del mismo cuerpo legal .. (...) destaca que “ la madre a día de la fecha es la que de la mejor manera posible no solo es la que ha promovido este procedimiento de incapacitación sino es quién gestionara el largo periplo de médicos, “ (...), aplica lo dispuesto en el art. 43 del CDFa como excepción a la rehabilitación de la autoridad familiar, y concluye decidiendo la incapacidad total y permanente de D<sup>a</sup>. (...) para regir su persona y bienes y nombra como tutora legal de la persona incapaz a su madre (...)*

En este mismo sentido, efectivamente la atribución de custodia y patria potestad (autoridad familiar) a uno sólo de los progenitores puede suponer en la práctica que el otro progenitor quede sin poder de decisión o de opinión, nos encontramos con sentencias que prorrogan dicha patria potestad a ambos así el Tribunal Supremo la concede de tal forma ante supuestos de hecho como la sentencia que expongo<sup>18</sup>: *Sentencia que estima la demanda de una madre por la*

---

<sup>17</sup> Roj: STSJ AR 331/2017 - ECLI: ES:TSJAR:2017:331 Id Cendoj: 50297310012017100010 Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal Sede: Zaragoza Sección: 1 Fecha: 20/04/2017 N° de Recurso: 1/2017 N° de Resolución: 9/2017 Procedimiento: CIVIL Ponente: FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS

<sup>18</sup> *Jurisdicción: Civil; Ponente: RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES; Origen: Tribunal Supremo; Fecha: 02/07/2004; Tipo resolución: Sentencia; Sala: Primera Sección: Primera; Número Sentencia: 683/2004 Número Recurso: 4495/1999*

*que se incapacita a la hija mayor de edad y se rehabilita la patria potestad de los padres. Dicha sentencia expone que (...) solicitada la declaración de INCAPACITACIÓN de la hija, ya cumplida su mayoría de edad, (...) se estima la demanda, y declara la incapacidad de la hija, y rehabilita la patria potestad de los padres. (...)- El esposo y padre, plantea Recurso de APELACIÓN (...) alegando que se excedía de lo dispuesto en los arts. 267 y 363, (...) del art. 171 CC., que habla de rehabilitar la patria-potestad tras la declaración de incapacidad, (...) la modificación de esta medida, a petición de parte, sólo puede hacerse por la vía de los arts. 90 y 91 del C. civil, lo que aquí no se ha hecho, aplicando equivocadamente el Juzgador de instancia el art. 156, último párrafo, (...), debe de indicarse que el contenido del art. 171, sobre la rehabilitación de la patria-potestad por la declaración de la incapacitación, no puede entenderse en su aplicación, al haberse dispuesto ya judicialmente, en la minoría de edad, sobre ella, sino en la misma forma en que ya se decidió, sin poderse acudir, en estos casos, al art. 156-5º(...)*

### **4.3. Custodia de hijo incapacitado**

Centrándonos en supuestos en los que se dirime únicamente la custodia de un hijo incapacitado, de nuevo vemos como lo que se estudia es cada caso concreto y, especialmente, el interés del mismo. Es por ello incluso en contra de la solicitud y opinión de uno de los progenitores puede otorgarse la custodia a uno o ambos, alguno de estos supuestos han sido conocidos por su carácter innovador, y aunque no corresponden a nuestra legislación foral, procedo a estudiarlos puesto que como he indicado anteriormente en el Derecho de Familia se estudia cada caso de forma total y absolutamente individual, razón por la cual sentencias de otros órdenes jurisdiccionales o comunidades autónomas, pueden ser de utilidad, tal como la dictada en el supuesto siguiente, en el que aunque el hijo discapacitado todavía es menor, se encuentra próximo a la mayoría de edad y la grave problemática familiar expuesta en el caso concreto hace que aún a pesar de la oposición del padre, se estime que el interés del hijo discapacitado es la custodia compartida; dicho beneficio es estudiado en el supuesto examinando minuciosamente los hechos, informes, etc.. así como un estudio Jurisprudencial de sentencias del TS. Como he indicado lo excepcional de este caso, (dado que lo que resulta más habitual es la solicitud de custodia individual por uno o por otro progenitor) me

obliga a traerlo a colación en esta exposición. Resumen<sup>19</sup>: *La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba dictó sentencia en la que impone a un padre un régimen de custodia compartida semanal respecto a sus dos hijos menores de edad, uno de ellos con una discapacidad del 33 por ciento, y ello debido a que las «circunstancias personales» de la madre imposibilitan que se sostenga el régimen de custodia «exclusiva» sobre sus hijos que estaba vigente. Así, el tribunal estima el recurso de apelación interpuesto por la madre de los dos menores contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Córdoba que estableció únicamente un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, en este caso el padre. La madre, de este modo, solicitó un régimen de guarda y custodia compartida alegando, entre otros motivos, la «capacidad e idoneidad» de ambos progenitores para ejercer la guarda y custodia, y considerando «insuficiente e injustificada» la «negativa» del padre a dicho régimen de custodia. La Audiencia enumera varios factores que “justifican” el cambio hacia el régimen de custodia compartida, como la “evolución negativa” apreciada en uno de los menores y “la necesidad de mayor atención que ello demanda”, o el “riesgo de diferencias entre hermanos abiertas que puedan repercutir con perjuicio sobre ambos, lastradas por la actual situación sostenida de un régimen de custodia exclusiva, que no ha servido para un mejor entendimiento de partes, superado por las circunstancias personales de los progenitores, en particular de la madre con la quiebra acontecida en su red de apoyo familiar más inmediata». De este modo, y una vez apreciadas «las posibilidades e idoneidad de ambos padres a estos efectos», la Audiencia establece en este caso un sistema de «mera» alternancia semanal de custodia compartida, el cual «se advierte, por su sencillez, de perfecto encaje en el caso, al menos, como punto de partida y sin perjuicio de su mejor desarrollo o desenvolvimiento oportuno que fuere preciso, conforme a las dificultades que su práctica ponga de manifiesto».*

Como he expuesto también en apartados anteriores es lo habitual que la discrepancia se produzca en cuanto a la custodia individual y, si el hijo es declarado incapacitado, si esto ocurre puede producirse discrepancia incluso sobre la competencia de un juzgado (el de familia) u otro (el de incapacidades), y tramitar un proceso de incapacidad del hijo en lugar de valorar el interés de la custodia de dicho hijo. Como he expuesto por la especialidad, comentaré la referencia en

---

<sup>19</sup> Jurisdicción: Civil; Ponente: Miguel Ángel Navarro Robles ;: Audiencia Provincial de Córdoba; Fecha: 23/01/2018;: Sentencia Sección: Primera; Número Sentencia: 61/2018 Número Recurso: 596/2017

otras comunidades autónomas, y en este sentido indico el siguiente resumen<sup>20</sup>:

*Divorcio contencioso. Rehabilitación de la patria potestad: Se interpuso recurso de apelación en relación a que no pueda adoptarse ninguna medida en relación al **hijo incapacitado** dado que se considera competencia de los juzgados de incapacidades existiendo una demanda de divorcio y solicitud en relación al **hijo incapacitado** que lo está con una minusvalía del 65 por, por una resolución de la dirección provincial del instituto nacional de servicios sociales, con una ayuda económica por esta incapacidad y que ella tiene una pensión de jubilación mensual y por tanto podría cuantificar la pensión de alimentos y que se había pagado de forma pacífica en forma por pacto verbal en el año 2010 de forma mensual. Se cambia el criterio inicial en su contestación alegando el artículo 770, 775 y 776 de la ley de enjuiciamiento civil, que habla de menores o incapacitados en el artículo 90 y 91 del código civil y 93 del mismo texto, y por tanto puede conocer de los **hijos incapacitados** y por tanto dado que se abona cantidad, y por tanto contaba con elementos para ello solicita la fijación defecto los del **hijo incapacitado** en cuanto la pensión de alimentos, guarda y custodia y patria potestad y régimen de visita y evitando la devolución al juzgado se resuelva por la sala.*

#### 4.4. Uso de la vivienda familiar

Otro de los puntos que da lugar a discrepancias entre progenitores en procesos de familia y más si cabe con hijos incapacitados a cargo es la cuestión de la vivienda. Y ello porque tras la exposición del punto principal, la guarda y custodia de los hijos, se deriva tras ello, efectos dependientes de la misma como es el mantenimiento del incapaz que va a conllevar más gastos para quien lo mantiene en su convivencia y, como apartado principal, la vivienda para convivir con dicho hijo. En este sentido de nuevo la Jurisprudencia valora y estudia el interés del incapaz y cada caso de manera concreta pues ahora ya nos centramos en el beneficio personal del hijo, pero también se debe entrar a valorar la situación económica de los progenitores y, en concreto, el uso de vivienda y la situación patrimonial. Nos centraremos en la legislación foral propia en Aragón y la Jurisprudencia del TSJA.

Esta Jurisprudencia trata el tema del uso de la vivienda en el supuesto de hijos incapacitados determinando el interés más necesitado de protección, no obstante, y

---

<sup>20</sup> Audiencia Provincial de Madrid; Fecha: 14/05/2014; Sentencia: 434/2014 Número Recurso: 1189/2013.

a tenor de la legislación que antes he expuesto el uso tampoco puede ser ilimitado, sino que dependerá de la situación patrimonial así como de otras circunstancias económicas que se procederán a estudiar. En concreto en relación con la legislación del CDFa el uso de la vivienda debe ser limitado, como nos indica la Sentencia<sup>21</sup> del TSJA que expongo: *Resumen: Ante la afirmación de la parte recurrente de que el hijo mayor había sido incapacitado, se estudia la sentencia anterior en la que se declara que es absolutamente incapaz de gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes quedando sujeto a la misma situación jurídica en que se encuentra legalmente un menor de edad no emancipado, y así declara que el incapacitado quedará sometido al régimen de patria potestad rehabilitada, la cual se ejercerá conjuntamente por madre y padre del incapaz, de modo análogo a la patria potestad. En definitiva, el hijo quedó en la situación de un menor de edad no emancipado conforme a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación (artículo 39 del CDFa), siendo rehabilitada la autoridad familiar y ejercida por ambos progenitores (artículos 42 y 44 del CDFa) y, según se ha dicho, bajo la guarda de su madre.) Entre estas necesidades se encuentra, evidentemente, la de vivienda pero ésta no ha de ser vinculada de forma indefinida a uno solo de los progenitores sino que habrá de atenderse al resto de las circunstancias concurrentes en el caso. Se determina que, la falta de fijación de un plazo al uso de la vivienda supone una infracción del artículo 81.3 del CDFa limitación uso de la vivienda.*

Asimismo, es destacable el estudio que realiza nuestra Jurisprudencia respecto de la vinculación de la vivienda a los hijos mayores de edad incapacitados. Este punto lo considero de alta trascendente, y procedo a relacionarlo con el Convenio de NY, que expone como las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y donde y con quien vivir<sup>22</sup>.

Como he anunciado anteriormente se valoran otras circunstancias tales como la patrimonial y económica y, por tanto, en el estudio del caso concreto es posible que no se considere equiparable totalmente el interés del menor con el interés del hijo mayor incapacitado, si se ostentan ingresos o bien una situación patrimonial más beneficiosa, también quedará limitado el uso de la vivienda familiar, vemos como ejemplo: Sentencia<sup>23</sup> del TS que es altamente trascendente

---

<sup>21</sup> STSJ AR 895/2014 - Tribunal Superior de Justicia Aragón.. Fecha: 18/07/2014 N° de Recurso: 1/2014 N° de Resolución: 27/2014 Procedimiento: Recurso de Casación

<sup>22</sup> Art 19 Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. BOE 21 abril 2008

<sup>23</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Sede: Madrid Fecha: 04/04/2018 .-N° de Recurso: 1855/2017 N° de Resolución: 181/2018

porque aunque aplica la legislación actual, en la resolución expone la Convención de NY, por ello realizo el siguiente: Resumen: *La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad. El interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad (Sentencia 31/2017, de 19 de enero).* Se valora en la Sentencia que se interesó la extinción de la pensión compensatoria acordada en favor de su esposa, así como la pensión alimenticia de uno de los hijos mayor de edad, y que se declarase asimismo extinguido el derecho de uso del domicilio familiar:(,,,) .- pese a acreditar la discapacidad de una de las hijas, con patria potestad rehabilitada a favor de la madre, con quien convive en el domicilio familiar, no la equipara a una menor a efectos de atribución del uso del domicilio familiar y acuerda limitar su uso a un periodo de un año.. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas. El juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada.

Vemos como en la Fundamentación de la indicada Sentencia incluso se hace referencia a nuestro CDFA, en cuyo artículo 81 expone la cuestión de la vivienda y, asimismo referencia, el Convenio de NY con toda su nueva terminología. Por tanto de nuevo expongo la evidente conveniencia de modificar nuestra legislación a tenor de esta Convención y del Proyecto de Ley que procedo a indicar en este estudio.

En este mismo sentido, en otros supuestos, se constata asimismo la no equiparación exacta de hijos menores con hijos discapacitados en cuanto a la atribución de la vivienda familiar, pues, de nuevo, se valora que la situación patrimonial o económica puede ser diferente. En tal sentido vemos Sentencia<sup>24</sup> del TS que determina en Resumen: *Atribución de vivienda familiar privativa: límite temporal. Interés de protección: hijo mayor de edad discapacitado. Permite el*

---

<sup>24</sup> Tribunal Supremo Sala 1ª S. 19-1-2017, nº 31/2017, rec. 1222/2015.

*TS atribuir temporalmente a uno de los cónyuges el uso y disfrute de la vivienda familiar que es privativa del otro si es el interés más digno de protección por convivir con él un hijo mayor de edad discapacitado. La atribución es temporal, porque la discapacidad no se equipara completamente a la minoría pues se impondría al titular del inmueble una limitación durante toda la vida. Alcanzada la mayoría de edad, los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación. Se discute sobre la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar que la sentencia, atribuye a la esposa, «por ser el interés más necesitado de protección y por un plazo de tres años, la vivienda es privativa del esposo, no hay hijos menores de edad y uno de ellos, padece esquizofrenia que le impide vivir sola y precisa de la ayuda de un tercero para su control. Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El problema será determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos, según el grado de discapacidad.*

De nuevo se hace referencia a la Convención de NY y a la nueva terminología que debería aplicarse.

Estas sentencias debemos considerárselas ya como Jurisprudencia consolidada pues en cuerpo de las mismas comprobamos la referencia a sentencias de años anteriores, que considero necesario exponer, y así referencio anterior resolución, Sentencia del TS<sup>25</sup>, que en resumen determina: *Los hijos incapacitados deben*

---

<sup>25</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Madrid Fecha: 30/05/2012 N° de Recurso: 1132/2011 N° de Resolución: 325/2012



*ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC , que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, , ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación.*

#### **4.5. Contribución a gastos**

Como último aspecto que considero a destacar en el presente estudio y que asimismo he dejado adelantado es el referido a la aportación de gastos o pensión de alimentos que, como también he expuesto, tiene relación con el anterior apartado. la Jurisprudencia estudia en cada caso según la situación económica familiar el interés del hijo incapacitado. Por ello también teníamos que tener en cuenta si existe una concesión de prestación o pensión del órgano administrativo competente.

En estos supuestos podemos encontrar Sentencias que exponen los criterios en cuanto a la aportación de gastos o pensión de alimentos y que equipara a los hijos menores con los mayores discapacitados en cuanto a la necesidad de alimentos. Por tanto la obligación de los progenitores a mantener la aportación por interés y necesidad del discapacitado, necesitado de protección. Como ejemplo indico sentencia del TS<sup>26</sup> que expone en resumen *Alimentos. Discapacidad. Equiparación de los alimentos que se prestan a un hijo discapacitado a los de los hijos menores del matrimonio. Doctrina jurisprudencial. Pensión alimentos hijos discapacitado, se solicitaba extinción de las pensiones alimenticias establecidas a favor de sus dos hijas, alegando como circunstancias la edad de las hijas, el relativo a la otra hija, cuya prestación alimenticia mantiene dada su situación personal, la enfermedad que le tiene en situación de alta hospitalaria,*

---

<sup>26</sup> Tribunal Supremo; Sala de lo Civil, Fecha: 17/07/2015; Sentencianum.: 430/2015; Número Recurso: 31/201.

*la minusvalía del 67% que padece, la no incorporación al mercado laboral y el carácter no desproporcionado de la pensión alimenticia- Para la Audiencia dichos alimentos deben mantenerse durante seis meses, tiempo suficiente para que puedan explorarse las vías de solución de atención a la hija mayor de edad, que jurídicamente es plenamente capaz. La sentencia reconoce que la hija de 27 años, padece una enfermedad que ha supuesto varios ingresos hospitalarios. Su largo historial médico revela una precaria salud. Padece, además, una minusvalía pero, la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos. Cabe aplicar tal doctrina en tanto que)no consta declarada discapaz conforme al art. 200 CCv., en relación con el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, que ha sido ratificada por España, reiterando como doctrina jurisprudencial la siguiente: la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.*

Del mismo modo consta Jurisprudencia destacable del TS en la que se constata la obligación a mantener la pensión por la discapacidad del hijo y por el interés del mismo, indicándose en resumen<sup>27</sup>, la sentencia *obliga a un padre a seguir con la pensión alimenticia de su hijo mayor de edad por ser discapacitado: Hijo con una discapacidad 65%.. La Sala Primera flja doctrina y equipara la situación del hijo dependiente con la de un hijo menor, cuyas necesidades, tras la ruptura matrimonial, han de quedar cubiertas por los padres.*

En el mismo sentido encontramos supuestos en que solicitándose la modificación medidas sobre aportación de gastos, la Jurisprudencia determina que los hijos mayores de edad con minusvalías se equiparan a los menores a efectos de determinación y cuantificación de la pensión alimenticia y así se determina en Sentencia del TS las siguientes determinaciones; Resumen:<sup>28</sup>los hijos mayores de

---

<sup>27</sup> Tribunal Supremo; Sala de lo Civil. Fecha: 07/07/2014; Tipo Resolución: Sentencia; Sala: Primera Sección: Primera: Número Sentencia: 372/2014; Número Recurso: 2103/2012

<sup>28</sup> Tribunal Supremo; Sala de lo Civil Fecha: 10/10/2014; SentenciaNúmero 547/2014 Número Recurso: 1230/2013

*edad con minusvalías se equiparan a los menores a efectos de determinación y cuantificación de la pensión alimenticia. La percepción de pensión no contributiva por aquellos será valorada a tales fines casuísticamente, y se procede a modificación de medidas en cuanto a pensión alimenticia alimentos a hijos mayores de edad, y por tanto concediéndose alimentos a mayores de edad con minusvalía (discapacitados con pensión), teniéndose en cuenta si existe reducción de ingresos del progenitor; lo que conllevará otra determinación de cuantía de pensión alimentos al hijo mayor edad minusvalía: Se indica que en la STS, nº 325/2012, de 30 de mayo de 2012, citada por la parte recurrente, se sienta como doctrina que los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores por ser también su interés el más necesitado de protección. Y si bien es cierto que lo hace en el marco del artículo 96.1 C.C., esto es, del uso de la vivienda familiar como medida definitiva consecuencia de la separación y el divorcio, también lo es que en la interpretación del precepto se acude a la necesidad de protección de las personas con discapacidad acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. También se indica que el Tribunal Supremo ha decidido también sobre un supuesto de discapacidad de hijo mayor de edad, pero ya en el marco de la medida relativa a la pensión de alimentos a favor de los hijos, como es el caso que aquí se cuestiona en concreto en la sentencia nº 372/2014 de 7 de julio de 2014. Establece como doctrina jurisprudencial la siguiente: la situación de discapacidad no determina por sí misma la extinción o modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.*

## **5. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. NUEVA YORK, 13 de Diciembre de 2006.**

Tal como ya hemos adelantado, la terminología que consta en la todavía actual legislación española es la de “*incapaz*”, sin embargo, debemos claramente, ir olvidando dicha concepción, dado que desde la Convención a la que nos referimos en este apartado el concepto a tratar será “*discapacidad*”.

El instrumento de ratificación de la Convención de Nueva York<sup>29</sup>, motiva y fundamenta dicha ratificación, entre otras cuestiones en su preámbulo en la necesidad de que las personas con discapacidad ejerzan los derechos y libertades fundamentales plenamente y sin discriminación, ya que reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona, que existe diversidad de las personas con discapacidad, así como la necesidad de que dichas personas y sus familias reciban la protección y asistencia necesarias.

Queda por tanto determinado en el Preámbulo de la Convención lo que seguidamente destaco lo referente al tema que aquí trato: Los Estados Partes en la presente Convención, recuerdan los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad y la justicia, tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales de todos los miembros de la familia, se reconoce que las Naciones Unidas, en la legislación sobre, han proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole; se reafirma la universalidad, e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación; igualmente recuerdan los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación, la Convención sobre los Derechos del Niño; se reconoce también que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás; reconociendo la importancia que revisten los principios y las directrices de política que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas en todos los niveles destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad; se destaca la importancia de incorporar las cuestiones relativas a la discapacidad como parte integrante de las estrategias pertinentes de desarrollo sostenible; asimismo se reconoce que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano; del mismo modo se reconoce además la diversidad de las personas con

---

<sup>29</sup> BOE NUM 96, 21 ABRIL DE 2008.- Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006

discapacidad, y la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso; no obstante se observa que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos; se reconoce la importancia de la cooperación internacional para mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad en todos los países; también se reconoce el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la comunidad, y que la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo de la sociedad; se admite la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones; proceden a considerar que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas; se advierte la preocupación referida a la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de discriminación de cualquier índole o condición; se reconoce asimismo que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas; y se destaca el hecho de que existen personas con discapacidad que viven en condiciones de pobreza y por tanto se reconoce en este sentido, la necesidad fundamental de mitigar estos los efectos negativos; igualmente se reconoce la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos; se expone el convencimiento de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones; y del mismo modo se indica el convencimiento de que una convención internacional integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad contribuirá significativamente a paliar la profunda desventaja social de las personas con discapacidad y promoverá su participación, con igualdad de oportunidades, en todos los ámbitos. Tras dicho Preámbulo comienza todo el articulado en la mentada Convención

Se acentúa por tanto en el instrumento de ratificación el propósito de la Convención para proteger la igualdad de dichas personas y se expone como dato trascendente que entre las personas con discapacidad se incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, así lo indica el art. 1, párrafo 2.- *Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*

Del mismo modo quedan establecidas definiciones en cuanto a los fines de la Convención (art 2) y desde mi opinión altamente trascendentes los principios generales<sup>30</sup> del indicado Convenio, que se resumen en: respeto a la dignidad e independencia, protección del interés superior del menor, y valoración de su opinión que deberá ser recibida con la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez (este principio queda reiterado incluso en articulado independiente<sup>31</sup>), únicamente indico esta cuestión por la relación que puede tener con el interés del discapacitado y por tanto la valoración de la opinión del mismo.

Son también trascendentes las obligaciones generales que se determinan en el art. 4, ya que se expone que los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, y por tanto a tal fin los Estados Partes se comprometen en resumen a: adoptar medidas legislativas, a tener en cuenta en todos los programas la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, por tanto indica que se tomarán las medidas pertinentes para que ninguna persona, empresa u organización discrimine a dicha personas, así como promover la formación.

Debemos realizar especial mención que el instrumento de ratificación hace sobre la igualdad de reconocimiento como personas ante la ley, de forma que los Estados Partes reafirmen que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, y por tanto desaparecen la diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, dado que se considera que toda persona tiene plena capacidad, incluso siendo garantizado su derecho en igualdad de condiciones que los demás<sup>32</sup> como expone el art. 12 el derecho a vivir de forma

---

<sup>30</sup> Art 3. Instrumento de Ratificación de la Convención de NY. BOE 21 abril 2008

<sup>31</sup> Art 7.- *Niños y niñas con discapacidad.- (...) gocen de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones (...)*

<sup>32</sup> Art 12. Instrumento de Ratificación de la Convención de NY. BOE 21 abril 2008

independiente (respetando su opción escogida, se deberá respetar su voluntad) y a ser incluido en la comunidad, en concreto como ya he mencionado las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de elegir su lugar de residencia y donde y con quien vivir en igualdad de condiciones con los demás, incluso queda expuesto en dicho artículo que dichas personas tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y asistencia personal que sea necesaria para su inclusión en la comunidad. Por ello se deducen de tal articulado varias cuestiones como que las sentencias sobre incapacitación deberán tener graduaciones o concretarse únicamente medidas de apoyo. Como se ha expuesto la discapacidad es un concepto que evoluciona, como ejemplo en cuanto a discapacidades físicas anteriormente nos encontrábamos con una persona sordomuda o sordociega que tenía más limitaciones, y sin embargo por la evolución actual con las técnicas existentes (informáticas, tecnológicas etc..) dichas personas en muchas ocasiones no necesitan apoyos o únicamente apoyos mínimos. Por ello si anteriormente ha existido una sentencia de incapacitación, podrá ser revisada según la diferente casuística.

Igualmente se determina en el articulado el derecho a ser propietarios y heredar bienes, así como acceder a la Justicia<sup>33</sup> promoviéndose la capacitación adecuada.

En cuanto al objeto de este estudio según el tenor de su título, reitero la concreta mención al derecho de las personas con discapacidad en relación con las oportunidades de elegir su lugar de residencia así como dónde y con quién vivir<sup>34</sup> en igualdad de condiciones con las demás; igualmente trataremos su derecho al respeto del hogar y de la familia<sup>35</sup>, que a su vez se ve reforzado con medidas efectivas para poner fin a la discriminación en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales. En el mismo sentido, nos detendremos en las garantías de los derechos y obligaciones de dichas personas en lo que respecta a la custodia, tutela, y guarda, velando por el interés superior del niño. Y en cuanto a estos conceptos, las figuras de la guarda de hecho y el defensor judicial, en cuanto a la discapacidad, sobre los que se prevé que *“en casos excepcionales, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas.*

---

<sup>33</sup> Art 13. Opcit

<sup>34</sup> Art 19. Opcit

<sup>35</sup> Art 23. Opcit

*En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación". En su art. 23.2 se prevé que los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la tutela (...) indicando en el segundo párrafo de este artículo que los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.*

Por ello deberemos valorar la reforma de la legislación, y según lo expuesto sobre la evolución del concepto de discapacidad, la existencia de más opciones como las medidas de apoyo al discapacitado, respetando su voluntad.

## **6. DESARROLLO EN ESPAÑA**

### **6.1. Proyecto de Ley**

Desde el punto de vista normativo nos encontramos en la actualidad con la Convención de NY, suscrita por nuestro país desde 2008, una legislación en cuanto a Código Civil (legislación general) que no ha procedido a la transposición de los términos y preceptos de dicho Convenio y ya ratificados, y una legislación foral (CDFA), que tampoco los ha incorporado, a pesar de la existencia de Anteproyecto Legislativo así como Dictamen del Consejo de Estado, y ahora ya Proyecto de Ley antes indicado. Debido a que considero de trascendencia los antecedentes hasta llegar al Proyecto de Ley, procedo a resumir también el previo Anteproyecto, así como el Dictamen indicado

Debemos comenzar exponiendo el Anteproyecto de Ley cuya intención legislativa objetivo es la reforma de la normativa Civil y Procesal en materia de discapacidad; este anteproyecto está analizado en diferentes textos<sup>36</sup>, constando su redacción desde 2018, con la entrada en vigor del mismo quedarán reformados: el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil, adecuando así nuestro ordenamiento jurídico a la Convención

---

<sup>36</sup> Me referiré en este trabajo al texto que queda publicado en la Revista de Derecho Civil, vol. V, núm 3 (junio-septiembre, 2018); [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto:Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de Discapacidad, y asimismo a la publicación en BOCG Proyecto de Ley de 17 de Julio de 2020](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto:Anteproyecto%20de%20Ley%20por%20la%20que%20se%20reforma%20la%20legislaci%C3%B3n%20civil%20y%20procesal%20en%20materia%20de%20Discapacidad,%20y%20asimismo%20a%20la%20publicaci%C3%B3n%20en%20BOCG%20Proyecto%20de%20Ley%20de%2017%20de%20Julio%20de%202020) [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-1-A24-1.pdf](http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-1-A24-1.pdf)



Internacional de NY antes analizada. En concreto comienza su exposición de motivos transcribiendo el artículo 12 de la Convención, que proclama que *las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*, y por tanto se impone así el cambio de un sistema como el que hasta ahora está vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. Igualmente se expone que este Anteproyecto está inspirado en la CE tal como exige el art. 10: *respeto a la dignidad de la persona, tutela de sus derechos fundamentales y el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad*, así como los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que en su caso, pueda necesitar esa persona, para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

Ello ha derivado en el reciente Proyecto de Ley de 17 de Julio de 2020: Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

## **6.2. Reforma del CC según el Proyecto de Ley**

### **6.2.1. Introducción**

El indicado Proyecto consta de siete artículos; el artículo segundo<sup>37</sup>, con sesenta y tres apartados, modifica el CC. Es como se indica en el mismo, la reforma más extensa y de mayor calado referida a la materia que tratamos, ya que sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto de la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

El Título XI del Libro Primero del Código Civil se redacta de nuevo, y pasa a tener cómo rúbrica "*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad*". La idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que le sea necesario. No estamos únicamente ante un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de incapacidad por otros más precisos, sino de un nuevo enfoque más acertado de la realidad, que consiste en que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones y por tanto se trata de una cuestión de derechos humanos.

---

<sup>37</sup> En el Anteproyecto referenciado en la Nota anterior se encontraba en el artículo primero. En el Proyecto indicado, dicho artículo primero es referido a la ley del Notario, pasando el CC al artículo segundo.

### 6.2.2. Sobre los hijos discapacitados

En la materia que aquí tratamos, y siendo mi estudio sobre la custodia de hijos discapacitados, nos vamos a detener en las modificaciones del articulado referidas a esta materia:

El apartado Siete modifica el art. 81 del CC, quedando determinado que *“será necesario separación judicial cuando existan hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores”*.

En el apartado nueve se expone que se añade un segundo párrafo al art. 91, indicándose que *“cuando al tiempo de la separación, divorcio o nulidad existieran hijos comunes mayores de diecisiete años que se hallaren en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad. La sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá sobre el establecimiento y modo de ejercicio de éstas, las cuales en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad”*

En mi opinión debo añadir que en cuanto a la terminología debería haberse tenido en cuenta ya en esta modificación los actuales modelos de familia, puesto que existen en esta sociedad parejas no casadas con hijos, que pueden encontrarse en esta situación, y por tanto (tal como veremos que sí se indica en nuestro CDFa), debería referirse también al término ruptura de pareja, puesto que todo el proyecto (y anteproyecto) es referido sólo a nulidad, separación o divorcio.

El Proyecto también da nueva redacción al art. 94 del CC, quedando determinado que *“la autoridad judicial determinará el tiempo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores, podrá ejercitar su derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”*. En el caso que nos ocupa, respecto de los *“hijos con discapacidad mayores de edad que no estén en condiciones de decidirlo por sí solos, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar en el mismo procedimiento de separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercerá el derecho previsto en el párrafo anterior. La autoridad judicial adoptará la resolución que proceda, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal”*

También se añade en esta modificación, que *“se podrá reconocer previa audiencia de los progenitores, y de quien por su condición de hermano, abuelo del hijo mayor con discapacidad lo hubiere solicitado, el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160”*.

El apartado once del artículo segundo de este Proyecto modifica el art. 96, referido al uso de la vivienda familiar y en cuanto a los hijos discapacitados se

expone que, en defecto de acuerdo de los cónyuges el uso de la vivienda familiar corresponderá a los hijos comunes y al cónyuge en cuya compañía queden y expresamente se expone que si entre los hijos hubiera alguno en situación de discapacidad, que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinara el plazo de duración de ese derecho. Y por tanto a dichos efectos, los hijos mayores de edad, que precisaren medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar se equiparan los hijos menores que se hallen en la misma situación.

El título IX *“De la tutela y de la guarda de los menores”*. En este apartado también se modifica articulado en cuanto a la tutela (art.199 y ss), así como el defensor judicial del menor (art. 234 y ss) y la guarda de hecho del menor (art 236 y ss). No entraré en esta modificación por centrarme como ya he expuesto en los hijos mayores de edad discapacitados, si bien deberá tenerse en cuenta porque puede tener que aplicarse por analogía a determinados supuestos relativos a menores.

Lo mismo indico respecto al Título X ya que, aunque se modifica dicho título, es referido a la mayor edad y la emancipación por lo que no me referiré a ello expresamente en esta exposición.

### **6.2.3 Medidas de apoyo a las personas con discapacidad**

Como ya se dejado adelantado en cuanto a la discapacidad, que es parte central de mi estudio, queda modificado todo el título XI en cuanto a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

El art. 249 expone que el objeto es *“la regulación de las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad, que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad”*. En el mismo sentido continúa el artículo que *“las personas que presten apoyo, deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera, e igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro”*.

Las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad, según la redacción del art. 250 son, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

En concreto, en el tema que nos ocupa, me centraré en el art. 252 ya que se determina claramente que *“cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial, a petición de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal podrá acordar, si lo estima necesario, la procedencia de la curatela o el nombramiento de un defensor judicial para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán en todo caso dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias”*.

En el mismo sentido expone el art. 263, referido a la guarda de hecho, que *“quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad, continuará en el desempeño de su función, a menos que existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente”*.

Es habitual que en la práctica nos encontremos ante una guarda de hecho, sin determinación de resolución judicial. Pero en el supuesto de este estudio, si nos encontramos ante la separación de los progenitores, como hemos comentado puede producirse la problemática, en tal caso, aunque el artículo plantea soluciones, tal como indica en párrafo 2: *“cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria en el que deberá se oída la persona interesada (...) la autorización judicial podrá comprender una pluralidad de actos (...)”*

Sin embargo vemos como si las discrepancias son habituales, no será conveniente para el interés del discapacitado continuas intervenciones judiciales, por lo que en mi opinión con esta nueva regulación habrá de concretarse la graduación de las medidas de apoyo de forma más precisa.

Respecto a la figura de la curatela, el art. 268 indica que las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de las personas que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso su voluntad, deseos y preferencias. En este mismo sentido el art. 267 establece que la autoridad judicial constituirá curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad., en concreto: *Artículo 267El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación.*

La Sección 2ª relativa a la autoguarda y del nombramiento del curador, modifica articulado y así el art. 271 expone que *“cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica (...), podrá en escritura pública proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador”*.

En la sección 3ª sobre el ejercicio de la guarda el art 282 expone que *“el curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, respetando su voluntad, deseos y preferencias. Y asimismo que el curador procurará que la persona con discapacidad puede desarrollar su propio proceso de toma de decisiones”*. Considero necesario concretar aquí el concepto de “asistencia”, y para ello precisamente voy a remitirme a terminología del CDFJ, que en tal sentido se refiere a que hay que entender “asistencia” en el sentido de asentimiento, sin que bastela mera presencia de las personas llamadas prestarla, ni tampoco un mero consejo o asesoramiento no vinculante<sup>38</sup>.

En la reforma del Capítulo V que contempla la figura del defensor judicial, el art. 293 indica que se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos que se enumeran en el mismo<sup>39</sup>, cuando se precise apoyo.

### **6.3. Modificación de la LEC**

Procedo también a resumir esta modificación siguiendo el tenor del objeto de esta exposición, centrándonos por tanto en el artículo cuarto del Proyecto de Ley<sup>40</sup> por la que se reforma la legislación en materia de discapacidad.

---

<sup>38</sup> Art.27.1 CDFJ (“La prestación de asistencia requiere conocer el acto que el menor se propone realizar y significa considerarlo conforme a sus intereses”), y 2 CDFJ., *la asistencia puede ser expresa o tácita y previa o simultánea al acto; en esta puede bastar con la mera presencia sin oposición*.

<sup>39</sup> Artículo 293. Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación en materia de discapacidad. *Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes: 1.º Cuando la persona con discapacidad precise apoyo de forma ocasional, aunque sea recurrente. 2.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona. 3.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo. 4.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.*

<sup>40</sup> En el Anteproyecto la modificación de la Lec, se encontraba en el artículo tercero. En el Proyecto dicho artículo tercero ha pasado a referirse a la Ley Hipotecaria, encontrándose la LEC en el mentado artículo cuarto

El apartado uno modifica la rúbrica del título I del Libro IV “*de los procesos sobre provisión de fondos de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores*”. Con ello quedan modificados los artículos referenciados en el mismo <sup>41</sup>. Nos centraremos en este estudio a la modificación del art. 757 (apartado ocho del Anteproyecto) sobre la legitimación e intervención procesal que expone en su primer punto que “*el proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad puede promoverlo la propia persona interesada*”. Por tanto en lo que aquí me estoy refiriendo en cuanto a la custodia del hijo mayor de edad, podemos entender que pueden promoverse las medidas oportunas a tenor de la modificación de la legislación, recalcando ello debido a que este principio resulta altamente trascendente.

El apartado catorce el Anteproyecto introduce una nueva regla en el art. 770 “*En los procesos matrimoniales en que existieran hijos comunes mayores de diecisiete años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, se seguirán los trámites establecidos en esta ley para los procesos para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad*”

#### **6.4. Modificación de la Ley 20/ 2011 de 21 de Julio del Registro Civil**

En el artículo sexto<sup>42</sup> se dedica un apartado a modificar esta materia que estamos tratando, supuesto 11<sup>a</sup>.- *Las sentencias dictadas en procedimientos de provisión de apoyos a las personas con discapacidad.*

#### **6.5. Modificación de la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria.**

El artículo séptimo<sup>43</sup> del Proyecto, en su apartado uno modifica el texto del art. 43 “*será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad*”

---

<sup>41</sup> Art 748 y ssLec. Modificados según la redacción del Anteproyecto.

<sup>42</sup> En el Anteproyecto se encontraban estas referencias en el art. cuarto

<sup>43</sup> Como en apartado anterior, en el Anteproyecto se referenciaba art. quinto.

En este mismo sentido el apartado diecinueve<sup>44</sup> procede a una sustitución de términos, en concreto expone textualmente:

*1. En el apartado X, párrafo 10 de la Exposición de Motivos, en las rúbricas del Capítulo VII y Capítulo VIII del Título II, en la Sección 3ª del Capítulo II del Título III y en los artículos 2.3, 4, 5, 18.2.4ª, 19, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 40.2, 59, 60, 65, 85, 87, 88, y 89, la expresión «persona con capacidad modificada judicialmente» se sustituye por «persona con discapacidad». 2. En el artículo 90, la expresión «personas con capacidad modificada jurisdiccionalmente» se sustituye por «personas con discapacidad». 3. En el artículo 60, la expresión «persona con la capacidad modificada jurisdiccionalmente» se sustituye por «persona con discapacidad». 4. En el artículo 70.1.c), la expresión «personas con la capacidad modificada jurisdiccionalmente» se sustituye por «personas con discapacidad».*

## **6.6. Dictamen emitido por el Consejo de Estado.**

El Consejo de Estado en Pleno, en expediente num 34/2019, remite al Ministerio de Justicia, el Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley antes indicado<sup>45</sup>. Ello finalmente determina la reunión del Consejo de Ministros de 7 de julio de 2020, en la que se aprueba y remite a las Cortes Generales el Proyecto de Ley indicado.

### **6.6.1. Sobre los antecedentes.**

Se somete a consulta el ya referido Anteproyecto de Ley<sup>46</sup> referenciando que con tal reforma se pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional de NY (nombrando en concreto el art. 12 de dicha Convención). Se reitera como se pretende implementar el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de adoptar sus propias decisiones.

El referido Dictamen analiza el articulado que modifica el Anteproyecto y que asimismo he expuesto en concreto en los aspectos que aquí interesan en el anterior apartado.

---

<sup>44</sup> Del mismo modo que en anteriores notas, indico que en el Anteproyecto ello quedaba referenciado en artículo catorce

<sup>45</sup> En Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 11 de abril de 2019, se emitió por unanimidad el dictamen, habiendo examinado el expediente relativo al anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

<sup>46</sup> En la fecha de emisión del Dictamen, como es de comprobar no constaba presentado el Proyecto de Ley, pero siendo de interés el indicado Dictamen realizo la referencia al mismo, y por tanto dentro de este apartado, con las referencias al Anteproyecto de Ley

Y como se ha expuesto, todo ello ha quedado presentado como Proyecto de Ley 17 de Julio de 2020 en BOCG

### **6.6.2. Contenido**

Tras los antecedentes el Dictamen expone en un segundo punto el contenido del expediente compuesto por; versiones de la proyectada nueva legislación basadas en la propuesta inicial de la Comisión General de Codificación, trámite de consulta previa en el que participaron diversas instituciones y colectivos, documentación relativa al trámite de audiencia e información pública y así como sugerencias de personas y entidades que se indican, informes de diferentes Instituciones, Consejos, y Secretarías, e Informe del CGPJ.

Seguidamente, en su apartado tercero el Dictamen realiza una memoria del análisis de impacto normativo, exponiendo que se han seguido los principios de buena regulación, el principio de necesidad y eficacia, el principio de seguridad jurídica y el de proporcionalidad, cumpliendo con el texto de la Convención.

### **6.6.3. Consideraciones**

En base a todo ello, emite las correspondientes Consideraciones, indicando en resumen; el expediente remitido a la consideración de este Cuerpo Consultivo se refiere a un Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica con el objeto de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de NY. Igualmente se expone la tramitación que se ha realizado recabando los correspondientes informes y versiones. En cuanto a la naturaleza del Anteproyecto nos encontramos ante una ley ordinaria que reforma las normas que se han referenciado. Llegando a sus términos finales con el Proyecto de Ley referenciado, de 17 de Julio de 2020

#### **6.6.3.1. Competencia**

En la consideración Tercera se expone claramente como esta modificación se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación civil conforme el art. 148.1.8º de la Constitución Española. Por tanto la reforma proyectada del CC, se entiende sin perjuicio de las disposiciones que puedan aprobarse en las comunidades autónomas con derecho civil propio, las cuales tiene aplicación preferente de acuerdo con el art. 149.1.8 de la Constitución y los correspondientes estatutos de autonomía, y por tanto en nuestro caso, Aragón, el actual Código del Derecho Foral de Aragón<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> CDFA, que como sabemos integra la ley 13/2006 de 27 de diciembre de Derecho de la Persona.



Igualmente se expone la competencia del Estado en cuanto a materia procesal de acuerdo con el art. 149.1.6ª de la Constitución, por lo que se puede modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

En consecuencia en concreto en Aragón, no aplicaremos el CC ni siquiera de forma supletoria, debo incidir en ello porque la legitimidad del Proyecto viene de la CE donde se respeta el Derecho Foral.

### **6.6.3.2. Sobre la capacidad jurídica**

Se realiza mención expresa en la consideración cuarta al art 12 de la Convención de NY y la interpretación del mismo por el Comité, queriendo clarificar este importante precepto ya que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobó en 2014 una Observación General sobre dicho artículo. En ella se afirma que *“la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos que ofrece el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce que la persona es un actor jurídico que pueda realizar actos con efectos jurídicos”*

Textualmente continúa la exposición que se añade en esta Observación General, *“la capacidad jurídica, es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra, y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. En virtud del art. 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”*

Igualmente añade la Observación General *“el tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad (...)”*

Por tanto se expone que esa interpretación del art 12 de la Convención abandona la tradicional diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con las personas con discapacidad para promover la integración de las personas con discapacidad en todas las facetas de la vida social desde la perspectiva de que es la propia sociedad la que limita a la persona con discapacidad. En este sentido reitera que la Observación general concluye: *“Los sistemas que niegan la capacidad jurídica basándose en la condición de la persona constituyen una violación del art. 12 porque son discriminatorios, (...) ya que permiten*

*imponer la sustitución en la adopción de decisiones basándose únicamente en que la persona tiene un determinado diagnóstico. Del mismo modo, los criterios basados en las pruebas funcionales de la capacidad mental o en los resultados que conducen a negar la capacidad jurídica constituyen una violación del art 12 si son discriminatorios o si afectan en mayor medida a la igualdad ante la Ley de las personas con discapacidad.”*

Asimismo se expone que “*deben examinarse las leyes que regulan la guarda y tutela, y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo basado para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona*”. Por ello añade el Comité que debe ofrecerse a la persona encargada del apoyo el acceso a un reconocimiento jurídico cuya creación e instrumentalización sean determinadas por el Estado.

### **6.6.3.3. Sobre la modificación del Derecho civil y procesal**

Igualmente se expone la necesidad de modificar esta legislación para adaptarla al art. 12 de la Convención ya que, como se indica aún no se ha llevado a cabo. Ante esta situación la Sala Primera del Tribunal Supremo procedió a dictar algunas reglas en su Sentencia de 29 de abril de 2009 (rec. Núm. 1259/2006) y, en Jurisprudencia posterior<sup>48</sup>, el TS ha tratado de interpretar los preceptos del CC de forma flexible estableciendo graduaciones de la incapacidad y decantándose a favor de la curatela que no sufre a la voluntad del afectado, sino que la refuerza controla y encauza.

El mandato existente para la aplicación normativa no se ha cumplido y sin embargo, es necesario adaptar al art. 12 de la Convención a la regulación española de guarda y tutela, tanto en su vertiente civil como procesal. El problema que se plantea en esa nueva regulación es, en primer lugar, terminológico, dado que el término persona con discapacidad tiene en la Convención un alcance general que va más allá del sector específico que trata de protegerse en el citado art.12.

La Convención no opera con las categorías específicas que conoce nuestra legislación en otras leyes sino que queda definido en el art. 1<sup>49</sup> como antes he indi-

---

<sup>48</sup> SSTS 30 sept. 014 recnum 18/2014; 13 de mayo de 2015, recnum 846/2014, 14 de octubre de 2015, recnum 1257/2014, 20 octubre de 2015, rec.Num 2158/2014; 3 de junio de 2016, recnum 1632/2017; 7 de marzo 2018, recnum 4192/2016, o 18 de julio de 108, recnóm 4374/2017)

<sup>49</sup> Art 1 Convención de NY, define a las personas con discapacidad como *aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*

cado en el apartado sobre la Convención. Lo determinante es que la definición de persona con discapacidad de la Convención fija los mínimos para clasificar a una persona comodestataria de sus disposiciones, a lo que debemos añadir que nos encontramos con una definición abierta, ya que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que impiden su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás, reconociéndose además en la Convención la diversas situaciones de las personas con discapacidad.

La delimitación de términos lleva a concluir que los derechos reconocidos a las personas con discapacidad (art. 12 Convención) afectan solo a las personas con discapacidad que requieren tal apoyo

Se añade que el reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad no solo incluye el ser titular de derechos y obligaciones sino la posibilidad de ejercerlos, lo que exige la supresión de las declaraciones de incapacidad, se restringe la tutela y se transforma la curatela para permitir que así sea, únicamente como mecanismo de apoyo en la toma de decisiones sino en ciertos casos también un sistema de representación, por lo que se requiere la modificación en las correspondientes legislaciones que estamos exponiendo. Este cambio de sistema es el planteado por el Anteproyecto suprimiendo las declaraciones de incapacidad y reemplazando el modelo tutelar de toma de decisiones por un modelo de acceso a mecanismos de apoyo.

#### **6.6.3.4. Sobre la modificación del Código Civil**

##### **Definiciones**

**La consideración Sexta comienza con una breve descripción del contenido de la reforma, comenzando por exponer la actual regulación que deriva de la Ley 13/1983<sup>50</sup> la cual introdujo entre otros el principio de graduabilidad** de la incapacitación o el de la pluralidad de guarda. Con este sistema se prevé que las personas que sufran *“enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por si misma”* puedan ser incapacitadas en virtud de sentencia judicial firme (art. 199/200 CC). En el caso de menores de edad incapacitados sujetos a patria potestad se prevé la posibilidad de la extinción de esta patria potestad (*“patria potestad prorrogada”*-art. 171 y 201 CC o rehabilitación de la patria potestad)

---

<sup>50</sup> Tener también en cuenta: Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos

Por otra parte, a través de la ley 41/2003<sup>51</sup> de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del CC, LEC y Normativa Tributaria, se aprobaron una serie de medidas de protección jurídico-privadas para personas con discapacidad definidas como las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 % o las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 %, independiente de si han sido o deben ser incapacitadas. Esta Ley (art. 2) introdujo dos importantes innovaciones en relación con la incapacidad al regular la autotutela es decir, la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las decisiones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, tanto en sede de tutela (art. 223), como en sede de mandato (art. 1732). Se introduce por tanto en nuestro ordenamiento una primera regulación de los poderes preventivos.

**La adaptación de nuestra legislación al art 12 de la Convención implica la desaparición del estado civil de incapacitado y la superación de las diferencias entre capacidad jurídica y capacidad de obrar** en relación con los incapacitados, la reserva de la tutela para la minoría de edad y una nueva regulación de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad con la que se dota de nueva configuración a la institución de la curatela (por tanto el art 2 del Anteproyecto modificada la regulación de los art. 199 a 332 CC)

En concreto, se hace especial referencia a la “*supresión de las declaraciones de incapacidad*” y así el Anteproyecto sustituye el título IX del Libro I (de la Incapacitación)<sup>52</sup>. A través de la supresión de las declaraciones e incapacidad y de la implantación de un nuevo mecanismo de protección de protección de las personas con discapacidad desaparece en nuestro ordenamiento el estado civil de incapacitado y se elimina la desigualdad hasta el momento existente por razón de discapacidad en los términos de los art. 199 y 200 CC. En materia de familia se suprime la incapacitación como causa de atribución del ejercicio de la patria potestad al progenitor no afectado por la discapacidad<sup>53</sup>

Se exponen otras modificaciones en las que no entraré a fin de, como he indicado, centrarme en la materia de este estudio, aunque son evidentemente trascendentes tales como, materia testamentaria, contratos y responsabilidad civil.

---

<sup>51</sup> Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Publicado BOE num 277 de 19.11.2003

<sup>52</sup> Artículos 199 a 214 del CC

<sup>53</sup> Nueva redacción del art 156 CC

## **Sobre la tutela**

Uno de los aspectos de la reforma que debemos contemplar en esta exposición, y a la que se hace especial referencia por este Dictamen del Consejo de Estado es “*la reserva en exclusiva de la tutela para las situaciones de minoría de edad*”. El Anteproyecto elimina a través de los apartados diecinueve y veinte del art. 2 las instituciones de tutela para incapacitados, patria potestad prorrogada y patria potestad rehabilitada. La tutela se reserva para la protección de los menores de edad no emancipados (en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad). Con ello desaparecen las instituciones de patria potestad prorrogada y rehabilitada<sup>54</sup>.

La Sección Primera del nuevo capítulo I del Título IX abre con el art. 199 CC que afirma que quedan sujetos a tutela los menores no emancipados en situación de desamparo y los menores no emancipados no sujetos a patria potestad. Se mantienen en esta sección las previsiones de los vigentes artículos 223 y ss relativos a la posibilidad de los progenitores de prever el nombramiento de tutor para sus hijos. En esta sección la nueva redacción del art 208 CC señala que “*la autoridad judicial constituirá la tutela mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, siguiendo los trámites previstos legalmente*”. Esta previsión se corresponde con la que expone el art. 748 LEC que elimina de su ámbito de aplicación a los procedimientos “*que versen sobre la capacidad de las personas y de los de declaración de prodigalidad*” e incluye a “*los que versen sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad y los de declaración de prodigalidad*”. Para el nombramiento de tutor de menores ha de acudir a un expediente de jurisdicción voluntaria, incluso para los supuestos de oposición, sin embargo el Consejo de Estado entiende que debería introducirse en la LEC un proceso contencioso para este nombramiento de tutor en caso de conflicto.

No me detengo en más modificaciones que, tal como he indicado en apartados anteriores, no son de interés para esta exposición como la adquisición de bienes o la responsabilidad.

## **Sobre las medidas de apoyo**

Otro de los apartados que destaca el Consejo de Estado es el referido a, “*las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”. El título XI del libro I del CC establece los mecanismos de pro-

---

<sup>54</sup> Vigente el art. 171 CC, que suprime el apartado diecinueve del art. 2 del Anteproyecto y vigente del art. 201 CC, al que se da nueva redacción por el apartado veinte del art. 2 del Anteproyecto.

tección (apoyos) de las personas con discapacidad. A través de este nuevo título XI del libro I que hasta ahora estaba dedicado a la mayoría de edad y a la emancipación<sup>55</sup> se realiza en los artículos que se modifican (art. 258 a 297 CC) la más relevante transformación de las instituciones de protección de las personas con discapacidad. Dicho título se divide en seis capítulos en los que a este trabajo se refieren; Capítulo III *De la guarda de hecho de las personas con discapacidad*<sup>56</sup>; Capítulo IV *De la Curatela*<sup>57</sup> y Capítulo V *Del defensor judicial*<sup>58</sup>.

Así por tanto el art 248 (capítulo I del título XI), señala que *“constituye el objeto del presente título la regulación de las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad”*. Sin embargo, el Consejo de Estado señala que este artículo carece de carácter normativo y se limita a señalar el contenido el título por lo que deberá reformularse.

Por tanto, sobre los nuevos capítulos II y III del título IX *“Del defensor judicial del menor y de la guarda de hecho del menor”*<sup>59</sup>. El art. 234. 3 CC que queda modificado, determina que procederá el nombramiento de defensor, entre otros, *“cuando el menor emancipado requiera el complemento de capacidad previsto en los art. 246 y 247 y no lo puedan prestar los progenitores o exista con ellos conflicto de intereses”*

En este nuevo sistema la institución de la curatela sufre una profunda modificación y se convierte en el principal mecanismo de apoyo para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Este sistema lo completan, las figuras de la guarda de hecho y el defensor judicial, según he indicado se expresa en la Convención de Nueva York y en concreto se indica por el Consejo que se convierte al curador en un cuasitutor y a la persona afectada prácticamente en un incapacitado, aún sin suprimir su capacidad ni desconocer su posible voluntad, deseos y preferencias y respetando su personalidad.

En la nueva redacción del art. 250 CC se prevé la posibilidad de anticipar la provisión de las medidas de apoyo para los menores de dieciséis años; ello es

---

<sup>55</sup> Arts. 314 a 324 CC

<sup>56</sup> Art. 261 a 265 CC

<sup>57</sup> Art. 266 a 292 CC

<sup>58</sup> Art 293 a 296 CC

<sup>59</sup> Se introducen a través de los art. 234 yss

consecuente con la supresión de la patria potestad prorrogada o rehabilitada.

**En consecuencia, relacionado con lo anterior, el Consejo de Estado valora favorablemente la introducción en el apartado nueve del artículo 2 del Anteproyecto de la posibilidad de anticipar medidas de apoyo por razón de la discapacidad de los hijos comunes mayores de diecisiete años en los procesos de nulidad, separación y divorcio; lo que se corresponde con la previsión del modificado art. 250 CC que como hemos indicado establece, “cuando se prevea (...) en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial, a petición del menor; de los progenitores, del tutor o de Ministerio Fiscal podrá acordar (...) la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán en todo caso, dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias”**. Todo ello en relación con el proyectado art. 770.8 LEC (apartado dieciséis del art. 4 del Anteproyecto) que señala que, “8ª En los procesos matrimoniales en que existieran hijos comunes de dieciséis años, que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, se seguirán los trámites establecidos en esta ley para los procesos para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad”

En el reformado art. 251 se establece la posibilidad de que cualquier persona mayor de edad o emancipada pueda disponer de medidas de apoyo para el supuesto de que en un momento pueda necesitarlas.

El Consejo de Estado también trata de forma concreta el sistema de autorregulación y poderes preventivos, cuestiones altamente trascendentes en las que no me extiendo por no ser correspondientes a esta exposición<sup>60</sup>

### **Sobre la curatela**

Incidiré de forma más concreta (tal indica el Consejo) en “la nueva configuración de la curatela”, ya que el nuevo sistema de apoyos dota de una nueva concepción en el capítulo IV del título XI<sup>61</sup>, el cual se divide en cuatro secciones:

1.- Ampliación de funciones del curador que viene acompañada de una especialización de este órgano de apoyo en las personas con discapacidad ya que desaparecen las funciones que hasta el momento reservaba al CC al curador respecto

---

<sup>60</sup> Capítulo II, modificación de art. 254-260 CC

<sup>61</sup> Art. 266 a 292 CC

a los menores emancipados o que hubiesen obtenido el beneficio de la mayor edad. Es un planteamiento novedoso de la institución; el Anteproyecto ha preferido un modelo más flexible en el que se determine, para quienes precisen de apoyo continuado, caso por caso, la extensión de la medida de protección. Con ello se suprimen los tradicionales sistemas de representación para incapacitados mayores de edad (tutela, patria potestad prorrogada o rehabilitada) y dota de nuevo contenido a las institución de la curatela, se reemplazan los sistemas de toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Según el Dictamen del Consejo circunscribir la tutela a la minoría de edad y ampliar el ámbito de la extensión y las funciones de la curatela es respetuoso con la naturaleza de una y de otra institución de protección.

2.- La sección primera del capítulo IV del título XI<sup>62</sup> comienza con el art- 266 *“las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de las persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Las medidas de apoyo adoptadas serán revisadas periódicamente, (...) en un plazo máximo de tres años, y en todo caso, ante cualquier cambio de la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas”*

De acuerdo con el revisado artículo 267 CC, la curatela como medida de apoyo será constituida por la autoridad judicial cuando no exista otra medida de apoyo suficiente.

3.- La sección segunda del capítulo IV del título XI *“De la autocuratela y del nombramiento del curador”*<sup>63</sup> se divide su vez en dos subsecciones dedicadas a la autocuratela y al nombramiento del curador. El art. 269 firma que *“cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de que se produzca alguna de las circunstancias a las que se refiere el art. 248 podrá en escritura pública, proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador”*. No obstante en el Dictamen del Consejo se sugiere un cambio de redacción proponiéndose la expresión *“en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás”*

Tras ello se estudian las causas de inhabilidad en las que no entraré, expuesto todo ello según el art. 273 y ss CC

---

<sup>62</sup> Art. 266 a 268 CC

<sup>63</sup> Art 269 a 279 CC



4.- La sección tercera del capítulo IV del título XI “*Del ejercicio de la curatela*”<sup>64</sup> establece las reglas generales de desempeño en la función de curador. Se refiere asimismo a la realización de actos de trascendencia personal o familiar. Este inciso viene a reemplazar el vigente “*para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial*” Parece que el Anteproyecto ha evitado referirse al internamiento para no vulnerar la anterior legislación así como los art 17 y 81 de la CE.

Otra novedad que el Consejo valora de forma positiva es la posibilidad prevista en el art. 286 CC según el cual “*La autoridad judicial, cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá autorizar al curador la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos*”

5.- El capítulo IV del título XI “*De la extinción de la curatela*”<sup>65</sup>, es el que se trata en la sección cuarta, y contiene las causas de extinción de esta institución.

### **Sobre la figura del defensor judicial**

Tras finalizar en análisis de esta figura el Dictamen expone en su siguiente apartado la institución “*Del Defensor judicial de la persona con discapacidad*”. Esta es por tanto la segunda de las instituciones de guarda que contiene la nueva regulación del Anteproyecto y así, según el art. 249 CC ,procede su nombramiento “*cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente*”; regulado todo ello en el nuevo capítulo V del libro I<sup>66</sup>. Se modifica la institución del defensor judicial; mantiene su intervención en caso de conflicto de intereses y para aquellas ocasiones en que los encargados de esa guarda y protección no cumplieren sus funciones por cualquier motivo.

Igualmente analiza la tercera de las instituciones jurídicas de apoyo que es la guarda de hecho “*el guardador de hecho de la persona con discapacidad*”, que se define en el art. 249 CC como “*la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente*”. A ella se dedica el nuevo capítulo III del Título XI<sup>67</sup>. Se expone que el objetivo de la institución es atender la realidad social que demuestra que la per-

---

<sup>64</sup> Art. 280 a 288 CC

<sup>65</sup> Art. 279 a 284 CC

<sup>66</sup> Art 293 a 297 CC

<sup>67</sup> Art. 261 a 265 CC

sona con discapacidad, está adecuadamente asistida o apoyada por un guardador de hecho. Para ello se introduce la modificación del art. 261 CC, siendo novedad, que es obligación del guardador de hecho solicitar, una autorización judicial en un expediente de jurisdicción voluntaria en el que habrá de ser oída la persona interesada.

No entraré en este estudio en la nueva regulación de la prodigalidad que también queda modificada en el nuevo título XII.

### **Sobre otras modificaciones: uso de la vivienda familiar**

No podemos en cambio obviar en esta exposición las modificaciones contenidas en el art. 2 de del Anteproyecto referidas al uso de la vivienda familiar.

El art. 96 CC en la redacción que realiza el apartado once del citado art. 2 del Anteproyecto regula la atribución del uso de la vivienda familiar. Esta nueva regulación siguiendo una consolidada jurisprudencia<sup>68</sup> fija en la mayoría de edad el límite del derecho de los hijos que se queden en compañía de uno de los progenitores a usar la vivienda familia. Asimismo, si entre los hijos hubiera alguno menor con discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, se deberá determinar el plazo de duración de ese derecho. Adicionalmente se añade que los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio, estuvieran en situación de discapacidad, que hiciera conveniente la continuación del uso “*se equiparan a los hijos menores que se hallen esa situación*”.

También se contiene la modificación de articulado referido al consentimiento o a la protección patrimonial<sup>69</sup> en los que no me detengo para el objeto de esta exposición.

El apartado sesenta y siete del art. 2 del Anteproyecto introduce en la disposición adicional cuarta una definición de discapacidad, “*aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica*”. El

---

<sup>68</sup> STS 2 abril 2018, recnº 1855/2017: *La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo (...) El interés superior del menor que inspira el uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia en todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obras mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad.*

<sup>69</sup> Art, 121-123 CC

Dictamen considera que por motivos de seguridad jurídica ha de reservarse en lo sucesivo la utilización del término “*persona con discapacidad*” para las personas a las que se refiere la Convención.

#### **6.6.3.5. Sobre la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de Jurisdicción Voluntaria**

Me remitiré en este apartado en lo que respecta al contenido de esta exposición a la modificación que prevé el Anteproyecto de Ley relativa a la tramitación de los trámites procedimentales en cuanto a la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. En concreto el apartado 1 del proyectado art. 756 de la LEC establece que en los supuestos que sea pertinente el nombramiento del curador, los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se registrarán por lo dispuesto en un nuevo capítulo III bis que se introduce en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, salvo que haya oposición, en cuyo caso se registrarán por lo dispuesto en la LEC.

En el mismo ámbito de la LEC<sup>70</sup> otra modificación importante es que se permite a un mayor número de personas intervenir en el proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad. Otra importante novedad es la previsión de revisión periódica obligatoria (cada tres años) de las medidas de apoyo a la persona con discapacidad.

El Dictamen también realiza observaciones a la modificación de la LEC, contenido en el art. 4 del Anteproyecto.

Se modifica la redacción del art. 749. 1 LEC mediante el apartado cuatro del art. 4, en el cual sólo hace referencia a las personas con discapacidad que participan en el proceso. Según el criterio del Consejo también debería añadirse a la redacción proyectada una referencia a que el Ministerio Fiscal defenderá el interés de las personas afectadas por los demás procesos a los que hace alusión el inciso primero

En este artículo 4 del Anteproyecto se da nueva redacción al articulado<sup>71</sup> referido a tramitación y audiencia de otros interesados en los que como ya he ido exponiendo no me detendré por no ser objeto concreto de esta exposición.

Continuando con las observaciones, el Dictamen hace también referencia a la modificación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, art. 7 del Anteproyecto. El Dictamen indica que sin perjuicio de la aplicación supletoria de la LEC sería

---

<sup>70</sup> Art. 757 LEC

<sup>71</sup> Art. 755, 756, 759, 761 LEC

conveniente la inclusión de una previsión equivalente al proyectado art. 7 bis de la LEC, según la redacción que indica el apartado uno del art. 4 del Anteproyecto, que expone sobre el art. 7 bis, “*Ajustes para las personas con discapacidad, indicando que para garantizar su participación en igualdad de condiciones, se realizarán las adaptaciones y flexibilizaciones necesarias*”.

Otro dato que considero destacable es el referido al apartado 2 del art. 42 bis C, que está incluido en el nuevo capítulo III bis, introducido por el apartado uno del art. 7 del Anteproyecto, el cual señala “*la sentencia dictada no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un incidente que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de las medidas judicialmente adoptada*”

También se valora positivamente la inclusión de una previsión de sustitución de términos a través del apartado 18, del art 7 del Anteproyecto, sustituyéndose la expresión, “*persona con capacidad modificada*” por la expresión, “*persona con discapacidad*”.

Finalmente el Dictamen realiza observaciones a las modificaciones de la Ley del Notariado, Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Ley del Registro Civil y Ley Hipotecaria. En ellas no me detengo por no ser objeto de esta exposición.

### **6.7. Tramitación.**

Como he expuesto para alcanzar la publicación del Proyecto de Ley en BOCG, fecha 17 de julio de 2020, ha existido un completo estudio con el Dictamen que he analizado, así como con el Anteproyecto de Ley referenciado.

El Proyecto de Ley, únicamente altera alguno de los ordinales del articulado, manteniendo la misma redacción de fondo. Como se indica en la publicación en BOCG previo a la Exposición de Motivos, se certifica que en reunión del Consejo de Ministros celebrada el día siete de Julio de dos mil veinte, se ha aprobado y acordado remitir a las Cortes Generales el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

### **7.- RESUMEN**

La separación, divorcio o nulidad, especialmente, con hijos a cargo, genera una situación nueva a la que deben adaptarse los miembros de la familia. He considerado dedicar esta exposición a los hijos incapacitados, incluso si nos

encontramos ante hijos mayores de edad, (con la legislación actual constatando también la diferencia en los casos en que existe o no sentencia de incapacidad) y así, nos podemos encontrar situaciones diferentes:

1. Según la legislación actual. Hijos discapacitados e incapacitados judicialmente.

Supuesto de hijos que han sido incapacitados judicialmente y cuya autoridad familiar en Aragón (patria potestad en legislación general) se encuentra rehabilitada o prorrogada. He indicado brevemente que al exponer el término “incapacidad” y en concreto en este supuesto (hijos mayores de edad incapacitados) me reflero a incapacidad civil, que es la que se produce cuando este hijo padece deficiencias físicas o psíquicas de tal trascendencia que le imposibilitan regirse por sí misma y satisfacer sus necesidades sin asistencia. Esta incapacidad como he expuesto en la vigente legislación, ha de ser determinada por sentencia judicial y podría someter al incapacitado a tutela (o bien curatela), pero como en este estudio me he centrado en los hijos solteros y con sus progenitores con los que conviven, no será preciso nombrar tutor (ni curador) sino que lo que debería producirse es la rehabilitación o la prórroga de la autoridad familiar en nuestro Derecho Aragonés, (patria potestad en legislación general). He indicado que determinaremos prórroga cuando la declaración de incapacidad se produce antes de que el hijo alcance la mayoría de edad. En tal sentido en el momento en que cumpladieciocho años no adquirirá esa mayoría de edad sino que la autoridad familiar (patria potestad) se prorrogará automáticamente, por tanto, podemos indicar que no se rehabilita porque no se llega a extinguir.

En relación con el momento en que se declara la prórroga de la autoridad familiar, o bien de la rehabilitación y en relación a la ruptura de pareja y crisis familiar, podemos diferenciar:

a.- En el supuesto que la sentencia de incapacitación se dicte antes de la ruptura de pareja es habitual que la autoridad familiar (patria potestad) ya haya sido otorgada a ambos padres. No obstante si es posteriormente cuando se produce la ruptura de pareja, deberá procederse a regular esta cuestión del hijo mayor de edad incapacitado de forma similar al hijo menor de edad (y en tales casos nos encontramos, si no existe acuerdo, con la posible problemática de la custodia, gastos y alimentos, y uso de vivienda etc.).

Nuestro ordenamiento jurídico considera el interés superior del incapacitado como una obligación legal de protección y obliga a que el Ministerio Fiscal vele siempre por los intereses de los incapacitados. No obstante el fundamento de su protección es diferente al de los menores de edad (he indicado como ejemplo que

la fundamentación será el grave estado de salud, la necesidad de asistencia de una tercera persona etc..)

Con la modificación de la legislación, considero que evitaremos esta complejidad, dado que se elimina patria potestad prorrogada y estaremos únicamente ante la determinación de apoyos al discapacitado.

b.- Continuando con la todavía vigente legislación, si la declaración de incapacidad se produce después de ruptura de pareja, la autoridad familiar (patria potestad) puede otorgarse a ambos progenitores, sin perjuicio de que la guarda y custodia sea individual o compartida. Sin embargo, esta cuestión también puede dar a problemática si no existe acuerdo y, por ello he estudiado algunas de las sentencias en relación a otorgar la autoridad familiar a uno solo de los progenitores si se entiende que las divergencias pueden ser de tal intensidad que perjudiquen al hijo, pretendiendo evitar así constantes incidentes judiciales. Aquí puede plantearse que quien ha sido excluido de esta autoridad familiar (patria potestad) considere que queda eliminado de toda decisión e incluso opinión, por lo que considero deberá fundamentarse de forma muy expresa esta decisión, siempre realizándola en interés del hijo incapacitado.

## 2. Actual legislación: Hijos discapacitados no incapacitados judicialmente.

Nos encontramos también con supuestos de hijos mayores de edad discapacitados que no han sido incapacitados judicialmente (por tanto en principio son titulares de sus derechos civiles).

En estos casos me he planteado si también en los casos de ruptura de pareja con hijos a cargo discapacitados tenemos la misma problemática en caso de no existir acuerdo, esto es, custodia, aportación de gastos o uso de vivienda.

Efectivamente esta cuestión no la encontramos de forma concreta en la legislación puesto que el CC como hemos expuesto habla de incapacidad y nuestro CDFA igualmente expone “hijos menores o incapacitados”. Por ello la regulación que se aplica en la práctica la deducimos de la Jurisprudencia y se puede constatar que cuando existen hijos incapacitados o discapacitados (necesidades especiales por alguna minusvalía), existen las mismas obligaciones y derechos y, por tanto, se establecerá autoridad familiar (patria potestad), custodia, gastos de alimentos o uso de vivienda, todo ello en beneficio del hijo incapacitado o discapacitado (independientemente de que sea mayor o menor de edad).

La nueva legislación sobre discapacidad ha dado también más claridad en este sentido y podemos decir que considera el interés del mismo como una obligación legal de protección.

### 3. Incapacitados o discapacitados que perciben prestación:

En este apartado (y según actual legislación) indico el supuesto de hijos con incapacidad reconocida o discapacitados (sin sentencia de incapacitación), que por una parte serán dependientes de sus padres durante toda su vida pero por otra parte perciben una subvención o prestación del órgano estatal o autonómico correspondiente y, además tal ayuda es gestionada por sus padres. Es evidente que en tales supuestos, se deberá valorar el caso concreto en conjunto con la situación económica y patrimonial familiar a los efectos de evaluar cual es la necesidad de aportación o no de gastos al hijo y esto porque como hemos visto, en Jurisprudencia, la percepción de una prestación por discapacidad no extingue directamente la aportación de alimentos.

A ello quería referirme cuando indico que el fundamento de su protección es diferente al de los menores de edad (he expuesto que tal fundamentación puede devenir del grave estado de salud, y de la necesidad de asistencia de una tercera persona etc.), y ello porque podemos encontramos con que la situación el hijo le impida su incorporación a cualquier trabajo o que la prestación que percibe de la administración no sea suficiente para cubrir los gastos y necesidades que requiere su atención y cuidado. Como se indica por la Jurisprudencia que antes he referenciado *“no se puede otorgar la misma protección a un hijo mayor de edad con discapacidad que la que requiere un hijo menor porque, la asistencia a un discapacitado se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial según el grado de su discapacidad, La atención hacia las personas mayores con discapacidad depende de su estado y grado físico, mental, intelectual o sensorial, del acierto en la adopción de los apoyos en la toma de decisiones y de la elección de la persona o institución encargada de hacerlo, entre otras cosas, y también, el respeto a su derecho de vivir de forma independiente y de tener control sobre su vida diaria siempre que sea posible”*.

## 8. ACTUALIZACIÓN LEGISLACIÓN Y CDDA

He realizado la esta exposición del Convenio de Nueva York, así como con el Proyecto de Ley de modificación de nuestra legislación. Hemos visto por tanto los instrumentos (Convenio de NY, Dictamen del Consejo de Estado, Anteproyecto y Proyecto de Ley) que deberán implementarse en nuestra legislación con la consiguiente repercusión en la posterior aplicación práctica jurídica. Hemos analizado Sentencias alusivas al Convenio de NY, y por tanto es evidente la intención del juzgador la necesidad de incardinar cuanto antes este Convenio en nuestra legislación.

Podemos hacer un sucinto resumen de la incidencia que este Convenio y la modificación del CC tendrá en nuestro CDFA.

Previamente deberé indicar que se realiza constante mención al matrimonio, y por tanto a las consecuencias de su ruptura, esto es: separación, divorcio o nulidad. Estas denominaciones también deben ser actualizadas, puesto que en muchos supuestos en la actual sociedad, nos encontramos ante parejas estables no casadas, y por tanto esta nomenclatura debería ser actualizada.

En concreto portanto, será necesario la modificación del CDFA: Libro I Derecho de la persona, el Capítulo II que trata sobre la Incapacidad e incapacitación, y su sección primera (la persona incapaz y la incapacitada)<sup>72</sup>, igualmente la Sección 2 con la Prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda<sup>73</sup>; del mismo modo el Título III “de las relaciones tutelares”<sup>74</sup>, en concreto Capítulo IV: La tutela<sup>75</sup>, y el Capítulo V: La curatela<sup>76</sup>

Asimismo debo referirme a los artículos sobre Autoridad familiar del CDFA, art 71 y ss, y en concreto deberán ser modificados: Artículo 72. Ejercicio exclusivo por uno de los padres: *El ejercicio de la autoridad familiar corresponde a uno solo de los padres en los casos de exclusión, privación, suspensión o extinción de la autoridad familiar del otro, y también cuando así se haya resuelto judicialmente*, así como Artículo 73. Padre menor no emancipado o incapacitado: *1. El menor no emancipado que tenga suficiente juicio ejercerá la autoridad familiar sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la de la Junta de Parientes o la de un defensor judicial. 2. El mismo criterio se aplicará al incapacitado si la sentencia no ha suspendido el ejercicio de su autoridad familiar.*

El propio artículo 80 del CDFA deberá ser modificado puesto que determina expresamente: *“Guarda y custodia de los hijos: 1. Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos. (...)*

Este es el artículo principal por el que consideré la profundización con este

---

<sup>72</sup> Art 34 y ss CDFA

<sup>73</sup> Art 41 y ss CDFA

<sup>74</sup> Art 100 y ss CDFA

<sup>75</sup> Art 130 y ss CDFA

<sup>76</sup> Art 148 y ss CDFA



estudio, pues nuestro CDFA indica “*custodia de hijos incapacitados*”, por tanto a tenor de la Convención de NY, y del Anteproyecto expuesto con el que se modificará el CC deberemos comenzar el estudio para modificar los artículos referidos.

La importancia del interés del menor, y del hijo discapacitado, conlleva la necesidad de actualización de la ley para su aplicación en la práctica.

## **9. REFLEXIÓN FINAL:**

He comenzado este discurso con una frase en latín: *Patremhabenti tutor non datur* (cuyo significado he indicado: a quien tiene padre no se le da tutor), porque como conocemos ya desde derecho romano el derecho de familia estaba regulado. En estos supuestos familiares, haya o no ruptura de pareja, los hijos discapacitados, tendrán la atención de sus padres, con lo que es de esperar dispondrán de una buena protección, no necesitarán persona que decida por ellos: los progenitores podrán dedicarles su atención personal y jurídica.

Pero no puedo acabar este discurso sin dejar anunciado otro tema de gran preocupación que enlaza con el anterior, y es qué ocurre con estos hijos tras el fallecimiento de sus padres:

En las *XII Tablas* (que consideramos el origen del derecho civil romano: texto legal que contenía las normas para regular la convivencia del pueblo romano), en la *tabla V* quedaba determinado: *Quibus testamento, tutor datus non sit, iis lege XIIagnaisunt tutores (quienes no hayan recibido tutor por testamento, por la Ley de las XII tablas tendrán como tutores a sus agnados)* Siendo la agnación o parentesco agnaticio, en Derecho romano, el parentesco jurídico que se fundamenta en la potestad del pater familias y no supone, necesariamente, relación de sangre. Así, los agnados son aquellas personas que están sometidas a la potestad del pater o que lo estarían si viviese todavía el paterfamilias), así por tanto no debemos olvidar ni personal ni jurídicamente a estas personas cuando fallecen sus padres, y su absoluta necesidad de atención por parte de otros familiares o personas cercanas.

## **10. JURISPRUDENCIA**

T.S. Fecha: 02/07/2004; Tipo resolución: Sentencia; Jurisdicción: Civil sala: Primera Sección: Primera; Número Sentencia: 683/2004 Número Recurso: 4495/1999

T.S Fecha: 30/05/2012 Sala de lo Civil Madrid N° de Recurso: 1132/2011 N° de Resolución: 325/2012

T.S Fecha: 07/07/2014 Sala de lo Civil.; Tipo Resolución: Sentencia; Sala: Primera Sección: Primera: Número Sentencia: 372/2014; Número Recurso: 2103/2012

T.S. Fecha: 10/10/2014; Sala de lo Civil Sentencia Número 547/2014 Número Recurso: 1230/2013

T.S. Fecha: 17/07/2015 Sala de lo Civil.; Sentencia num.: 430/2015; Número Recurso: 31/2015.

T.S. Fecha 19/01/2017 Sala 1ª Civil, Numero resolución 31/2017, rec. 1222/2015.

T.S. Fecha 4/4/2018. Rec nº 1855/2017. Fecha 4/4/2018. Sala Civil. Roj: STS 1166/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1166. Número de Resolución 181/2018

T.S.J.A.- Fecha: 18/07/2014 STSJ AR 895/2014 -. Nº de Recurso: 1/2014 Nº de Resolución: 27/2014 Procedimiento: Recurso de Casación

T.S.J.A.- Fecha: 20/04/2017 STSJ AR 331/2017 - ECLI: ES:TSJAR:2017:331 Id Cendoj: 50297310012017100010. Sala de lo Civil y Penal Sede: Zaragoza Sección: 1 Nº de Recurso: 1/2017 Nº de Resolución: 9/2017 Procedimiento: CIVIL

A.P. -Audiencia Provincial de Córdoba; Fecha: 23/01/2018.; Sentencia Sección: Primera; Número Sentencia: 61/2018 Número Recurso: 596/2017

A.P. Audiencia Provincial de Madrid; Fecha: 14/05/2014; Sentencia: 434/2014 Número Recurso: 1189/2013.

## **11. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA**

Berrocal Lanzarot, Ana Isabel. La patria potestad prorrogada o rehabilitada. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, Año nº 87, N 726, 2011, págs.. 2227-2263

Cortada Cortijo, Neus. Consecuencias jurídico-civiles del maltrato sobre hijos menores o incapacitados: la privación y limitación de la potestad parental. Legislación civil de Cataluña

1ª Jornada sobre Maltrato a las Personas con Discapacidad. Sevilla, 16-17 de octubre de 2014 / coord. por Juana Zarzuela Domínguez, Susana Díaz Pacheco, 2014, ISBN 978-84-7993-256-5, págs. 263-266

García Gil, F. Javier La protección de los hijos menores o incapacitados en las situaciones de crisis matrimonial. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744, Nº 3, 1989, págs. 859-867

Flores Rodríguez, Jesús. La atribución del uso de la vivienda en las crisis familiares cuando existen hijos mayores con discapacidad

La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores, ISSN-e 2341-0566, N°. 16, 2017 (Ejemplar dedicado a: Problemas en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar)

García Herrera, Vanessa. El deber de alimentos a los hijos mayores de edad. Especial referencia a los hijos sometidos a patria potestad prorrogada

Congreso IDADFE 2011 / coord. por Francisco Javier Jiménez Muñoz; Carlos Lasarte Álvarez (dir.), Vol. 2, 2014 (Relaciones paterno-filiales), ISBN 978-84-309-6083-5, págs. 295-314

Lacruz Mantecón, Miguel L. “Familia y Sucesiones”. Edición septiembre 2016. Pág 167

Liñán García, M<sup>a</sup> Angeles. El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: nuevas perspectivas de futuro. Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado. ISSN-e 1696-9669, N<sup>a</sup> 32, 2013

López Pérez, Jerónimo. Prórroga y rehabilitación de la patria potestad Librería Bosch, 1992. ISBN 84-7698-187-2

Mayor del Hoyo, M<sup>a</sup> Victoria. En “Actas de Foro Aragonés 2019”. La nueva normativa aragonesa en materia de discapacidad a la luz de la convención de Nueva York: Visión de conjunto y novedades procesales

Martínez de Aguirre Aldaz (coord.); de Pablo Contreras, Pedro; Pérez Álvarez, Miguel. Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia (5<sup>o</sup> Edición Pág 200)

Seisdedos Muíño, Ana. La regulación de la patria potestad prorrogada en el Código Civil y en las LEGISLACIONES autonómicas

Revista Aranzadi Doctrinal, ISSN 1889-4380, N°. 10 (febrero 2012), 2012, págs. 97-113

Sanchez- Calero Arribas, Blanca. Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad. Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia / coord. por Carlos Lasarte Álvarez, Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz, Fátima Yáñez Vivero, 2004, ISBN 84-609-3858-1

Sanchez- Calero Arribas, Blanca. Problemas de aplicación de las instituciones de guarda legal a los padres del hijo mayor de edad incapacitado

Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2010, ISBN 978-84-92606-14-6, págs. 1023-1052

Zurita Martín, Isabel. Guarda legal de personas incapaces y de hijos mayores incapacitados. *Revista de Derecho Civil*, ISSN 2341-2216, Vol. 2, N° 3 (julio-septiembre 2015), 2015, págs. 107-140

*Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm 3 (junio-septiembre, 2018); <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto>: Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de Discapacidad, y asimismo a la publicación en BOCG Proyecto de Ley de 17 de Julio de 2020 <http://www.congreso.es/publicoficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-1-A24-1.pdf>)

## **12. ABREVIATURAS**

BOCG . Boletín Oficial de las Cortés Generales

BOE. Boletín Oficial Español

CC Código Civil

CDFA - Código Derecho Foral Aragonés

CE. - Constitución Española

Convención de NY.- Convención de Nueva York

LEC. Ley de Enjuiciamiento Civil

TS Tribunal Supremo

TSJA. Tribunal Superior de Justicia de Aragón

## DISCURSO DE CONTESTACIÓN

A cargo del

Excmo. Dr. Sr. Don José Luis Merino Hernández

Excmas. e Ilmas. Autoridades

Excmos. e Ilmos. Compañeros Académicos

Señoras y señores

Lo he dicho en alguna otra ocasión, pero hoy me parece muy oportuno recordarlo:

Cuando los miembros que componemos la Mesa de gobierno de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación tomamos posesión de nuestros cargos, tras el mandato recibido en las elecciones de octubre de 2017, nos propusimos, como uno de los objetivos principales a desarrollar en esta nueva etapa, llevar a cabo una profunda renovación de la Institución.

Renovación que debía desarrollarse en una triple dirección:

Renovación generacional. Tratando de rebajar la edad media de los Académicos -los que fundamos e iniciamos la andadura de la Institución nos hemos hecho mayores-. Y para ello, tratar de incorporar savia nueva de juristas, que la hay.

- Renovación de género. En septiembre de 2017, sólo tres mujeres formaban parte del elenco académico, entre más de treinta Académicos elegidos desde la fundación de la Academia, en 1995. Tres mujeres en más de veinte años.

-Y renovación profesional. Frente a determinadas profesiones jurídicas -Jueces, Magistrados, Notarios y Catedráticos- ampliamente representadas en la Academia, otras, como la Abogacía dejaba sentir notablemente su ausencia.

Pues bien, con la elección, en su día, como Académica Correspondiente, de Doña María Cristina Charlez Arán, la Academia está cumpliendo ampliamente su objetivo.

Cristina es una joven abogada perteneciente al Il. Colegio de Abogados de Zaragoza, al que ha dedicado y dedica una buena parte de su actividad profesional. Ha sido Diputada de la Junta de Gobierno, participa en la Comisión de Formación, preside la Junta Directiva de la Sección de derechos de protección de la persona, es vocal de la de Derecho de Familia y miembro de la Comisión de Mediación.

Licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza, en 1994, obtuvo el grado de Doctora en febrero de 2016, con su tesis “El abogado frente a la ruptura. Problemas y oportunidades en la práctica profesional”.

Su vocación jurídica universitaria la ha conducido a continuar ligada a la Universidad de Zaragoza como Profesora adscrita al departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho, impartiendo la docencia de Derecho Civil.

Ha participado en numerosas Jornadas organizadas por el Gobierno de Aragón y por el Consejo General de la Abogacía Española, en diversos Cursos impartidos por el Colegio de Abogados de Zaragoza, en el Foro de Derecho Aragonés auspiciado por El Justicia de Aragón, y ha sido Ponente de la Comisión de Derecho Foral de las Cortes de Aragón. Participando en todos ellos en razón de su especialidad en Derecho de Familia, mediación y custodia compartida.

Una verdadera vocación jurídico-científica que comparte con su actividad profesional como Abogada en ejercicio, con más de veinticinco años de actividad, dedicada a su especialidad de Derecho de Familia y de la persona, en la difícil actividad de la violencia de género, en lo que afecta al Derecho de Familia.

A lo largo de mis asistencias a los variados actos realizados por el Il. Colegio de Abogados de Zaragoza, venía constatando que había una abogada joven muy activa y participativa, con una gran capacidad de organización, muy involucrada en los asuntos objeto del acto jurídico de que se tratara. Esa era Cristina Charlez.

En determinado momento, me decidí por ofrecerle proponerla como Académica Correspondiente de esta Academia, y me sorprendió el entusiasmo con que recibió la propuesta. Un entusiasmo que, no solamente no ha decrecido, sino, al contrario, se ha incrementado en el tiempo que lleva en la Institución, como lo demuestra el hecho mismo de este discurso que acaba de leer.

Como todos ustedes saben, los Académicos Correspondientes lo son por el solo hecho de ser elegidos, y no tienen obligación alguna de leer discurso. El hacerlo, como Cristina Charlez, demuestra bien a las claras esa doble vocación: la jurídica y la participativa.

\* \* \* \*

Acabamos de escuchar un importante discurso de la Dra. Charlez Arán. Importante por la temática elegida, e importante por el modo de plantearla.

La materia de la discapacidad de las personas y sus derechos en el ámbito de la sociedad en la que viven viene siendo objeto de especial atención por parte del legislador español, muy particularmente a partir de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en 2006, y ratificada por España en 2007.

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, procedió a una adaptación normativa a la Convención de Nueva York de un buen número de leyes referidas a las personas discapacitadas. Faltaba, sin embargo, la adaptación quizás más importante en orden a regular lo concerniente a la capacidad jurídica de las personas discapacitadas: el Código civil. Ello se está llevando a cabo actualmente -con notable retraso- mediante el proyecto presentado recientemente en el Congreso de los Diputados por el Gobierno español.

Precisamente, el tema elegido para su discurso por la nueva Académica -la problemática que se plantea en los casos de ruptura de parejas, casadas o no, con hijos mayores discapacitados- incide de lleno en el contenido de esa reforma. De ahí la importante dificultad con la que Doña Cristina Chárlez se ha tenido que enfrentar al verse obligada a trabajar la materia de su discurso con un proyecto de ley, cuyo contenido final como ley es imprevisible.

Pero dificultad también por su deseo de tratar la problemática no sólo desde la perspectiva del Código civil, sino también desde su regulación en el Código del Derecho Foral de Aragón. Una normativa ésta de la que no se tiene noticia acerca de su posible adaptación al Convenio de Nueva York y, en caso de llevarse a cabo, en qué sentido.

Con respecto a la legislación vigente, y tanto la del Código civil español, cuanto la del Código aragonés, el hecho de centrar su discurso en la situación de los hijos discapacitados mayores de edad obliga a la Dra. Chárlez a un primer cuestionamiento de la vigente regulación en la materia, por la permanencia en ambos ordenamientos de las figuras de la prórroga y de la rehabilitación de la patria potestad o autoridad familiar. Como bien ha explicado en su discurso, el proyectado nuevo art. 91 del Código civil suprime, para el futuro, ambas instituciones. Porque mantener la autoridad parental sobre una persona mayor de edad es equipararla a un menor y, en consecuencia, negarle su capacidad jurídica, es decir, la titularidad de cuantos derechos le ofrecen las leyes, para disfrutarlos en igualdad de condiciones que cualesquiera otros ciudadanos. La prórroga y la

rehabilitación de la patria potestad van frontalmente en contra del espíritu y de la propia normativa del Convenio neoyorquino.

En su discurso, la Dra. Chárlez resalta la importancia que los tribunales, y especialmente el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, están teniendo en la adecuación de sus resoluciones a los principios y preceptos de la Convención de Nueva York, dictando unas reglas interpretativas a través de las cuales se intenta flexibilizar la normativa del Código civil y del Código aragonés en materia de tutela e incapacidad, tratando de hacerla compatible con el espíritu de la Convención.

Y es verdad, como señala la STS de 29 de abril de 2009, que no compete a la Autoridad judicial, sino al Poder Legislativo determinar la forma de asistir y prestar apoyos a las personas con discapacidad y “aclarar sectorialmente las reglas generales conformes con la Convención”. Sin embargo, no menos cierto es que la judicatura está llamada a jugar un papel de primer orden en la materia objeto del discurso que acabamos de escuchar, y no sólo en este período que podríamos llamar de transición, hasta que las leyes civiles sean reformadas adecuándolas al Convenio neoyorquino, sino también en la aplicación práctica de las normas que se dicten al respecto.

Ya desde el comienzo de su actuación, el juez, cuando se plantea la declaración de discapacidad -que ya no de incapacidad- de una persona, debe hacerlo ponderando equilibradamente su estado mental, intelectual, físico o sensorial, y con arreglo al mismo dictar la resolución que más le convenga. Graduando adecuadamente las medidas de apoyo a que dicha persona debe someterse.

Pero luego, en los momentos cruciales que plantea la nueva Académica -ruptura de parejas con hijos mayores discapacitados, sin acuerdo entre los progenitores- los jueces van a jugar un papel decisivo -como ya vienen haciendo- en torno a esas tres cuestiones que el discurso plantea: persona a cuyo cuidado va a quedar el discapacitado, uso de la vivienda familiar y gastos de atención y mantenimiento del discapacitado. Son ellos, los jueces, cada uno individualmente y bajo su única responsabilidad, quienes van a tener que disponer la mejor medida de apoyo para el discapacitado, sin perder de vista el espíritu y las normas de la Convención de Nueva York, a saber: respeto a la autonomía e independencia individual del discapacitado; respeto a su opción de vida, presunta o manifestada; adopción de medidas proporcionadas y adaptadas a las circunstancias, previstas para el plazo de tiempo más corto posible y revisables en todo caso. Y todo ello con una atención personalizada e individualizada, desterrando cualquier tentación de generalización o de actuación rutinaria.



Particular importancia reviste la decisión que el juez haya de tomar en relación con la determinación de la persona o personas en cuya compañía haya de vivir el discapacitado, una vez se produzca la ruptura de la unión de sus progenitores: si con uno solo de ellos de forma exclusiva, si con ambos de manera compartida o, incluso, con personas diferentes, sin excluir posibles centros especializados.

En relación con ello, si el discapacitado tiene suficiente juicio o si previamente lo ha hecho constar de forma fehaciente -aquí entra en juego la importancia del mandato preventivo, con especial regulación en la reforma del Código civil-, el juez tendrá que tener muy en cuenta la opción que al respecto haya manifestado aquél. Como expresamente dispone el art. 19 de la Convención de Nueva York, los Estados Partes de la Convención adoptarán las medidas precisas para garantizar que “las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir...y no sea vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico”.

Por fin, en sus conclusiones, la Dra. Chárlez insta a que se lleve a cabo la necesaria reforma en el Código del Derecho Foral de Aragón, para su adaptación a la Convención de Nueva York, especialmente en lo que concierne a los hijos discapacitados mayores de edad, con la supresión, igual que se ha hecho en la reforma del Código civil español, de la prórroga y de la rehabilitación de la autoridad familiar.

Tiene razón, pues no me cabe la menor duda de que la ratificación que hizo formalmente España, en 2007, a la Convención, obliga al Estado español en su conjunto, por tanto, también a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio; y, por supuesto, Aragón, cuyas normas en la materia distan mucho de la normativa y del espíritu de la Convención.

Ahora bien, el problema surgirá en la práctica cuando se suscite algún caso de ruptura de pareja aragonesa con hijos mayores discapacitados, si todavía no se ha efectuado la correspondiente reforma legislativa.

En el informe del Consejo de Estado al anteproyecto de reforma del Código civil, de la Comisión General de Codificación, se recuerda que, aunque las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio no se han de ver afectadas por esa reforma, sí que será posible que, en algún caso, preceptos incluidos en ella puedan ser de aplicación supletoria en el correspondiente Derecho civil territorial. Por tanto, también en el aragonés.

Pero aunque ello es cierto, y surgirán supuestos de aplicación supletoria del Código civil reformado en la aplicación del Derecho aragonés, es más que dudo-

so que ello pueda suceder con el nuevo art. 91 del Código civil español, suprimiendo la prórroga y la rehabilitación de la patria potestad. Pues para que esa aplicación supletoria pueda tener lugar es preciso que en el Derecho aragonés no exista norma alguna en la materia. Pero sí existe. Lo que sucede es que se trata de un conjunto de normas -los arts. 41 al 45 del Código foral- manifiestamente contrarias al espíritu de la Convención de Nueva York.

Creo que, una vez más, corresponderá a los jueces aplicar las normas con la suficiente moderación, evitando una contravención evidente de dicha Convención.

Concluyo.

Felicito cordialmente a nuestra Académica, Dra. Charlez Arán, por su importante y comprometido discurso, y le insto a que siga participando en las actividades de la Academia, con el entusiasmo y brillantez con los que hasta ahora lo ha hecho.

Muchas gracias.

## **EL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS: TEORIA Y REALIDAD**

Excmo. Sr. Don Carlos Ramón Fernández Liesa

Palabras previas.

Excelentísimo Señor Presidente de la Academia aragonesa de jurisprudencia y legislación, excelentísimas señoras y señores académicos, Ilustrísimas autoridades, señoras y señores

Mis primeras palabras son de profundo agradecimiento para todos los miembros de esta docta e ilustre corporación por haberme aceptado, sin merecerlo, y por la generosidad que muestran al hacerlo. Como aragonés que vive en Madrid unirme a esta cohorte que mantiene encendida la vela de la justicia es un honor inmerecido que espero corresponder y que agradezco de corazón. Es también un acicate que refuerza mi vocación por el Derecho, desde que empecé la vida universitaria primero en la Universidad de Zaragoza y, posteriormente, en la Carlos III de Madrid.

Es una casualidad curiosa que esta Institución entronque con Carlos III, pues la Real Academia jurídico práctica de Zaragoza, creada en 1733, obtuvo en 1772 el reconocimiento de Real, por Cédula del monarca ilustrado, y ahora con Felipe VI la historia retoma su curso. Como toda Institución tiene momentos mejores y peores. Llegó a su punto más bajo en las secuelas de la guerra de la independencia, que dejó estragos imborrables en la ciudad, y mostró el carácter heroico de sus gentes. Pero vuelve a renacer a fines del siglo XX bajo el impulso de José Castán Tobeñas. Ahora está en un buen momento, interrumpido por la pandemia del coronavirus, que ha llevado a la suspensión temporal de las actividades ordinarias que se reinician progresivamente.

Esta Academia evoca el espíritu del recto Derecho, cuyo símbolo histórico es el Justicia de Aragón, Juan de Lanuza, ejecutado en 1591 por defender el *derecho*

*de manifestación*, reconocido por los fueros de Aragón, en favor de Antonio Pérez, con objeto de que se sustanciase un debido proceso, cuando era perseguido por Felipe II, en circunstancias oscuras. Hoy hablaré de otros derechos, y no solo en España, sino en la Comunidad internacional. Los derechos humanos se hacen presentes en el imaginario con una vela encendida, que es una plegaria para su mejora en un mundo diverso donde es difícil que se apliquen.

Me incorporo con humildad y con la ilusión de poder contribuir a la labor estatutaria. Decía Gabriela Mistral que hay que llenar de espíritu las paredes de los edificios, que solo son de ladrillos. Y creo que eso es lo que hacen en la actualidad su magnífico Presidente, José Luis Merino Hernández y sus ilustres miembros, que representan diferentes ramas y profesiones del Derecho. Detrás de las Instituciones hay personas y, en Aragón, han surgido y surgirán buenos juristas tanto por la tradición como por el carácter, dado que es una tierra muy apegada al Derecho. Esa cultura del Derecho ha dado lugar a generaciones que a lo largo de la historia han desplegado su labor aquí, por toda España y fuera de ella, como profesionales del Derecho y que han permitido que milagrosamente se mantenga el Derecho aragonés.

Unas palabras de reconocimiento y de agradecimiento que extiendo a todos los miembros de la Academia. Me pongo el último de la fila, a vuestra disposición, con el deseo de aprender y de contribuir a los debates y a las actividades. También me gustaría dar reconocimiento expreso a algunos miembros a los que he cultivado y que son un ejemplo, como José Antonio Escudero, catedrático de historia del Derecho y antiguo Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación; o Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor, abogado internacionalista, pionero como internacionalista práctico en Francia y en España y que ha llevado durante décadas el buen hacer de jurista.

También un recuerdo afectuoso para algunos iusinternacionalistas aragoneses, o que vivían en Aragón, que fueron ejemplo con su labor en las aulas de Derecho de Zaragoza y con los que inicié la vida universitaria hace más de tres décadas. A Fernando M. Mariño Menéndez, catedrático de Derecho internacional público en la Universidad de Zaragoza, entre 1982-1990, mi maestro, fallecido en 2018, un afectuoso recuerdo. A Cástor Miguel Díaz Barrado, Catedrático en la Universidad Rey Juan Carlos y Académico de número en la RAJL, del que siempre he tenido cerca su afecto y apoyo, mi reconocimiento y afecto. A Angel Chueca Sancho, que también fue catedrático en Zaragoza, y que falleció prematuramente en 2013, un afectuoso recuerdo.

Por último mi especial reconocimiento tanto como gran profesional del Derecho internacional como por su amistad hacia el académico de número Antonio

Blanc Altemir, hasta ahora el único iusinternacionalista publicista en este foro. Aragonés dedicado al Derecho, desde tierras de la antigua Corona, como Catedrático de Universidad en Lérida, desde donde ha contribuido a avanzar en el conocimiento en temas tan variados como las organizaciones internacionales, la integración europea, la sucesión de Estados, el Derecho internacional o los derechos humanos. Muchas gracias, Antonio, por tu apoyo.

## INTRODUCCIÓN.

Indica el Diccionario de la Real Academia de la Lengua que un sistema es un conjunto de reglas o de principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí. El sistema universal de derechos humanos es el que se ha articulado en el Derecho internacional para su reconocimiento y protección.

Este sistema no es fruto de la razón, ni de un legislador central, sino que es un *producto socio-histórico*, lo que afecta a sus rasgos como sistema jurídico, a su coherencia de conjunto y a su alcance. Bobbio, en *El tiempo de los derechos*, explica que los derechos nacen donde pueden y como pueden. No son el resultado de visiones doctrinales o conceptuales sino de reivindicaciones y de realidades históricas en las que, como dijera Truyol, hay ríos de sangre derramados por la humanidad<sup>1</sup>.

De ahí las denominadas *generaciones de derechos humanos*, que nacen en periodos históricos distintos en la Comunidad internacional y en los Estados. La primera generación nace con la revolución francesa y americana, en que emergen los derechos civiles y políticos, que buscan limitar el poder absoluto del Estado moderno, apareciendo el Estado liberal y el constitucionalismo; la segunda se vincula al nacimiento del Estado social, que la globalización parece poner en entredicho.

El *escenario* internacional de los derechos humanos es muy distinto, en ausencia de un Estado mundial y en una sociedad internacional en la que coexisten diferentes ideologías, niveles de desarrollo, culturas jurídicas y civilizaciones. La heterogeneidad dificulta el consenso y contribuye a mantener el debate sobre si la universalidad es todavía un objetivo a alcanzar. En muchos países los derechos humanos siguen sin ser eficaces. A pesar de las dificultades ha habido una *evolución positiva de los ordenamientos internos y de las prácticas y estándares internacionales de protección*. La violación grave de los derechos humanos ya no es

---

<sup>1</sup> BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, 255 pp; TRUYOL, A., “Los derechos humanos en perspectiva histórica”, *IV Jornadas AEPDIRI*, Granada, 1979, p. 4.

una cuestión interna, nacional o doméstica, y se ha superado una visión clásica de la soberanía que ponía al resguardo de la crítica los incumplimientos, si bien en algunos continentes, como en Asia, la idea de soberanía sigue siendo muy clásica.

Muchos Estados se han adaptado a un *entorno jurídico más favorable a los derechos humanos*, como hizo España desde la Constitución de 1978, en que se abre a los derechos humanos, en virtud del art. 10, 2 de la Carta Magna, que sirve para interpretar los derechos reconocidos no para incorporar nuevos derechos. No se da rango constitucional a los derechos reconocidos en los Tratados internacionales pero el contenido de éstos puede ser el constitucionalmente declarado de los derechos y libertades del título I de la Constitución española (STC 26/1991). Sirven para interpretar el Derecho y para inspirar a los poderes públicos en la adopción de decisiones.

La situación de la sociedad internacional no es propicia para los derechos humanos. Es una sociedad compleja, conflictiva, desigual y descentralizada, que podría calificarse de primitiva y/o diferente, si la comparamos con las sociedades estatales. Sus rasgos no promueven la humanización, que también encuentra obstáculos en factores tales como la globalización, el debilitamiento del Estado, los intereses nacionales, los conflictos seculares (este-oeste, norte-sur, nuclear, espacial) y los más recientes (revolución digital, reforzamiento de los actores no estatales y de los grupos informales). Según sea la sociedad así es su derecho (*sic societas sibi ius*).

Para que los derechos humanos fuesen realmente eficaces habría que corregir *factores* como el racismo, el nacionalismo, el machismo, los radicalismos y muchos estereotipos que vienen de actitudes atávicas profundas como las que se tienen con las personas con discapacidad, cuya superación no se alcanza solo cambiando las normas. A ello se suma una *globalización* que, decía el profesor Carrillo, ha traído frente a la retórica de la indivisibilidad la invisibilidad de algunos derechos<sup>2</sup>. Se globaliza la riqueza y la pobreza, habiendo una creciente desigualdad, que en sociedades que no son equitativas lleva al vaciamiento de los derechos humanos. Estamos en una deriva hacia sociedades polarizadas, lo que es mala cosa para los derechos humanos. América Latina es el continente con mayores niveles de desigualdad, pero no es el más pobre.

El Derecho internacional de los Derechos humanos es una *realidad, pero también es un proyecto de transformación, en construcción y de futuro*, que parte de un cierto idealismo. Forma parte de la realidad jurídica y de un discurso, de la

---

<sup>2</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A., *Globalización y orden internacional, Lección inaugural leída en la solemne apertura del curso académico 2004,2005*, de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004, p. 15 ss.

*teoría y de la realidad* al tiempo. De ahí el título de la intervención. Los mitos y de las utopías tienen un papel en los avances del Derecho. Un exceso de realismo puede no ser realista pues, al fin y al cabo, *los derechos humanos avanzan entre luces y sombras, entre avances y retrocesos, de tal modo que el balance debe hacerse a vista de pájaro, en perspectiva caballera*<sup>3</sup>.

Reflexionar sobre los derechos humanos en el mundo debe hacerse *con distancia del paradigma estatal*. Estamos habituados a reflexionar sobre el Derecho desde la relación Estado-Derecho, que ha condicionado la manera de pensar, pero en la Comunidad internacional se genera un *Derecho sin Estado*, donde no hay un poder superior. Las Naciones Unidas no son un superestado, lo que hace que haya diferencias sustanciales entre el orden internacional y los ordenes internos. Hay características propias del Derecho internacional de los derechos humanos como la relevancia del soft law, del consenso, de la formación progresiva, de la costumbre, del relativismo, del particularismo, del consentimiento del Estado, que no se dan en los derechos estatales.

Es conveniente abordar los derechos humanos desde una *mentalidad diferente*. Por ejemplo, el *derecho a ser juzgado por un tribunal establecido por ley* no se interpreta en el orden internacional como en el orden constitucional. En el *Asunto Tadic* el Tribunal para la Antigua Yugoslavia tuvo que resolver la cuestión prejudicial del primer acusado que se sentaba en el banquillo, un serbio que había sido carcelero en un campo de concentración, y que sería finalmente condenado a veinte años de prisión. Su defensa planteó que el Tribunal no podía juzgarle pues había sido creado por una decisión ilegal del Consejo de Seguridad, que además era contraria al derecho de Tadic a ser juzgado por un Tribunal pre-establecido, según el art. 14.5 del Pacto de derechos civiles y políticos.

La Fiscalía consideró, del mismo modo que Estados Unidos, que planteó un *Amicus Curiae*, que el Tribunal no podía controlar la validez de la decisión que lo había creado. El tribunal era la criatura y el Consejo de seguridad era el creador, por lo que entendía que no podía controlar la validez de la decisión, lo que suponía un control judicial de un acto del Consejo. En una histórica decisión el Tribunal consideró que tenía competencias implícitas para dicho control, inherentes a la función de un tribunal y desarrolló la *teoría de los límites del poder del Consejo de Seguridad*, limitado tanto por la Carta de Naciones Unidas como por el derecho internacional, en la medida en que no es un *legisbus solutus*, sino un

---

<sup>3</sup> SUR, S., “Système juridique international et utopie”, *Archives de philosophie du Droit*, t. 32, *Le Droit international*, Sirey, 1981; DUPUY, R.J., “Droit, révolution, utopie”, *Révolution et Droit international*, 435 pp.

órgano subsidiario, pero independiente, de una Organización internacional. Como era previsible el tribunal avaló la legalidad de la decisión del Consejo, y en cuanto al derecho de Tadic estimó que no había hacer las mismas interpretaciones en el derecho interno y en el Derecho internacional. La ausencia de Estado lleva a una interpretación del principio de legalidad diferente, más flexible, y a ver el conjunto del Derecho internacional desde otra perspectiva a la del derecho del Estado.

La sistemática de este análisis se divide en cuatro partes. En la primera vemos la creación del sistema universal, tanto antes de la Constitución internacional de los derechos humanos, en tanto que producto socio-histórico de la sociedad internacional, como después. En la segunda realizamos un análisis transversal, que permite ver cómo los derechos humanos han sido un elemento de gran importancia para que se produzca una transformación sistémica o revolucionaria del propio orden jurídico, resultado de esa humanización. Pero un análisis desde la teoría del derecho también permite reflexionar desde cuestiones transversales que reflejen su lugar como una conquista del Derecho, en un orden sin Estado. En tanto que sistema dinámico dedicamos la tercera parte a reflexionar sobre las principales tensiones prácticas y teóricas que se han producido sobre el mismo en las últimas décadas; para abordar, finalmente, en la última parte, la cuestión de la sostenibilidad, desde diversos planos.

## **PRIMERA PARTE: Conformación del sistema universal**

Los derechos humanos son un *producto histórico de la modernidad*. Los hitos de ese camino son el resultado de determinadas circunstancias históricas. Desde la creación de Naciones Unidas se irá abriendo paso una concepción más amplia de los derechos que llevará a su universalización y a la situación actual, a principios del siglo XXI.

### **Capítulo Primero. Los pilares en la modernidad**

#### **1. Los nuevos cimientos de la modernidad**

En el tránsito a la modernidad se establecen las nuevas simientes desde las que brotan los derechos humanos. El terreno en el que se sembraron era el de un nuevo mundo en el que se rompía la unidad de religión y se conquistaban nuevas tierras en América habitadas por pueblos indígenas, no cristianos, en el siglo XVI. Esto fue como un *big bang* que cambió el mundo conocido hasta entonces y que daría paso, progresivamente, al mundo de los Estados, al sistema de Estados europeos (*Ius publicum europaeum*) y al Derecho internacional moderno, en el que no era



fácil que germinasen los derechos humanos pues era exclusivamente interestatal. No regulaba ni se preocupaba por las personas, pero reaparece la idea de dignidad humana, al hundirse el edificio medieval basado en la *teoría descendente del poder* (que viene de Dios) y al buscarse unas nuevas bases para el Derecho moderno, así como por el contexto del renacimiento y de los cambios socio-económicos.

Cambia el sistema internacional al hundirse la República Cristiana, que se basaba en un derecho de origen divino<sup>4</sup>. La estructura medieval del poder era la *diarquía papado-imperio*. Al romperse la unidad de religión por la emergencia de los protestantes se divide Europa en Estados católicos y protestantes, por lo que el fundamento no podía ser el mismo. Este es el origen del nuevo sistema que se basa en el *principio de soberanía e igualdad de los Estados*, en el que el máximo poder es de los soberanos. Se coloca a los Estados como *suma potestas (par in parem imperium non habet)*. El Papa pierde su poder legitimador, lo que se refleja tanto en los tratados de los pirineos como en los de Westfalia (1648), condenados por la Bula *Zel Domus*.

Este cambio se refleja progresivamente en la práctica internacional. Durante el siglo XVI los Reyes católicos se distancian del fundamento religioso de su poder, como evidencia que la conquista de América se basa primero en la *Bula Inter caetera* (1492) de Alejandro VI, pero que enseguida se asienta en los Tratados de Tordesillas (1494) y de Zaragoza (1529), entre España y Portugal. En aquellos años Francisco I es excomulgado por pactar con los turcos un Tratado de capitulaciones en 1521, por pactar con el infiel, con objeto de facilitar las relaciones comerciales, pero incumpliendo una regla medieval. Los Reyes de España mantienen durante un tiempo una visión tradicional al intentar Carlos V impulsar la idea de un Imperio católico universal, pero al fracasar abdica y se retira al Monasterio de Yuste, en Extremadura. Con Felipe II, y la Batalla de Lepanto, estamos en los estertores de ese mundo y las cruzadas serán cosa del pasado.

Esto no significa que los Estados no siguieran siendo confesionales, o que la evangelización no fuese un proyecto importante, como sucedió en América. Pero la cuestión religiosa se aborda desde la perspectiva de los principios al establecerse el *principio cuius regio eius religio*. La persecución de las minorías y las guerras de religión<sup>5</sup> fueron un problema para la paz que se intentó resolver dando a los príncipes el derecho a elegir la religión del pueblo y a éste, si no coincidían,

---

<sup>4</sup> -GONZALEZ SEARA, L., *El poder y la palabra. Idea del Estado y vida política en la cultura europea*, Ed. Tecnos, 1995, p. 16.

<sup>5</sup> KAMEN, H., *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa moderna*, Alianza editorial, 1987, 253 pp., p. 30

el *beneficium emigrationis*. La libertad religiosa, que sería uno de los primeros derechos en la modernidad, no se reconoce hasta la revolución francesa (art. 10 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, de 1789) y no forma parte del Derecho público europeo, hasta la segunda mitad del siglo XIX.

La religión sería durante siglos un instrumento de nacionalización. La Alianza Estado Iglesia se reñejaba en el papel de las Inquisiciones en toda Europa, tanto en el mundo católico como aún más en el protestante. Calvino acaba de un tajo con el derecho a la libertad de los cristianos por el que lucha la Reforma con la quema del aragonés Miguel Servet<sup>6</sup>. La situación que se vive en la modernidad queda bien reñejada en la historia de la muerte de Juan Calas, que relata Voltaire en su *Tratado de la tolerancia*<sup>7</sup> y en las consecuencias que tendría.

El otro factor importante para los derechos humanos, paradójicamente, fue la *conquista de América* que llevó a plantear nuevas cuestiones que tenían relación con los derechos humanos. Supuso el descubrimiento de *terras incognitas*, pero también, como indicase J. Elliot, el *descubrimiento del hombre*, un encuentro entre dos civilizaciones, la cristiana occidental y la de los pueblos indígenas. La escolástica española legitimó la dominación y la conquista desde una *concepción universalista*, pues se llega a la convicción de que forman parte del género humano, de la humanidad no cristiana, y de que el Derecho internacional unía a los pueblos cristianos con los demás. Esta idea es la que lleva a considerar a Francisco de Vitoria uno de los padres fundadores del moderno Derecho internacional.

Desde un principio se denuncian los abusos que se cometen con los pueblos indígenas, primero por el Padre Montesinos, y posteriormente por Bartolomé de las Casas. Estas denuncias no caen en saco roto pues la Corona aprueba las *leyes de Indias* (1512 y 1542) e impulsa la *controversia de Valladolid*, de mediados del XVI, cuando en el colegio de San Gregorio, Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas debatieron sobre la violación de derechos humanos. El mayor Imperio de la época hacía un examen de conciencia sobre su comportamiento en derechos humanos, en una perspectiva que no harían los otros Imperios europeos que dominaron el resto del mundo, que legitimarían sus conquistas en la distinción entre *pueblos civilizados, bárbaros y salvajes*.

Cierto es que una cosa eran las leyes y otra la realidad. Como indicaba Don Quijote a Sancho Panza al hacerse cargo de la ínsula Barataria “no hagas muchas pragmáticas y si las hicieres, procura que sean buenas y, sobre todo, que se guar-

---

<sup>6</sup> ZWEIG, S., *Castellio contra Calvino. Conciencia contra violencia*, trad. De B. Vias, Acantilado, Barcelona, 2001, 250 pp, p. 153.

<sup>7</sup> VOLTAIRE, *Tratado de la tolerancia*, Ed. Crítica, Barcelona, 1992, 170 pp.

den y se cumplan; que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no lo fuesen”<sup>8</sup>. Hubo incumplimientos de las leyes de indias, pero la visión humanista no es comparable a la de otros Imperios europeos, que se basaría en una visión jerárquica e inhumana.

La conquista llevó a la sustitución de la *cristiandad por el género humano*, en una nueva concepción de la comunidad internacional con independencia de la religión de sus miembros. La idea de *género humano* en Suárez<sup>9</sup> era muy avanzada y junto a Francisco de Vitoria y a otros autores sientan las bases teóricas de un *orden internacional secular*, desde un iusnaturalismo racionalista y desde los derechos naturales<sup>10</sup>. Aparece la idea de una *humanidad no cristiana* y de un orden que encuentra su fundamento en la razón natural<sup>11</sup>. La nueva fundamentación llevó al reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de las comunidades políticas no cristianas y a su igualdad jurídica<sup>12</sup>. Vitoria tiene la idea de un *orbis* que se extiende al conjunto del género humano, con independencia de la religión, en una concepción humana del derecho de gentes que preparaba la vía de los laicizadores del Derecho internacional<sup>13</sup>.

Este pensamiento vitoriano también contribuiría a la fundamentación de los derechos humanos por su *teoría del poder y su concepción del bien común*<sup>14</sup>. El espíritu de conquista fue la fuerza motriz de la historia entre el siglo XV y el siglo XX, como analizase C. Schmitt, en su obra *El nomos de la tierra en el Ius publicum europaeum*. Pero no todos se comportaron del mismo modo. El reñujo que para los derechos humanos supusieron las conquistas del XIX, sobre todo en el reparto de Africa, fue notable, al abrirse paso el *principio de no universalidad del Derecho internacional* sobre la base de la distinción entre pueblos citada. El

---

<sup>8</sup> HANKE, L., *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Ediciones Istmo, 1949, 1988.

<sup>9</sup> DE LEGIBUS, Lib II, cap. 19, 9.

<sup>10</sup> TRUYOL SERRA, A., *La Sociedad internacional*, Alianza Universidad, Madrid, 1991, pp. 30-35

<sup>11</sup> PECES-BARBA, G., *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1981.

<sup>12</sup> TRUYOL SERRA, A., “El derecho de gentes como orden universal”, *La Escuela de Salamanca y el derecho internacional en América. Del pasado al futuro*, Salamanca, 1993, pp. 17-25, p. 24.

<sup>13</sup> BOEGNER, M., “L’influence de la réforme sur le développement du Droit international”, *RCADI*, 1925-I, p. 303.

<sup>14</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A., “Aportación de Francisco de Vitoria a los fundamentos filosóficos de los derechos humanos”, *La Escuela de Salamanca y el derecho internacional*, Salamanca, 1993, pp. 49 ss.

mundo entraba a fines del siglo XIX, en el apogeo del imperialismo (1870-1919) en una concepción más jerárquica de las personas, las culturas y los pueblos, contraria a los valores de igualdad y de dignidad humana.

## 2. El desarrollo progresivo de los derechos humanos

En la modernidad se dan escasos avances en la cultura internacional de los derechos humanos, entre el siglo XVI y el siglo XX, pero que fueron relevantes. En el siglo XVI se produce el tránsito del asilo religioso que daba la Iglesia al *asilo territorial de los extranjeros*. Desde su origen moderno será la soberanía del Estado el fundamento y límite de la protección internacional de los refugiados<sup>15</sup>.

La *revoluciones francesa y americana* tuvieron una relevancia inicial en los orígenes del principio de libre determinación de los pueblos y con el tiempo, sobre el conjunto de los derechos humanos. Como señalara Redslob<sup>16</sup> desde entonces el mundo se cubre bajo un cielo y unos astros nuevos, cuyo impacto se percibe hasta la actualidad. Aparece la idea de *nación*, en sentido cívico, en la que residirá la soberanía. La nueva filosofía abría perspectivas para el reconocimiento y la protección internacional de los derechos humanos. Además la revolución francesa (y también la independencia de Estados Unidos) tuvo una gran influencia en el constitucionalismo moderno y en la generalización de los derechos humanos desde el siglo XIX como también lo tendría la Constitución de Cádiz de 1812.

La revolución francesa cristalizó nociones básicas como las de *derecho subjetivo* y *principio de legalidad*, pilares del Estado de Derecho, en los que se ahorma la primera generación de derechos humanos<sup>17</sup>. La seguridad de un reo no exige tormento, se titula uno de los grabados del genial pintor aragonés, Francisco de Goya. El humanismo ilustrado, al que se refiere Tomás y Valiente<sup>18</sup>, trajo nuevos valores. Se proscribió el tormento o la tortura como forma de descubrir en determinados supuestos la verdad (*quaestio ad eruendam veritatem*), mediante la confesión del reo, lo que lleva a una revolución del proceso penal, en el sentido humanitario preconizado por el célebre César Beccaria a fines del siglo XVIII.

---

<sup>15</sup> CHETAİL, V., “Théorie et pratique de l’asile en Droit international Classique: étude sur les origines conceptuelles et normatives en droit international des réfugiés”, *RGDIP*, t. 115, n1 3, 2011, p. 626.

<sup>16</sup> REDSLOB, “La doctrine idéaliste du Droit des gens proclamée par la Révolution française et par la philosophie de E. Kant”, *RDIP*, XXXVIII, 1921, p. 442.

<sup>17</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E., *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Alianza, Madrid, 1994, p. 102 ss.

<sup>18</sup> TOMAS Y VALIENTE, F., *La tortura en España*, Ariel, Barcelona, 1974, 1994, pp. 7 ss.

En la modernidad se conformará un *derecho común internacional de extranjeros*. Paradójicamente en aquel momento se trataba mejor a los extranjeros que a los nacionales, pues al ser los derechos humanos una cuestión nacional o interna no había reglas que limitasen el poder de los Estados, mientras que para los extranjeros sus países podrían preocuparse por ellos, y ejercer la protección diplomática en su favor, lo que dio lugar a unas prácticas internacionales que serían objeto de codificación en la Sociedad de Naciones. En el siglo XIX se desarrolla la *teoría del abuso de la soberanía y la teoría de la responsabilidad jurídica internacional* de los Estados por daños causados a los individuos sujetos extranjeros. También nace el *principio de las nacionalidades*, doctrina política que pretendía que toda nación tendría derecho a constituirse en Estado<sup>19</sup>. A pesar de su importancia política no llegó a penetrar en el derecho público europeo

Se produce, en expresión de Hazard, la *crisis de la conciencia europea*, un cambio de civilización. Estamos en el tránsito de la sociedad internacional monárquica a la sociedad internacional de Estados nacionales<sup>20</sup>. Entre 1800 y 1945 un conjunto de fenómenos como el *constitucionalismo*, el auge del *humanitarismo*, la liquidación de los imperios coloniales, o la abolición de la *esclavitud* cambian el contexto de reconocimiento y protección de los derechos humanos. Es un momento marcado por la ausencia de una concepción y de un reconocimiento internacional de los derechos humanos. Un momento en el que el individuo tenía una posición marginal en el orden internacional, no era considerado un sujeto y la doctrina tenía una visión interestatal. Había una concepción clara de superioridad cultural occidental, en el marco del evolucionismo de Darwin, y no existía todavía una concepción internacional de los derechos humanos.

Aun con todo empiezan a ser reconocidos en el orden internacional algunos derechos con el de *libertad de religión*, o el *asilo*, así como la *prohibición de la esclavitud*. También desde la segunda mitad del siglo XIX se establecen los pilares del *Derecho internacional humanitario*, el denominado Derecho de la Haya, nace la noción de *intervención de humanidad*, en el marco de la cuestión de Oriente y la posibilidad en virtud de ella de que unos Estados ataquen a otros invocando la protección de los derechos humanos frente a violaciones masivas. No era necesaria esta doctrina pues en el Derecho internacional clásico el uso de

---

<sup>19</sup> THUAN, C.H., “Du principe des nationalités au droit des peuples à l’autodetermination: la consagración d’une ambiguïté initiale”, *Droits de l’homme. Droits des peuples*, Fenet, A., Puf, París, 1981, pp. 17 ss.

<sup>20</sup> HAZARD, P., *La crisis de la conciencia europea (1680-1715)*, Trad de Julián Marias, Pegaso, Madrid, 1952.

la fuerza era una potestad del soberano que no requería sino declarar la guerra e indicar la causa. Ahora bien, nace pues no hubiese sido conforme a la práctica que un Estado agrediese a otro para proteger los derechos humanos de los ciudadanos del agredido, pues eso se consideraba una *cuestión interna, nacional o doméstica*. De ahí que nazca esa visión para superar la *doctrina de la cuestión interna o doméstica*. También hubo en el siglo XIX una rica práctica de *protección de minorías nacionales*, en el contexto del desmembramiento de los grandes imperios austro húngaro y otomano, a lo largo de esa centuria.

### 3. La Sociedad de Naciones y los derechos humanos

Fue muy relevante, aunque hoy prácticamente olvidada, la *Sociedad de Naciones*<sup>21</sup> en los orígenes del sistema universal de derechos humanos. Al finalizar la guerra se habían hundido los Imperios otomano, alemán y austro-húngaro. El tránsito de los Imperios a los Estados llevó a que en Europa hubiese importantes bolsas de minorías nacionales, culturales y religiosas. La Sociedad de Naciones hizo una gran labor en derechos humanos pero el fracaso ginebrino la cubrió con el manto del olvido. El descalabro empieza a manifestarse en los años treinta, con el ascenso al poder de Hitler y el choque entre el fascismo y el comunismo, con Stalian al frente de la Unión Soviética.

Aún con todo se dieron importantes pasos para los derechos humanos. En primer lugar en la *lucha contra la impunidad de las graves violaciones*. Durante las negociaciones de paz el Presidente de la Conferencia de paz, Clemenceau, envió una misiva dura al Presidente de la delegación alemana en la que decía que la “guerra había constituido el *crimen más grande contra la Humanidad* (...). Es preciso que se haga justicia a millones de seres humanos”<sup>22</sup>. El art. 227 del Tratado de Versalles indicaba que el Tribunal juzgará sobre la “base de motivos inspirados en los más elevados principios de la política entre las naciones, con la preocupación de asegurar el respeto de las obligaciones solemnes y de los compromisos internacionales así como de la moral internacional”. Las disposiciones de los artículos siguientes se referían a la responsabilidad por crímenes de guerra así como por el genocidio armenio.

---

<sup>21</sup> GAMARRA CHOPO, Y., FERNANDEZ LIESA, C., (Dir), *Los orígenes del Derecho internacional contemporáneo: estudios conmemorativos del centenario de la Primera Guerra Mundial*, Institución Fernando El Católico, Zaragoza, 2015.

<sup>22</sup> Publicada en el Instituto Iberoamericano de derecho comparado. El Tratado de Versalles de 1919 y sus antecedentes, Madrid, 1928, 531 pp, p. 127 ss.

Aparece desde entonces dos problemas que todavía permanecen. De un lado, la tradicional *teoría de la inmunidad de los Jefes de Estado*. El Kaiser Guillermo II de Hohenzollern se había refugiado en Holanda y cuando pidieron la extradición los aliados se solicitó consulta al profesor Simmonds, que dictaminó que el nuevo derecho (la no inmunidad) no podía iniciarse con una injusticia, pues el derecho de aquel tiempo contemplaba la inmunidad total de los Jefes de Estado. Bien era consciente de ello el Kaiser cuando, en sus memorias, escritas en 1922, indicaba que “no cabría reconocer la validez de ninguna sentencia pronunciada por ningún juez mortal cualquiera que fuese, pues las medidas que adopté como Emperador o Rey, en otras palabras, como el constitucional, no responsable, representante de la nación alemana porque, de hacer eso, se vería sacrificado el honor y la dignidad de la nación alemana que yo representaba<sup>23</sup>”. Es la tradicional *teoría de la responsabilidad ante Dios o ante la historia*, pero no ante un Tribunal. Esa posición hoy en día se mantiene con los Jefes de Estado, pues su inmunidad tiene el sentido funcional de proteger al máximo representante de un Estado, y se fundamenta en el principio de igualdad, el *par in parem imperium non habet*. Ha cedido algo hoy con los ex jefes de Estado, que pierden la inmunidad, así como también en contextos determinados como la Corte Penal internacional.

De otro lado aparecieron cuestiones tan actuales como la *parcialidad de las cortes nacionales para autojuzgarse por crímenes internacionales*, después de una guerra, o el que solo se juzga a los *vencidos*, y no a los vencedores, o el que hay crímenes sin castigo, cuando los que los cometen tienen el poder, fenómenos todos ellos siempre presentes. Aunque se creó un Tribunal en Leipzig, sobre la base de los arts. 228-230 del Tratado de Versalles y desarrollado por una ley alemana de 18-XII-1919, para juzgar los crímenes de guerra cometidos por Alemania ese Tribunal se dedicó a absolver a los acusados de crímenes de guerra, lo que mostraba la importancia de crear un Tribunal internacional. En el caso de Turquía la oposición gubernamental y social hizo desfallecer siquiera el intento de creación, con lo que el genocidio armenio desde entonces ha sido un crimen sin castigo ni reconocimiento.

En esa época se inicia el *derecho social internacional*, con la creación de la Organización internacional del Trabajo, y se inician otros *derechos económicos, sociales y culturales y el desarrollo de derechos civiles y políticos*, que dieron lugar a la convención internacional de la *trata de blancas* (1921), a la convención internacional de la *esclavitud* (1925) o a la creación del *Alto Comisionado para*

---

<sup>23</sup> Kaiser William II, *My memoirs. 1878-1918*, Cassell and Company, Londres, 1922, p. 289.

*los refugiados* (1921), liderado por el célebre Nansen. Asimismo aparece en el discurso político de líderes como Wilson o Lenin el *principio de libre determinación*, sin un contenido preciso en el orden internacional en ese momento, como un discurso de las nuevas potencias que habían emergido en el sistema internacional (EEUU, URSS) y que no eran Imperios coloniales.

Pero será en la *protección internacional de las minorías* donde la Sociedad de Naciones crea el *primer sistema internacional de protección de derechos humanos* mediante la celebración de 23 instrumentos internacionales entre la organización y un conjunto de Estados europeos. Fue un sistema regional, no generalizado, que tenía una doble finalidad humanitaria y política, para evitar que la cuestión de las minorías fuese un problema para la paz. A tal efecto se dio un reconocimiento y un estatuto a las minorías (*derecho a la nacionalidad, derecho a la igualdad, derecho a la vida, a la libertad individual y a la libertad de cultos, derechos lingüísticos, derechos escolares*). Se estableció un procedimiento internacional de protección, una garantía, que era la innovación más importante del régimen de protección, primer ejemplo de modelo de control internacional. El régimen de protección giraba en torno al derecho de petición que creó las primeras formas de control internacional de cumplimiento de las obligaciones de los Estados en derechos humanos, desde una organización internacional.

Este primer sistema permite observar algunas de las *lecciones de los sistemas de protección*. La doctrina de la época puso de relieve los peligros que para los derechos humanos tiene la denominada *politización*; era difícil desvincular el modelo de la evolución de las relaciones internacionales; asimismo en ocasiones las propias minorías abusaban del sistema, utilizadas por los Estados, fundamentalmente Alemania, que tenía más de diez millones de personas de cultura alemana fuera de sus fronteras. El sistema tenía mucho sentido, como demostrarían los crímenes cometidos. Al margen de la guerra, como analizan Snyder o Lowe<sup>24</sup>, Europa se convierte en un *continente salvaje*, en unas *tierras de sangre*, como consecuencia de los extremismos ideológicos y del nacionalismo. No se debería hoy olvidar esta lección, cuando tanto aumenta el nacionalismo en Europa.

---

<sup>24</sup> SNYDER, T., *Tierras de sangre. Europa entre Hitler y Stalin*, Galaxia Gutenberg, 2012; LOWE, K., *Continente salvaje. Europa después de la Segunda Guerra Mundial*, Galaxia Gutenberg, Círculo de lectores, 2012.



## Capítulo segundo. La universalización del sistema

### 1. La Constitución internacional de los derechos humanos.

La creación de Naciones Unidas busca evitar una tercera guerra mundial, para lo que se creaba el *sistema de seguridad colectiva*. Los derechos humanos aparecen indirectamente en las referencias a las atrocidades de la guerra y como objeto de cooperación. El art. 1, 3 de la Carta se refiere a la cooperación en el “desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”, lo mismo que hay otras referencias en los arts. 13, 62-3, 68, 73 o 76.

El sueño kantiano de la paz a través del Derecho se concreta en el principio de *prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales* (art. 2,4) pero solo se ponía *una semilla en derechos humanos, que podía germinar o no*. La Carta de Naciones Unidas no establecía un nuevo *principio constitucional o estructural del Derecho internacional* que tuviese tal objeto. No está ni en el frontispicio de los propósitos ni en los principios del art. 2. En todo caso la semilla fructificó, y el principio de protección de los derechos humanos se conforma en el proceso de codificación y desarrollo progresivo de los mismos. Se produce en varias décadas la *humanización del Derecho internacional y la universalización de los derechos humanos*.

Un faro que iluminó el camino fue la *Declaración universal de derechos humanos*, que aprueba la Asamblea General de Naciones Unidas el 10/XII/1948. Inclino la balanza a favor de los derechos humanos, siendo un gran paso en la historia de la humanidad<sup>25</sup>. El *principio de protección internacional de los derechos humanos es, pues, el resultado de la dinámica de Naciones Unidas, no un pilar previo*. La creación de una comisión encargada de identificar los derechos humanos tuvo lugar porque la Carta no establecía un catálogo. Presidida por Eleanor Roosevelt, y bajo el impulso intelectual de René Cassin, desarrolla los valores de la *dignidad, la igualdad, la seguridad, la solidaridad o la identidad*. Fue el resultado de muchas consultas gubernamentales y de aportaciones de la sociedad civil durante varios años. Desde entonces ha sido el principal referente para los derechos humanos en la Comunidad internacional y ha servido de horizonte en el proceso de desarrollo progresivo y de universalización de los mismos.

---

<sup>25</sup> KENNEDY, P., *El Parlamento de la Humanidad. La historia de las Naciones unidas*, Editorial Debate, 2007; BLANC ALTEMIR, A., (Dir), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración universal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.

Se han superado viejos debates sobre su *naturaleza jurídica*. La Declaración reñeja el Derecho internacional general o consuetudinario aplicable. Si bien se proclama como un ideal común por el que todos los pueblos y naciones debían esforzarse, setenta años después la Declaración reñeja el *derecho internacional consuetudinario* en derechos humanos. La *opinio iuris* y la práctica internacional han sido objeto de múltiples declaraciones de la Comunidad internacional y de la práctica de los Estados mediante leyes, tratados, políticas, sentencias, actos en instituciones internacionales y otros elementos.

Este proceso de *universalización de los derechos humanos* y de humanización del Derecho internacional brilla con luz propia y desemboca en la *Constitución internacional de los derechos humanos*, formada por la *Declaración y por los pactos de derechos humanos (de derechos civiles y políticos, uno, y de derechos económicos, sociales y culturales, el otro, ambos de 1966)*, que fueron un compromiso entre una visión liberal y una visión socialista de los derechos.

Esto supuso el reconocimiento universal del *derecho a la vida, a no ser sometido a torturas y tratos o penas inhumanas o degradantes, la prohibición de la esclavitud, el principio de legalidad, de igualdad, el derecho a la libertad, a un juicio justo, a circular libremente, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, opinión y expresión, reunión y asociación, a participar en el gobierno del país, de asilo, a casarse y fundar una familia, o la prohibición de injerencias en la vida privada, o de hacer propaganda en favor de la guerra y apología del odio, el derecho al trabajo, de sindicación, a la seguridad social, a la protección de la familia, a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la educación y a participar en la vida cultural.*

Estos derechos se han visto enriquecidos por el desarrollo convencional y de la práctica, lo que ha permitido que en la actualidad todo este elenco esté consolidado en el Derecho internacional, tras un *proceso de especificación, y de regionalización, y por la interpretación extensiva que se ha hecho de los mismos*. La aparición del Derecho internacional de los *refugiados*, el proceso de regionalización de los derechos -con la creación del sistema europeo, americano y africano-, los tratados de reconocimiento de los derechos de la *mujer*, prolegómenos de la Convenio general de 1979, los desarrollos en la *humanización de los conflictos* -con los convenios de Ginebra de 1949 y los protocolos de 1977 junto a otros

muchos tratados de derechos humanos irán creando una telaraña convencional y de instrumentos no obligatorios<sup>26</sup>.

Progresivamente se conforma un amplio conjunto de instrumentos internacionales de reconocimiento de los derechos humanos y también el desarrollo de normas protectoras de las personas y grupos vulnerables. Además, la *descolonización* contribuiría a la formación del *principio de libre determinación de los pueblos*, que ampara diversos desarrollos jurídicos, en la lucha contra el apartheid, el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, o el derecho de los pueblos coloniales y subyugados a liberarse de la opresión. Estos desarrollos han sido posibles a pesar de los obstáculos, pues los derechos han avanzado entre riquezas y pobreza. La *guerra fría* ralentizó su desarrollo pues no casaban bien la concepción socialista y la concepción occidental lo que se refleja en la CSCE (Conferencia de Seguridad y cooperación en Europa, Acta Final de Helsinki, 1975), donde los derechos serían un arma de confrontación más que de cooperación.

A principios del XXI aparecen nuevas tensiones, como la derivada de la *dialéctica entre la libertad y la seguridad* en la lucha contra el terrorismo internacional, en la guerra de Iraq y Afganistán, en Siria, Guantánamo, Abu-Graib (y

---

<sup>26</sup> Así, como ejemplos de convenios que fueron especificando el Derecho internacional de los derechos humanos, entre otros muchos, el convenio de prevención y sanción del crimen de genocidio (1949), los convenios de Ginebra de derecho humanitario, el convenio sobre igual salario por un trabajo de igual valor (1951), los convenios de protección de la mujer, de los años cincuenta, el convenio sobre el estatuto de apatridia (1954, 1961), los convenios sobre no discriminación en el empleo, o en la enseñanza, de los años sesenta, el convenio contra la tortura (1984), de derechos de la mujer o del niño (1978, 1989), con sus respectivos protocolos, el convenio sobre pueblos indígenas y tribales (1989), sobre trabajadores migrantes (1990), sobre peores formas del trabajo infantil (1999), la Carta de Niza de derechos humanos (1990), el convenio de desapariciones forzadas (2006), de protección de las personas con discapacidad (2007), entre otros muchos. Junto a los convenios hay muchos instrumentos de *soft law* en el Derecho internacional de los derechos humanos, que también tienen importancia. Por ejemplo, entre otros muchos, la Res 2312 sobre asilo territorial (1967), la Declaración sobre el desarrollo social (1969), la Declaración universal de erradicación del hambre (1974), la Declaración sobre el progreso científico en interés de la humanidad (1974), sobre la raza y los prejuicios raciales (1978), sobre el derecho de los pueblos a la paz (1984), sobre el derecho al desarrollo (1986), los Principios para las personas sometidas a detención o prisión (1988), sobre tratamiento de reclusos (1990), el plan de acción de personas mayores (1991), sobre protección enfermos mentales (1991), la Declaración de minorías (1992), la Res 1994 AGONU sobre Instituciones nacionales de derechos humanos, los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura (1995), la declaración universal sobre la diversidad cultural (2001), la declaración sobre derechos de los pueblos indígenas (2007), los Principios rectores empresas y derechos humanos (2011), los principios rectores deuda y derechos humanos (2012), las reglas mínimas ONU sobre tratamiento de los reclusos (2015, reglas Mandela) etc..

las torturas), los asesinatos selectivos, o los vuelos de la CIA. Los derechos humanos y el Estado de derecho son un límite infranqueable en la actuación de los Estados aún para alcanzar objetivos legítimos. El triunfo del capitalismo sobre el comunismo trajo una ola neoliberal que bajo el nombre de la *globalización* ha deteriorado las conquistas del Estado social, los derechos sociales, como consecuencia de un proceso en el que la economía desborda al Estado, produciendo el debilitamiento del principal garante de los derechos.

Junto al reconocimiento también es importante la *interpretación dinámica y evolutiva* de los derechos, como sucede con los desarrollos en torno al *Derecho internacional de las personas con discapacidad*. La *convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* parte de un *nuevo enfoque* que concibe la discapacidad desde un modelo social. Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que todas las personas, pero el goce real y efectivo requiere una aproximación de toda la sociedad, pues no es una cuestión individual sino de la sociedad el estar adaptados a la diversidad de la humanidad. En derecho español se está haciendo un importante esfuerzo por *adaptar el derecho interno al Derecho internacional*<sup>27</sup>. Otros ejemplos que muestran el carácter dinámico de los derechos es la interpretación extensiva del contenido del *derecho a la vida* con dimensiones impensables hace unas décadas, como se deduce del *comentario número 36 del Comité de derechos humanos*, en relación con las obligaciones del Estado en cuestiones como el suicidio, la eutanasia o el aborto. El *asunto Vicent Lambert* reabrió el debate sobre el derecho a la vida en Francia, con posiciones diferentes abanderadas por los padres y la esposa, mostrando algunas aristas del debate. Lo mismo puede decirse del derecho a la vida y el medio ambiente, donde la corte interamericana<sup>28</sup> ha analizado las obligaciones del Estado a la novedosa luz del principio de precaución (prevenir y regular actividades), del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* y de las obligaciones de prevenir, regular, supervisar daños, cooperar, notificar e informar. O, finalmente, la interpretación que

---

<sup>27</sup> Junto a la ley 21/2011 de 1 de agosto de adaptación normativa a la convención y la ley general de derechos de las personas con discapacidad (Real decreto de discapacidad e inclusión social 1/2013, de 29 de octubre) está en tramitación una de las mayores reformas del código civil, que eliminará la tutela (a los mayores de edad), la patria potestad prorrogada y rehabilitada, al mismo tiempo que refuerza la figura del guardador de hecho, la curatela y el defensor judicial. El nuevo régimen no se basa en la incapacidad, sustitución y representación de la persona con discapacidad (salvo en casos muy excepcionales, cuando no es posible determinar su voluntad, deseos y preferencias) sino en un sistema de apoyos que pretende que se respete la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

<sup>28</sup> Opinión consultiva 23/17 de 15/XI/2017 sobre medio ambiente y derechos humanos

se hace en la actualidad del *derecho a una alimentación adecuada* que, indica el Comité, se ejerce si se “tiene acceso físico y económico, en todo momento, a una alimentación adecuada, o a medios para obtenerla: los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para aliviar y mitigar el hambre”<sup>29</sup>.

## 2. Órganos y mecanismos de control.

La *Asamblea General de Naciones Unidas* es el mayor foro de concertación de la Comunidad internacional, autora de grandes consensos como la *Declaración universal de derechos humanos* (1948), la *Declaración sobre la independencia de los pueblos coloniales* (1960), la *Declaración sobre el derecho al desarrollo* (1986), la *Declaración sobre los derechos de las minorías* (1992) y los *pueblos indígenas* (2007) o la *Declaración sobre los objetivos de desarrollo sostenible* (2015), entre otras muchas. Pero no es un órgano de tutela o protección sino de promoción. Puede impulsar tratados, pero solo son obligatorios si se comprometen los Estados.

Al acabar la guerra fría la Asamblea creó el *Alto comisionado para los derechos humanos*. Es el más alto funcionario en derechos humanos y realiza una función administrativa de organización del sistema más una función diplomática de promoción de los derechos mediante el diálogo con los gobiernos, la realización de gestiones, la promoción de nuevas ideas etc... Es un administrador del sistema internacional a la par que un promotor diplomático de los derechos. Varios miles de funcionarios internacionales trabajan bajo su mando tanto en la sede de ONU como en las oficinas regionales, en las misiones de paz y supervisan las violaciones, la aplicación de los tratados, las operaciones en el terreno y la gestión de los mecanismos de derechos humanos

Durante las primeras décadas el sistema universal basculó en torno al ECO-SOC (*Consejo económico social*), del que dependían la comisión y la subcomisión de derechos humanos, sustituidas en 2006 por el *Consejo de Derechos humanos*, órgano subsidiario por Asamblea General de Naciones Unidas, creado para impulsar el sistema. Compuesto por representantes de 47 Estados miembros, es un órgano de naturaleza política que crea comisiones de investigación -como en tiempos recientes ha hecho con Venezuela, Palestina, Siria o Sudán del Sur-, adopta resoluciones (más de 2000), supervisa la labor de los titulares de los man-

---

<sup>29</sup> Al interpretar el art. 11, 2 del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales. *Observación General n° 12, de 12/IV/1999 del CDESC sobre el Derecho a una alimentación adecuada*, pág. 6.

datos de los procedimientos especiales y gestiona la participación de los países en el mecanismo de examen periódico universal (EPU). Los límites de los poderes del Consejo son grandes, tanto por su naturaleza política como fundamentalmente por la limitación de sus poderes, que nada tienen que ver con los del *Consejo de Seguridad*.

Desde la *ampliación de la noción de amenaza a la paz*, en los años sesenta, el *Consejo de Seguridad* puede adoptar medidas de naturaleza coercitiva, en virtud del capítulo VII, cuando se producen graves violaciones de los derechos humanos. Así lo hizo al crear los tribunales ad hoc para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, o al adoptar sanciones frente al apartheid, en relación con Rodesia y Sudáfrica, así como en otros muchos asuntos. Por ello cuando el Consejo de seguridad no actúa ante un genocidio, crimen de guerra, de agresión o contra la humanidad es por el bloqueo político entre las grandes potencias que tienen derecho de veto (Rusia, Estados Unidos, China, Reino Unido y Francia), no por falta de una cobertura normativa.

El bloqueo del sistema de seguridad colectiva dio lugar a la creación de las *Operaciones de mantenimiento de la paz* (los casos azules), en los años cincuenta, en el contexto de la guerra de Corea, que se basan en el *principio del consentimiento*. Desde la caída del muro las llamadas *operaciones multifuncionales* (y no solo de interposición), han incluido importantes funciones en derechos humanos como la desmovilización, el retorno de desplazados y refugiados, la concienciación de la sociedad civil o el establecimiento de leyes y políticas en derechos humanos. En la actualidad hay unos 70.000 cascos azules en más de veinte operaciones de paz, con operaciones que llevan décadas como las del Sáhara, Líbano, Chipre etc.

El sistema es más de *promoción* que de tutela o protección. La familia de Naciones Unidas realiza una importante función a través también de sus organismos especializados, como la UNESCO, la OIT o la FAO, de sus órganos subsidiarios, Fondos y programas (PNUD, PNUMA, Onu-Mujeres, Fondo de Población, ONU hábitat, UNICEF, ACNUR etc.), entre otros muchos. Naciones Unidas tiene límites intrínsecos pues el *principio de universalidad prevaleció sobre el principio de legitimidad*, en un mundo en el que la mayor parte de los Estados no son democracias plenas. De otro lado los *órganos de control* carecen de las debidas garantías de los Tribunales nacionales o internacionales, en cuanto a la designación de sus miembros, el procedimiento de actuación y las competencias del órgano, al no haberse producido una *cesión del ejercicio de la soberanía del Estado en virtud del principio del consentimiento y del principio de atribución de competencias* que permita considerar que se ha producido una cesión de competencias

judiciales a los órganos onusinos. El *sistema institucional de derechos humanos está en construcción y no goza de las debidas garantías de una Organización de Derecho*.

Los mecanismos de control tienen por objeto promocionar que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales. El mecanismo más reciente es el *examen periódico universal* (Res 18/VI/2007), en el que los Estados hacen un análisis de su situación y asumen nuevas tareas en la materia. Se trata de un mecanismo intergubernamental, soft, cooperativo, basado en un diálogo interactivo y en que un Estado asume voluntariamente compromisos y promesas en derechos humanos. También es de corte clásico el *mecanismo de informes*, en virtud del cual los Estados tienen la obligación periódica de presentar informes sobre el cumplimiento de sus obligaciones convencionales ante el comité de que se trate en cada convenio. Se realiza un *diálogo constructivo* entre el Comité y el Estado, que desemboca en unas *observaciones finales* y en unas *recomendaciones*. El objeto es mejorar la efectividad de los derechos y que los Estados asuman periódicamente las mejores prácticas y se comprometan a adoptar las mejores medidas legislativas o de otra naturaleza para el efectivo cumplimiento de sus obligaciones.

El sistema de *quejas, observaciones, comunicaciones, denuncias o peticiones* está previsto en los protocolos facultativos de una decena de tratados, por lo que solo se aplica a aquellos Estados que se han comprometido por los mismos, que son una minoría. Los particulares presentan una comunicación contra un Estado por una presunta violación de una obligación. Para que sea admitida no debe ser anónima, la persona debe estar bajo la jurisdicción del Estado, no debe ser abusiva, debe presentarse por una víctima que debe haber agotado los recursos internos, salvo que no sea posible. Con la información del autor y la que presenta el Estado parte por escrito el Comité “presenta sus observaciones al Estado parte interesado y al individuo” (art. 5, 4 del protocolo). Los Estados deben contestar en seis meses. Los peticionarios deben elegir entre el sistema internacional o los sistemas regionales.

Junto a estos mecanismos convencionales destacan los denominados extraconvencionales, como el *procedimiento público especial 1235* que cuenta con 13 relatores geográficos y 43 temáticos. Los *relatores geográficos* analizan la situación de los derechos humanos en determinadas regiones o países y los *relatores temáticos* abordan cuestiones que afectan a los derechos humanos o a un derecho en concreto. Funcionan con un mandato en el que se determinan sus funciones y con un código ético, sin una remuneración más allá de las dietas. Su labor es importante para identificar obstáculos, determinar las mejores prácticas, hacer recomendaciones y observaciones a los gobiernos, estudiar los derechos y propo-

ner avances etc.. Pero sus funciones de protección no están previstas sino de manera excepcional. Algunos mandatos temáticos pueden tratar casos individuales, como el grupo de trabajo de desapariciones forzadas, el relator de la tortura, de detenciones arbitrarias o de ejecuciones extrajudiciales, y realizar llamamientos urgentes con objetivo humanitario.

Los relatores han ido admitiendo comunicaciones o denuncias para prevenir, detener o investigar violaciones y, en su caso, informar al Consejo de Derechos humanos. Se pueden enviar denuncias individuales confidenciales (de violación o de riesgo de violación) y se puede invitar a los gobiernos a hacer observaciones sobre la denuncia (bien sea llamamientos urgentes, o cartas de alegación). En la comunicación debe identificarse a la víctima, al presunto autor de la violación, la descripción de las circunstancias, indicar si se consiente o no que se hagan públicos los nombres de las víctimas y debe estar motivada y sin lenguaje abusivo.

De otro lado el *procedimiento 1503* permite realizar una denuncia ante el Consejo de Derechos humanos, que se activa en su caso cuando se considera que existe un cuadro persistente de violaciones de derechos humanos. Personas, grupos u ONGS, víctimas o con conocimiento directo pueden interponer denuncias de violaciones de derechos humanos ante el Consejo de derechos humanos. Hay un *grupo de comunicaciones* y un *grupo de situaciones*, cuyos criterios de admisión son la ausencia de motivación política, la presunta violación de la obligación, la utilización de un lenguaje no insultante, que no se base solo en información de medios de comunicación, que no se esté ocupando ya un procedimiento especial y que se haya producido el agotamiento de los recursos internos, salvo que sean ineficaces.

Este procedimiento es confidencial. Las comunicaciones admitidas se transmiten al Estado para recabar su opinión sobre las denuncias. Luego hay una reunión a puerta cerrada del Consejo de derechos humanos. Se examina de manera confidencial y pueden decidir considerar la situación o seguir analizándola, nombrar a un experto para que le informe, indicar al Alto Comisionado que preste asistencia técnica, dejar de considerar la cuestión en forma confidencial y hacerla pública. Se publica un informe de comunicaciones, de todos los relatores, que se presenta al Consejo de derechos humanos, que contiene además solo los llamamientos urgentes del grupo de detenciones y desapariciones.

### **3. La relevancia jurídica del sistema.**

Los órganos y mecanismos del sistema universal no son judiciales. Son o bien de naturaleza política, o bien están compuestos por expertos, por lo que sus



decisiones no tienen la naturaleza de cosa juzgada. Los mecanismos de control son en gran parte preventivos, mediante los que se busca promover el cumplimiento de las obligaciones mediante mecanismos no judiciales, que han proliferado tanto en Naciones Unidas como en otros organismos internacionales, creados por convenios internacionales (mecanismos convencionales) o por organizaciones (extraconvencionales), en los denominados procedimientos públicos especiales, en la terminología onusina<sup>30</sup>.

Para evaluar el valor jurídico de lo que indican los diferentes órganos individuales o colectivos hay que diferenciar. Aunque no tengan el valor de cosa juzgada, el sistema universal tiene relevancia jurídica en la revisión de leyes, de la propia jurisprudencia (incluso en casos concretos en casos determinados), de las prácticas y de interpretaciones realizadas por los Estados y también pueden tener otros efectos. Solo un necio confunde valor y precio. Su valor para el progreso de los derechos humanos es importante, pero podría serlo más si se judicializase. *Suponen un permanente proceso de reflexión y evaluación del comportamiento de los Estados en derechos humanos. Como avisamos hay que huir del paradigma estatal para entender el valor del sistema, que no es mimético ni tiene la filosofía que tienen los mecanismos de derecho interno.*

Para establecer el valor de los informes de los *relatores* hay que atender a su mandato, en que se especifica el alcance de sus poderes. Lo que indican son recomendaciones. Por lo demás los poderes de los Comités se concretan en *observaciones general y finales* así como en *decisiones* sobre casos concretos. Las *observaciones generales* sobre la interpretación de un Tratado constituyen interpretaciones de expertos sobre la manera de cumplir una disposición convencional. Tienen valor orientativo para los Estados, pero no tienen un efecto jurídico preciso ni van dirigidas a un Estado en concreto. Las *observaciones finales* que hace un comité sobre un Estado determinado en virtud del mecanismo de informes tiene una naturaleza recomendatoria y no crean nuevas obligaciones para los Estados que no tuvieran previamente en virtud del Tratado. Pueden y deben iluminar a los Estados partes a la hora de cumplir con sus obligaciones.

Otra cuestión es determinar el valor jurídico de las *decisiones de los Comités en un asunto concreto*, cuando se ha considerado que un Estado ha vulnerado el pacto de que se trate en relación con una persona o en un asunto determinado, en virtud de una queja. Tradicionalmente los tribunales españoles han considerado

---

<sup>30</sup> WEBER, A., *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, Ed. A. Pedone, Paris, 2008. 410 pp.

que no eran vinculantes. Tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional mantenían que como no eran órganos judiciales sus decisiones no tenían el valor de una sentencia y no eran tenidas en cuenta. Esta posición no tenía en cuenta que los Tratados de derechos humanos en los que España es parte están vigentes y que en virtud de los arts. 96 y 10, 2 de la Constitución deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar los derechos fundamentales.

Para el Comité de derechos humanos una decisión es un “pronunciamiento autorizado de un órgano establecido en virtud del propio pacto y encargado de la interpretación de ese instrumento” (par 13). A su juicio los Estados tienen la “obligación de cooperar con el Comité en virtud del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones convencionales” (pár 15).

Las decisiones de los Comités no tienen naturaleza de sentencia ni el Comité es un órgano judicial por lo que, en sentido estricto, no son obligatorias para el Estado, ni son directamente aplicables, lo que no significa que no tengan relevancia jurídica. A nuestro juicio un Estado puede desviarse pero debería motivar su conducta y explicarla. Una decisión en un asunto concreto tiene efectos jurídicos y debe ser tenida en cuenta por el Estado. No cabe duda de que los tratados de derechos humanos generan obligaciones internacionales para España. Si el órgano o comité de que se trate ha hecho interpretaciones razonables en un caso concreto o en relación con cuestiones generales dicha interpretación sería vinculante para España pues el convenio y las disposiciones que contiene son obligatorias. Ahora bien, puede que el Comité no haya tenido en consideración toda la información jurídica y fáctica que ha tenido en cuenta el Tribunal sentenciador, por ejemplo, y la decisión sea errada, y el Estado no tiene la obligación jurídica de seguir esa decisión, pues el proceso del Comité no tiene las debidas garantías que el propio pacto de derechos civiles y políticos exige a los sistemas jurídicos nacionales, ni el Estado ha prestado el consentimiento en obligarse con un alcance distinto al citado.

Cabe traer a colación a este debate la *sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo número 1263/2018*, que estimó que ante la inexistencia de un “cauce específico y autónomo para hacer efectiva en el orden español las recomendaciones impide exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes” es posible “ admitir en este caso que ese dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”. En este caso la hija de la demandante había sido asesinada por su pareja, el 24 de abril de 2003. Una muerte que se habría evitado si la Administración de justicia hubiese funcionado correctamente, mantiene el Comité, pues era una situación

de alto riesgo que había dado lugar a 47 denuncias. El Ministerio de Justicia el 3/XI/2005 había desestimado una reclamación, lo mismo que la Audiencia Nacional, en 2008, y el Tribunal Constitucional, un recurso de amparo. La recurrente fue al *Comité de derechos de la mujer*, del pacto, que adoptó una decisión el 16 de julio de 2014 (47/2014) en la que recomendaba al Estado “otorgar a la autora una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos” y “llevar a cabo una investigación exhaustiva e imparcial con miras a determinar la existencia de fallos en las estructuras y prácticas estatales que hayan ocasionado una falta de protección”.

Se ha querido ver en esta decisión una transformación radical sobre el valor jurídico que en derecho español tendrían las decisiones de los Comités de derechos humanos en casos concretos. No es tal, pues el Tribunal Supremo se atiene a las circunstancias del asunto. Así, indica (FJ3):

“en este caso la Administración vulneró su derecho a la igualdad y a no ser discriminada por razón de sexo, a la integridad física y moral y a la tutela judicial efectiva y ello por no asumir la demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial y poner fin a los efectos de una declaración de lesión de derechos de la mujer por haber sufrido un acto de discriminación derivado de una situación de violencia sobre la mujer, que le vinculaba en los términos de la convención y el protocolo facultativo”.

No cabe duda de que los Tratados de derechos humanos generan obligaciones internacionales para España en materia de derechos humanos. Pero *no existe una aplicabilidad directa ni una obligación para el Estado de seguir la interpretación del Comité, lo que no obsta a que el órgano interno español deba motivar las razones para desviarse del sentido.*

Los mecanismos de control no contencioso de derechos humanos se han multiplicado no solo en Naciones Unidas, sino también en otras Instituciones. Habría que reforzarlos para garantizar que las decisiones de los Comités tengan plena validez por resultar de un proceso decisorio que cuente con las garantías debidas. La *resolución 68/268 de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobada por consenso en 2014 impulsaba el fortalecimiento del sistema de órganos de tratados*. En todo caso, como indica Cardona Llorens, a pesar de que fue un avance positivo, “no garantiza la independencia, ni la especialización, ni la competencia, ni la disponibilidad, ni la equidad de género ni la multidisciplinariedad. En un número no despreciable de expertos electos, presentan graves carencias para conseguir que el órgano de control del que forman parte sea efectivamente

independiente, representativo y experto (...)”<sup>31</sup>. No está garantizado el debido proceder de estos órganos, que por lo demás realizan una loable labor, pero que para convertirlos en judiciales habría que reformar los tratados internacionales, sus competencias y funciones de conformidad con el Derecho internacional y el derecho español. Por lo demás al adherirse a un Tratado los Estados deben ser conscientes, de ser el caso, de que ceden el ejercicio de competencias judiciales a un órgano internacional, pues no sería lógica una transferencia inconsciente del poder judicial, pues sería inconstitucional e iría contra el principio de separación de poderes y la independencia judicial.

## SEGUNDA PARTE. La teoría del sistema universal

### Capítulo Tercero. La humanización y la transformación del orden internacional

#### 1. La transformación de los principios y de las obligaciones.

La humanización del Derecho internacional ha transformado sus mimbres, lo que se observa en las normas y en la interpretación de los *principios fundamentales, constitucionales o estructurales*. El *principio de protección internacional de los derechos humanos* es el último en surgir, pues no aparece *expressis verbis* ni en la Carta de Naciones Unidas ni en la Res. 2625, y solo hace acto de presencia formal en el acta Final de Helsinki, en 1975. Es un *principio de formación progresiva en el contexto del proceso de humanización del Derecho internacional*. No ha gozado de un amplio apoyo, siendo una manifestación de la cooperación internacional en el desarrollo progresivo y la codificación de los derechos humanos.

Pero no cabe duda de que los otros principios fundamentales del Derecho internacional que reconoce la Res 2625 (1970) de la Asamblea General de Naciones Unidas se han visto también transformados por la humanización. Así, el *principio de igualdad y de soberanía del Estado* sigue gozando de un gran apoyo, pero se ha reorientado por los derechos humanos. No cabe una interpretación rígida del

---

<sup>31</sup> CARDONA LLORENS, J., “Los mecanismos institucionales para la protección de los derechos humanos como interés público global: el fortalecimiento del sistema de órganos de Tratados de Naciones Unidas”, *La gobernanza del interés público global*, XXV Jornadas AEPDIDI, Bouza, N., García, C., Rodrigo, A., (Directores), Tecnos, 2015, p. 440.

mismo que considere la violación de los derechos humanos como una cuestión interna o doméstica, al abrigo de la soberanía. Si bien la soberanía es una noción polisémica y en transformación, pervive. El núcleo irreductible de la soberanía reside en determinar quien decide. Es una noción que se refiere a varias cosas: al territorio del Estado (soberanía territorial), al titular de la soberanía (el Jefe del Estado, el soberano), a la independencia frente a terceros, así como al conjunto de las competencias del Estado. Su contenido jurídico se concibe en términos funcionales como un conjunto de poderes supremos, plenos y exclusivos que un Estado tiene en el Derecho internacional para cumplir las funciones estatales. La soberanía ya no es un muro rígido que cubra las violaciones de derechos humanos como lo era en el pasado.

Otro principio cuya interpretación se visto modificada es el *principio de la no intervención en los asuntos internos*, que ha llevado a su vez a plantear otras cuestiones como la intervención humanitaria, el derecho de injerencia humanitaria etc.. La ayuda humanitaria se ve regida por el *principio del consentimiento del Estado* en el acceso al territorio, que es una manifestación del *principio de soberanía*. Pero los Estados ya no pueden denegar arbitrariamente el acceso de asistencia humanitaria, porque el derecho ya mira más desde la perspectiva de los derechos humanos, a las víctimas de las catástrofes de origen natural o humano. Así, fenómenos como una catástrofe política, natural o industrial se ven también desde la perspectiva de los derechos humanos, razón por la cual la Comisión de Derecho internacional de Naciones Unidas hizo un *proyecto sobre desastres y derechos humanos*, algo impensable hace unos años.

La práctica internacional ha venido a confirmar la distinción entre el *régimen de ayuda y de injerencia humanitaria*, que debe basarse en los principios de neutralidad, imparcialidad, y el *régimen de intervención humanitaria*. Como es sabido la intervención humanitaria unilateral para la protección de los derechos humanos no es conforme a Derecho, si bien pueden invocarse criterios de legitimidad para incumplir el Derecho internacional, como hizo la Alianza Atlántica en la denominada *intervención humanitaria en Kosovo*, en tiempos en los que era Secretario General de la OTAN el español Javier Solana. El *principio que prohíbe usar la fuerza en las relaciones internacionales* no tiene una excepción, o un uso lícito, en la invocación de la protección de los derechos humanos. Solo en el supuesto en que el Consejo de Seguridad así lo decida podría plantearse y sería en ese caso, jurídicamente porque esa violación amenazase al mantenimiento de la paz y fuese aplicable el capítulo VII de la Carta, artículos 39 y siguientes.

La protección internacional de los derechos humanos también ha servido para dotar de contenido al *principio de la libre determinación de los pueblos*, que fue

el primer derecho colectivo, cuyo titular no es un ser humano individual sino un grupo humano. Desde entonces la libre determinación de los pueblos se ha desarrollado si bien hay que indicar que hay regímenes y normas cercanas que es mejor diferenciar. Así junto al régimen de libre determinación de los pueblos existe el *derecho internacional de las minorías, el régimen de los pueblos indígenas, el de derechos de los extranjeros, y el derecho internacional de los derechos humanos*. Los pueblos con derecho de libre determinación son aquellos a los que se les reconoce dicho derecho que, en puridad son fundamentalmente los *pueblos coloniales* y los *pueblos ocupados*. Otros grupos humanos con características distintivas del conjunto de la población de un Estado y que por dicho hecho están en una situación desfavorecida tienen derechos como miembros de una minoría, cultural, nacional, étnica o religiosa. Pero en estos casos estamos ante derechos individuales. Los instrumentos jurídicos y las normas de referencia en uno y otro caso son distintas.

También es importante en el sistema internacional el *principio de cooperación internacional*. El sistema internacional de derechos humanos es un marco para la cooperación a través del cual se ha producido el proceso de reconocimiento universal y ha habido avances en la tutela de los derechos. Los derechos humanos forman parte de la cooperación en programas, fondos, organizaciones especializadas, organizaciones no gubernamentales, Estados etc..La cooperación también es el principio bajo cuya égida este patrón de comportamiento, difícilmente exigible en ausencia de compromisos convencionales, se realizan los objetivos de desarrollo sostenible y la Agenda 2030, que son una nueva aventura para los derechos humanos, pues más de la mitad de los 17 objetivos tienen relación directa con los mismos

## **2. La ampliación de la jurisdicción del Estado.**

La humanización también ha contribuido a la ampliación de la jurisdicción del Estado. El ejercicio de los poderes y de las competencias de un Estado se apoya en títulos de *competencia territorial o personal* y, en menor medida en títulos de protección, en la *competencia universal* o en la doctrina de los efectos, estando delimitado por el principio del respeto de los derechos humanos, entre otros. Decía Kelsen<sup>32</sup> que la función específica del orden internacional es la determinación y delimitación normativa de las esferas de validez territorial, personal, temporal y material de los órdenes jurídicos estatales o nacionales.

---

<sup>32</sup> KELSEN, H., *Principios de derecho internacional público*, El Ateneo, Buenos Aires, 1964, p. 179.

En el célebre *Asunto Lotus*<sup>33</sup> un navío francés (*Le Lotus*) hizo un abordaje en alta mar a un navío de pabellón turco (*Le Boz Turc*) y cuando llega al puerto de Estambul Turquía detiene e inicia un procedimiento penal contra el oficial francés, que estaba a su mando en el momento del choque. La Corte Permanente de Justicia internacional debía responder a la cuestión de si los principios del Derecho internacional se oponían a que Turquía, en virtud de su legislación, tuviese competencias para perseguir a un nacional francés por actos cometidos más allá de su jurisdicción territorial (en alta mar). La Corte plantea como cuestión previa si un Estado es competente sólo cuando una regla de Derecho internacional le reconoce competencia o si su competencia se extiende a cualquier caso en que no se sobrepase un límite fijado por el Derecho internacional.

En el primer caso, el orden internacional tendría por función atribuir competencias de los Estados (posición defendida por Francia) base de la *teoría de las competencias*: la determinación de las competencias de un Estado viene determinada por el Derecho internacional, mientras que en el segundo no se plantearían sino sus límites (para Turquía la competencia de un Estado se extiende hasta el momento en que choca con una regla de derecho internacional). A juicio de la Corte (p. 18) las “reglas de derecho que vinculan a los Estados proceden de su voluntad, manifestada en convenciones o en usos aceptados en el sentido de consagrar principios de derecho establecidos con objeto de regular la coexistencia de comunidades independientes o con objeto de perseguir objetivos comunes. Las limitaciones a la independencia no se presumen”.

Esta posición sigue siendo muy importante hoy. De ahí que haya un *principio de presunción de competencia del Estado*, salvo acuerdo o norma en contrario, del mismo modo que es el sentido del *principio de competencia de la competencia*. Por lo que se refiere a las competencias del Estado la responsabilidad de éste no es sólo territorial sino también por lo que sucede bajo su *jurisdicción o control, lo que tiene relevancia para los derechos humanos*. Un Estado responde internacionalmente de lo que sucede en su territorio, pero también bajo su jurisdicción o control.

No cabe duda de que si bien *Guantánamo* no es territorio americano está bajo su jurisdicción o control. En este sentido el Comité contra la tortura<sup>34</sup> ha indicado que la frase (del art. 2) todo territorio bajo la jurisdicción del Estado se debe interpretar en el sentido de que comprende todos los ámbitos en que los Es-

---

<sup>33</sup> Sentencia del TPJI, de 7 de octubre de 1927, TPJI, serie A, n° 10.

<sup>34</sup> *Observación General n° 2*, de 24/I/2008.

tados ejercen un control de iure o de facto, de conformidad con el orden internacional (pár 16), lo que guarda relación con actos cometidos a bordo de un buque o una aeronave matriculada en un Estado parte y durante una ocupación militar u operación de mantenimiento de la paz y en lugares tales como Embajadas, bases militares o centros de detención o áreas en las que el Estado ejerza un control de hecho o efectivo.

En este sentido el TEDH ya había admitido en el *Asunto Loizidou c Turquía*<sup>35</sup> la demanda de un chipriota de origen griego cuya casa estaba en la República turco chipriota del norte, frente a Turquía, por considerar que la República había sido creada ilícitamente y que Turquía la controlaba de facto, estaba bajo su jurisdicción o control. Además, la jurisprudencia europea ha llevado a considerar la admisión de jurisdicción por ser responsable de las relaciones internacionales (Gibraltar, Isla de Man o Islas Malvinas, para lo que hace falta una declaración expresa de reconocimiento), entre otras razones. Es la ampliación de la noción de jurisdicción y control, y no solo territorio.

En el *Asunto Al Skeini*<sup>36</sup> se abandona por el TEDH la *teoría del espacio jurídico de la convención* desde una perspectiva moderna de la jurisdicción del Estado. Unas personas habían sido abatidas en Basora (Iraq) por tropas británicas. La *Divisional Court* rechazó las demandas porque los hechos y las víctimas no estaban bajo la jurisdicción británica, siguiendo la jurisprudencia *Bankovic* (2001) donde el Tribunal se había considerado incompetente por los bombardeos en Serbia por su “vocación esencialmente regional”, que limitaba el ejercicio de la jurisdicción al espacio jurídico de los Estados contratantes. Se desbrozan las diferentes situaciones en que un Estado puede ejercer su jurisdicción fuera de sus fronteras (por ejemplo en acciones armadas en el extranjero) y considera que la cuestión de saber si un Estado ejerce un control efectivo es una cuestión de hecho. La Corte interamericana de derechos humanos ha estimado que el término jurisdicción del art. 1.1. de la Convención americana, a efectos de las obligaciones estatales debe analizarse, en situaciones excepcionales de manera restrictiva, pero considerando que “abarca toda situación en la que un Estado ejerza autoridad o control efectivo sobre las personas, dentro o fuera de su territorio”<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> De 18-XII de 1996, Rec 1996-VI, nota 2.

<sup>36</sup> LAVAL, P.F., “A propos de la juridiction extraterritoriale de l’Etat. Observations sur l’arret Al-Skeini de la Cour Européenne des droits de l’homme de 7 juillet 2011”, *RGDIP*, t. 116, n° 1, 2012, pp. 61 ss.

<sup>37</sup> *Opinión consultiva OC-23/17 de 15/XI de 2017*, solicitada por Colombia



Al espacio físico se añade el espacio virtual, el *ciberespacio* lo que plantea muchos asuntos difíciles de resolver. Este espacio tiene una dimensión muy diferente al espacio territorial clásico, que trae nuevos retos al Derecho, en el que se deben renovar muchas reglas jurídicas. Parte de las consecuencias las vemos en el régimen del uso de la fuerza, del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en el régimen del Derecho de la responsabilidad internacional en los que las reflexiones doctrinales ponen de relieve tanto la complejidad como las insuficiencias del Derecho<sup>38</sup>.

### 3. La teoría de las fuentes y los derechos humanos

A principios del siglo XXI se agudizan algunos cambios en la *teoría de las fuentes*, en el sentido de difuminar algunas reglas (como las de acceso a la juridicidad), por una red de procesos donde se incorpora lo no jurídico. Laserre<sup>39</sup> estima que la proliferación de fuentes conduce a su mayor relatividad. Vivimos, indica Jiménez García<sup>40</sup>, en un tiempo líquido, una sobre-estandarización o sobre-producción del Derecho.

La humanización ha impulsado una renovación de la *teoría de las fuentes* por la aparición en los años sesenta de las obligaciones erga omnes en derechos humanos y de las normas de *Ius cogens*, que incorporan valores en la cúspide. Gran parte de las normas imperativas forman parte del Derecho internacional de los derechos humanos. Su formación requiere la aceptación por la Comunidad internacional de Estados en su conjunto (art. 53 CV 1969), lo que no significa su consentimiento unánime. Son reglas que tienen un régimen especial de responsabilidad internacional, que el proyecto de la CDI de 2001.

La existencia y proliferación de recomendaciones y de instrumentos no obligatorios es muy grande, lo que produce un panorama normativo confuso y sobre el que es importante realizar una labor de cribado que permita tomarse en serio los derechos humanos y no confundir la violación de una obligación o de una recomendación.

---

<sup>38</sup> GUTIERREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional en el uso de la fuerza en el ciberespacio*, Thomson Reuters, 2020, 172 pp.

<sup>39</sup> LASERRE, V., *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Lexis Novis, París, pp. 1 ss.

<sup>40</sup> JIMENEZ GARCIA, F., *Derecho internacional líquido. ¿Efectividad frente a legitimidad?*, Civitas. Thomson Reuters, 2021, p. 24 ss.

Junto a los particularismos y especificidades del derecho de los tratados, del derecho consuetudinario y de otras fuentes del derecho, el *soft law* tiene su importancia en el Derecho internacional de los derechos humanos. Puede ser un paso previo a la formación de nuevos derechos, lo que permite una transformación lenta y una incorporación progresiva, aunque también sucede que el no derecho nunca alcance la categoría de Derecho. Los *Principios Rectores empresas y derechos humanos*, el *pacto mundial de migraciones*, o los *objetivos de desarrollo sostenible* pueden ser una alternativa a la juridificación, lo que sería un retroceso.

La transformación de las normas es difícil pues el precio a pagar es la soberanía. El proceso nomogenético internacional es lento pues el *iter* se prolonga en el sentido de García Lorca (caminante no hay camino, se hace camino al andar), antes de cristalizar en una norma de derechos humanos. En ese camino aparecen las *generaciones de derechos humanos* y el *soft law* puede convertirse en *law*. La humanización es un proceso dinámico, resultado de un debate permanente de la comunidad internacional.

Diversas razones explican la inñación de *soft law*. El proceso de decantación de las normas, en ausencia de un legislador, es progresivo. Hay resistencias de los Estados en obligarse, lo que les lleva a aceptar mejor compromisos no obligatorios, políticos, o meramente declarativos. Pero el derecho suave, o en agraz, el no derecho, tiene relevancia en el sistema normativo. Puede estar en el origen de un proceso de normación, pues los tratados o las costumbres no surgen del vacío, sino que vienen precedidos por instrumentos de *soft law*. También puede tener un efecto cristalizador y ser el punto de llegada de una norma. Una recomendación puede tener un efecto *declarativo*, *cristalizador*<sup>41</sup> en la formación de una costumbre. Asimismo, puede jugar un papel en la interpretación y en la aplicación de las normas en el plano internacional e interno.

Los cambios en la normatividad plantean cuestiones como la *relevancia jurídica de la práctica de los actores no estatales en la formación y aplicación de las normas*. La práctica relevante es la de los actores estatales, pero la de los no estatales puede confirmar la existencia de normas consuetudinarias o servir para la interpretación del Derecho. En las normas de *ius cogens* se considera práctica relevante sólo la de los Estados. Pero la CDI reconoce expresamente que la actitud de los ANE puede ser relevante a la hora de evaluar la posición de los Estados.

---

<sup>41</sup> Vid. JIMENEZ DE ARECHAGA, E., “La costumbre como fuente del Derecho internacional”, *Estudios de derecho internacional. Homenaje al prof. Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 381 ss.

Otra cuestión es la relativa a la aparición en el Derecho internacional no solo de derechos y obligaciones sino también de *objetivos*, como los ODS. ¿Cuál es su papel en el Derecho?. Realmente están al margen del Derecho, pero son una hoja de ruta que puede ser la percha bajo la cual se desarrollan obligaciones. Los objetivos van a ser una plataforma desde la que se puede producir el desarrollo de las obligaciones y los derechos. Si se consideran una alternativa a los derechos acaban degradando el papel del Derecho en la sociedad internacional. Así por ejemplo el *pacto de migraciones de 2018* si no se ve complementado por el Derecho puede ser un paso atrás. La sustitución de las obligaciones por objetivos sería negativa, mientras que si son un complemento sería positivo. No se puede hacer un balance general sino que depende de los sectores.

#### **4. La teoría de los sujetos y la emergencia de los actores no estatales**

La humanización ha impulsado cambios en la *teoría de los sujetos*. El *Derecho internacional se ha abierto a nuevas subjetividades*, pasando de ser un orden estatocéntrico a otro más diversificado. Algunas personas tienen de antiguo un estatuto internacional, como los Jefes de Estado y de Gobierno, o los representantes diplomáticos, que tienen privilegios e inmunidades de acuerdo con el Derecho internacional consuetudinario y convencional.

Tradicionalmente se ha sido muy restrictivo para considerar que alguien es *sujeto de Derecho internacional*, a pesar del célebre dictamen del TIJ sobre la personalidad de las organizaciones internacionales. Se consideraba que solo podían ser sujetos las entidades con capacidad de celebrar tratados, mantener relaciones diplomáticas, entre otras manifestaciones de la subjetividad<sup>42</sup>. No se podía concebir que actores no estatales, como el individuo o las empresas fuesen considerados, siquiera parcialmente, sujetos de Derecho internacional. Esa interpretación restrictiva partía de considerar que la personalidad era un atributo de la soberanía. Pero también se puede concebir la subjetividad para controlar y sujetar a Derecho a un actor no estatal, o para hacerle destinatario directo de la norma.

Se ha consolidado la idea de que la *persona humana* es un sujeto de Derecho internacional, en atención a que es destinatario de las normas internacionales de derechos humanos y a que es responsable internacionalmente en el ámbito penal por la comisión de determinados crímenes, aparte de que en algunos sistemas

---

<sup>42</sup> Vid. DOMINICE, C., “La personnalité juridique dans le système du Droit des gens”, *Theory of international law at the threshold of the 21 century. Essays Skubisweski*, Kluwer, 1996, pp. 147 ss.

regionales tiene *ius standi* para demandar a un Estado ante un Tribunal internacional. De ahí que la doctrina haya considerado que el individuo es un sujeto de Derecho internacional, con capacidad limitada. También se ha abierto paso la idea de sujetos *sui generis*, como la *Cruz Roja internacional*, a la que la Comunidad internacional le reconoce una función. Si bien no reúne los elementos básicos de una organización internacional sus estatutos de 2015 así la describen. Más recientemente se empieza a reconocer, sin un consenso todavía, la personalidad jurídico internacional de las *empresas transnacionales*, limitada al cumplimiento de sus obligaciones internacionales y relativa, pues no sería oponible *erga omnes*. Reconocer a una empresa multinacional la subjetividad internacional a los efectos de su sujeción al Derecho y, en particular, de los derechos humanos permitiría arreglar problemas sin generar otros nuevos, siendo útil para controlar los efectos negativos de la globalización.

En los casos citados (persona humana, empresa transnacional, Cruz Roja internacional) la adquisición de la personalidad internacional deriva del *reconocimiento por parte de la Comunidad internacional de Estados, al menos implícito, bien sea por la realización de contratos de Estado por las empresas, bien sea por el reconocimiento de derechos humanos o de responsabilidades (y vías de exigibilidad, en el caso de las personas)*. En definitiva, puede entenderse una evolución de la concepción de la personalidad jurídica internacional que puede servir para una mejor protección de los derechos humanos

*El edificio de los derechos humanos se ha hecho con la idea de limitar el poder del Estado frente al individuo, o de garantizar a éste un mínimo de prestaciones por parte de aquél.* Pero el binomio Estado-persona es insuficiente para los derechos humanos por el proceso de *debilitamiento del Estado*, que afecta a la eficacia de los derechos humanos. A esto se añade la *emergencia de los actores no estatales*, que pone de relieve las *insuficiencias de los planteamientos del Derecho internacional*. En la obra *Los sujetos de Derecho internacional actual*, Barberis no utiliza el término actores no estatales (ANE) ni les presta mucha atención. Los actores no estatales se diferencian de los sujetos de derecho porque la noción no se refiere a la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones sino a su influencia en el sistema social (interno o internacional). Ambas nociones se mueven en planos distintos, pero conñuyen en preocupaciones actuales para los derechos humanos.

*El Derecho internacional interestatal está desbordado por la creciente relevancia de los actores no estatales en la gobernanza.* Aparecen términos nuevos como derecho global, gobernanza, alianzas público-privadas, redes, políticas globales, entre otros ajenos, que evidencian nuevas direcciones del Derecho. El

orden internacional evoluciona hacia un enfoque en el que no solo hay preocupación por el autor de la violación sino también por la víctima, como sucede en el *Derecho internacional de las catástrofes, en el régimen de ayuda humanitaria o en el régimen jurídico en la trata de seres humanos*. Esta orientación responde a una preocupación creciente por los derechos humanos y refleja una ruptura de la interestatalidad.

El Tribunal europeo de derechos humanos ha considerado el *alcance extraterritorial del derecho a no ser sometido a torturas, en terceros países, por actores no estatales, como un límite a la expulsión de un extranjero*. En el caso *HLR c Francia* un demandante colombiano se oponía a su expulsión por el riesgo de sufrir tortura por un grupo de narcotraficantes que le habían reclutado para transportar droga. Para el Tribunal el carácter absoluto del derecho garantizado no se excluye cuando el peligro emane de un actor no estatal, si se demuestra que el riesgo existe realmente, y que las autoridades del Estado de destino no están en condiciones de hacer frente mediante una protección adecuada<sup>43</sup>. Como evidencia la jurisprudencia del los Tribunales penales internacionales muchos crímenes contra la Humanidad y genocidios son cometidos por rebeldes, insurgentes, beligerantes, movimientos de liberación nacional y otros grupos armados, así como por empresas.

Muchos retos en derechos humanos tiene relación con los actores no estatales. Sachs<sup>44</sup>, uno de los impulsores de los Objetivos de desarrollo sostenible incide en que la buena gobernanza del mundo actual no se limita a los gobiernos, sino que incluye a las empresas multinacionales. Cuestiones como los ciberconflictos y los ciberataques se realizan por ANE y no solo por Estados, lo que plantea si son equiparables a un ataque armado, y si cabe el ejercicio de la legítima defensa, individual o colectiva.

Los actores no estatales realizan tradicionalmente un labor en el desarrollo progresivo de los derechos humanos, Cabe recordar la labor del *movimiento abolicionista o el movimiento sufragista, entre otros*. Pero estamos en un *momento de transición del Derecho internacional en el que su labor permite reflexionar sobre si tienen un nuevo papel cualitativo. Cabe plantearse si siguen siendo meros usuarios del orden internacional o si van a adquirir un nuevo papel que pueda contribuir a la transformación del orden internacional de los derechos humanos*.

---

<sup>43</sup> BOLLO AROCENA, A., *Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 110-113.

<sup>44</sup> SACHS, J., *La era del desarrollo sostenible*, Prólogo de Ban Ki Moon, Paidós Empresa, 2014, 2016, p. 20.

El *Derecho internacional de la responsabilidad* es el epicentro de cualquier sistema jurídico, pero en relación con los actores no estatales el Derecho resulta inadecuado. Por ejemplo, los *principios recomendados sobre derechos humanos y trata de personas*, de Naciones Unidas, o los *principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder*, aprobados por la AGONU, en 1985, o los *principios rectores empresas y derechos humanos* incluyen el acceso a mecanismos de reparación. Pero la debilidad de estos instrumentos en cuanto a la relación de responsabilidad entre un actor no estatal y las víctimas de una violación es clara. No existe un adecuado régimen de responsabilidad internacional de los actores no estatales por sus violaciones de los derechos humanos desde la estructura estatal del orden internacional. El Derecho internacional no ofrece respuestas adecuadas a este tipo de responsabilidad, por su naturaleza estatocéntrica.

## **5. Legalidad y legitimidad en el Derecho internacional de los derechos humanos.**

a) La legitimidad del Derecho internacional de los derechos humanos.

¿Es el orden internacional de los derechos humanos un orden legítimo?. Es el resultado histórico de una sociedad desigual y descentralizada, donde el Derecho lo hacen aquellos que tienen el poder para hacerlo, con independencia de la idea de interés general, que apenas penetra en el día a día de la Comunidad internacional. Ciertamente que los valores no están ausentes de la sociedad internacional, como la *paz, la dignidad o la solidaridad*. Pero no presiden la acción de aquellos que tienen el poder para hacer las normas e interpretarlas. Además el Derecho internacional no se crea ni aplica en un sistema universal democrático.

Esto lleva a plantear la cuestión de la *legitimidad del modelo de Derecho internacional, y en particular del Derecho internacional de los derechos humanos*. Con la secularización del Estado y la positivización del derecho el modelo de legitimidad estuvo primero en el iusnaturalismo y con el positivismo se vino a equiparar la legalidad y la legitimidad<sup>45</sup>. Así, para Kelsen no habría distinción pues, decía, el principio de legitimidad es la validez de las normas en el tiempo, mientras no son derogadas en la forma en que determine el ordenamiento jurídico.

Bobbio<sup>46</sup> ha contribuido a clarificar la distinción entre legalidad y legitimidad al indicar “la legitimidad y la legalidad tienen en relación con la teoría del

---

<sup>45</sup> HABERMAS, J., *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Paidós, 1991, p. 132.

<sup>46</sup> BOBBIO, N., *Teoría delle norme giuridice*, Turín, 1958, p. 35.

poder la misma función que la justicia y la validez en relación con la teoría de la norma jurídica. Como la justicia es la legitimación de la regla, así, al contrario, la validez es su legalidad; como la legitimidad se funda en la justicia del poder, la legalidad se funda por el contrario en su validez”. El concepto de legitimidad aplicado a la comunidad internacional es problemático, pues aparece vinculado al concepto de Estado y de poder legítimo del Estado. Levi define la legitimidad como un “atributo del Estado que consiste en la existencia de una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo en casos marginales, recurrir a la fuerza”<sup>47</sup>

Habermas<sup>48</sup> supera el modelo weberiano y el kelseniano, al entender que la dominación política ejercida por las formas del derecho positivo no puede ser sino el contenido moral implícito de las cualidades formales del Derecho. La *teoría procedimental de la justicia* hace descansar la fuerza legitimadora en los procedimientos.

Pero esto no es posible en el Derecho internacional. El poder, en la comunidad internacional, no es legítimo, no tiene legitimidad de origen, pues no es democrático. *La legitimidad de los derechos humanos es el resultado de un proceso histórico al que desemboca la Comunidad internacional, sin sustentarse, salvo a efectos explicativos, en la idea de pacto de legitimidad o en la de constitución material*, que vemos en otro momento. No existe un previo pacto constituyente en la comunidad internacional. En todo caso ese proceso ha conducido a un cambio de legitimidad del Derecho internacional, en el tránsito del Derecho internacional clásico al contemporáneo, consecuencia en gran medida del proceso de humanización

El modelo de legitimidad no puede ser similar en la sociedad internacional al de un Estado democrático, pues no existen los mismos parámetros de referencia ni una democracia mundial. Wheatley<sup>49</sup> ha aplicado la *teoría de la democracia deliberativa* de Habermas al marco internacional. Considera que no es aplicable a la ONU, pero sí a los *regímenes normativos de derechos humanos (global regulatory norms)* que se han hecho por consenso entre los Estados.

---

<sup>47</sup> LEVI, “Legitimidad”, *Diccionario de política*, Bobbio, N., Matteuci, N., t. 2, siglo XXI editores, Madrid, 1983.

<sup>48</sup> HABERMAS, J., “Problemas de legitimación en el Estado moderno”, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Tecnos, Madrid, 1981.

<sup>49</sup> WHEATLEY, S., “Deliberating about cosmopolitan ideas: Does democratic conception of human rights make any sense?”; y también del mismo autor *The idea of international human rights law*, Oxford University Press, 2019.

A nuestro juicio la falta de asideros para analizar la legitimidad lleva a considerar la legitimidad como *legitimación*<sup>50</sup>, en el sentido que el orden sean una respuesta adecuada a las necesidades para la cohesión de la sociedad. Desde este punto de vista hay una gran distancia entre las necesidades sociales y el derecho, y el orden internacional puede ser evaluado para ver si sirve para disminuirla.

En la dialéctica Derecho-sociedad la evolución del primero debiera confluirse como un instrumento apto para transformar solidariamente a la sociedad internacional. Una de las principales necesidades de la sociedad internacional es la protección del valor de la dignidad humana, a través del sistema universal. Aquí las limitaciones para hacer frente a las necesidades derivan de sus propios caracteres, de la fuerte heterogeneidad y de la descentralización. La inadecuación de la expansión funcional del orden internacional a las necesidades sociales genera hambre del derecho (*faim du droit*). De ahí que Chemillier-Gendreau<sup>51</sup> considere que es necesaria una revolución copernicana de las bases jurídicas actuales (un *derecho mundial a construir*). También hay que pensar que de no existir el orden internacional las necesidades serían mayores. En este sentido *la legitimación del Derecho internacional de los derechos humanos es parcial*.

Desde la filosofía del Derecho se vincula la obediencia al Derecho con el concepto de derecho legítimo. González Vicen decía que no hay fundamento ético para obedecer al derecho, pero sí para la desobedecerlo. Sin entrar en las diferentes *teorías de la obediencia*, lo cierto es que el cumplimiento habitual se basa, entre otras cosas, en la cultura de cumplimiento, en la aceptación, más que en el miedo a la sanción. Pero hay ocasiones en que se enfrentan legalidad y legitimidad, en parte por las insuficiencias del Derecho internacional, que han llevado al incumplimiento de la legalidad en busca de una legitimidad alternativa.

Hay acciones contrarias al orden jurídico en nombre de los derechos humanos, como sucedió con el *bombardeo de Kosovo* por 19 países miembros de la OTAN, en 1999, invocando la defensa de los derechos humanos (*la intervención de humanidad*). Aquí la legalidad, el derecho, y la legitimidad no coincidían. Indica Gutiérrez Espada<sup>52</sup> que pudiendo ser ilícita una intervención armada podría

---

<sup>50</sup> FERRARRI, V., "Derecho y legitimación", *Funciones del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1999, pp. 197 ss.

<sup>51</sup> CHEMILLIER-GENDREAU, M., *Droit international et démocratie mondiale. Les raisons d'un échec*, Textuel, 2002, pp. 75-90.

<sup>52</sup> GUTIERREZ ESPADA, C., "Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (la guerra de Kosovo)", *ADI*, vol. XVI, 2000.



ser conveniente moralmente. Se puede justificar el incumplimiento, pero eso no lo convierte en conforme a derecho. Ese incumplimiento busca una nueva legitimidad o se apoya en ella, pero no cambia el Derecho salvo por los procedimientos establecidos.

En el juicio de Nuremberg el consenso legítimo de los vencedores era algo que iba en contra el derecho vigente, porque suponía vulnerar el *principio de legalidad* y el de *no retroactividad*. El de legalidad porque el art. 6 del convenio de 6 de agosto de 1945 de creación del tribunal de ocupación interaliado que establecía su *competencia rationae materiae* no sólo por los crímenes de guerra, que habían sido previamente codificados en el Derecho de la Haya, sino también por los crímenes contra la humanidad y por el crimen contra la paz, que se tipifican *ex post facto*.

#### b) Legalidad del Derecho y cambios revolucionarios.

Las transformaciones jurídicas en el Derecho internacional y en los derechos humanos son progresivas, relativamente lentas, salvo en contextos de cambio sistémico o revolucionario, en que se produce un vuelco en el que hay un momento de ruptura con la legalidad y de establecimiento de un nuevo orden. Es lo que sucede en situaciones excepcionales, como la que se da después de un golpe de estado, o de la segunda guerra mundial, entre otros momentos

Radbruch analizó en *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal* muchos casos que se producen al hilo de la segunda guerra mundial, en el Tercer Reich, que no encajan desde el positivismo. Así, el de una persona (Gotting) que en un retrete público hace una pintada (*Hitler es un asesino, culpable de la guerra*), y que es denunciado por el funcionario judicial Putfarken, ejecutado por ello (y por escuchar radioemisiones extranjeras), a pesar de que actuó en aplicación del derecho vigente y, al acabar la guerra, fue juzgado por ello, lo que no encaja. Para el fiscal, quien en estos años demandaba a otra persona debía contar con el hecho de que lo entregaba no a un juicio justo sino a la arbitrariedad; o el de un carcelero de un campo de exterminio que al ver el horror huye hacia territorio neutral, en Suiza, y cuando va a pasar la frontera por el campo un guardia lo va a detener y lo mata, y huye. Al acabar la guerra su caso sería sobreeséido. Estos supuestos evidenciaban la relevancia que tiene *el poder por encima del Derecho, en supuestos excepcionales, de cambio revolucionario del Derecho y del Poder*.

También sucedería algo parecido en el contexto de la *descolonización*, en los años sesenta, donde el *principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales* serviría para expropiar y nacionalizar a las empresas sin darles una indemnización pronta, justa y adecuada, lo que a todas luces era lógico cuando

llevaban décadas o siglos explotando los recursos naturales tras haber colonizado el país. O también en *revoluciones como la soviética, cubana o china*, en las que el cambio a sistemas comunistas produce un cambio sistémico del Derecho, la ruptura revolucionaria con el orden anterior y una nueva legalidad y legitimidad, revolucionarias. En estos casos triunfa el *derecho alternativo*, porque un nuevo poder lo respalda, en un contexto de revolución. En ausencia de un cambio sistémico de esta naturaleza incumplir el derecho en nombre de una nueva legitimidad suele ser simplemente la justificación de una violación.

Ciertamente que en el orden internacional de los derechos humanos hay, como hemos visto, muchas insuficiencias. Además, hay una *crisis de racionalidad*, que se produce cuando hay imperativos de regulación inconciliables dentro del sistema jurídico, pero no del conjunto del mismo. Es lo que algunos autores en Derecho internacional han venido a denominar fragmentación y sectorialización. Así, se puede considerar que hay una crisis de racionalidad entre el *derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional económico*. Si bien en las últimas décadas ha habido transformaciones muy positivas en la represión de los crímenes contra la humanidad, la globalización económica no ha hecho mejorar el DI económico. La crisis de racionalidad deriva de que la efectividad de los derechos humanos exige una mutación cualitativa del orden económico internacional. Hay una *crisis de legitimidad del orden económico*, en la medida en que incrementa la polarización y la desigualdad entre Estados y dentro de los mismos o que sea insostenible medioambientalmente.

El liberalismo de las Instituciones económicas internacionales no encaja bien con los derechos humanos. En su momento el fracaso del *Nuevo orden económico internacional* mostró la fuerza de resistencia de las grandes potencias occidentales. La ideología de la *globalización* no ha fomentado valores solidarios sino de competitividad. La vuelta al derecho de la coexistencia en el ámbito del desarrollo se plasma en la organización mundial del comercio, en 1994, donde los tratos favorables brillaron por su ausencia, lo que podía considerarse las bases de una *crisis de legitimidad del comercio internacional*. En la actualidad el ascenso de China y de otros países emergentes y la recomposición de las relaciones internacionales ha llevado al sistema comercial multilateral a una fase de incertidumbre y crisis, ante el fracaso del pacto entre la Unión Europea y Estados Unidos (TTIP), o de Estados Unidos y los países asiáticos, o a la recomposición de las relaciones comerciales y de inversión internacionales, en un momento de grandes cambios en la economía internacional. Los recientes fenómenos parecen preludiar una crisis del multilateralismo comercial, y hay tendencias proteccionistas. En todo caso nada apunta hacia un modelo más solidario, tras el fracaso

de Doha. El tránsito de la noción de derecho humano al desarrollo a la idea de un desarrollo sostenible no se ha basado en la filosofía de profundizar en la cooperación norte-sur, sino en otras claves, como veremos, sobre la sostenibilidad del propio planeta en términos económicos, sociales y medioambientales, en un proyecto legítimo de sociedad internacional, cuyos pilares jurídicos son débiles.

## **CAPÍTULO CUARTO. La teoría jurídica de los derechos humanos**

Los derechos humanos son un producto histórico pero también una *conquista del Derecho*, que tienen un significado profundo en la evolución del Derecho internacional. Su cabal comprensión exige analizarlos desde la teoría del derecho, en el Derecho internacional, lo que permite descubrir la especificidad del ordenamiento. La humanización ha contribuido a una transformación del sistema jurídico internacional de naturaleza revolucionaria. Vamos a analizar el Derecho internacional desde algunos prismas de teoría del Derecho, que permiten ver la *relevancia de la humanización en el sistema jurídico, pues ha contribuido a dotarle de unidad, de una jerarquía y a definir las relaciones entre Derecho y poder así como el papel del tiempo*.

### **1. La cuestión del fundamento y las funciones**

Hay dos grandes escuelas de pensamiento sobre el fundamento, sobre porqué obliga el Derecho internacional, lo que tiene relevancia para la comprensión de los derechos humanos. La primera concibe la existencia del Derecho internacional al margen de la voluntad de los Estados<sup>53</sup>. El fundamento estaría en la religión (teorías descendentes), en la razón natural (iuspositivismo racionalista, en la modernidad) o en la solidaridad social (en el solidarismo de Scelle). El principal representante de esta visión es Cançado Trindade<sup>54</sup>, que se considera hijo del De-

---

<sup>53</sup> Vid. BRIERLY, J., “Le fondement du caractère obligatoire du Droit international”, *RCADI*, 1922-III, t. 23, pp. 467 ss; VERDROSS, A., “Le fondement du droit international”, *RCADI*, 1927-I, t. 16, p. 257; AGO, R., “Science juridique et droit international”, *RCADI*, 1965-II, t. 90, 854 pp; CARRILLO SALCEDO, J.A., “El fundamento del Derecho internacional: algunas reflexiones sobre un problema clásico”, *REDI*, vol. L., 1991-1, pp. 13-31, p. 14

<sup>54</sup> CANÇADO TRINDADE, A., *Le Droit international pour la personne humaine*, Ed. Pedone, 2012, p. 49.

recho natural, que sería lo único que garantiza la universalidad del *Ius Gentium* y que podría contribuir a la supervivencia de la humanidad. La Iglesia Católica considera que el “fundamento de los consensos” no puede ser el “relativismo”, “envuelto detrás de la supuesta tolerancia”, que “termina facilitando que los valores morales sean interpretados por los poderosos según las conveniencias del momento”. Por ello, entiende que:

“hay que aceptar que algunas verdades no cambian, eran verdad antes de nosotros y lo serán siempre: Indagando la naturaleza humana, la razón descubre que son universales, porque derivan de ella”<sup>55</sup>. De otro modo, indica, “podría suceder quizás que los derechos humanos fundamentales, hoy considerados infranqueables, sean negados por los poderosos de turno, luego de haber logrado el consenso de una población adormecida y amedrentada?” (pár. 209). “El desplazamiento de la razón moral tiene como consecuencia que el derecho no puede referirse a una concepción fundamental de justicia, sino que se convierte en el espejo de las ideas dominantes (...) en definitiva la lógica de la fuerza triunfa”.

Sin embargo en la doctrina iusinternacionalista predominan las *teorías positivistas y consensualistas*, que consideran que el fundamento de la obligatoriedad se encuentra, explícita o implícitamente, en la voluntad y en el acuerdo entre los Estados. Las normas no se descubren en principios inmutables que vienen de la razón sino que se acude a la práctica internacional para su identificación, tras un proceso de abstracción<sup>56</sup>.

Las corrientes positivistas se dividen a su vez en muchas escuelas. Anzilotti o Kelsen consideraban que el fundamento es una hipótesis indemostrable de aceptación de la obligatoriedad de los pactos (*pacta sunt servanda*, de Anzilotti) o de la costumbre (*consuetudo est servanda*, en Kelsen). Desde un positivismo rígido se elevó el Derecho a la categoría de ciencia natural. De ahí la célebre frase de Kirchmann: “tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”<sup>57</sup>; el positivismo conduciría a un gran formalismo que alejó el Derecho del mundo de los valores.

En la actualidad cabe tener una *posición conciliadora* de las dos corrientes, que parte de la premisa de que solo forman parte del Derecho las normas que han sido incorporadas de acuerdo con los procedimientos nomogenéticos perti-

---

<sup>55</sup> En este sentido resulta de interés la lectura de la reciente *Encíclica Fratelli Tutti* (pár 206)

<sup>56</sup> MIAJA DE LA MUELA, A., *Introducción al Derecho internacional público*, Madrid, 1979, pp. 295 ss

<sup>57</sup> LATORRE, A., *Introducción al derecho*, Barcelona, Ariel, 1992, pp. 112 ss.

nentes. Esta confluencia entre el objetivismo y el voluntarismo es el denominado *positivismo ético o corregido*, que concibe el Derecho natural deontológicamente no como un hecho sino como un valor, auspiciado en la doctrina española por E. Fernández, G. Peces-Barba y E. Díaz<sup>58</sup>. Este *iusnaturalismo deontológico* es compatible con *positivismo crítico*. Se considera que la *norma básica de identificación de normas* se expresa en la constitución, y que en esa norma básica material -indica Peces-Barba- se incorpora una dimensión de moralidad, en cuyo núcleo esencial hay valores, principios organizativos y derechos fundamentales. Esta idea es trasladable al orden de la Comunidad internacional, donde cabe considerar que existe una *Constitución material y unas normas básicas de identificación de normas que incluyen en su núcleo duro las principales de derechos humanos, como demuestra la categoría del *Ius cogens**. El *consenso general de la comunidad internacional sería el fundamento de obligatoriedad del orden, y el consentimiento a las normas concretas (tratados, costumbres..) es el de los principios y normas aplicables*. En ausencia de consentimiento y consenso no surgen los principios y las normas, pero el orden ha incorporado unos valores y unos principios axiológicos, que están en el núcleo duro de la Constitución material de la Comunidad internacional.

También la humanización ha permitido superar la *teoría de las competencias* kelseniana, en cuanto a las funciones del orden jurídico, que se ha visto enriquecida por una *orientación finalista y transformadora*. La distribución de competencias, de las esferas de validez de los ordenamientos jurídicos nacionales o estatales es la *función mínima del orden internacional*, en sentido kelseniano, pero *la humanización ha contribuido a la función transformadora pro derechos humanos del Derecho internacional*.

Decía Ihering que el Derecho es una idea práctica, que indica un fin y también el camino que a él conduzca<sup>59</sup>. Algunos iusinternacionalistas, como Visscher tenían una concepción personalista del Derecho (los fines humanos del poder). El actual Derecho internacional se orienta a determinados fines, como los derechos humanos o el desarrollo sostenible. Se han incorporado valores nuevos, como la *paz, la dignidad y en menor medida la solidaridad, que completan los viejos valores de igualdad, seguridad jurídica y libertad* del Derecho internacional clásico.

---

<sup>58</sup> FERNANDEZ, E., *Curso de teoría del derecho*, Marcial Pons, 1999, pp. 288 ss; PECES-BARBA, G., “Acuerdos y desacuerdos con una obra importante”, epílogo a la obra de Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 165 ss

<sup>59</sup> IHERING, *La lucha por el derecho*, Ed. Porrúa, México, 1998.

La orientación finalista lleva a que el Derecho sea también un *discurso*. Los derechos humanos tienen una doble faz, como *discurso* y como *realidad jurídica*. Como discurso forman parte de una utopía y de un mito que tiene un papel relevante en la transformación jurídica, por una *concepción humanizadora del orden internacional que busca cambiar el mundo*. Los derechos humanos cumplen una función transformadora y también realizan una función de *socialización* y de *organización* de la sociedad internacional.

## 2. La profusión de teorías explicativas.

Han proliferado las formas de concebir intelectualmente el sistema universal de derechos humanos desde nuevos presupuestos derivados de la denominada gobernanza global, el derecho global, la dominación, la posmodernidad, el estructuralismo, o el feminismo, entre otras. Con la denominada *gobernanza global* se pretende incorporar al orden las garantías y los conceptos del derecho público. El enfoque de autoridad pública internacional se apoyaría en la atribución de competencias por actos de autoridad pública<sup>60</sup>. También se ha acudido a la idea de *bienes públicos globales* y se ha construido en torno a ella diversas teorías explicativas. Desde la *teoría crítica* se conciben los derechos humanos como un instrumento de dominación de los más poderosos<sup>61</sup>, de modo parecido a los posmodernistas que consideran superados los ideales de la Ilustración o desde el feminismo, que se ve el orden internacional solo desde ese factor.

Otros lo analizan desde las *teorías del cambio*, como las de la transición, la *metagobernanza*, la *policentricidad* y la *gobernanza en red*<sup>62</sup>. Se ha abordado el sistema internacional de derechos humanos desde la *teoría de la complejidad*<sup>63</sup> y se ha comparado con la vida natural de los insectos. El Derecho internacional sería un sistema complejo con acciones e interacciones de los Estados y los actores no estatales. Desde esta teoría (2019, p. 37) estaríamos ante un sistema complejo

---

<sup>60</sup> Vid BOGDANDY, A., DANN, P., GOLDMANN, M., “El Derecho internacional como derecho público: prolegómeno de un derecho de los mercados financieros”, *Estados y Organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel, 2010.

<sup>61</sup> KONX, E., “A marxist approach to RMT v the United Kingdom”, González Salzberg, D., Hodson, L., *Research methods for international human rights law. Beyond the tradition paradigm*, Routledge, 2020, pp. 13 ss.

<sup>62</sup> MONKELBANN, *Governance for sustainable development goals. Exploring an integrative framework of theories, tools and competencies*, Springer, 2019.

<sup>63</sup> WHEATLEY, S., *The idea of international human rights law*, Oxford University Press, 2019, p. 8 ss.

sin necesidad de un poder central, poniendo de relieve las interacciones. También se ha acudido a la *teoría de la autopoiesis*, en tanto que sistema autocontenido capaz de reproducirse y mantenerse a sí mismo, según redes de procesos.

Nuestra visión no se apoya en estas preconcepciones previas, que entendemos que si bien pueden ser originales y aportar factores de explicación son *reduccionistas*. La principal crítica a estas teorías es que se basan en un monismo explicativo que interpreta la complejidad desde un solo factor (el mundo natural, la cultura, el género, la economía, la lucha de clases ..) cuando la realidad resulta de la combinación de una diversidad de factores. En todo caso, más allá de aproximaciones teóricas el Derecho internacional es una realidad objetiva. Existe en la vida internacional que es un *producto histórico que se va construyendo desde la modernidad hasta la actualidad, y que se basa en el consenso*. Un orden sin Estado y con sus propias especificidades, distinto, más imperfecto si se quiere, que los ordenamientos internos, con ciertas limitaciones estructurales si los comparamos. Aun con todo las normas internacionales de derechos humanos que han construido el sistema internacional de derechos humanos han sido creadas desde los procedimientos propios del Derecho internacional. El sistema internacional está compuesto por normas convencionales, tratados y otras fuentes. Esta aproximación formal kelseniana<sup>64</sup> es irrefutable y se adapta mejor que las aproximaciones materiales (que definen el Derecho internacional por las materias que regula) o basadas en los destinatarios (que definen el orden internacional por sus creadores y destinatarios, lo que es una tautología) o las concepciones antes señaladas que pueden ser originales pero que no compartimos.

Sin embargo, la noción kelseniana no permite comprender el Derecho internacional de los derechos humanos como tampoco las aproximaciones *humanizadoras* o *transnacionales*, que explican bien el fenómeno, pero no son rigurosas desde la perspectiva jurídica. El Estado es el sujeto predominante en la teoría internacional. No cabe confundir el alcance de los problemas, que es transnacional, o la finalidad de las normas, con su encuadramiento normativo, como tampoco con su fundamento. La mejor manera de aproximarse a los derechos humanos es desde una *concepción integral y tridimensional del fenómeno jurídico internacional*. Esta es el enfoque auspiciado por Reale<sup>65</sup> que propone un análisis desde un *trípode socio-histórico, normativo y axiológico*, que es el más adecuado. En todo caso como decía John Lennon la vida es lo que sucede mientras tenemos

---

<sup>64</sup> KELSEN, H., *Principios de Derecho internacional público*, Ateneo, Buenos Aires, 1965.

<sup>65</sup> REALE, M., *Teoría tridimensional del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997.

otros planes. El Derecho internacional transcurre por unos derroteros mientras los teóricos andan por otros.

### 3. Los derechos humanos y la unidad del Derecho internacional

Los derechos humanos han contribuido a dotar de unidad al orden internacional. Tradicionalmente se caracteriza a todo sistema normativo por las notas de unidad, coherencia y plenitud<sup>66</sup>. Estos rasgos no han sido fácilmente predicables del sistema normativo internacional, por su carácter descentralizado, y por la pervivencia de la *autotutela*, *la reciprocidad* y *el relativismo*. Esto ha llevado a plantear si el orden internacional en realidad es un *sistema* o, en expresión de Combacau, un bric-a-brac<sup>67</sup>.

Un orden carecería de unidad si fuese un conjunto de unidades individuales y desconectadas<sup>68</sup>. La unidad de un orden implica afirmar la existencia de un conjunto interconectado de normas, de una unidad interna entre sus elementos. Implica que entre el sistema general y los subsistemas y reglas particulares existe un último fundamento de validez u otros elementos que doten de unidad al sistema.

Se ha distinguido entre unidad formal y material del orden internacional. La *unidad formal* implica que la Comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta la existencia de normas primarias y secundarias. Wengler considera que es suficiente la unidad de un orden jurídico por la existencia de injoctions y de contraintes<sup>69</sup>, una unidad formal. El análisis de la unidad se ha realizado tradicionalmente desde esta aproximación formal.

Kelsen estimaba que el problema de la unidad de las normas del orden internacional es equivalente al de la constitución del orden jurídico o de la comunidad internacional. Es la norma hipotética fundamental la que organiza en tanto que fuente última la unidad en la pluralidad de todas las normas que componen el orden. Hart concibe la unidad desde el presupuesto estructural del concepto de derecho como la unión de reglas primarias y secundarias. La unidad del sistema jurídico se da por la combinación de una estructura basada en normas prima-

---

<sup>66</sup> BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Madrid, 1991, p. 173.

<sup>67</sup> COMBACAU, J.; "Le droit international: bric-à-brac ou système?", *Archives de philosophie du Droit*, t. 31, *Le système juridique*, 1986, p. 86

<sup>68</sup> CANARIS, C.W., *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, 1998, pp. 19 s.

<sup>69</sup> WENGLER, W., "La crise de l'unité de l'ordre juridique international", *Mélanges offerts à C. Rousseau. La Communauté internationale*, Paris, 1974, pp. 329-340



rias, normas secundarias con sus reglas de cambio y adjudicación y una norma de reconocimiento en la cúspide. Las secundarias son normas sobre normas, es decir, se refieren a la determinación, introducción, eliminación, modificación y violación de las primarias. La unidad del orden jurídico se apoya en la regla de reconocimiento, norma positiva y no mera hipótesis de trabajo<sup>70</sup>.

En nuestra opinión el *orden internacional de los derechos humanos ha permitido dotar de unidad material al orden internacional, lo que es un avance muy considerable, pues por su contenido introduce una dimensión de moralidad en el ordenamiento, reconocida por la Comunidad internacional*. Desde esa perspectiva la norma básica del Derecho internacional tiene un doble aspecto formal y material y éste último comprende criterios de moralidad legalizada que son parámetros de validez de todo el conjunto normativo. A estos efectos es atinente la teoría de Pecus-Barba de que *la norma básica de identificación de normas (normas de competencia, de criterios de validez, de producción de normas, que permiten una construcción sistemática del ordenamiento y son una referencia de su unidad) no sólo tienen un aspecto formal, sino también material, que comprende los criterios morales de validez*. La validez del derecho, la pertenencia de las normas al ordenamiento se obtendrá constatando la adecuación de cada norma a esos criterios formales y materiales. Si en los ordenamientos internos la norma básica material que incorpora esa dimensión de moralidad aparece en el núcleo esencial de las constituciones, en forma de valores, principios, derechos fundamentales y en otras dimensiones, en el orden internacional aparece en su dimensión universal en las obligaciones *erga omnes* y en su núcleo esencial en las normas de *ius cogens*.

La Comunidad internacional reconoce ciertos valores fundamentales universales de convivencia que están positivizados en los principios fundamentales y desarrollados en normas del ordenamiento. En el orden internacional puede aplicarse el paradigma constitucional si se admite un concepto material de constitución, como vemos luego. Desde esta perspectiva el orden internacional tiene una unidad material y, en terminología hartiana, contiene *reglas primarias de alcance universal*, lo que implica que la Comunidad internacional de Estados en su conjunto ha reconocido como obligatorios universalmente un núcleo duro de principios y de reglas del DI, un orden público internacional, en el que, entre

---

<sup>70</sup> KELSEN, H. *Teoría del derecho internacional consuetudinario*, traducción y nota introductoria de N. De Piérola, publicado originalmente en *Révue internationale de la théorie du Droit*, 4, 1939, Lima, 1936, p. 37; HART, H.: *El concepto de derecho*, trad G. Carrió, Buenos Aires, en especial pp. 99 ss.

otras cosas cabe inscribir las normas de *Ius cogens*, que en su mayor parte son de derechos humanos.

#### 4. Los derechos humanos y la jerarquía del Derecho internacional

Las normas de *ius cogens* han transformado el sentido del orden internacional, introduciendo una *jerarquía normativa*. Reconocidas por el art. 53 de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados, así como por la doctrina y por jurisprudencia internacional, son normas superiores en la jerarquía dada su importancia para la Comunidad internacional<sup>71</sup>.

La inmensa mayoría de estas normas son del *Derecho internacional de los derechos humanos*. Expresan los valores fundamentales de la Comunidad internacional, protegidos por normas que configuran un orden público internacional. La jerarquía ha erosionado la visión voluntarista, bilateralista y subjetivista clásica, limitando el relativismo y fomentando el objetivismo. El *ius strictum* o *preceptivum* protege los intereses más esenciales de la Comunidad internacional, a diferente de las normas *erga omnes*, que protegen intereses colectivos.

Todas las normas de *Ius cogens* son *erga omnes*, pero no sucede al contrario. La superación del relativismo se produce por la aceptación por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, lo que no significa aceptar un enfoque *iusnaturalista*, sino que existe en el sistema jurídico. El *ius cogens* no supone un retorno al derecho natural. Como indica Weil “no se trata de valores que se impondrían a los Estados por ser superiores a estos últimos, sino de normas jurídicas cuya inspiración se encuentra en consideraciones éticas o sociológicas, pero cuyo carácter normativo es endógeno”<sup>72</sup>.

La contradicción aparentemente insoluble es la existente entre una concepción del Derecho internacional basada en la supremacía del acuerdo y una noción de *Ius cogens* que se define como reglas que escapan del acuerdo. *Pero el fundamento y origen consensualista del Ius cogens no exige la unánime aceptación sino que precisa sólo de una mayoría de Estados* (la Comunidad internacional de Estados en su conjunto, como precisa el citado art. 53), suficientemente represen-

---

<sup>71</sup> KOLB, R., *Théorie du Ius cogens international. Essai de relecture du concept*, Puf, 2001. CARRILLO SALCEDO, J.A., “Re:reflections on the existence of a hierarchy of norms in international law”, *EJIL*, vol. 8, n° 4, 1997, pp. 583-595, p. 595

<sup>72</sup> WEIL, P., “Le Droit international en quête de son identité. Cours général de Droit international public”, *RCADI*, 1992, vol. VI, p. 267.

tativa de la CI que reconozca el carácter imperativo, en definitiva que exista un *consensus*.

No cabe duda que hay una *opinio iuris cogentis* en torno al carácter imperativo de la norma que prohíbe la *discriminación racial y el apartheid, el genocidio, la trata de esclavos, o la que reconoce el derecho a no ser sometido a torturas y/o tratos inhumanos o degradantes, los principios intransgredibles del Derecho internacional humanitario, o la obligación de respetar el derecho de libre determinación*. Hay debates sobre el *ius cogens* pero existe un núcleo duro de derechos humanos que forman parte del mismo y que han introducido una jerarquía en el Derecho internacional, además de consecuencias adicionales en caso de violación seria, visibles en el proyecto de responsabilidad por hechos ilícitos de la Comisión de derecho internacional de 2001

## 5. Los derechos humanos y el tiempo.

En tanto que producto histórico el Derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado, lo que ha generado algunas cuestiones sobre la relación entre el *Tiempo y el Derecho*, en el ámbito de los derechos humanos. Cuando miramos al pasado observamos muchas violaciones de derechos humanos, lo que plantea cuestiones jurídicas y de otra naturaleza.

### a) Las injusticias históricas.

Hay violaciones de los derechos humanos que pasado el tiempo ocupan a los historiadores, como las que se produjeron en las civilizaciones antiguas. Otras violaciones aún enraizadas en la historia siguen vivas en el tiempo presente. El principio *tempus regit actum* y el *de no retroactividad* dificulta que les sea aplicable el derecho vigente, pero siguen ocupando en el tiempo presente. Son las denominadas *injusticias históricas* cuyos efectos siguen presentes, como sucede con la *dominación colonial, la esclavitud, los genocidios, el imperialismo o la subyugación de pueblos como los indígenas, o el nazismo*.

El *colonialismo* ha llevado a que muchos países queden rezagados, pero no sería posible solicitar una reparación por la dominación colonial pues en aquel momento existía el *derecho de colonización*, no el *derecho de libre determinación*. La obligación vulnerada no estaba vigente en el pasado, por lo que no cabe solicitar una reparación de conformidad con el régimen de responsabilidad internacional por hechos ilícitos. Pero hay un sentido de justicia en ese tipo de reclamaciones que se refleja en *movimientos reivindicativos*, que tienen más fuerza en un plano diplomático que jurídico.

Todos los Estados occidentales han cometido injusticias históricas. En el caso de *España* cabe recordar la situación de la *minoría judía*, que en 1492 fue expulsada por los Reyes católicos, o luego en 1609 la expulsión de los *moriscos*, o el trato a la principal minoría en España, que es el *pueblo gitano*. Con el *pueblo gitano* la discriminación histórica ha sido secular en España pero también en toda Europa, lo mismo que con las minorías religiosas. En la construcción de España como Estado moderno y luego como Estado nación se produce una *represión de las minorías*. La unidad nacional se produce en un contexto de unidad religiosa, una vez realizada la reconquista, y era una manera de crear ciudadanía. Como dijera Fernando de los Ríos la España moderna identificó religión y nacionalidad, patria y religión, lo que labraría la fusión de la Iglesia y el Estado<sup>73</sup>. Se trató mal a las minorías, hubo una injusticia histórica. El fenómeno no era una singularidad patria. En ese ambiente la *Inquisición* desde su creación en 1478 hasta su abolición en 1834 vigiló a las minorías étnico-religiosas, antes y después de su conversión, discriminadas con estatutos de sangre; se divide a la sociedad española en cristianos viejos y nuevos. Aunque el Estado era laico en el ámbito internacional, internamente la fe se imponía a través del Derecho y de la fuerza, lo que tenía raíces profundas en el pensamiento medieval<sup>74</sup>.

Otra injusticia histórica en la que participó España fue la *esclavitud*. Durante la conquista no se reconoció la humanidad del negro, no se le consideró que formase parte de la humanidad o del género humano, a diferencia del indígena. La conquista de América llevó a dar licencias desde 1513 para el tráfico de negros. Entre 1513 y 1789 hubo comercio libre, primero con licencias o autorización real a cambio de un *almojarifazgo o derecho de alcabala* -tasa proporcional al valor de transacción- y de marca -sello grabado a fuego sobre la piel para confirmar que su introducción y propiedad era legal. El resto mediante asiento de negros o monopolios por periodos, que primero tuvieron Portugal (desde 1595), luego Francia y desde el Tratado de Utrecht (1713) Inglaterra<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> DE LOS RÍOS, F., *Religión y Estado en la España del siglo XVI*, conferencia dada en la Universidad de Columbia el 6 de octubre de 1926, publicada en DE LOS RÍOS, F., *Obras completas*, II, Libros, edición de Teresa Rodríguez de Lecea, Fundación Caja Madrid, Madrid, 1997, pp. 397-510, pp. 401-407

<sup>74</sup> BLAZQUEZ MARTIN, D., *Herejía y traición. Las doctrinas de la persecución religiosa en el siglo XVI*, Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas-Uc3M, Dykinson, 2001, 133 pp.

<sup>75</sup> SCALLE, G., *La traite négrière aux Indes de Castille*, 1906; FERNANDEZ DURAN, R., *La Corona española y el tráfico de negros. Del monopolio al libre comercio*, Editorial del economista, Madrid, 2011, 404 pp, p. 46; PIQUERAS, J., *La esclavitud en las Españas. Un lazo transatlántico*, Ed. Catarata 2011, pp. 65 ss.

A finales del siglo XVIII la Corona compra Fernando Poo al Reino de Portugal para facilitar la instalación de factorías negreras. En época de Carlos III y de Carlos IV se buscó incrementar la trata, reduciendo la dependencia de otros países. España fue a contracorriente sobre todo desde que el Congreso de Viena, de 1815, hiciese una *Declaración sobre la prohibición de la esclavitud*. La Constitución de 1812 no la prohibió por los intereses en Cuba y hasta una ley de 23 de junio de 1870 no se proscribió, aunque se promulgaron leyes ineficaces en 1835 y 1845. Aún con todo la Sala de Indias del Tribunal Supremo español, a diferencia del de Estados Unidos, reconocía la personalidad jurídica del esclavo, en las sentencias sobre esclavitud ultramarina del siglo XIX, acudiendo a principios como los “derechos de la humanidad”. Se basaba a tal efecto en la Siete Partidas de Alfonso X del siglo XIII, el código Negro de 1789 y la Novísima Recopilación de 1805. A pesar de algunas contradicciones la jurisprudencia se basaba en utilizar el principio de libertad ante la duda sobre la situación jurídica de los esclavos<sup>76</sup>

En relación con España la conquista de América ha sido objeto de recientes polémicas. El Presidente de México ha pedido a España y a la Iglesia católica que pidan perdón por el saqueo de la conquista. Borrell, Ministro de Asuntos exteriores, respondió que “obviamente España no va a presentar esas extemporáneas disculpas”. España no es un caso singular, pues en el ámbito internacional fenómenos como la esclavitud o la dominación colonial son injusticias históricas producto del comportamiento de todos los Estados imperiales. Son cuestiones para las que el Derecho no tiene respuestas adecuadas y que encajan mejor en el marco de las reivindicaciones políticas y de las relaciones diplomáticas que en el de los Tribunales de justicia.

#### b) Justicia, memoria y reparación.

Las violaciones del pasado siguen formando parte de la *diplomacia, de la política internacional de nuestro tiempo* y han traído nuevos temas jurídicos, desde la relación entre tiempo y derecho. Lo mismo ha sucedido en España en relación con la *guerra civil*. A pesar de lo indicado por el Comité de derechos humanos España no tiene la obligación de derogar la *ley de amnistía de 1977*, en relación con los crímenes de 1936-1939, pues la aparición de los crímenes contra la humanidad es posterior a la violación, y no cabría su aplicación retroactiva.

---

<sup>76</sup> A tal efecto se invocaba la ley 13 de las Siete Partidas, que indica; “Y decimos que regla derecha es que todos los jueces deben ayudar a la libertad, porque es amiga de la naturaleza, que la aman no tan solamente los hombres, más aún todos los animales”. LOPEZ SANTAMARIA, R., “Demandas de esclavos ante el Tribunal Supremo español y Ultramar, reclamando su libertad”, *Derechos y libertades*, núm 45m época II, junio de 2021, p. 409.

La relación entre Tiempo y Derecho, en derechos humanos, es problemática. El Tribunal europeo de Derechos humanos inadmitió a trámite el 27/III/2012 una querrela presentada por dos familiares de un desaparecido en la guerra civil al considerar, sin entrar en el fondo, que se formulaba fuera de plazo<sup>77</sup>. En julio de 1936 Don Julio Dorado Duque, diputado del PSOE fue aprehendido por miembros del Ejército, junto a otro diputado y al cónsul británico en Málaga y desaparece posteriormente. Su hija y su nieto acuden al Tribunal europeo de derechos humanos, en 2009, invocando, entre otros argumentos, la violación por España de los arts 2 (el Estado sería responsable de la muerte), 3 (por ausencia de información oficial sobre su paradero que había creado una continua y prolongada angustia que comportaría un trato inhumano y degradante), 5 (las autoridades no habrían hecho una explicación creíble de la desaparición) o 13 (no habría habido un recurso efectivo).

La evolución del Derecho internacional de los derechos humanos ha llevado a nuevos planteamientos en la *justicia transicional*, en países como Argentina, Brasil, Colombia, El Salvador, Guatemala, Haití, Uruguay, Honduras, Chile o Perú. Tanto la Comisión como la Corte interamericana estimaron inválidas algunas amnistías que fueron declaradas por los propios responsables de las violaciones y, desde el *Asunto Velásquez Rodríguez*, estimaron que el Estado tiene la *obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación y procurar la reparación de los daños*. Las autoamnistías dieron lugar a una destacable jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos, en el *Asunto Barrios Alto c Perú (2001)*, *Moiwana contra Surinam (2005)*, *Almonacid c. Chile (2006)*, *Julia Gomes Lund (guerrilla de Araguaia c. Brasil) (2010)*. Para la Corte la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens* y la penalización de estos crímenes es obligatoria en el Derecho internacional por lo que serían nulas las amnistías en virtud de los artículos 27 (el derecho interno no puede invocarse para incumplir el derecho internacional) y 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados que sanciona como nulos los tratados que contengan obligaciones contrarias a las normas de *Ius cogens*. Esta jurisprudencia americana se refería a crímenes cometidos en la década de los setenta y los ochenta, en un momento en el que ya estaba consolidada la categoría de los crímenes contra la Humanidad en el Derecho internacional general.

Hay que recordar, con S. Juliá<sup>78</sup>, que la ley de amnistía española fue una conquista de la izquierda, no de la derecha. En los países de América Latina donde se

---

<sup>77</sup> *Asunto A. Gutiérrez Dorado y C. Dorado Ortiz contra España*, demanda núm. 30141/09

<sup>78</sup> JULIA, S., “Memoria, historia y política de un pasado de guerra y dictadura”, *Memoria de la guerra y del franquismo*, Taurus, 2006, pp. 43 ss.

han considerado nulas las leyes de amnistía eran un instrumento de los responsables de las violaciones de los derechos humanos para eludir su responsabilidad. No es el caso de la ley de amnistía española, como reflejan tanto las manifestaciones como el origen de la ley, el apoyo popular que tuvo o los debates sobre la misma en el Congreso de los Diputados. Para la oposición solo una amnistía total clausuraba la guerra civil y la dictadura, indica Julia, por lo que confundir la ley de amnistía con un triunfo del franquismo y una cesión de la oposición democrática es resultado de una elaboración posterior que juzga el pasado desde la posición de una democracia consolidada. Cambiar la historia transformando la memoria sobre la historia no deja de ser una manipulación histórica. Es mejor que las nuevas generaciones sepan que Francisco Franco no fue derrocado, que hubo un pacto entre vencedores y vencidos, que la democracia se construyó al precio de miles de exiliados, del olvido de las víctimas de la guerra civil y del franquismo. Es mejor recordar el horror que legalizarlo. Ya no tiene remedio. La impunidad es irremediable.

Esto no significa que España no tenga *obligaciones jurídicas que deriven de la evolución del Derecho internacional*, reflejado en la creación en 1980 del grupo de trabajos de desapariciones forzadas, en la aprobación, en 2005, de los *Principios para la protección y promoción de los derechos humanos en la lucha contra la impunidad* y, en la convención internacional para *la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, de 2006, así como en el desarrollo del denominado *derecho a la verdad*, sobre todo en el contexto de América Latina. Los Estados tienen la obligación de perseguir los crímenes y de castigarlos<sup>79</sup>.

Más allá de la responsabilidad penal se pueden desarrollar *medidas de reparación de las injusticias históricas*. En la *Conferencia de Durban* (2001) se debatió sobre las posibles medidas de reparación, resarcimiento o indemnización y se hizo un llamamiento para que los Estados adoptasen medidas para hacer cesar e invertir las consecuencias duraderas de esas prácticas. En este sentido una forma de reparar es reconocer los hechos, o pedir excusas o perdón, lo que puede

---

<sup>79</sup> Informe del relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y la reparación y las garantías de no repetición acerca de su estudio mundial sobre la justicia de transición, Consejo de derechos humanos, 7 de agosto de 2017.

ser objeto tanto de las relaciones internacionales como internas<sup>80</sup>. Hay *casos muy sensibles* como la responsabilidad histórica de Alemania por el *holocausto*. El 1/IX/2019 el presidente de Alemania pedía perdón a Polonia (“asumiremos la responsabilidad que nos ha impuesto la historia”), pero días después éste solicitaba “compensaciones económicas”, que no eran aceptadas por Alemania, pues habrían quedado zanjadas por un acuerdo de 1953, con la República Democrática Alemana. En julio de 2021 el Parlamento polaco adopta una *ley sobre compensaciones por la restitución de bienes a los descendientes de los judíos polacos asesinados*. Después de la guerra muchos de sus bienes fueron nacionalizados. En la *Declaración de Terezin* de 2007 47 Estados se comprometieron a devolver o compensar a los descendientes. Lo que hace el Parlamento polaco es limitar las reclamaciones a aquellos bienes nacionalizados desde la caída del comunismo, lo que la deja sin sentido, razón por la cual han protestado tanto Israel como el Consejo Mundial judío. Polonia ha respondido señalando que “no es en absoluto responsable del Holocausto, una atrocidad cometida por el ocupante alemán también sobre ciudadanos polacos de origen judío”.

La reparación puede tomar otras formas, como son la *devolución de bienes culturales*, expoliados, como se plantea en el obelisco de Aksum, la petición de devoluciones del palacio de Nanking, el acuerdo entre la Universidad de Yale y Perú para la devolución de los bienes de Machu Pichu. O puede llevar en otros casos a la petición de reparaciones ante los tribunales internos, como hicieron en 2009 los veteranos Mau Mau que se habían alzado en Kenia en los años cincuenta contra el Reino Unido.

La forma más común hasta el momento es la petición de perdón. La Alcaldesa de Amsterdam<sup>81</sup> ha pedido perdón por la responsabilidad de la ciudad en el tráfico de personas ante un monumento conmemorativo del día de la emancipación,

---

<sup>80</sup> Por ejemplo, el Papa Francisco ha pedido disculpas en relación con la labor de la Iglesia durante la colonización y con los pueblos indígenas. Serbia por el genocidio de Srebrenica, en 1995; la ONU por su huida durante el genocidio de Ruanda; Australia y Canadá por su comportamiento con los pueblos indígenas; Obama, en Estados Unidos, presidió (26/)/2016) la conferencia de las naciones tribales de la Casa Blanca e indicó que “la restauración de 173.000 hectáreas de tierras tribales a sus propietarios originales”, o visitó Hiroshima, el 27/5/2016, aunque no pidió disculpas por la decisión bélica. Alemania en 2004 pidió disculpas por las masacres contra la tribu herero en Namibia. Otros países, sin embargo, como Turquía no reconocen conductas como el genocidio armenio, del mismo modo que Bélgica no ha hecho lo suficiente en relación con el genocidio en el Congo Belga.

<sup>81</sup> “Países Bajos revisa su pasado como potencia colonial y esclavista”, *El País*, 2 de julio de 2021.



lo que todavía no ha hecho oficialmente el gobierno porque según Mark Rutte, primer ministro, “ocurrió hace mucho tiempo y generaría un debate divisivo”.

## **6. Los derechos humanos y el poder.**

### a) La relación Poder-Derecho y derechos humanos

El poder es la capacidad de influencia, que en la sociedad internacional está descentralizado en el cuerpo social, lo que favorece a los más poderosos. El Poder se expresa de formas variadas en el sistema universal de derechos humanos, en la denominada *politización*, cuando los derechos humanos se utilizan como armas arrojadizas en la política exterior. Así sucedió en la conferencia de seguridad y cooperación en Europa, desde el *Acta Final de Helsinki de 1975*, cuyo principio VII eran los derechos humanos, hasta la caída del muro y de la URSS pues sirvieron como un punto de enfrentamiento entre el este y el oeste, como una manera de debilitar al contrario en la política exterior.

El poder también se manifiesta en la violación de los derechos humanos, lo que vemos en las torturas de *Abu-Graib*, *Guantánamo*, en los excesos en la lucha contra el terrorismo, la persecución de defensores de derechos humanos. Un caso que ha tenido un impacto grande ha sido el *asesinato de Kashoggi en la legación saudí en Estambul* donde había ido a recoger unos papeles porque iba a casarse con su novia. Miembro de una conocida familia saudí era un periodista del *Washington Post* que hacía críticas al Emirato, lo que fue la causa del asesinato por un grupo enviado desde Arabia Saudí, con serios indicios de que fue ordenado por el Príncipe Bin Salmán, sucesor del Emir del Reino. Esto planteó desde muy pronto tanto en Naciones Unidas, como en la Unión Europea y en los Estados si se debían imponer sanciones a Arabia Saudí. Tras determinados debates de amplio alcance político no se impusieron sanciones, o estas fueron de menor calado, lo que refleja el papel del poder en el Derecho internacional de los derechos humanos. Se podrían poner muchos ejemplos de cómo el poder debilita la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos. En Naciones Unidas el Secretario general Antonio Gutiérrez indicó que la organización no tenía competencias en la materia y el Consejo de Seguridad, que es el único con verdadero poder para una acción de naturaleza coercitiva, se quedó bloqueado por cuestiones de Poder.

Más conocido es el *Asunto Couso*, cámara de Telecinco fallecido durante la ocupación de Bagdad por fuerzas militares norteamericanas, el 23 de abril de 2003. Aquí se manifestó el Poder en las dificultades de la cooperación internacional en asuntos de esta naturaleza. Estados Unidos logró que cambiase la política de Interpol en este tipo de, de tal manera que no colaborase si el país protestaba.

Tal vez inñuidos por la ineflcacia de la defensa de un particular en el sistema universal y por el desamparo al que lleva esa falta de atención el Tribunal Supremo, en la sentencia núm 998/2021, de la Sala de lo contencioso administrativo (ponente fue Wenceslado Olea Godoy) establece una novedosa jurisprudencia sobre el *derecho a la protección diplomática de los ciudadanos españoles, bajo determinadas condiciones, que sin duda se inspira en la protección de los derechos humanos*. A pesar de las características interestatales del régimen de la protección diplomática en el Derecho internacional, en el derecho español se interpreta ese régimen desde su consideración como servicio público y desde la función tuitiva de los poderes públicos, en un contexto muy específico. Así, a los efectos del establecimiento de la jurisprudencia se indica(FJ 6) en la sentencia que:

“los ciudadanos españoles tienen derecho a la protección diplomática por parte de la Administración nacional, para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por un hecho ilícito conforme al Derecho internacional ocasionado directamente por otro Estado; siempre y cuando el propio perjudicado no haya podido obtener la reparación por los mecanismos de Derecho interno del Estado productor del daño, siempre que estén establecidos y sea razonable obtener un pronunciamiento expreso en tiempo razonable. El mencionado derecho comprende la utilización de las vías diplomáticas que se consideren procedentes, conforme a las reglas de la actuación exterior de la Administración, o por otros medios admitidos por el Derecho internacional, encaminada a la reparación del perjuicio ocasionado, siempre que dichos medios la hagan razonablemente admisibles”<sup>82</sup>

Esta novedosa jurisprudencia es un avance en el derecho interno de un Estado ante las deficiencias que para los seres humanos derivan de un orden interestatal, por parte de un Estado cuyo régimen jurídico asume la *obligación jurídica de proteger a sus ciudadanos incluso más allá de su territorio, jurisdicción o control, en determinadas situaciones*.

---

<sup>82</sup> Indica la sentencia, entre otras cosas que: “precisamente por constituir la declaración del hecho como ilícito internacional el presupuesto esencial de la protección, la primera actuación del Estado del que es nacional el perjudicado ha de ser precisamente, una vez apreciada a efectos meramente internos esa concurrencia de la ilicitud internacional del hecho, es tratar de hacer valer ante el Estado generador del daño los argumento para dicha consideración. (...) ese debate no puede suponer, como se sostiene por la defensa de la Administración, que se excluya la obligación de prestar la protección (...) el título de imputación necesario para apreciar la responsabilidad patrimonial es el hecho de que el Estado español omitió la protección que le fue requerida y que estaba obligado, como hemos visto (...). El Estado español estaba obligado, como se hace constar en la sentencia recurrida, a hacer gestiones en pro de una investigación internacional objetiva de los hechos y, en su caso, utilizar los medios que estimara procedente que pudiera dar como resultado la reparación del daño ocasionado, no a dar la callada por respuesta o limitarse a dar por buenos los argumentos (...).

Este ejemplo muestra que la relación Derecho-Poder-justicia no puede dejarse en la sociedad internacional a la articulación de la organización constitucional de los poderes, de los valores y de los principios del ordenamiento<sup>83</sup>, pues en la comunidad internacional no hay Estado. La cuestión de si un Poder es legítimo en la modernidad está vinculada a su origen democrático, así como al hecho de que el Poder y el Derecho asumen unos valores y tienen controles y límites en el ejercicio de sus competencias. Un orden jurídico así creado y aplicado por un poder limitado y legítimo es, en principio, un orden justo. La aplicación mimética de estas ideas a la Comunidad internacional, como ya dijimos, no es posible. La *justicia del Derecho no puede dejarse a los procedimientos propios de los Estados democráticos*. El modelo de relación entre Derecho, poder y derechos humanos es el de *complementariedad dialéctica*. El Derecho no impone plenamente al Poder, ni el Poder al Derecho sino que hay relaciones dialécticas y contradictorias. El Derecho internacional de los derechos humanos se ha desarrollado en la sociedad internacional institucional, en organizaciones internacionales como Naciones Unidas. En ésta, como dijera R.J. Dupuy, entre el modelo relacional (de los Estados) y el modelo institucional (de las organizaciones internacionales) se producen relaciones dialécticas, pues la dinámica de la sociedad interestatal no desaparece en la sociedad institucional<sup>84</sup>.

b) Valores e intereses: a propósito de la jurisdicción universal

La tensión entre el Poder y el Derecho, entre los intereses y los valores, y la debilidad de éstos frente a aquellos la encontramos en la *supresión de la jurisdicción universal española*, que se había convertido en un referente para la comunidad internacional en las dos décadas anteriores. En los años ochenta el denominado *carnicero de Lyon, Klaus Barbie*, que había ordenado el asesinato del dirigente de la resistencia, Jean Moulin en 1943, así como la deportación de judíos a los campos de exterminio, fue extraditado desde Bolivia, donde había estado protegido por la dictadura de Stroessner, para ser juzgado en Francia por crímenes contra la Humanidad. La llegada al poder del Presidente de Francia, François Mitterrand y la democratización de Bolivia permitieron su extradición y enjuiciamiento por crímenes contra la humanidad, lo que tuvo un gran impacto en la opinión pública mundial.

---

<sup>83</sup> Vid. PECES-BARBA, G., *Ética pública y derecho*, Real academia de ciencias morales y políticas, Madrid, 1993, 78 pp.

<sup>84</sup> DUPUY, R.J., *La Communauté entre le mythe et l'histoire*, Economica, Unesco, París, 1986, pp. 14 ss.

La Ley orgánica del Poder judicial española permitía un amplio ejercicio de la jurisdicción universal. Como indicase el Tribunal Constitucional en la *sentencia 237/2005 sobre competencia de la jurisdicción española para enjuiciar delitos de genocidio, torturas y terrorismo* cometidos en Guatemala, el principio de justicia universal se basa en las características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad trasciende las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad internacional en su conjunto (F.J.9). Se trata, indicaba, de un interés compartido por los Estados y no de un interés particular sólo de España o de otros países; la concepción de la jurisdicción universal en tanto que “la competencia de un Estado para perseguir, en caso de ser declarados culpables, castigar, presuntos delincuentes, independientemente del lugar de la comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la ley internacional”. Para el TC era difícil conciliar los intereses nacionales con el acceso a la jurisdicción, lo que vulneraría el acceso a la tutela judicial efectiva de los demandantes. La jurisdicción universal garantizaba un espacio universal de jurisdicción con objeto de erradicar la inmunidad respecto de determinados crímenes particularmente odiosos para la Humanidad por ser agresiones muy graves a los derechos humanos<sup>85</sup>.

A fines de los noventa España se convierte en referente internacional sobre el principio de jurisdicción universal en el orden internacional, con asuntos tan sonoros como *Scilingo, Cavallo, Pinochet, Guatemala, Couso, Tibet, Falun Gong, Vuelos de la CIA, Sáhara y Ruanda*, así como otros en que se archivaron como las denuncias contra dirigentes de Perú, Venezuela, Cuba, Marruecos, Guinea, China o Colombia<sup>86</sup>. La Audiencia Nacional inicia este camino en 1996 con las denuncias por delitos de genocidio y terrorismo contra altos responsables de las dictaduras militares de *Argentina* (1976-1983), y Chile (1973). En 2003 Scilingo, militar argentino que trabajaba en la ESMA (Escuela superior de mecánica de la Armada) y que había participado en dos vuelos de la muerte sería condenado por crímenes contra la humanidad y genocidio, pero en casación el Tribunal Supremo, en 2005, no admitió la aplicación de la costumbre penal en los crímenes contra la humanidad. Estos crímenes no habían sido introducidos en el código penal español hasta 2004, por lo que fue condenado por otros tipos penales, que no eran en puridad aplicables.

---

<sup>85</sup> STC de 20-XII- 2018 y STC 237/2005.

<sup>86</sup> OLLE SESE, M., “La aplicación del principio de justicia universal: una visión iberoamericana”, *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*, Fernández Liesa, C., (Dir), UC3M-Thomson Civitas, 2009, p. 158 ss; BLANC ALTEMIR, A., *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Bosch, 1990.

El ejercicio de la jurisdicción universal por España puso de relieve un problema propio de la relación entre el *Derecho internacional y los derechos internos, que es el de la falta de adecuación*. Así, en relación con los crímenes contra la Humanidad cometidos en Argentina la jurisdicción española se ejerció por *genocidio, torturas y terrorismo* cuando en realidad eran propiamente, desde la visión del Derecho internacional, *crímenes contra la Humanidad*. El genocidio había sido incorporado en el código penal español en los años setenta y los crímenes contra la humanidad no lo serían hasta 2004. Era mejor, para el juez español, tergiversar la interpretación del Derecho español que aplicar el Derecho internacional penal, la costumbre internacional, porque no es un derecho escrito, previo y cierto.

Esta visión era poco abierta a la aplicación del *Derecho internacional penal consuetudinario en el derecho español*, por un garantismo que puede resultar excesivo y que, además, lleva a interpretaciones distorsionadas del Derecho. Así se evidenció posteriormente en otros asuntos con la persecución del *crimen de piratería*, en el *asunto playa de Bakio* o en el *asunto Alakrana*. En éste dos personas fueron traídas desde el Golfo de Adén, después de haber participado en el secuestro del buque en el mar, en un acto típico de piratería, pero no fueron perseguidos por ello sino por detención ilegal y por llevar armas de fuego, delitos que no estaban previstos por la ley orgánica del poder judicial, para jurisdicción universal, a diferencia de la piratería; y ello porque el legislador español había eliminado en la reforma del código penal de 1995 el tipo penal de la piratería. Para ello se realizó la distinción artificiosa, digna de mejor causa, entre *jurisdicción para perseguir y jurisdicción para condenar*.

La jurisdicción universal hizo que entrasen en colisión *los valores y los intereses*. Se produjo un repliegue casi total de esa facultad que tienen los Estados, en perjuicio de la defensa de los derechos humanos. Las reformas de 2009 y 2014 hacen un ñaco favor a la defensa de los valores como consecuencia de las tensiones y de las presiones que vinieron por parte de países poderosos como China (por el asunto del Tibet), Israel y Estados Unidos (en este caso por los vuelos de la CIA, Guantánamo y Abu Graib), entre otros.

## TERCERA PARTE. La dinámica del sistema internacional

### Capítulo quinto. La tensión en los pilares del ordenamiento

#### 1. La noción de dignidad humana.

Hay nociones básicas como la *de dignidad humana, sobre la cual se asienta el edificio de los derechos humanos*. Sus semillas fueron plantadas en el pensamiento clásico por autores como Platón, Aristóteles, Cicerón, Horacio, Terencio o Séneca, que habían establecido algunas premisas previas de fundamentación posterior, como el ideal de autonomía (el cuidado de sí), el *carpe diem* (la búsqueda de la felicidad individual), el ideal de ciudadano del mundo, la igualdad moral del ser humano y el *homo homini sacra res*<sup>87</sup>.

El telón de fondo de los derechos humanos está en la *idea de dignidad humana que, desde la modernidad, se recupera y construye. El hombre se sitúa como centro del mundo una vez derrumbado el edificio medieval de la cristiandad*. La dignidad como fundamento de los derechos humanos. A pesar del trascurso del tiempo la noción de dignidad tiene un gran prestigio. Por ello la *Declaración universal de derechos humanos de 1948* considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad “intrínseca” de todos los miembros de la familia humana; asimismo el preámbulo del *pacto de derechos civiles y políticos de 1966* reconoce que los derechos derivan de la “dignidad inherente” a la persona humana. En el Derecho español el art. 10, 1 de la *Constitución española* indica que la “dignidad humana, 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 la paz social”

El prestigio de la noción trascurridos ha conducido a un *uso infrecuente*, como sucede en la *Unión Europea*, donde aparece no sólo en la Carta de derechos humanos, en tanto que título del primer capítulo, como frontispicio de las normas de *ius cogens*, que establecen una jerarquía de valores, sino también como un derecho, mientras que el tratado de Lisboa establece que la Unión se fundamenta, junto a otros, en los valores de respeto a la dignidad humana (art 2 TUE), que también constituye un principio de la acción exterior (art. 21.1), una condición de adhesión (art 49) y de permanencia como miembro de pleno derecho (art. 7) para los Estados.

---

<sup>87</sup> Vid. PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona humana desde la filosofía del derecho*, Dykinson, 2002, pp. 12 ss.

Ese prestigio ha llevado a su uso *extensivo en referencia a los pueblos y las culturas*. Así, la *Declaración de los principios de la cooperación cultural internacional*, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 4 de abril de 1966 indica que: 1.1. Toda cultura tiene dignidad y un valor que debe ser respetado y protegido. 3. (...) todas las culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad. La noción de dignidad no va aquí referida a la persona, pero sí a la persona en su contexto cultural, pues los seres humanos somos seres culturales, y esa extensión del concepto tiene sentido por la estrecha relación casi de indivisibilidad entre el ser humano y su cultura.

La idea de dignidad desde una visión antropocéntrica está en la raíz de los derechos humanos, que desarrolla posteriormente la Ilustración y en la que, por ejemplo, no encajan reivindicaciones como los *derechos de los animales* o de los *ríos*, en tanto que *sujetos de Derechos humanos*. Eso no significa que no pueda desarrollarse su protección mediante técnicas de personificación, atribuyendo a determinadas entidades la representación y el deber de velar por sus “derechos”. Pero eso se complementa con otras sensibilidades, cuyo fundamento no puede estar sino indirectamente en dicha noción, como la protección del planeta y otros retos de la Humanidad, como la protección de los animales, que ponen en entredicho la centralidad del ser humano.

Esto se manifiesta en la jurisprudencia de algunos tribunales internos. Así los tribunales de Nueva Zelanda han reconocido que la personalidad jurídica del  *río Whanganui*, antepasado y entidad viva del pueblo maorí. La Corte constitucional colombiana, en la sentencia T-622, de 2016, consideró al  *río Atrato* sujeto de derechos, para protegerlo, y ordenó al gobierno que eligiese un representante jurídico<sup>88</sup>. Más recientemente el 23/II/2021 se ha reconocido personalidad jurídica al  *Río Pagmie*, en Canadá así como a tutores legales que los garanticen.

No estamos ante derechos humanos. La naturaleza, la cultura, el resto de los seres vivos de la humanidad están en estrecho contacto con nuestra dignidad, pues el ser humano vive en un planeta en el que hay una interacción como ecosistema. La visión occidental puede verse complementada por otras que la enriquezcan, como la de los *pueblos indígenas*, que pueden aportar luz para un mundo más sostenible. Los pueblos indígenas, olvidados por el art. 27 del Pacto de derechos civiles y políticos de 1966, que se refiere a los derechos de las mino-

---

<sup>88</sup> El decreto 1148 del Presidente de 2017 del Presidente de la República designó al Ministerio de Medio ambiente y desarrollo sostenible como representante legal y ordenó la conformación de un cuerpo colegiado de guardianes, en los que había representantes de las Comunidades.

rías, ven los derechos y la cultura como el resultado de su relación con otros seres humanos, pero también con las plantas, los animales y la tierra.

Los recientes desarrollos de sus derechos, desde el Convenio de la OIT de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales se han plasmado en la *Declaración de la AGONU sobre los derechos de los pueblos indígenas* (13/IX/2007) y en la *Declaración americana de derechos de los pueblos indígenas*, de la OEA (2016). Estas declaraciones en gran parte reflejan el *Derecho internacional de los pueblos indígenas*<sup>89</sup>, que tienen derechos propios y específicos, tales como el *derecho al propio derecho*, *derechos culturales* o el *derecho a la tierra*, de cuya concepción podrían extraerse enseñanzas para el desarrollo de la noción de sostenibilidad en el orden internacional. De otro lado hay un debate en torno a los *derechos de los animales*, que no están reconocidos en el Derecho internacional ni por los derechos nacionales, lo que no significa que los seres humanos no tengan obligaciones en relación con los mismos, como ya reconoce el Derecho. Ahora bien, no se puede afirmar que los animales sean titulares de derechos. Algunos autores así lo abogan e indican que con el tiempo se llegará a una *Declaración universal de los derechos de los animales*. Rey Pérez<sup>90</sup> aboga por considerar que forman parte de una comunidad moral construida sobre el principio de dignidad y la capacidad de experimentar dolor, dignidad que comportaría considerar a todos los miembros de la Comunidad moral como fines y no como medios, por lo que tendrían derechos morales, siendo necesaria su positivización, propone, en una posición que no compartimos.

Cabe indicar, finalmente, que la noción de dignidad humana es *indeterminada*. La jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo utilizan mucho la noción pero no han realizado hasta el momento una descripción positiva, clara y contundente de su significado jurídico<sup>91</sup>. En muchas ocasiones ha servido para rellenar lagunas, como en el célebre *asunto del lanzamiento del enano como atracción de circo* ante el Consejo de Estado francés, actividad que

---

<sup>89</sup> OLIVAMARTINEZ, D., *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos: fundamentos, contextos formativos y normas de Derecho internacional*, BOE- Universidad Carlos III de Madrid, 2012.

<sup>90</sup> REY PEREZ, J.L., *Los derechos de los animales en serio*, Dykinson, Madrid, 2019, 236 pp y el comentario de SERRA-PALAO, P., en *Derechos y libertades*, nº 45, junio de 2021, pp. 433-442.

<sup>91</sup> En este sentido MILIONE, C.; CARDENAS, A., “Dignidad humana y derechos fundamentales. Consideraciones en torno al concepto de dignidad en la reciente doctrina del tribunal europeo de derechos humanos y del tribunal de justicia de la Unión Europea”, *Derechos y libertades*, nº 42, II, 2020



se estimó en aquel momento que podía ir contra su dignidad. Una de las notas de la noción es la propia indisponibilidad de la dignidad, razón por la cual está prohibida la venta de órganos, aunque la propia persona lo desee. Su carácter abierto e indeterminado puede permitir que sirva para transitar por nuevos derroteros. Así esta sucediendo con la aplicación de la idea de dignidad en el *Derecho de la discapacidad*<sup>92</sup>, que es una nueva rama del derecho, que sirve para deconstruir y reconstruir ideas y actitudes estigmatizadoras y excluyentes y para construir nuevos principios y normas, que parten de un *nuevo modelo desde los derechos humanos*.

## 2. La globalización y los derechos humanos

Otro de los elementos de tensión para los derechos humanos en las últimas décadas viene por la denominada *globalización*. El siglo XX fue uno de las más cortos en la historia de la Humanidad. Cabe situar sus inicios al hilo de la primera guerra mundial, con la Sociedad de Naciones, y su fin cuando el mundo se abre a una realidad muy diferente a la anterior. Entre estos dos momentos se producen grandes cambios, que mutan las características de la vida internacional. A diferencia de lo ocurrido en otros grandes momentos históricos, que habían engendrado su propio orden, la postguerra sin guerra abrió un *periodo de transición, adaptación y reestructuración*. 1648 había producido el orden de Westfalia, 1815 el de Viena, 1919 el de Versalles y 1945 el de San Francisco (y Yalta). 1989, sin embargo, sólo reprodujo, en un primer momento, el sueño wilsoniano, ya repetido en varias ocasiones en el siglo, de un nuevo orden mundial. G. Bush, en su *Mensaje sobre el estado de la Unión* señalaba que:

“lo que está en juego es una gran idea, un nuevo orden mundial, en el que diferentes naciones se juntan alrededor de una causa común, con la finalidad de realizar las aspiraciones universales del hombre -la paz, la seguridad, la libertad y la primacía del derecho”.

Frente a estos mensajes esperanzadores el nuevo universo creado por el efecto planetario del desmembramiento del mundo socialista afectaba de formas muy diversas al destino de la humanidad. Cobraba fuerza el factor de imprevisibilidad, menos presente en la guerra fría al abandonarse, en expresión de F. Mitterrand un “mundo injusto pero estable, por un mundo, esperamos, más justo pero sin duda

---

<sup>92</sup> DE LORENZO, R., *Fundamentos del derecho de la discapacidad*, Thomson Reuters, 2020, en prensa

más inestable<sup>93</sup>. La nueva primacía de la incertidumbre iba acompañada de una propensión al desorden. El *tránsito de un orden a un nuevo orden pasa por el desorden*.

En esta nueva situación la espina dorsal del nuevo mundo ha girado varias décadas en torno al concepto de *globalización*, que ha producido una liberalización económica global, ha debilitado al Estado, ha hecho que se produzca un incremento de la riqueza, pero también de la pobreza. La globalización ha descansado en una *ideología neoliberal* que se ha visto acompañada de un *proceso de debilitamiento del Estado social y de desregulación*. Los procesos de autonomización y de virtualización de la economía a la que le gusta escapar del control del Estado, concebido como barrera no tarifaria, y del sometimiento al Derecho, que estaría a su servicio y no al revés.

La globalización se hizo sin las suficientes salvaguardas frente al mercado. Desde muy pronto se vio el riesgo de *reducción del espacio político, de aniquilación de la política y de sustitución de la razón política por la razón técnica*<sup>93</sup>. La globalización se reflejaba en una expansión global de los mercados, con escasas ataduras, a pesar de que la creación de la Organización Mundial del Comercio refundó el Derecho internacional económico. Pero lo hizo desde una *perspectiva que no tenía en cuenta ni incorporaba suficientemente los derechos humanos ni el derecho al desarrollo*<sup>94</sup>. De otro lado la globalización ha auspiciado el fenómeno de que los actores no estatales adquieran mucho más poder en la vida internacional. Se produce, como señalaba Dupuy<sup>95</sup>, el *desdoblamiento del mundo* porque junto al mundo de los Estados se mezcla un mundo cuyos actores son fuerzas vivas, llevados por sujetos internacionales y animados por el deseo de eficacia.

El proceso de globalización es asimétrico, es decir, que no ha beneficiado a todos los países ni dentro de cada país supone una elevación general del nivel de vida. Desde la perspectiva geopolítica el actor dominante ha sido Estados Unidos. Había vencido sobre la Unión soviética tras décadas de enfrentamiento y primero quiso imponer a la comunidad internacional un modelo unilateral. Se produce el tránsito de un mundo bipolar a otro unilateral. Pero la guerra de Irak y otros acontecimientos deslegitimaron esa pretensión y el liderazgo norteamericano nunca llegó a imponerse sobre el resto del mundo.

---

<sup>93</sup> DE VEGA, P., "Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *REP*, abril/junio de 1998.

<sup>94</sup> MANERO SALVADOR, A., *OMC y desarrollo. Evolución y perspectivas del trato desigual en el Derecho del comercio internacional*, Tirant lo Blanc, 2006

<sup>95</sup> DUPUY, R.J., "Le dédoublement du monde", *RGDIP*, 1996/2, p. 320,

Desde entonces el mundo ha vuelto a ser más *multipolar*, lo que tampoco ha fortalecido suficientemente el *multilateralismo* y el papel de las organizaciones internacionales. Han emergido nuevas potencias como China. Y estamos en una *fase de recomposición de los equilibrios internacionales*. La globalización no ha finalizado pero se ha reorientado. La crisis del sistema de la OMC será coyuntural pero su superación exige un giro en el que los principales polos económicos internacionales (Estados Unidos, China, Unión Europea..) no han alcanzado un consenso hasta el momento. En todo caso *eso no asegura que el nuevo modelo se base en los derechos humanos o en la sostenibilidad*.

### **3. Del universalismo al diálogo transcivilizatorio.**

En cuanto seres culturales hay una estrecha relación entre cultura y derechos humanos, tanto de manera individual como en la convivencia entre los grupos. En este sentido, y de modo similar al comentado al referirnos a la Dignidad humana, la *Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural*, de 2 de noviembre de 2001 recuerda el vínculo entre la dignidad de los seres humanos, la cultura y la educación. El artículo 1 de dicha Declaración se indica que la diversidad cultural es “patrimonio común de la humanidad” y que es tan necesaria para “el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos”.

Esta apuesta por el *pluralismo cultural* para manejar la diversidad de la humanidad se reafirma por el artículo 2 de la Declaración. Durante muchos siglos desde la perspectiva de las relaciones entre Estados, o dentro de cada Estado, se trataba la diversidad con la asimilación, la supresión, mediante políticas genocidas o etnocidas. Esta visión de la igualdad entre los seres humanos y las culturas va cambiando desde que Naciones Unidas y la UNESCO, a mediados del siglo XX, en el contexto de la universalización, fomentan este mensaje. Pero una cosa es decirlo y otra es ponerlo en práctica.

Hay una inercia histórica, antropológica incluso, de superioridad de pueblos y culturas que es difícil de erradicar, y que sigue potenciada explícita o implícitamente por las *concepciones etnicistas, populistas y nacionalistas*. Así en Canadá, país con muy buena imagen en derechos humanos, entre 1883 y 1996 tenía una red de más de 150 internados que acogían a niños indígenas en programas de integración de comunidades indígenas, muchos de los cuales acabaron en fosas comunes recientemente descubiertas. En 2008 se creó la *National Truth and reconciliation Commission* que consideró que se había producido un genocidio cultural.

Durante mucho tiempo las relaciones internacionales, e internas, fueron relaciones entre *civilizados, bárbaros y salvajes*. El cénit de esta concepción xenó-

foba se produce a fines del siglo XIX, en el reparto de Africa, como consecuencia de la traslación que se hizo del evolucionismo desde la antropología a otras ciencias sociales. En dicha clasificación los pueblos civilizados eran los Estados cristianos o de civilización cristiana (europa y América), los bárbaros eran la Puerta Otomano, China y Japón, y el resto eran salvajes a los que se podía conquistar para realizar la misión sagrada de civilización.

Esto supuso una dominación por los Imperios europeos del resto de los pueblos. Al principio el universalismo de los juristas españoles justificó la conquista desde presupuestos humanistas. Pero posteriormente se consolida una visión de la comunidad internacional jerárquica y no igualitaria. El Derecho y el sistema internacional se forman sobre la base de los intereses y concepciones de los Estados de cultura europea. Hay una conexión en el nacimiento del Derecho internacional entre los intereses del imperialismo europeo y la cultura y valores de esa civilización<sup>96</sup>.

Al considerar la universalidad de los derechos humanos algunos autores afirman que es una forma de dominación de occidente sobre el resto del planeta. Este argumento nos parece trasnochado. La universalidad de los derechos humanos se refiere a la titularidad, el tiempo o a la aplicación espacial de los mismos<sup>97</sup>. Pero se impugna la universalidad de los derechos fundamentalmente por dos razones: su origen europeo-occidental y la diversidad de culturas.

Frente al primer argumento, el del *origen cultural europeo* no tiene peso para servir de impugnación de validez ni legitimidad. Pero tanto el orden internacional, como el interno se cumplen más si son aceptados por sus destinatarios. De ahí que para consolidar el Derecho internacional de los derechos humanos es necesario realizar un esfuerzo desde una *perspectiva transcivilizatoria*, que parta del reconocimiento de la multiplicidad de culturas y civilizaciones y que abogue por una confluencia en el mismo mar desde diversos afluentes. Se trata de fomentar una cultura compartida en el respeto a la diversidad cultural, como mejor vía para que el orden sea aceptado y, a la postre, eficaz<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> FERNANDEZ LIESA, C., *Cultura y Derecho internacional*, Universidad de Alcalá de Henares, 2012; BOWDEN, N., "The colonial origins of International law. European expansion and the classical standard of civilizations", *Journal of history of the international law*, vol. 7, nº 1, 2005, pp. 1-23

<sup>97</sup> PECES-BARBA, G., "La universalidad de los derechos humanos", *Doxa*, 15-16, 1994, pp. 613-633.

<sup>98</sup> YASUAKI, O., "A transcivilizational perspective on International law", *RCADI*, nº 342, 2009, 418 pp.

Es conveniente el *diálogo de civilizaciones en torno a los elementos cardinales de los derechos humanos*, lo que constituye uno de los retos en el desarrollo progresivo del ordenamiento. Un orden internacional de los derechos humanos que sea fruto de una cultura compartida en el respeto a la diversidad cultural es la mejor vía para que sea respetado y eficaz y que contribuya a la solución de los problemas de la humanidad. Se necesitaría un impulso consciente y mayor en esa dirección. Hay que ser conscientes de que ha habido una perspectiva occidental dominante que desde un sentido de universalidad y de diversidad, que no de superioridad, requiere un cambio en la tradición de Bartolomé de las Casas, Montaigne, Voltaire, Rousseau o Diderot. Se ha hecho poco en ese cambio de *legitimación intercultural de los derechos humanos*

Ello no obstante frente a la diversidad de culturas no cabe sino reafirmar la *tesis de la universalidad como estándar mínimo*, para evitar que los particularismos vacíen de contenido los derechos humanos. Rawls<sup>99</sup> ha indicado que “los derechos humanos establecen los límites morales al pluralismo entre los pueblos”. Además es la tesis que deriva de los principales tratados de derechos humanos y de la interpretación que de los mismos hacen los órganos de derechos humanos. En el choque entre culturas y prácticas tradicionales y los derechos humanos hay que respetar el estándar mínimo universal. El problema es la interpretación intolerante y radical que se hace desde algunas perspectivas fundamentalistas ideológicas, económicas, nacionalistas y religiosas. La Conferencia de Viena de derechos humanos (1993) indicó que “el carácter universal de los derechos humanos y libertades no admite dudas” (Parte I de la Declaración, pár. 1.1). La unidad no significa uniformidad y caben geometrías variables, cierto margen de manobra en los Estados y en las diferentes regiones, como muestran los regímenes de protección, en particular el africano.

El respeto de los derechos humanos supone también una actitud, no solo es cuestión de derechos y obligaciones. Una visión liberal de la libertad de expresión y de información en determinados contextos puede no ser adecuada en el *Encuentro con el otro*, donde caben tres actitudes: elegir la guerra, aislarse tras una muralla o entablar un diálogo, como indicaba Kapucinski. La crisis de las *viñetas de Mahoma* fue un ejemplo de lo que está permitido desde el ángulo del derecho a la libertad de expresión y de información como uno de los pilares de la democracia pero que no favorece la convivencia entre culturas y religiones, en

---

<sup>99</sup> RAWLS, J., “El Derecho de gentes”, *Isegoría*, Revista de filosofía moral y política, n° 16, mayo de 1997, pp. 5-37.

el respeto a los símbolos y a los sentimientos religiosos. Quemar la bandera de Estados Unidos, o la de España, o el retrato del Rey según el TEDH pueden no ser conductas penadas por los códigos penales, pero no favorecen la convivencia.

#### **4. Los digitalización y los derechos humanos.**

El ciberespacio trae un elevado número de cuestiones que afectan a nuestra manera de vivir y a los derechos humanos. Es un espacio que no funciona con un régimen que se haya elaborado desde la perspectiva propia del interés general, ni por organismos internacionales. No existe un régimen que responda a una lógica internacional ni protectora. La digitalización tiene un impacto global. Estamos ante una transformación que deriva de un cambio económico y tecnológico que no ha sido dirigido por los Estados sino por grandes empresas como *Apple*, *Google*, *Amazon* o *Facebook* que, en dos décadas, han concentrado el poder con escasos contrapesos de las Instituciones públicas, nacionales o internacionales, que velen por el interés general. En el capitalismo global la digitalización se ha introducido sin que hubiese un marco normativo ni para las empresas ni para las personas, sobre los efectos que en las vidas y en los derechos de la gente tiene.

Estamos así ante una *revolución contemporánea* que afecta a la manera de relacionarnos, de trabajar y de vivir. Grupos enteros de personas pueden verse excluidos y quedarse atrás por falta de capacidades, de formación, de acceso a medios tecnológicos. Hay personas especialmente vulnerables, como las personas mayores, pero también otros grupos de población y sectores laborales. En el mundo laboral se generan desempleados de larga duración y su impacto general es todavía desconocido. Se calcula que, en pocas décadas, al menos la mitad de los empleos se verán afectados por la digitalización.

Por lo demás, y como se señala en la *Estrategia nacional de ciberseguridad*<sup>100</sup> el ciberespacio es un “espacio común global” que se caracteriza por su apertura funcional y dinamismo, la ausencia de soberanía, su débil jurisdicción, la facilidad de acceso y la dificultad de atribución de las acciones que en él se desarrollan (capítulo 1), lo que afecta a la preservación de la defensa de los valores y principios constitucionales y democráticos, así como a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

---

<sup>100</sup> Orden PCI/487/2019, de 26 de abril, por la que se publica la *Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019*, aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional, B.O.E., núm 103, martes 30 de abril de 2019.

En esta situación la digitalización de la sociedad tiene una cuestión pendiente, en el ámbito internacional, en los derechos humanos, que abre múltiples planos de reflexión que requieren un desarrollo progresivo del derecho internacional así como un consenso internacional en muchas cuestiones difíciles. Por ejemplo, las novedades de la robótica permiten reducir o eliminar el control humano directo sobre los sistemas de armas y uso de la fuerza. Esta autonomía de los sistemas plantea retos éticos y jurídicos, pues es el propio sistema el que se encarga de elegir el objetivo y las acciones. Los *drones* se han convertido en armas en conflictos como los de Afganistán, Irak, Siria o Libia y contra personas de Al Qaeda, los talibanes, en Yemen o Somalia<sup>101</sup>. El derecho humanitario se aplica a las armas nuevas en virtud del art. 36 del Protocolo I de 1977 que exige que cuando se adopten armas nuevas o nuevos medios o métodos de guerra se tiene la obligación de determinar si su empleo estaría prohibido por el Derecho internacional. Se plantea, indica López-Jacoiste, la conformidad del empleo de drones con los principios de Derecho humanitario.

Asimismo se ha planteado cual debiera ser el *estatuto jurídico de los robots*. Se propuso en el Parlamento Europeo, en 2017, que se utilizase la categoría de personalidad jurídica en su versión de *e-responsibility* o personalidad electrónica, que es objeto de debates. Más de 150 expertos enviaron una carta a la comisión europea en la que indicaban que “dar estatuto de persona a máquinas autónomas no se puede fundar ni en el modelo de persona física ni en el de persona jurídica” pues un robot no es titular de derechos y detrás de una máquina autónoma tampoco hay una persona<sup>102</sup>. Esto supone una *visión post-humana de la historia y de la antropología humana*, indica Salardi, pues la noción de personalidad jurídica se vincula a los conceptos de autonomía, libertad y responsabilidad.

Desde la perspectiva de los derechos humanos falta por reconocer los *derechos humanos digitales*. Alexandra Pana ha defendido una tesis doctoral en 2021 en la que propone el reconocimiento del *derecho a la vida digital, la identidad digital, la reputación digital, la libertad de expresión, el derecho al olvido, el derecho al domicilio digital, a la seguridad informática y la paz cibernética o al testamento digital*. En España la *carta de derechos digitales* se refiere al de-

---

<sup>101</sup> LOPEZ-JACOISTE, E., “El empleo de drones armados desde la perspectiva del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos”, *Nuevas tecnologías en el uso de la fuerza: drones, armas automáticas y ciberespacio*, Cervell Hortal, M.J., (Dir), Thomson Reuters, 2020, pp. 67 ss.

<sup>102</sup> SALARDI, S., “Robótica e inteligencia artificial. Retos para el derecho”, *Derechos y libertades*, nº 42, II, 2020.

*recho a delimitar la jornada laboral, a que se protejan nuestros intereses en el comercio electrónico y en la protección del consumidor, a la propia imagen en las redes sociales, a la seguridad y privacidad de los datos, a no ser localizados por los teléfonos móviles, a la herencia digital, a la inclusión digital y la no discriminación etc..*

## **5. El debate sobre las generaciones de derechos**

En supuestos como la digitalización está plenamente justificado el desarrollo de nuevos derechos, que no cabría considerar que forma parte un proceso de innovación. Que se considere o no que eso sea una nueva generación de derechos es un debate doctrinal, sin mayor trascendencia, que solo depende de como se defina qué es una generación de derechos. Las generaciones son un aproximación temporal, de cuándo surgen los derechos. Se podrían hacer en ese sentido muchas generaciones. A nuestro juicio hay tres grandes generaciones de derechos, los civiles y políticos, los económicos sociales, y culturales, y los de tercera generación en que podríamos incluir los colectivos, como el de libre determinación, desarrollo, paz y solidaridad. También se podría hacer una cuarta generación a modo de cajón de sastre. Pero también se pueden incluir algunas generaciones de derechos dentro de las ya existentes. Por ejemplo las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que las demás si bien la codificación y el desarrollo progresivo de sus derechos en el proceso de especificación era necesaria. O lo mismo sucede con los derechos en el ámbito digital que suponen adaptar los derechos ya existentes a un nuevo entorno y problemática.

La cuestión de las generaciones es esencialmente doctrinal. Es tal vez más importante reflexionar sobre si hay una innovación de derechos, en el sentido de que cualquier pretensión se cubra bajo un nuevo derecho. A veces la preocupación por los denominados nuevos derechos parece llevar al olvido a los viejos, que no están asegurados. El debate sobre las generaciones de derechos humanos debe tener en cuenta asimismo que no todos tienen la misma estructura. Los *derechos de primera y de segunda generación* son derechos que tienen la misma estructura de titulares, contenido y exigibilidad en el orden interno y en el internacional. Las otras generaciones de derechos tienen titulares y contenidos distintos, que difícilmente pueden equipararse a los derechos internos. Así sucede con el derecho al desarrollo o con el derecho a la paz.

Otros derechos tienen una diferente estructura, que puede tener relevancia jurídica en el orden internacional. Pero más en el sentido de obligaciones entre Estados que de derechos humanos individuales, como sucede en el derecho al



desarrollo. Por ejemplo el *derecho a la paz* es una noción que ha servido en el ámbito jurídico interno e internacional en relación con el *acuerdo entre las FARC y el gobierno colombiano*. El consejo de derechos humanos aprobó el 17/V//2010 la Resolución 14/3 sobre el *derecho de los pueblos a la paz*. Este derecho tenía ciertas debilidades en cuanto al titular y contenido. Pero acuerdos como el citado parecen avanzar en la comprensión de su sentido. Esa posibilidad viene avalada porque en la práctica se ha basado en las referencias constitucionales e internacionales. El acuerdo con las FARC de algún modo se internacionaliza y se registra en el CICR (Comité internacional de la Cruz Roja) con objeto de extraerlo de la dinámica política interna colombiana y de darle una sostenibilidad más allá de dos legislaturas.

Es un acuerdo especial del art. 3 común de los convenios de Ginebra de 1949, lo que permitía su “internacionalización”. Y también se fundamenta en el *Derecho a la paz*, que se ha encontrado tanto en el orden internacional como en el derecho interno colombiano, de manera creativa, en la referencia de los arts 22 y 95 de la Constitución colombiana. El preámbulo del acuerdo dispone que “la paz ha venido siendo calificada universalmente como un derecho humano superior, y requisito necesario para el ejercicio de todos los demás derechos y deberes de las personas y del ciudadano”. Y el art 4 del anexo del Acuerdo de paz indica que “la paz es un derecho y un deber irrenunciable de los colombianos alcanzarla y conservarla”. En definitiva, el *acuerdo es un elemento de la práctica internacional que permite contribuir a perfilar un nuevo derecho, el derecho a la paz, que junto al derecho al desarrollo, va tomando forma y adquiriendo visibilidad y contenido, lo que puede abrir nuevos horizontes*. Es en todo caso un derecho en formación.

Actualmente en el centro de la agenda hay otros debates como los *derechos de la población LGTB o los derechos humanos y los nuevos modos de familia*<sup>103</sup>. No estamos ante nuevas generaciones de derechos, sino ante la aplicación de los ya existentes a personas que son objeto de determinadas discriminaciones y cuya situación puede llevar al desarrollo de normas específicas. en lo que se ha denominado el *proceso de especificación*. Estos desarrollos plantean muchas cuestiones, pero en la Comunidad internacional su reconocimiento será un *proceso lento*. En la Unión Europea se ha avanzado pero es algo reciente, de las dos

---

<sup>103</sup> CRUZ ANGELES, J., GUTIERREZ CASTILLO, V., *Derechos humanos y nuevos modelos de familia: estudios en el marco del sistema europeo e interamericano de protección de derechos humanos*, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

últimas décadas. Su universalización en el Derecho comparado y en el Derecho internacional será, en su caso, un lento proceso de decantación progresiva. Hasta tanto se produzca habrá muchas normas de soft law, como los *principios de Yogyakarta (2004), sobre la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*.

En ocasiones el proceso se acelera pues la *identidad de género puede considerarse un aspecto de la propia personalidad*, dimensión de la dignidad y la libertad, valores y principios ya reconocidos por los Tratados. La Corte interamericana ha considerado que la identidad de género está vinculada a la libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y de ejercer libremente las opciones que dan sentido a su existencia, conforme a sus convicciones, así como el derecho a la vida privada<sup>104</sup>. Para la Corte el reconocimiento de la identidad de género está vinculado a la idea de que el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, siendo un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas. Por ello el reconocimiento de la identidad de las personas es una de las medidas que facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica. Posee, indica, un valor instrumental para el ejercicio de otros derechos y su plena vigencia fortalece la democracia y los derechos y libertades.

## **Capítulo sexto. Nuevos horizontes para el Derecho internacional**

### **1. La revolución y los derechos humanos.**

Los *derechos humanos ha sido objeto de un proceso revolucionario en el orden internacional*, debido al impacto que han tenido en el conjunto del ordenamiento. Los pilares de esa Revolución no son muy visibles, pero están, en primer lugar, en el cambio progresivo de los valores. Los *valores* del orden internacional clásico eran los de igualdad entre los Estados (soberanía y no intervención) y de seguridad jurídica (propio de todo orden jurídico). Valores como la dignidad humana, la paz o la solidaridad son los propios del Derecho internacional contemporáneo, aunque tuviesen precedentes previos. Hoy en día estos valores son en algunos casos incipientes y sus desarrollos deficientes, pero han penetrado en la estructura del orden internacional.

---

<sup>104</sup> *Opinión consultiva C-24, de 24-XI-2017 de la Corte Interamericana sobre identidad de género y no discriminación a personas del mismo sexo.*

Las revoluciones, internas o internacionales, han terminado con una nueva síntesis de los principios fundamentales, o por excluir a los principios incompatibles<sup>105</sup>. Las *revoluciones normalmente se adaptan al sistema universal*. Las revoluciones en la Comunidad internacional se ven a vista de pájaro, en la distancia. Fenómenos que parecen revolucionarios han dado lugar al síndrome de una nueva era, que luego ha quedado en menos, como pasó con la caída del muro o el 11 de septiembre.

En este sentido tanto el Estado revolucionario marxista leninista, como los nuevos Estados surgidos de la descolonización buscaron una revolución para adaptar el orden internacional a sus planteamientos. Finalmente se acomodaron al sistema universal tanto en *el conflicto este-oeste -con los principios de la coexistencia pacífica-, como en la descolonización -con algunos cambios jurídicos y la universalización-*. El Derecho internacional se adapta a la convivencia entre Estados opuestos. El orden internacional está siempre bajo el *síndrome de una crisis patológica*.

Los deseos doctrinales no están en la base de los principios y de las normas, que reflejan el consenso de los que tienen capacidad para crear el Derecho internacional. *La emanación de valores como la dignidad humana, la paz y la solidaridad junto a otros clásicos como la seguridad jurídica y la igualdad son un fenómeno reciente e incompleto*. Pero a pesar de su carácter incompleto supusieron una *revolución en el orden internacional*, que se reflejó en la *teoría de los sujetos* (subjektividad del individuo, responsabilidad penal ante la Comunidad internacional) y en la *teoría de las normas* (normas objetivas y generales, normas de *Ius cogens*).

El Derecho internacional se transformó en sus funciones, no solo cumple la clásica función kelseniana de repartir o distribuir las competencias entre los Estados sino que tiene una *función transformadora* de la sociedad internacional pro derechos humanos. Un orden finalista o transformador al servicio de los valores como la dignidad, la paz o la solidaridad. Este giro ha penetrado en el *ethos* doctrinal y también se refleja en el tejido normativo, en los principios y las normas del ordenamiento y ha contribuido a cambiar la realidad internacional.

---

<sup>105</sup> LEBEN, C., "Les révolutions en Droit international: essai de classification et problematique générale", *Révolution et Droit international*, Colloque de Dijon, SFDI, Ed. A Pedone, Paris, 1990, pp. 47 ss.

## 2. El futuro de la revolución antimoderna

Una corriente de pensamiento ataca los valores de la modernidad, al considerar que son un instrumento de dominación y aboga por una revolución frente a ella, en lo que cabría denominar *revolución antimoderna*. Ciertamente que la formación y expansión de los derechos humanos forma parte de la *modernidad*, lo que implica aceptar las premisas de su desarrollo. El desarrollo de los derechos humanos no supone impugnar los cimientos del orden internacional, pues es un producto socio histórico del mismo. La crisis de la modernidad, del legado de la Ilustración ha dado lugar a la búsqueda de nuevos proyectos.

Pero hay que tener cuidado con superar la modernidad sin haberla alcanzado. Algunas utopías fueron implantadas mediante graves crímenes contra la humanidad como los gulag en la época de Stalin, o los jemereros rojos. Impugnar la modernidad por valores alternativos como la nación, la religión, el poder y la privacidad que no se integran en una propuesta unitaria expresa, señala Peces-Barba<sup>106</sup>, un caos cultural. Buena prueba es que atacar la modernidad en los países árabes ha acabado apuntalando a las dictaduras teocráticas. La utopía ha dado paso a la *revancha de Dios*<sup>107</sup>, a que los movimientos de reislamización en el mediterráneo hayan tomado el relevo a los grupos marxistas.

Desde la *teoría crítica* se deslegitima el Derecho internacional de los derechos humanos al concebirse como un “elemento central de las matrices de subordinación”, un “factor social de dominación y de explotación”, junto a otros como el *racismo, el patriarcado, el capitalismo o el imperialismo*<sup>108</sup>; el sistema universal de derechos humanos sería una forma de dominación y de que occidente civilice al tercer mundo con los propios valores culturales.

Este tipo de tesis aplican al ámbito del Derecho internacional o bien propuestas *neomarxistas* o bien la denominada *teoría crítica*. La teoría crítica es un grupo de pensadores que se aglutinan en torno al Instituto de investigación social hace un siglo, buscando desde una perspectiva interdisciplinaria superar el dominio y la represión. La principal potencialidad de esta teoría, cuyos máximos representantes fueron Theodor Adorno y M. Horkheimer, autores de la *Dialéctica de la Ilustración*, era hacer patente la naturaleza legitimatoria de la ideología

---

<sup>106</sup> PECES-BARBA, G., *Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de estudios constitucionales, 1995, p. 13.

<sup>107</sup> KEPPEL, H., *La revancha de Dios*, Ciencia política, Alianza editorial, 2005, pp. 24 ss.

<sup>108</sup> BACHAND, R., *Les subalternes et le Droit international*, Ed. A. Pedone, Paris, 2018, 253 pp., p. 183, 187.

dominante sobre la realidad opresiva del capitalismo desarrollado<sup>109</sup>. Knox<sup>110</sup>, que parte de la premisa del materialismo histórico, estima que los derechos humanos cumplen una función ideológica como discurso, de reproducción del *statu quo* y de legitimación del sistema. O. Corten, en un sentido más restringido indica que el discurso positivista del Derecho internacional es un modo de legitimación de los poderes dominantes<sup>111</sup>.

Se puede ser crítico con el Derecho internacional sin formar parte de esa Escuela, y sin dejar de aceptar que la evolución del orden internacional depende en gran medida de lo que quieran hacer los que más poder tienen. Pero un análisis crítico de la relación Derecho y poder, no permite borrar las fronteras entre ambas nociones, ni desde la *realpolitik* ni desde el criticismo. *El orden internacional de los derechos humanos no es un mero instrumento al servicio del poder de las grandes potencias ni es un mero factor en la toma de decisiones.*

La teoría crítica es en gran medida activismo, en el sentido de que busca eliminar de manera erosiva los pilares del Derecho internacional para que sean sustituidos por otros. El Derecho internacional no es una religión o una fe en la que se deba creer, pero ha contribuido a mejorar la situación de la Humanidad.

Realizar una crítica a las relaciones de poder y apoyar en eso la evolución normativa no forma parte del Derecho internacional sino de un análisis desde otros parámetros. Así lo admite Bachand cuando indica que “la crítica es sobre todo política y se hace para denunciar y últimamente cambiar las relaciones de dominación y explotación”.

Otra cuestión es considerar que las relaciones de poder formalizan las contradicciones. Como cualquier orden resulta de las relaciones de poder, lo que es una limitación en una sociedad con las características de la internacioanl. En todo caso a pesar de las contradicciones el Derecho internacional de los derechos humanos ha supuesto una Revolución para el Derecho internacional, cuyo reto es mantenerse y reforzarse.

---

<sup>109</sup> GONZALEZ SORIANO, J.A., “La teoría crítica de la Escuela de Frankfurt como proyecto histórico de racionalidad revolucionaria”, *Revista de filosofía*, vol. 27, nº 2, 2002, pp. 287-303, p. 290.

<sup>110</sup> KNOX, E., “A marxist approach to RMT v. The United Kingdom”, González-Salzburg, D., Hodson, L., (Dir), *Research methods for international human rights law. Beyond the traditional paradigm*, Routledge, 2020, p. 13 ss.

<sup>111</sup> CORTEN, O., *Le discours du Droit international. Pour un positivisme critique*, Ed. Pedone, 2009, p. 102.

### 3. Cosmopolitismo y los derechos humanos.

El sistema universal es además resultado del *espíritu cosmopolita*. En el trasfondo de los derechos humanos hay un conjunto de *ideas fuerza, de mitos y de utopías que vienen del ideal cosmopolita*, que ha servido para introducir en el Derecho valores, principios y normas relativos a la paz, la dignidad y la solidaridad. El *cosmopolitismo* encuentra sus raíces en el estoicismo griego. Es un estado de ánimo universalista y solidario, bajo cuyo aliento se deflenden cosas tales como la *ciudadanía mundial*, noción que puede tener muchas conexiones con los derechos humanos.

Bajo este espíritu se han elaborado una pleyade de proyectos de paz, como el *Ensayo sobre la paz presente y futura de Europa*, de Willian Penn, la *Paz Perpetua* del Abad de Saint Pierre (1713) o la más conocida de Kant, de 1795. Estos proyectos<sup>112</sup> buscaban superar la idea de soberanía del Estado y los peligros para la paz mediante una *constitución cosmopolita entre Estados*, una Liga de Naciones, un pacto para superar las guerras. Ha habido conceptos motores que han impulsado los derechos humanos. Sur<sup>113</sup> muestra como la *utopía* juega un papel relevante en los derechos, como refleja la Declaración de 1948. En su dimensión utópica, indica, el orden internacional es un derecho de los débiles que tiende a corregir las desigualdades; en su dimensión organizativa es un derecho de iguales (principio de igualdad soberana); en su dimensión de registro es un derecho de los poderosos, que consagra de manera general su situación y sus ventajas.

Este ideal se refleja en nociones y conceptos, algunos precursores como la idea de amistad y de fraternidad previa a la construcción de los derechos humanos. La *philia*, la amistad de la que se ocupan filósofos griegos (Jenofonte, Jenócrates, Aristóteles, Praxífanos, Ceno, Epicuro, Poseidonio, Plutarco o Platón)<sup>114</sup>; el *homo homini sacra res*. Como indica Peces-Barba la concepción de la amistad como relación imprescindible para la convivencia social, como fraternidad, será determinante como ética de la generosidad, para fundamentar políticas protectoras de los débiles.

Otro concepto motor para los derechos humanos ha sido la de *humanidad* y, en particular, la de *patrimonio común de la humanidad*. Tiene su origen en el pen-

---

<sup>112</sup> Vid. GOYARD FABRE, S., *La construction de la paix ou le travail de Sisyphe*, Vrin, 1994, pp. 277 ss.

<sup>113</sup> SUR, S., "Système juridique international et utopie", *Archives de philosophie du Droit*, t. 32, Le Droit international, Sirey, 1987, pp. 35-47.

<sup>114</sup> PECES-BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico (escritos de filosofía jurídica y política)*, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson 1999, p. 9.

samiento filosófico tradicional. Ha participado en la construcción del orden internacional contribuyendo a que aparezcan nuevos ámbitos, discursos y estructuras, más allá del Estado. La *humanidad* no es un sujeto de Derecho internacional, sino que está estatalizada, de un lado, y es objeto de protección por el ordenamiento, de otro. Para Bedjaoui debería ser el sujeto por excelencia; para Cançado Trindade, en una posición más ideológica que jurídica, ya es un sujeto<sup>115</sup>.

La humanidad es más bien un *bien jurídico protegido* que se ha visto reflejado en diversas instituciones internacionales, como el *patrimonio de la humanidad*, el *enviado de la humanidad*, la *represión de los crímenes contra la humanidad*, las *intervenciones de humanidad*, el *Derecho internacional humanitario* etc..

No hay pues un concepto unívoco, pero la noción ha tenido gran importancia para los derechos humanos. Es una noción que evoca lo solidario, lo colectivo y lo comunitario, en un sentido transtemporal, que supera el interés nacional de cada Estado y el consenso entre ellos como acomodación de intereses<sup>116</sup>. Es un motor de cambio normativo que da una visión inspiradora de transformación en sentido solidario, lo que ha favorecido desarrollos solidarios y ha contribuido a transformar la naturaleza e ideología del sistema internacional. Es una noción con relevancia jurídica pues penetró en el sistema internacional. La noción está, como analizó R. J. Dupuy<sup>117</sup>, en el *imaginario de las naciones* pero también en el *orden jurídico*

En otros tiempos ha habido la ilusión de que el Derecho de la comunidad internacional se transforme en *derecho de la humanidad*, de conformidad con criterios solidarios, como el interés de las generaciones futuras, el patrimonio común de la humanidad, el desarrollo humano, los crímenes contra la humanidad, las normas de *Ius cogens*, las obligaciones erga omnes etc..Jenks se refería al

---

<sup>115</sup> BEDJAOUI, M., "Classicism and revolution in the elaboration of the principles and rules of space law", *Perspectives in international law*, Kluwer law, 1995, pp. 441 ss; BLANC ALTEMIR, A., *El patrimonio común de la Humanidad. Hacia un régimen internacional para su gestión*, 1992; CANÇADO TRINDADE, A., *International law for humankind. Towards a new Ius Gentium*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 725 pp, p. 281 ss

<sup>116</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A., "Contribution de la notion d'humanité au renforcement de la dimension idéologique du Droit international", *Les droits de l'homme à l'aube du XXI siècle. Karel Vasak Amicorum Liber*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 115 ss; SUCHARITKUL, S., "L'humanité en tant qu'élément contribuant au développement progressif du Droit international contemporain", *L'avenir du Droit international dans un monde multicultural*, Colloque 1983, ADI, 1984, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 415 ss.

<sup>117</sup> DUPUY, R.J., *L'humanité dans l'imaginaire des nations*, Julliard, Collège de France, 1991, 283 pp.

*derecho común de la humanidad*, Abi Saab al *derecho interno de la humanidad*, Pureza al *orden público para la humanidad*<sup>118</sup>.

En estos momentos *la noción de humanidad y de patrimonio común de la humanidad están en horas bajas*. Los nuevos desarrollos del orden internacional en los espacios patrimonio de la humanidad no se realizan con un espíritu solidario, sino de gestión. Ha perdido fuerza la idea de humanidad en las Instituciones internacionales. Los nuevos desarrollos del Derecho internacional, como los objetivos de desarrollo sostenible (Agenda 2030), la cooperación migratoria (Pacto de migraciones de 2018) o los Principios Rectores empresas y derechos humanos no hacen referencia a esta noción. Además, se trata de avances enmarcados en el soft law, principalmente.

El acuerdo de 29 de julio de 1994 sobre el sistema de explotación y exploración de los *fondos marinos* atemperó la noción y más recientemente los desarrollos para la explotación y utilización de los *recursos naturales en la luna* también van en esa misma línea, de *soslayo de la noción de patrimonio de la humanidad*. El desarrollo del acuerdo de 1979 que debe regir las actividades en la luna y otros cuerpos celestes está siendo objeto de debates sobre su artículo 11, relativo a la explotación de los recursos naturales. Aparte del bajo nivel de aceptación de este instrumento los debates en el seno de la comisión sobre la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos no hay un consenso para impulsar la noción. En este sentido Austria, Australia, México y Bulgaria han considerado que la explotación es compatible con el *principio de patrimonio de la humanidad*, pero no Rusia, Estados Unidos, Luxemburgo o Emiratos Arabes Unidos que han aprobado leyes internas para la explotación<sup>119</sup>. Un grupo de trabajo impulsado por Grecia y Bélgica intentan llegar a un casi imposible consenso. En el Antártico la falta de acuerdo llevó a que el convenio de 1988 estableciese una moratoria para la posible explotación de los recursos, hasta 2048. Junto a la noción de humanidad hay otras utopías motoras en el Derecho internacional de los derechos humanos como es en la actualidad los *objetivos de desarrollo sostenible* que buscan un desarrollo compatible con la economía, el desarrollo social y el medio ambiente.

---

<sup>118</sup> JENKS, W., *El derecho común de la humanidad*, Tecnos, 1968; ABI SAAB, G., “Humanité et communauté internationale dans la dialectique du Droit internationale”, *Mélanges R.J. Dupuy*, Pedone, 1991; PUREZA, J.M., *El patrimonio común de la humanidad. Hacia un derecho internacional de la solidaridad*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, 399 pp.

<sup>119</sup> PRADO ALEGRE, E., “Sobre la exploración, explotación y utilización de los recursos naturales en la luna”, *Tiempo de Paz*, nº 136, 2020.



#### 4. Constitucionalismo y derechos humanos.

La idea de Constitución en la comunidad internacional también es una noción fértil, siempre que nos aproximemos a ella teniendo en cuenta las especificidades del orden internacional. A pesar de la ausencia de una constitución escrita de la Comunidad internacional, el debate en torno a la denominada Constitución de la Comunidad internacional ha reflejado los *progresos del Derecho internacional*. El debate ha dado lugar a *teorías constitucionales del Derecho internacional*. Aplicar el paradigma constitucional al fenómeno jurídico internacional debe hacerse teniendo en cuenta los rasgos de supremacía, jerarquía, valores o pacto que están presentes en cualquier constitución. Y también a sus tres funciones básicas que son las de seguridad, justicia y legitimidad.

Ha habido teorías constitucionales clásicas, como las de la *escuela germánica e italiana* que surgieron como reacción a las insuficiencias del positivismo y del voluntarismo. Frente a un derecho basado sólo en la voluntad surgen la *teoría pura del derecho*, el *objetivismo social* (Duguit, Scelle, Politis), el retorno al derecho natural (Pilet, Le Fur, Salvioli, Verdross) y la *teoría de la Institución*<sup>120</sup>. Todas esas teorías favorecían la idea de conciliar Derecho y Poder y establecen una jerarquía normativa. En el universalismo humanista de la *Escuela germánica* (de Verdross y Mosler), de estirpe iusnaturalista, la Constitución internacional expresa un *orden objetivo que culmina en la unidad moral del género humano*. La Escuela italiana, en la línea histórica de Savigny y marcada por la *teoría institucionalista* de Santi Romano basa la idea de Constitución en el hecho social. La idea clave es la *unidad esencial del Derecho y de la institución*.

En nuestra opinión la concepción del orden jurídico internacional desde el paradigma constitucional puede hacerse si se acepta un *concepto material de constitución no escrita en un documento único, según el modelo británico o anglosajón*. No utilizamos el término constitución desde la más reciente *escuela del constitucionalismo global*, que pretende crear la ilusión de la legitimidad de la gobernanza mundial defendiendo la agenda política de la aplicación de los principios constitucionales en la esfera jurídica internacional, para mejorar la efectividad y la justicia del orden jurídico internacional<sup>121</sup>. De manera más apegada al

---

<sup>120</sup> Vid. KOLB, R., *La bonne foi en Droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de Droit*, préface de G. Abi-Saab, Puf, París, 2000, p. 60

<sup>121</sup> Vid. PINON, S., "Las incertidumbres del constitucionalismo global", *Teoría y realidad constitucional*, n° 46, segundo semestre de 2020, pp. 141 ss; PETERS, A., "Los méritos del constitucionalismo global", *Revista Derecho del Estado*, n° 40, 2018, p. 4.

orden normativo entendemos que hay transformaciones normativas del conjunto del Derecho internacional que han permitido la creación de una *Constitución material* y que existen en el mismo *dimensiones constitucionales*.

Una corriente doctrinal<sup>122</sup> que no compartimos defiende que la Carta de Naciones Unidas reuniría los elementos básicos de una constitución. A nuestro juicio la constitución no está, sin embargo, en la Carta de Naciones Unidas, que si bien refleja algunas dimensiones constitucionales (arts. 1,2, 6-2, 39, 103 y 108) no representa la defensa de los intereses jurídicos generales que derivan de las obligaciones erga omnes a excepción, en cierta medida, del crimen de agresión, del crimen de denegación de autodeterminación o de las graves violaciones de derechos humanos, ex capítulo VII de la Carta, como indica De Hoogh<sup>123</sup>. Pero aunque la Carta incluye algunos principios fundamentales nuevos (aunque no el de protección de los derechos humanos), no puede concebirse como constitución de la comunidad porque la seguridad y certeza (primera función de una constitución) se canalizan por procedimientos de creación y aplicación de normas que se fundamentan directamente en el Derecho internacional general. La justicia, los valores, fines y principios que pueden alcanzar la idea de justicia no se incluyen de manera completa en la Carta, y hay importantes categorías normativas jerarquizadoras, como las normas de *ius cogens*, que se desarrollan al margen. De hecho en la Carta no está ni la constitución internacional de los derechos humanos, ni un catálogo ni un principio. La legitimidad además se desarrolla no solo a través de las Naciones Unidas. Es decir, *la carta ha incorpora dimensiones constitucionales, pero no todas, y lo relevante de esa constitución se articula en el Derecho internacional general*

Hay dimensiones constitucionales también en los derechos humanos, porque hay unidad material y reglas primarias de alcance universal, en terminología hartiana, en derechos humanos lo que implica que la comunidad internacional de Estados en su conjunto ha reconocido como obligatorios un núcleo duro de principios y reglas de Derecho internacional, reducidos en número y que tienen naturaleza consuetudinaria, constituyendo parámetros de validez y de inspiración de las normas generales y particulares del Derecho internacional. En esta constitución estaría el *principio fundamental de protección de los derechos humanos*

---

<sup>122</sup> SIMMA, B., *United Nations charter commentary*, 1994.

<sup>123</sup> HOOGH, A., de, *Obligations erga omnes and international crimes. A theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international responsibility of States*, Kluwer law, 1996, p. 126-127.

(y el núcleo duro de los mismos) y los principios esenciales de coexistencia y cooperación entre los Estados, contenidos en la Res. 2526 (XXV) de la AGONU. De ahí que M. Díez de Velasco los denominase *principios constitucionales o estructurales*, cuya naturaleza depende de su contenido material y no de su fuente formal y de la práctica internacional sobre los mismos. También formarían parte de esa constitución las *normas secundarias básicas y generales del orden internacional sobre creación, cambio y adjudicación* y las normas sobre *subjetividad internacional*. Las nociones de comunidad y de humanidad también contribuyen a resaltar la dimensión constitucional del orden internacional. En todo caso una parte central de esa constitución se encuentra, como en las constituciones nacionales, en los *derechos humanos, sobre todo en los reconocidos como norma de Ius cogens, que forman parte esencial de esa constitución que incorpora valores en el Derecho internacional*. En este sentido, como dijera Mariño<sup>124</sup> hay *situaciones jurídicas subjetivas de carácter constitucional en el orden internacional que derivan de la obligación de respetar los derechos humanos y libertades fundamentales y de proteger la dignidad del ser humano*.

## **CUARTA PARTE. Los desafíos del sistema universal**

### **Capítulo séptimo. El desafío de la judicialización.**

El sistema internacional de derechos humanos no ha sido objeto de una plena judicialización, si bien a nivel regional se han realizado grandes avances. Se ha producido una proliferación de tribunales internacionales que es esencialmente positiva pues promueve la judicialización, es decir la justiciabilidad, que no cabe confundir con la juridicidad.

#### **1. La proliferación de Tribunales internacionales.**

La justicia internacional refleja el viejo sueño de la paz a través del Derecho. A pesar de los avances no existe, sin embargo, un Tribunal internacional de derechos humanos. El Tribunal para la antigua Yugoslavia tenía como lema *flat*

---

<sup>124</sup> MARIÑO MENENDEZ, F.M., “Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el Derecho internacional”, *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, 2000, pp. 315-362. También DIAZ BARRADO, C.M., *El Derecho internacional del tiempo presente*, Dykinson, 2004, p. 156.

*justitia ne pereat mundus* lo que muestra el vínculo entre la paz, los derechos humanos y la judicialización de las relaciones internacionales. Este Tribunal acabó tras un cuarto de siglo su labor, habiendo alcanzado logros importantes en los casi dos centenares de asuntos que resolvió. Su labor permitió que las víctimas fuesen escuchadas y recibieran algo de justicia, para paliar los deseos de venganza y fortalecer con el tiempo las condiciones de la paz. También ha servido para desarrollar el derecho internacional humanitario, expandir sus márgenes y hacer avanzar el derecho penal internacional en cuestiones como la prohibición general de la tortura, los crímenes sexuales en tiempos de guerra, los elementos del crimen de genocidio, del crimen contra la humanidad y del crimen de guerra.

La proliferación de tribunales es un avance hacia la protección de los derechos humanos que ha roto el *binomio soberanía jurisdicción* pues los tribunales internacionales no forman parte del poder soberano de un Estado ni de un inexistente Estado mundial. Cada Tribunal es el resultado de un pacto entre Estados cuyo objeto es crear un tribunal, que es un sistema autocontenido que no se inserta en una estructura internacional estatal, ni existe una pirámide kelseniana. El nexo de unión de los tribunales es su pertenencia a la galaxia del orden internacional. El Derecho internacional no es un derecho primitivo, pero es diferente a los estatales, cuyo punto de inyección y de centralización sería la jurisdicción internacional obligatoria.

Los tribunales internacionales tienen competencias de atribución y una *jurisdicción consensual y facultativa*, fruto del consentimiento del Estado y no obligatoria. El ejercicio de la jurisdicción depende de la voluntad de las Partes, de su consentimiento, que es clave en todo el ciclo vital del orden internacional, lo que genera relativismo. Algunos tribunales internacionales admiten reservas y declaraciones interpretativas, como en el tribunal europeo de derechos humanos, siempre que no vayan contra el objeto y fin del Tratado, y otros no, como sucede en la Corte penal internacional. Al crearlos los Estados se ponen de acuerdo en el tratado constitutivo. Los acuerdos son escuetos, pues cada palabra resulta de un consenso. Todo esto son especificidades del orden internacional.

*Es difícil, sin embargo, que los Estados sometan su comportamiento en derechos humanos a un Tribunal internacional. De hecho, no existe un tribunal internacional de derechos humanos si bien los hay regionales (europeo, americano, africano). Además, los mecanismos interestatales de control de derechos humanos, que permiten, en los tratados onusinos, o en el convenio europeo de derechos humanos, que un Estado demande a otro por violación de los derechos humanos se aplican de manera muy excepcional, por consideraciones políticas. Es el caso incluso de la Unión Europea, en que el art. 7 del Tratado de Unión Europea*

encuentra difícil aplicación porque hay una minoría de bloqueo que frena este mecanismo previsto ante una violación o riesgo de violación de los derechos fundamentales. Incluso el *reglamento 2020/2092, de 16-XII-2020 sobre el régimen general de condicionalidad* considera que no basta con que se produzca una vulneración del Estado de derecho para condicionar las ayudas sino se produzca una infracción del presupuesto. Si esto sucede en una Unión de Derecho, lo mismo pasa, incrementado, en otras organizaciones e instituciones internacionales.

Se da una *politización de los mecanismos no jurisdiccionales que debilita los mecanismos de control, por lo que hay que avanzar hacia la judicialización*. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó el 22/VI/2021 la Res 2381 (2021) titulada *¿Deben los políticos ser juzgados por las manifestaciones hechas en el ejercicio de su mandato?*. Esta resolución, adoptada por un órgano político, se dirige a los jueces españoles para que tomen decisiones que, ha indicado la Comisión Permanente del Consejo General del Poder judicial obvia los “principios de legalidad, separación de poderes, independencia judicial e igualdad ante la ley”. Por todo ello, también es muy importante la proliferación de Tribunales para los derechos humanos. *La proliferación de Tribunales supone una mayor judicialización de las relaciones internacionales y también de los derechos humanos*.

Por otro lado, los tribunales existentes han contribuido a establecer las *paredes maestras del Derecho internacional, en derechos humanos, con todas sus limitaciones*. El *Tribunal permanente de justicia internacional* realizó las primeras interpretaciones del *principio de igualdad en derechos humanos y de las medidas de acción positiva*, en el *Asunto de las Escuelas minoritarias en Albania*, o de noción de minorías, en el *Asunto de las Escuelas minoritarias en la Alta Silesia polaca*.

Y aunque al *Tribunal internacional de Justicia* no le han llegado casos de derechos humanos, su labor ha sido relevante en asuntos como el de la *Barcelona Traction*, al referirse las obligaciones erga omnes y las normas de *Ius cogens*, al diseccionar las relaciones entre el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos (*Asunto consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*), al declarar el carácter consuetudinario de algunas normas de Derecho internacional humanitario o del art. 3 común de los convenios de Ginebra (*Asunto actividades armadas en el Congo*), al referirse a la noción de principios generales intransgredibles como consideraciones elementales de humanidad (*Asunto del Estrecho de Corfú*), al interpretar el principio de no intervención y no uso de la fuerza, en relación con los derechos humanos (*asunto actividades militares y paramilitares en y contra*

Nicaragua), analizar el alcance de las obligaciones de derechos humanos de una potencia ocupante (*asunto actividades armadas en el Congo*), reflexionar sobre la relación entre derechos humanos y protección diplomática (*Ambatielos, Diallo, Asunto Lagrand, Avena*), o sobre la libre determinación (*Asunto del Sudoeste africano, el Sáhara, Namibia o Timor Oriental*). Junto a ello no cabe olvidar asuntos como el de *armas nucleares, inmunidades, genocidio, sucesión de Estados en materia de derechos humanos* etc..

Algunos tribunales y órganos se ocupan de los derechos humanos de manera directa, como la Corte penal internacional (los tribunales ad hoc y especiales), los tribunales regionales de derechos humanos (Tribunal europeo, americano y africano), órganos de derechos humanos de Naciones Unidas, mientras que otros lo han ido haciendo progresivamente (Tribunales de procesos de integración). En los tribunales puramente económicos, o de otras materias, como el CIADI (Centro internacional de arreglo de diferencias de inversión), órgano de apelación de la Organización Mundial del comercio los derechos humanos no pueden ser ajenos a su labor.

El mapa judicial resultante ha llevado a debates sobre los *riesgos que podría traer para la unidad del Derecho internacional*, mucho menores a los beneficios que aporta. La Comisión de Derecho internacional (2006) adoptó unas *conclusiones sobre los riesgos de la fragmentación*. La labor de codificación fue estéril desde la perspectiva de las funciones de la CDI, al no desembocar en un Tratado, pero el trabajo contribuyó a poner de relieve el papel de la doctrina en la interpretación del Derecho, en situaciones de complejidad. La principal conclusión es que la emergencia de regímenes convencionales especiales (que no deberían ser calificados de autónomos) no ha comprometido la seguridad jurídica, la previsibilidad, ni la igualdad de los sujetos de derecho. La técnica *lex specialis, lex posterior derogat prior, los acuerdos inter se* y la superioridad reconocida a las normas imperativas así como la noción de “obligaciones debidas a la Comunidad internacional en su conjunto” asegura una “caja de instrumentos” elemental para responder a los problemas más fundamentales planteados por la fragmentación (par 492 de las conclusiones).

La mayor judicialización de los derechos humanos aún cuando es incompleta tiene efectos positivos como el de la *fertilización cruzada entre sistemas*, una influencia y seguimiento de unos y otros, así como fenómenos de integración jurídica por ejemplo entre el TEDH y los ordenamientos nacionales, en el respeto al margen de apreciación. El Tribunal europeo ha liderado la *apertura de las Constituciones y del resto de los ordenamientos al Derecho internacional de los derechos humanos*. El enfoque jerárquico de relación no se estima adecuado y la

doctrina se refiere a un *proceso de integración funcional, constitucionalismo en red y escenario de pluralismo constitucional*. Se iría más allá del *diálogo jurisdiccional*, con cierta ductilidad, indica García Roca<sup>125</sup>, lo que supone una ventaja desde la perspectiva supranacional conducente a armonizar un rico pluralismo judicial y cultural. También ha habido *diálogos intersistémicos* entre el sistema europeo y americano, sistemas que arrancan del tronco común y universal que opera como contexto y que ha llevado a la formación, indican algunos autores, de un sistema euroamericano de derechos fundamentales.

Pero también se producen *conflictos entre Tribunales*, en ese tránsito de un mundo fragmentado en Estados soberanos a un mundo fragmentado en regímenes especializados. El conflicto es inevitable pues, como se indica en las conclusiones (segunda conclusión, pár 492) “no hay un sistema homogéneo y jerárquico que permita eliminar los problemas”. Ahora bien los conflictos son menores en relación con los beneficios de la judicialización. Hay conflictos en el espacio europeo, al hilo de la protección de los derechos humanos en la Unión europea, en el tribunal europeo de derechos humanos y en los tribunales constitucionales de los Estados. Una vez que tanto el tribunal europeo como los tribunales constitucionales nacionales y el de la Unión se sienten garantes de los derechos late el problema de quien tiene el *ultimátum verbum*, problema de difícil solución. La coexistencia en el mismo espacio europeo de varios Tribunales superiores no es sencilla y ha producido amplios debates doctrinales. El Tribunal Constitucional polaco acaba de declarar (13/VII/2021) la primacía del derecho polaco sobre el europeo, en caso de conflicto, en respuesta a una consulta del Primer Ministro, Morawiecki, que se preguntaba sobre qué hacer en caso de “dudas constitucionales de alcance y justificadas” que “no encuentran justificación en el texto de los tratados de la Unión Europea”.

## **2. La lucha contra la impunidad y la creación de un tribunal de derechos humanos**

Ha habido grandes avances en la lucha contra las *graves violaciones de derechos humanos*, es decir contra los grandes crímenes contra la humanidad (*genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, crimen de agresión*). Se han consolidado nociones como la definición de los crímenes contra la hu-

---

<sup>125</sup> GARCIA ROCA, J., FERNANDEZ, P.A., SANTOLAYA, P., CANOSA, R., (Eds), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Thomson Reuters, 2012. RIPOL CARULLA, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, 2007, 1 edición, 212 pp.

manidad (actos criminales constitutivos de un ataque generalizado o sistemático dirigido a la población civil) después de un camino en el que ha avanzado mucho la lucha contra la impunidad. El estatuto de Londres que creó el 6 de agosto de 1945 el tribunal de Nuremberg establecía su competencia *rationae materiae* en el artículo 6 e incluía el *crimen contra la humanidad* porque no se quería que determinadas atrocidades quedasen sin castigo, como el holocausto o la persecución de la población civil. Además, incluía el *crimen contra la paz*, a pesar de que el pacto Briand Kellog de renuncia a la guerra de los años veinte, cuyo sentido sería incorporado en la constitución republicana de los años treinta, no había alcanzado una vigencia general ni de que el Pacto de Versalles creador de la Sociedad de Naciones prohibiese el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, aunque sí que lo limitaba. También se incluían los crímenes de guerra, que estaban tipificados en el Derecho internacional humanitario.

El estatuto vulneraba el *principio de legalidad y el de no retroactividad*, lo que sin embargo era lógico, con más de cincuenta millones de muertos. Hubiese sido una ironía de la historia que el principio de legalidad, que nace para proteger al ser humano frente al Estado absoluto, en el marco de la revolución francesa, fuese el único aplicado para proteger a Hitler y a los nazis frente a sus víctimas. En la relación entre el Derecho y el Poder hay momentos singulares de la historia en que *el poder está por encima del Derecho*. Detrás de Nuremberg están, como dijera Cassese, los campos de concentración y otras atrocidades.

Después se aprobaron los *Principios de Nuremberg* y se inicia el camino hacia un tribunal internacional penal. Se frena esa evolución por la guerra fría. Hubo que esperar al inicio de la guerra en la Antigua Yugoslavia para que, en 1994, la CDI (la comisión de Derecho internacional) aprobase un *proyecto de estatuto de Tribunal penal internacional*, complementado en 1996 con otro *proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad*. El código de crímenes de 1996 era muy restrictivo en los tipos penales incluidos.

Al aprobar el proyecto la CDI hizo una Declaración en la que se indicaba que “con el fin de llegar a un consenso la CDI ha limitado el alcance. En 1991 la lista incluía doce categorías. Algunos de los miembros han manifestado su pesar. La CDI ha tomado nota de esta medida para que el código pueda ser aprobado y obtenga el apoyo de los gobiernos. Queda entendido que la inclusión de ciertos crímenes en el código no modifica la calificación de otros crímenes en Derecho internacional, y que la aprobación del código no prejuzga en modo alguno el ulterior desarrollo de esta parte importante del derecho”. Así no se incluyeron los *crímenes de intervención, la dominación colonial, el reclutamiento, la utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios, el tráfico de estupefacientes, el terrorismo o los daños internacionales y graves al medio ambiente*. Esto volvía



a poner de manifiesto las limitaciones del principio del consentimiento en los avances en los derechos humanos y la lucha contra la impunidad.

En este contexto se crearon por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, al haber un acuerdo entre las grandes potencias en esos casos, lo que permitía eludir el consentimiento general, al representar ese órgano a la comunidad internacional y al haber una situación de amenaza para el mantenimiento de paz o ruptura de la paz (art. 39 de la Carta), los *Tribunales ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, y los denominados *Tribunales especiales* del Líbano, Sierra Leona o Camboya. Los especiales mediante un acuerdo entre Naciones Unidas y los respectivos Estados. Todos ellos tenían por objeto y competencia juzgar graves crímenes contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y serían un avance importante.

Bassiouni, presidente del Comité de redacción del estatuto de la Corte penal internacional, indicó en su discurso en la ceremonia de apertura a la firma, el 18 de julio de 1998, que se estaba en una *nueva era en la historia de la justicia penal internacional*. Era un *paso de gigante*. Se había llegado a un acuerdo de consenso el 16 de julio de 1998 que suponía un compromiso con avances y límites entre los tres grupos de países que habían asistido a la conferencia internacional. El grupo impulsor, el de los países afines estaba compuesto por los occidentales, algunos africanos y los iberoamericanos, unos sesenta países; los asiáticos y del norte de Africa lo veían con bastante recelo; y las grandes potencias no lo querían, pues preferían los tribunales ad hoc creados por el propio Consejo de Seguridad. Como principales elementos del consenso estaban la restricción de la competencia material a los más graves crímenes de trascendencia internacional, con umbrales, así como el principio de complementariedad entre la Corte y las jurisdicciones nacionales, que da prioridad a los sistemas internos, la posibilidad por el Consejo de suspender un procedimiento etc.. En todo caso se había aceptado, lo que era un logro, el *principio de aceptación automática de la competencia de la Corte, del mismo modo que se habían prohibido las reservas*.

Dos décadas después las grandes potencias como Estados Unidos, Rusia o China siguen sin comprometerse por el mismo. La práctica del Tribunal ha girado en torno a los países africanos, lo que ha generado recelos, al haber sido vista como una corte antiafricana. Tal vez por ello en 2015 se aprueba el *protocolo de Malabo* en el marco de la futura corte africana de justicia que si bien no pone en tela de juicio su jurisdicción ha planteado nuevos retos; lo mismo ha sucedido en relación con la falta de cooperación en la detención y entrega de personas con inmunidad, que ha llevado a diversas interpretaciones de los arts. 27, 98 y 86 del estatuto sobre las obligaciones de los Estados parte.

Pero estos avances no permiten ocultar ni los problemas pendientes ni que estos tribunales no sustituyen la que podría realizar una *Corte internacional de derechos humanos*, sobre la que hubo una propuesta suiza en 2008. Estaría compuesta por 21 jueces elegidos para un mandato de entre 3 y 9 años, y tendría su sede, proponían, en Ginebra. Esta propuesta, así como otra de Túnez, de 2013, de crear una Corte constitucional internacional suponen un implícito reconocimiento de la debilidad de los mecanismos de derechos humanos y su objeto central sería contribuir a incrementar la eficacia de los mismos<sup>126</sup>. En todo caso la Comunidad internacional no ha apostado por un Tribunal de derechos humanos, sobre el que no hay debates siquiera, ni en el ámbito doctrinal ni en la práctica de los Estados. En realidad esto evidencia que la judicialización del sistema universal de derechos humanos es un desafío pendiente.

## Capítulo octavo. El desafío de la sostenibilidad

Los derechos avanzan por luchas y circunstancias históricas. Pero su sostenibilidad una vez alcanzada la normatividad no está asegurada, pues depende de un contexto cambiante, económico y político. La sostenibilidad de los derechos requiere también de un esfuerzo sostenido, de unas Instituciones que los apoyen y de unas sociedades que los hagan posibles. Fenómenos como *globalización, el debilitamiento del Estado, la degradación de la democracia liberal, la crisis económica, el nacionalismo y los populismos han puesto en crisis la fortaleza de los derechos humanos. ¿Estamos en un momento de progreso, de consolidación o de posible regresión del acervo existente?. ¿Está consolidado el acervo internacional de los derechos humanos?.*

### 1. Progresión o regresión de los derechos humanos

Frente a la idea de progreso no estamos a salvo de que el patrimonio de los derechos humanos pueda sufrir una regresión. Muchos derechos tienen escasa aplicación mientras la doctrina se preocupa por nuevas perspectivas, avances intelectuales que solo son aplicables para pequeños grupos de población en países ricos. Los derechos humanos se abrieron paso con dificultad con un horizonte compartido. *La globalización puso en duda los derechos sociales, poniendo en duda la sostenibilidad del Estado social.*

---

<sup>126</sup> CALLEJON, L., “Cour mondiale des droits de l’homme. Cour constitutionnelle internationale. Analyse compare de deux projets d’inspiration cosmopolitique”, *Le cosmopolitisme juridique*, Olivier de Frouville (Dir), Pedone, 2015, pp. 329-351.

La tendencia a fijarse en *nuevos derechos* sobre los que no existe el mínimo consenso puede ser un fenómeno más regresivo que fortalecedor. Cuando se plantea si un río tiene derechos probablemente podemos perder de vista lo esencial. Viejas instituciones como las confederaciones hidrográficas pueden cumplir con la función protectora de la cuenca hidrográfica, sin necesidad de que se articulen como derechos humanos, por su propia naturaleza imposibles de construir sin deconstruir previamente el acervo del Derecho existente. Tampoco ayudan las posiciones de algunas potencias como Estados Unidos, China, Rusia, la debilidad europea o el Islam radicalizado que parecen llevar a una crisis el viejo sueño ilustrado de los derechos humanos.

Es necesario reconquistar el sentido de los derechos humanos de las democracias liberales y del Estado social, que es el que más ha avanzado en la práctica internacional. Los modelos comunistas no han permitido el desarrollo de valores como la libertad o el pluralismo, por lo que no cabría afirmar que respeten los derechos de primera generación. *Destruir el patrimonio internacional de los derechos humanos en busca de un paraíso mejor donde estén liberados de las matrices de subordinación es un camino peligroso*, pues ya se ha intentado muchas veces y nunca ha llevado a nada bueno. Por ello es mejor seguir apostando por la consolidación de un modelo que, mal que bien, ha establecido los *valores de igualdad, libertad, solidaridad y pluralismo*. Se debiera volver a lo básico, a los principios, a la dignidad, los grandes tratados de derechos humanos. Renovar la apuesta por los derechos humanos, pues no se debieran dar por realizados.

## 2. El cuestión de la eficacia

La vida internacional evidencia *violaciones graves y masivas de los derechos humanos sin castigo*. La guerra en Siria, las primaveras árabes, la situación en Libia o Ucrania, Colombia, junto a la pobreza o el hambre, los genocidios (Yugoslavia y Ruanda), las dictaduras militares, los desaparecidos, las violaciones de derechos humanos detrás del telón de acero, la plaza de Tiananmen, las torturas de Abu Graib, o Guantánamo, la persecución de los defensores de derechos humanos, Venezuela o Corea del Norte nos hacen reflexionar sobre la eficacia de los derechos humanos en el mundo contemporáneo.

Bermejo analiza la ineficacia de la denominada *responsabilidad de proteger* en Siria, Darfur, República democrática del Congo, Costa de Marfil o Libia<sup>127</sup>. En

---

<sup>127</sup> BERMEJO GARCIA, R., “Intervenciones y responsabilidad de proteger en los conflictos armados”, *Pliegos de Yuste*, n° 17, 2016, pp. 37 ss.

esos lugares la ineficacia de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario es grande, lo que puede llevar a plantear la validez de las normas. Aplicables en todo el planeta pueden producirse espacios de ineficacia lo que no conlleva la invalidez de las normas. El Derecho internacional por lo demás sirve para orientar el comportamiento de los Estados en una dirección, para que asuman sus obligaciones. Pero hay violaciones que persisten. Por ejemplo, la *trata de seres humanos* es un negocio internacional que mueve más de 150.000 millones de euros anuales. Los principios y directrices de derechos humanos sobre trata de personas (de 20 de mayo de 2002) o los tratados aplicables, desde los clásicos de 1904, 1910, 1921, 1949 o los más recientes de esclavitud (1926, 1956), trabajo forzoso (desde el de 1930), derechos de la mujer (1978), del niño (1989), el protocolo de Palermo (2000), el convenio europeo frente a la trata (2005), la directiva de la UE (2011/36/UE), la Declaración de Naciones Unidas de principios de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder, el estatuto de la víctima (ley 4/2015) o los protocolos sobre la trata (2017) y menores no acompañados parecen ineficaces.

*No es la falta de normas el problema sino su inaplicación.* La ineficacia no solo se produce en la Comunidad internacional, sino también en la nacional, lo que no hace dudar de su vigencia. De manera ilustrativa cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo 396/2019, de 24 de julio de 2019 (ponentes Sánchez Melgar), cuando indica:

“La trata de seres humanos (...) una vez en nuestro país las personas violentadas son obligadas a ejercer la prostitución en diversos club de alterne, salpicados por la geografía nacional, a modo de lugares en donde la dignidad humana carece de la más mínima significación, con tal de obtener el beneficio para el cual las mujeres han sido traídas como si fueran seres cosificados, de los que se intenta obtener el máximo rendimiento económico, mientras tales personas se encuentre en condiciones de ser explotadas. No hace falta irse a países lejanos para observar la esclavitud del siglo XXI de cerca, simplemente, adentrarse en lugares tan cercanos, a lo largo de los márgenes de nuestras carreteras, en donde hallar uno o varios clubs de alterne en cuyo interior se practica la prostitución con personas forzadas, esclavizadas, a las que, sin rubor algunos, se compra y se vende entre los distintos establecimientos, mientras tales seres humanos se ven violentados a pagar hasta el billete de ida a su indignidad”.

De ahí que uno de los retos principales para los derechos humanos sea lograr mayores niveles de efectividad. La distancia existente entre las Declaraciones de derechos humanos y su efectividad también depende de los seres humanos. La eficacia de los derechos depende de la socialización también de las perso-

nas. Adela Cortina<sup>128</sup>, apoyándose en estudios de neurociencia, considera que las personas identifican lo justo con lo que les favorece individualmente, sin tener como referente a la humanidad ni ser universalistas. La *aporofobia* (el rechazo al pobre) se habría incorporado al cerebro por el evolucionismo y para eliminarla habría que educar a las personas, indica. Cambiar las tendencias exige educar la conciencia con un esfuerzo sostenido y consciente. Indica la Carta de la Unesco que la paz se consigue a través del espíritu de los hombres, lo que es predicable para los derechos humanos.

Hay ámbitos en los que para saber si las normas de derechos humanos son eficaces hay que realizar un análisis desde la distancia, mediante nuevas metodologías estadísticas que permiten ver el grado de eficacia. En esta línea son relevantes los *indicadores*, que permiten evaluar la eficacia. Por ejemplo, en los últimos treinta años la tasa de mortalidad de los niños ha bajado de 91 a 43/1000, el número de escaños de mujeres se ha incrementado del 17 al 23%, pero sigue habiendo pobreza y hambre (1/9), malnutrición (1/3), refugiados y desplazados (más de sesenta millones de personas y grupos especialmente vulnerables, como las minorías, los pueblos indígenas (casi 400 millones), los migrantes (250 millones), las personas con discapacidad (en torno a 1000 millones) etc.. El Programa de Naciones Unidas para el desarrollo utiliza como indicadores básicos la esperanza de vida, los niveles de educación y de nutrición, junto a otros como los ingresos *per capita*, el gasto público, los coeficientes de desigualdad, los indicadores de salud, disparidad de géneros, percepción de bienestar, seguridad humana (personas sin hogar, homicidios, violencia contra la mujer...).

No es excesivamente útil para medir la eficacia de los derechos humanos el sistema universal, salvo que se pondere científicamente el escaso número de países que se han comprometido por los sistemas de quejas, entre otros muchos datos que habría que evaluar. A veces se dice que tal país ha sido uno de los más “condenados”, cuando en realidad lo que sucede es que es de los pocos que se someten a los sistemas de control. Por ello son más útiles los análisis que comparan a los 193 países del mundo mediante determinados índices como el *número de condenas en Tribunales internacionales*, o el *Democracy Index* (de *The Economist*), que analiza 60 indicadores (proceso electoral, pluralismo, libertades, participación política..), *Rule of law index report*, que elabora *World Justice Project* (corrupción, sistema de justicia, independencia judicial..), *Freedom House*

---

<sup>128</sup> CORTINA, A., *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Paidós, 2017, p. 14, 43 y 126.

(países libres, semilibres y sin libertad), los rankings de condenas por tribunales de derechos humanos, las tasas de feminicidio, criminalidad, corrupción, salud, felicidad etc. En estos casos se ve una fotografía más general del estado de los derechos.

### **3. La sostenibilidad, la Agenda 2030 y los derechos humanos**

Los derechos humanos tienen relación con otras agendas internacionales, como la relativa a la sostenibilidad. La declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre *desarrollo sostenible* (Río+20), celebrada los días 20-22 de junio de 2012 indica que:

“es necesario lograr un desarrollo sostenible promoviendo un crecimiento sostenido, inclusivo y equitativo, creando mayores oportunidades para todos, reduciendo las desigualdades, mejorando los niveles de vida básicos, fomentando el desarrollo social equitativo y la inclusión y promoviendo la ordenación integrada y sostenible de los recursos naturales y los ecosistemas que contribuye entre otras cosas al desarrollo económico, social y humano y facilita al mismo tiempo la conservación, la regeneración, el restablecimiento y la resiliencia de los ecosistemas frente a los problemas nuevos y en ciernes”.

El concepto de desarrollo sostenible resulta de un largo proceso en el que uno de los hitos más recientes es la Agenda 2030 en tanto que “plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad”. La Declaración, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2015, es similar a la Declaración universal de derechos humanos de 1948, y podría convertirse en un referente para la Comunidad internacional bajo cuya percha se produzcan amplios desarrollos.

Muchos objetivos de la Agenda conforman derechos humanos reconocidos internacionalmente. Así, los objetivos 1 (pobreza), 2 (hambre), 3 (vida sana), 4 (educación), 5 (igualdad de género), 6 (agua), 8 (crecimiento inclusivo), 10 (desigualdad), 13 (clima), 16 (sociedades e instituciones pacíficas e inclusivas). La Agenda 2030 es un *gran viaje a favor de la dignidad humana en el que nadie debe quedarse atrás*, ha señalado la Asamblea General de Naciones Unidas. La hoja de ruta que establece tiene muchas páginas en blanco e interrogantes. Estamos ante un horizonte que podría conducir a la frustración. Los logros se medirán una vez que esté más avanzado el camino. De cumplirse los objetivos el mundo se transformará a mejor. Los objetivos de desarrollo sostenible pueden completar la dinámica de los derechos con la metodología de los objetivos, que puede constituir un buen complemento si no los desjuridifica.

Se plantea si estamos ante un nuevo paradigma del orden internacional. Mi-

chaud y Marc<sup>129</sup> consideran que cuando hay un fin de época, de civilización, y no solo una crisis parcial, se produce una ruptura generalizada que cambia la estructura del conjunto. Hay un consenso en cuanto a que la Humanidad ha tomado conciencia de que ha llegado a un punto que sería insostenible si no se adoptan medidas radicales en poco tiempo, dados los límites del crecimiento en la era de los combustibles fósiles. Hay una percepción de *crisis ecológica, social y de modelo basado en un crecimiento ilimitado y en la explotación de los recursos naturales no renovables*, lo que lleva a profundizar en la sostenibilidad.

Rifkin<sup>130</sup> predice que en 2028 se producirá el colapso de los combustibles fósiles, que traerá la tercera revolución industrial, la inversión en renovables, la digitalización, la glocalización (en lugar de la globalización, que dará más papel a las regiones que a los Estados) y una sociedad carbono cero que cambiará nuestras formas de vida. Antonio Gutiérrez, Secretario General de Naciones Unidas, declaraba el 20 de mayo de 2021 en un *Mensaje al Foro sobre cambio climático* que “con los compromisos internacionales actuales nos dirigimos a un aumento desastroso de la temperatura de 2, 4 grados a final de siglo. Estamos al borde del abismo” (...) “todavía sería posible evitar los peores impactos del cambio climático si hay cooperación y se aprovecha la recuperación tras la pandemia para emprender un camino más ecológico”. Consideró que a más tardar en 2030 hay que abandonar el carbón en los países de la OCDE y en 2040 para todo el mundo

Estas visiones ya estaban en el *Informe los límites del crecimiento 1972*, realizado por encargo del Club de Roma, que concluía que en un siglo la huella humana sobre la tierra se habría vuelto insostenible. Aunque coincidamos con estas visiones será necesario un *consenso jurídico y una transformación económica, política y cultural, que no se ha producido todavía*. La sostenibilidad está penetrando en sectores del Derecho internacional, como en el *Derecho internacional del medio ambiente*, en el que es un *principio general* junto a otros como el de prevención, el de precaución y la obligación de cooperar. Se ha formado una telaraña de acuerdos internacionales entre los que destacan convenios como el de la protección del medio ambiente frente a la destrucción de la *capa de ozono* (de 1985), el convenio de *cambio climático* (de 1992), de *diversidad biológica* (Convenio de Nairobi de 1992) o el convenio de *lucha contra la desertificación* (1994).

La noción se ha abierto al *Derecho internacional de los derechos humanos* lo que se observa en el *derecho humano al medio ambiente* y en la noción de *desarrollo humano*, fomentada por el Programa de Naciones unidas para el desarrollo,

---

<sup>129</sup> MICHAUD, G., MARC, E., *Vers une science des civilisations*, Ed. Complexe, 1981, p. 99.

<sup>130</sup> RIFKIN, J., *El Green new deal global*, Paidós, primera edición, 2020, p. 11.

desde 1991. La doctrina ha analizado cómo los derechos humanos contribuyen a la sostenibilidad<sup>131</sup>.

La pata que falta por construir para amueblar el desarrollo sostenible es la del Derecho internacional económico. *La sostenibilidad como principio fundamental del Derecho internacional, similar a otros principios constitucionales o estructurales necesitaría de mayores desarrollos*. Es un *principio integrador de diversos sectores, transversal a diferentes regímenes*<sup>132</sup>. Además, es un objetivo político, un concepto jurídico con valor normativo y pluralidad de manifestaciones, sustantivas, procedimentales, una especie de marco metodológico especial, indica Rodrigo<sup>133</sup>. Todo ello permite que sirva también para interpretar las normas en una determinada dirección.

#### **4. Los derechos humanos en situaciones de crisis y de excepción.**

En situaciones de crisis y de excepción se producen limitaciones y restricciones de los derechos humanos. Los Estados pueden suspender unilateral y temporalmente algunas obligaciones de derechos humanos en estados de excepción, como golpes de Estado, en la lucha antiterrorista, la criminalidad organizada o el narcotráfico. Las restricciones a los derechos deben realizarse cuando son necesarias, están previstas por la ley y de manera proporcional. Hay derechos que no se pueden suspender ni restringir, como el *derecho a la vida, a no ser sometido a tortura, la prohibición de esclavitud, la prohibición de encarcelamiento por obligación contractual, el reconocimiento de la personalidad jurídica, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho a un trato humano, la prohibición de toma de rehenes, el genocidio, el traslado forzoso o deportación sin motivo autorizado por el Derecho internacional, la prohibición de propaganda a favor de la guerra*<sup>134</sup>etc..

En el caso de España el Tribunal constitucional ha estimado que la utilización del Estado de alarma en lugar del estado de excepción, en relación con la

---

<sup>131</sup> KALTENBORN, M., KRAJEWSKI, M., KUHN, H., *Sustainable development goals and human rights*, Springer, 2020; DURAN, P., DIAZ BARRADO, C., FERNANDEZ LIESA, C., *International society and sustainable development goals*, Aranzadi. Thomson Reuters, 2016, 589 pp.

<sup>132</sup> VOIGT, C., *Sustainable development as a principle of international law. Resolving conflicts between climate measures and WTO law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 145 ss.

<sup>133</sup> RODRIGO, A., *El desafío del desarrollo sostenible*, Tribuna Internacional 2015; DIAZ BARRADO, C., “Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas”, *Anuario español de derecho internacional*, n 32, 2016, pp. 9-48.

<sup>134</sup> *Observación general n° 4*, de 24/VII/2001, del Comité de derechos civiles y políticos, sobre el artículo 4 del Pacto



pandemia, no fue la opción constitucional adecuada para la limitación de derechos fundamentales que suponía el confinamiento domiciliario. Ha considerado el Tribunal que la limitación era tan intensa que suponía una suspensión, lo que encaja en el estado de excepción. Sin entrar en este debate, que ha dado lugar a amplias reflexiones doctrinales sobre el marco constitucional, las limitaciones a los derechos humanos deben realizarse siempre con criterios restrictivos, estar establecidos por ley, ser proporcionales y necesarias, son los estándares internacionales. Probablemente el régimen constitucional de los arts 116 y 55 no estaba bien diseñado para una pandemia de este alcance.

De otro lado, los derechos se ven también limitados en una pandemia por los hechos, dado que aumenta la pobreza y la desigualdad. En 2020 y como consecuencia de la pandemia la pobreza ha subido en España hasta los niveles de 2014, en que se vieron las peores consecuencias de la crisis de 2008. En 2020 un 7% de los españoles sufrió pobreza grave, mientras que en 2019 era el 4,7%, siendo las Comunidades autónomas donde hay más dificultades Canarias, Andalucía y Extremadura y donde menos Aragón, País Vasco y Navarra. Según el indicador de la tasa Arope de la Comisión Europea el 26,4% de las personas en España estaba en 2019 en riesgo de pobreza, un punto más que en la encuesta precedente, mientras que la media europea es del 21,9. Esta tasa mide la desigualdad, siendo el desempleo la mayor causa de riesgo de exclusión.

Los Estados tienen obligaciones tanto en derechos humanos, como financieras y de deuda pública. Se plantea la cuestión del *choque entre las obligaciones financieras del Estado y sus obligaciones en derechos humanos*<sup>135</sup>. El relator de Naciones Unidas propuso que cuando los pagos de la deuda entrasen en colisión con los derechos humanos debía haber un equilibrio adecuado entre ambas obligaciones. Esta noción de equilibrio es insuficiente y viene a significar, simplemente, que los Estados en sus presupuestos deben tener en cuenta los derechos humanos. Propuso unos *principios directivos* sobre la deuda exterior y los derechos humanos, que no son obligatorios. En todo caso ni las bases jurídicas ni la articulación de los diferentes rescates tuvo en cuenta el impacto en los derechos humanos.

Las pandemias tienen una larga trayectoria histórica. Mateo Alemán (1599) a ellas se refería, en el Guzmán de Alfarache, cuando indica “librete Dios de la

---

<sup>135</sup> MANERO SALVADOR, A., *El cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica internacional*, Madrid, 2013, 75 pp; KAUFMANN, C., “International law in recession?. The role of international law when crisis hits: food, finance and climate change”, *Essays in honour of judge B. Simma*, Oxford University Press, 2011, pp. 1189-1206.

muerte que baja del norte y del hambre que sube del sur”, en un ambiente de Sevilla que bien refleja Miguel de Cervantes, en *Rinconete y cortadillo*. Cuando la economía se resiente hay efectos negativos para los derechos humanos. La epidemia del coronavirus produce daños globales, tanto personales como económicos, que serán de alcance desigual. Es una catástrofe mundial que afecta a la salud y vida de millones de personas y a la economía mundial. Los derechos humanos se verán afectados por los recortes. Las obligaciones de los Estados podrán incumplirse más fácilmente, lo que sin duda sucederá en muchas partes. La efectividad de los derechos no solo depende de las normas sino de que el Estado disponga de los recursos necesarios.

También existe el riesgo de que se resquebraje el consenso global en torno a la idea ilustrada de los derechos humanos que refleja la ONU y la Constitución de 1978. Para Kissinger la pandemia ha hecho renacer una ciudad amurallada en una época en que la prosperidad depende del comercio mundial y del movimiento de personas. La transición del orden poscoronavirus debería salvaguardar los principios del orden mundial liberal<sup>136</sup>. En la Unión Europea el *plan de recuperación y resiliencia y la reacción ha estado marcado por la solidaridad europea*. A corto plazo los créditos y la solidaridad permiten sortear las dificultades, pero también se planteará el choque entre las obligaciones financieras del Estado y las obligaciones de derechos humanos. En el pasado los recursos disponibles en derechos han estado limitados por las políticas de ajuste estructural y la deuda lo que afecta a servicios públicos como la educación o la salud entre otros. Salir de la situación actual requiere endeudarse teniendo en cuenta que España no tiene la independencia económica para salir de esta situación sin apoyo europeo. La Unión Europea no es un Estado social, de tal manera que la solidaridad principal seguirá siendo de cada Estado. Sin un mínimo de solidaridad se hubiera incrementado el antieuropeísmo y los Estados del sur no hubieran podido superar la crisis.

## **5. Derecho y políticas de derechos humanos**

Las normas de derechos humanos establecen la obligación para los Estados de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos, pero no indican qué políticas precisas se deben implementar. El binomio derecho humano-obligación del Estado permite determinar si los Estados han cumplido determinadas obligaciones, pero no determina las mejores metodologías para que los derechos humanos puedan ser reales y efectivas.

---

<sup>136</sup> KISSINGER, H., “La pandemia del coronavirus transformará para siempre el orden mundial”, *El Confidencial*, 6/04/2020.

La metodología jurídica debe complementarse con el *diseño de políticas públicas para la implementación de los derechos*. La ciencia no permite saber con exactitud las mejores políticas. Diferentes medidas pueden, como ante un enfermo, tener diferentes resultados. Además, las políticas nacionales educativas, de salud, de vivienda, de pensiones, de seguridad social, de alimentos, de salud no vienen determinadas por las normas de derechos humanos. El margen de apreciación de los Estados en derechos humanos no permite aclarar con precisión las mejores políticas de derechos humanos<sup>137</sup>.

Sobre todo porque los derechos humanos no se garantizan por discursos políticos. Además el *principio de la libre elección del sistema político, económico, social y cultural*, manifestación de la soberanía, dificulta la precisión de las políticas, en ausencia de compromisos convencionales o de otra naturaleza. Por ejemplo, las políticas de derechos humanos de Cuba tienen una eficacia muy condicionada por la situación geopolítica, económica y las sanciones. En la propia Unión Europea tanto en la crisis financiera de 2008 como en relación al Covid 19 las políticas tuvieron que idearse sobre la marcha.

Ciertamente que puede haber políticas contrarias a los derechos humanos. Pero los Tratados de derechos humanos no determinan qué políticas debe hacer un Estado. El relator de la pobreza, P. Alston ha hecho fuertes críticas a las *políticas de España o el Reino Unido, en materia de vivienda*, pero sería difícil sacar de estas críticas lecciones generalizadas. Incluso es difícil verificar que de haber hecho otras políticas habría menos problema de vivienda. Por ejemplo España es uno de los países que tiene más altos índices de vivienda en propiedad, lo que no puede ser sino positivo. El que al mismo tiempo haya incumplimientos en relación con desalojos de personas vulnerables no da al Estado la clave de cuáles son en su conjunto las mejores políticas de vivienda, pues depende de factores que el relator no analiza en una visita. En megaurbes como Madrid o Barcelona la política no puede ser la misma que en el resto de España.

Cuáles sean las mejores políticas no es algo sencillo de determinar objetivamente. Además, a pesar de que ha aumentado el conocimiento en las sociedades modernas se produce la paradoja señalada por Innerarity en *La democracia del conocimiento*<sup>138</sup> de que la sociedad del conocimiento está acabando con la autori-

---

<sup>137</sup> LEGG, A., *The margin of appreciation in international human rights law. Deference and proportionality*, Oxford Monographs in International law, 2012, 213 pp.

<sup>138</sup> INNERARITY, D., *La democracia del conocimiento. Por una sociedad inteligente*, Paidós, 2011, pp. 68 ss.

dad del conocimiento. Se es consciente del no saber. Los expertos son instrumentalizados por el poder para justificar decisiones políticas previamente adoptadas, por lo que el diálogo saber-poder no va a garantizar las mejores políticas.

De otro lado hay muchos factores generales y transversales que difícilmente pueden ser objeto de normas convencionales. Los derechos humanos se ven condicionados por la globalización, el debilitamiento del Estado, el modelo económico o la revolución digital. O por factores que lo superan como la pobreza, el machismo, el nacionalismo, las multinacionales, el racismo, el fundamentalismo, la falta de consenso internacional o la falta de democracia plena.

La dinámica económica internacional constituye -indica J. Sachs- una amenaza que incide muy negativamente en los derechos humanos, pero que no depende de los derechos humanos. Así, controlar el cambio climático, la acidificación de los océanos, la disminución de la capa de ozono, el uso excesivo del nitrógeno y del fósforo, como resultado del uso intensivo de fertilizantes químicos para la agricultura, la sobreutilización del agua dulce, el uso del suelo etc..son fenómenos que inciden en los derechos humanos pero que lo superan y exigirían un enfoque *holístico*, en interés general, hoy en día escaso. La protección de los derechos humanos no solo depende del Derecho internacional de los derechos humano sino de otros sectores y de que haya políticas que lo hagan posible. En esta línea debe complementarse con otras lógicas y con políticas de derechos humanos.

## **CAPÍTULO NOVENO. El desafío democrático.**

Uno de los desafíos más importantes para los derechos humanos está en las Instituciones y en factores como el populismo o el nacionalismo que contribuyen a un deterioro grave de la convivencia en pluralismo. El desafío democrático también tiene relación con el papel de la Democracia en el mundo, así como con la evolución de la democracia, que es uno de los principales desafíos contemporáneos para la sostenibilidad de los derechos humanos

### **1. El principio democrático en el Derecho internacional**

El principio democrático no ha alcanzado la mayoría de edad en la Comunidad internacional. En el orden internacional clásico primaba el *principio de efectividad*. Las transformaciones políticas de un Estado eran cuestiones de po-

lítica interior. En aquel tiempo la legitimidad únicamente hizo acto de presencia en ámbitos regionales que dieron lugar a la doctrina Tobar (1907) según la cual se rechazaba reconocer a los gobiernos de hecho surgidos de revoluciones contra la constitución; o la convención entre cinco repúblicas de Centroamérica que condicionaban el reconocimiento de gobierno al respeto del orden constitucional establecido, en 1910, pero que nunca llegaron a consolidar una norma consuetudinaria frente a la *efectividad*, reñejada en la *doctrina Estrada* (1930) por el cual, y es la práctica general, no se reconocen gobiernos y solo Estados.

En organizaciones como la Sociedad de Naciones o Naciones Unidas no se ha exigido ser una democracia para adherirse y para permanecer en plenitud de derechos. La estabilidad internacional, el equilibrio de fuerzas y la defensa de los intereses ha sido lo relevante. La legitimidad democrática no existía, como se pudo comprobar por la actitud de la Comunidad internacional durante la guerra civil española o en la interpretación del art 4 de la Carta, y en la propia adhesión de España a la organización, en 1955, junto a muchos otros países no democráticos, tras un pacto entre la URSS y Estados Unidos. La propia Carta de Naciones Unidas no contiene el término *Democracia* pues, indicaba Pérez Vera, “entre los Estados miembros de la organización ese vocablo adquiere matices diferentes en regímenes políticos que utilizándolo como denominador común sirven a orientaciones aisladas y contradictorias”<sup>139</sup>.

Durante la guerra fría se reforzaron los pilares del *Derecho internacional de la democracia*. No solo los principios subyacentes en la Carta, sino la Declaración universal de derechos humanos, la Resolución 1514, los pactos de 1966, la Resolución 2625 o el Acta final de Helsinki establecieron unas bases sólidas, al reconocerse el derecho a elecciones libres, entre otros derechos políticos como los recogidos por los arts. 14, 18, 19, 21, 22, 25 y 26. Pero lo cierto es que, como reconocía Boutros Ghali en la *Agenda por la Democracia*, la guerra fría truncó el apoyo de Naciones Unidas a sus Estados miembros en esa línea.

La doctrina es pacífica al admitir que el derecho a la autodeterminación de los pueblos se ha aplicado sólo en sus aspectos externos, aunque apuntase a la democracia, pues se interpreta en conexión con el *principio de no intervención, soberanía integridad territorial, intangibilidad de las fronteras y con la regla que prohíbe los reconocimientos prematuros*. Así, el *principio de la libre elección del sistema político, económico, social y cultural y del principio de autonomía*

---

<sup>139</sup> PEREZ VERA, E., *Naciones Unidas y los principios de la coexistencia pacífica*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 21 ss.

*constitucional* no permiten iluminar la existencia de una norma jurídica consuetudinaria que establezca la obligación de organizarse políticamente, en el interior de los Estados, según los postulados de la democracia liberal.

La diversidad política de la *base social internacional* ha impedido la formación de una norma de legitimidad democrática de alcance universal. La base social tanto en la guerra fría como después no es mayoritariamente democrática. La democracia ha avanzado como un concepto compartido que es objeto de promoción. Ahora bien la evolución de la sociedad internacional hacia la Democracia es un proceso lento, que no está consolidado. Se estima que sólo un 25-30% de los Estados son plenamente democráticos. En algunos casos se han producido retrocesos en el entorno europeo, incluso en miembros de la Unión Europea. Clarificador es el caso de los países que vivieron las *primaveras árabes* hace una década, como Argelia, Egipto, Siria, Libia, Yemen, Jordania, Irak, Omán, Mauritania, Yibuti, Somalia, Arabia Saudí, Líbano, Kuwait, Marruecos o Sudán. En la búsqueda de la revolución democrática, la sociedad civil se dio de bruces con conflictos armados, en particular en Libia, Siria y Yemen, golpes de Estado (Egipto), o quedó igual que antes (Arabia Saudí, Líbano, Mauritania, Sudán, Yibuti) tras pequeñas reformas (Marruecos, Argelia, Kuwait, Oman, Jordania)

Los defensores de las primaveras árabes consideran que se ha plantado la semilla de la libertad. Aunque así fuese el camino de la democratización es lento, como también lo es en Africa, Asia o América, y en la propia Europa, donde vemos algunos retrocesos. Esta realidad ha anclado el *Derecho internacional a ese derecho de coexistencia entre sistemas políticos diferentes*. Sigue siendo por el momento válida la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia en el sentido de que las orientaciones políticas de un Estado son de su competencia exclusiva mientras no violen una obligación internacional<sup>140</sup>. Precisa Corten que no existe una obligación jurídica internacional de respetar el derecho nacional y de que, por esa razón, un Estado que viole su propia ley o constitución no ve comprometida su responsabilidad internacional<sup>141</sup>, salvo que haya compromisos convencionales regionales, como sucede en la Unión Europea o en el Consejo de Europa.

Otra perspectiva de la Democracia en el ámbito internacional tiene relación con el funcionamiento de la propia sociedad internacional. *¿Es la gobernanza internacional democrática?*. Es evidente que no. El discurso democrático constitu-

---

<sup>140</sup> *Asunto Nicaragua*, TIJ. Rec. 1986, pág. 258, 263.

<sup>141</sup> CORTEN, O., "Rapport général. L'Etat de Droit en droit international. Quelle valeur juridique ajoutée?", *L'Etat de Droit en droit international*, Colloque de Bruxelles, SFDI, Pedone, 2009.

ye una ética extrajurídica, pero no un modelo de gobernanza. En una perspectiva de futuro Olivier de Frouville<sup>142</sup> defiende que estamos en un *estado o derecho de transición cosmopolita*, en lo que denomina *teoría democrática del Derecho internacional*. La sociedad internacional habría entrado en un *proceso de transición cosmopolita*.

## 2. Democracia y patriotismo constitucional

*La democracia está en riesgo por los nacionalismos y los populismos. Las sociedades respetuosas con los derechos humanos no deben hacer peligrar la diversidad, el pluralismo ni la interculturalidad.* Frente al nacionalismo excluyente hay que reafirmar al *modelo de ciudadanía constitucional*, que protege la diversidad cultural. La idea del patriotismo constitucional fue objeto de reflexión por Habermas en los ochenta en relación con países como España, tras una visita al Congreso de los diputados. Esta noción expresa la *adhesión a los valores constitucionales más que a las identidades culturales*. Sustituir el nacionalismo por valores democráticos y pluralistas, constitucionales, no identitario-culturales<sup>143</sup> es lo más adecuado.

Es una manera de contrarrestar y de encauzar el nacionalismo de las minorías, que ha sido una reacción al Estado en identidades posnacionales<sup>144</sup>. Forma parte del ideal cosmopolita<sup>145</sup>. Los Estados deben aprender a vivir en diversidad con fórmulas de convivencia que se basen en el patriotismo en tanto que nacionalismo cívico, que identifica nacionalidad con ciudadanía, y que no tiene nada que ver con el nacionalismo étnico, más vinculado a la genética o la cultura<sup>146</sup>. En la tensión identitaria entre pluralismo y fundamentalismo la opción por los derechos humanos es la primera, lo que lleva a rechazar las políticas asimilacionistas. Tanto el Derecho internacional de los derechos humanos como el de las minorías

---

<sup>142</sup> FROUVILLE, O. de., “Vers un théorie démocratique du Droit international”, *La démocratie appliquée au Droit international. De quoi parle-t-on?*, Pedone, 2018, pp. 143 ss.

<sup>143</sup> HABERMAS, J., *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989; id. *La necesidad de revisión de la izquierda*, Tecnos, Madrid, 1991; ROSALES, J.M., *Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997

<sup>144</sup> KYMLICKA, W., STRAEHLE, C., *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente*, Unam, 2001, 105 pp.

<sup>145</sup> NUSSBAUM, M., *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, Paidós, 1999, 2017, p. 22 ss.

<sup>146</sup> VIROLI, M., *Por amor a la patria. Un ensayo sobre las diferencias entre patriotismo y nacionalismo*, Deusto, 2005, 2019, 237 pp., p. 16 y p. 23.

reconocen el derecho a la identidad como parte de los derechos humanos, en sociedades plurales.

El renacimiento del *nacionalismo* en países occidentales como Canadá, Francia, Irlanda, Bélgica, Suiza, Italia, Reino Unido y con especial relevancia en España ha deteriorado la democracia. Las democracias enferman cuando se deteriora la idea clásica de *ciudadanía* y se entra en procesos de exaltación de los *particularismos étnicos, nacionales o religiosos*<sup>147</sup>. Con la caída del muro el conflicto geopolítico este-oeste es sustituido por el cultural. Touraine advertía que había que defender la democracia frente a la obsesión por la identidad nacional, étnica o religiosa. Marlene Wind<sup>148</sup> se refiere a la *tribalización de la Unión europea*, en una tendencia a levantar puentes levadizos por las políticas identitarias y de la reducción de la democracia a la mera voluntad del pueblo.

Fukuyama<sup>149</sup> analiza cómo las *democracias liberales no acaban de saber resolver el problema del Thymos* (la parte del alma que anhela el reconocimiento de la dignidad); no estarían siendo capaces de resolver la cuestión de la búsqueda de formas parciales de reconocimiento (nación, religión, secta, raza, origen étnico o sexo), lo que habría producido, indica, el *tránsito de las políticas de reconocimiento a las políticas de resentimiento*.

De otro lado en los Estados democráticos también los derechos humanos se ven en peligro por el incremento del *populismo, que se caracteriza por la falta de respeto a la constitución y a las leyes, al Estado de derecho, la separación de poderes, la independencia judicial, el pluralismo político, social y cultural, la labor de una prensa libre o de la política*. En algunas sociedades se instala la dialéctica amigo enemigo y se identifica un enemigo esencial en torno al cual se busca la adhesión emocional del pueblo. En esa dinámica ni las leyes ni la Constitución actúan como debieran pues se ven arrinconadas por la voluntad y el decisionismo. Estas democracias se convierten en iliberales y en ellas se llega a una democracia sin derechos<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> TOURAINE, A., *¿Qué es la democracia?*, Temas de Hoy, Ensayo, 1994, pp. 34 ss; SARTORI, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, 2001.

<sup>148</sup> WIND, M., *La tribalización de Europa. Una defensa de nuestros valores liberales*, Espasa, 2019, pp. 9 ss.

<sup>149</sup> FUKUYAMA, F., *Identidad. La demanda de dignidad y las políticas de reconocimiento*, Ed. Deusto, 2018.

<sup>150</sup> MOUNK, Y., *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y como salvarla*, Paidós, Barcelona, 2018. ROSANVALLON, P., *El siglo del populismo*, Galaxia Gutenberg, Crítica, 2020



Estos fenómenos no sólo se dan en países lejanos sino también en Estados Unidos, que ha sido un faro democrático desde época contemporánea, o en la cuna de los derechos humanos, en Europa (en Polonia y Hungría, y con manifestaciones en otros países). El Papa Francisco reconoce que con el populismo la política “no es una discusión sobre proyectos a largo plazo sino recetas de marketing inmediatas que buscan la destrucción del otro” (par 16) En esta pugna de intereses vencer es destruir” “un proyecto con grandes objetivos suena a delirio”.

Buen botón de muestra en la Unión Europea es el *Asunto C-618, ST Justicia, Gran Sala de 24 de junio de 2019 del TJUE que condenó a Polonia*. La Comisión había iniciado un procedimiento por incumplimiento del art. 19 TUE (1, segundo), en relación con el art. 47 de la Carta de Derechos fundamentales al haberse reducido la edad de jubilación de los jueces del Supremo y al atribuir al Presidente de la República la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional de los jueces una vez alcanzada la edad de jubilación.

Para el Tribunal el *principio de tutela judicial efectiva* exige una *justicia independiente*. Para que el Tribunal Supremo polaco pueda garantizar el derecho a la tutela judicial es necesario preservar la independencia, que está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y por el derecho a un proceso equitativo. El *principio de inamovilidad* exige que los jueces permanezcan en el ejercicio de sus funciones en tanto no hayan alcanzado la edad de jubilación forzosa o hasta que termine el mandato, si tiene una duración determinada. Polonia no ha dado razones objetivas sobre la necesidad de la medida, lo que no respeta el principio de proporcionalidad. Se está ante una terminación anticipada y definitiva de la carrera judicial de los interesados, no justificada por un objetivo legítimo, lo que viola el *principio de inamovilidad del juez, inherente a su independencia*.

### **3. Soberanía, democracia y derechos humanos**

El titular de la soberanía en España es el *pueblo español*, como establecen los artículos 1 y 2 de la Constitución de 1978, en una fórmula de consenso que encierra un *modelo de convivencia en pluralismo*. Sin entrar en una reflexión amplia sobre la soberanía, que nos llevaría por largos derroteros, cabe indicar que, como el Dios Jano, tiene dos caras. Una es la externa, que se refiere a la independencia frente a terceros, en la dimensión tradicional. En el célebre *Asunto de la Isla de Palmas* Max Huber señaló que “la soberanía en las relaciones entre Estados significa independencia. La independencia de una parte del globo es el derecho a ejercer con exclusión de cualquier otro Estado las funciones estatales”. Esto permitió superar una concepción abstracta de la soberanía. La otra cara de la moneda, es el principio de autodeterminación democrática interna, es decir, la capacidad de

decidir del soberano de manera democrática. En el caso de España el demos que se autodetermina es el pueblo español pues ninguna norma o principio de Derecho internacional ni de derecho constitucional han debilitado el título ni el fundamento de la soberanía, ni permiten apoyar en Derecho el desafío soberanista.

El elemento central de la soberanía es el *derecho a decidir*. El desafío soberanista rompía la esencia del consenso constitucional al indicar, en el art. 1 de la *Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo catalán*<sup>151</sup>, que el pueblo de Cataluña tiene carácter de sujeto político y jurídico soberano<sup>152</sup>, del mismo modo que la ley 19/2017, en su artículo 2 (del referéndum de autodeterminación) lo reitera. El Tribunal Constitucional consideró que esta ley era en su conjunto inconstitucional al ser contraria al *principio de soberanía* y poner en entredicho la *unidad y la supremacía de la constitución*<sup>153</sup>.

El *derecho a decidir* es una expresión que constituye un sucedáneo del principio de libre determinación, es un *falso derecho*, que ni el Derecho internacional ni el nacional reconocen<sup>154</sup>, como tampoco el derecho comparado<sup>155</sup>. La gran mayoría de las constituciones incluyen reglas rígidas que preservan la unidad, la indivisibilidad y la integridad territorial del Estado<sup>156</sup>. La interpretación juris-

---

<sup>151</sup> Res 5/X de 23/I/2013, del Parlamento de Cataluña

<sup>152</sup> Sobre la inconstitucionalidad STC 42/2014, 25/III/ FJ1

<sup>153</sup> STC 114/2017, de 17/X/2017, FJ5

<sup>154</sup> Sentencia núm 459/2019, de la sala de lo penal del Tribunal supremo, p. 199.

<sup>155</sup> Todo lo más cabe referirse, y no está claro en todos, a Etiopía (1995), la Federación de San Cristobal y las Nieves, la cláusula de retirada de la Unión Europea (que no es aplicable), las constituciones de la URSS (de 1924, 1956 y 1977), de la Antigua Yugoslavia (1946, 1953, 1963, 1974), Birmania (entre 1974-1974), Uzbekistán (1992) -que prevé el derecho de secesión de Karakapastán-, Checoslovaquia (se reformó en 1991 y se disolvió en 1992), Sudán (en 2005, luego se separó Sudán del Sur en 2011), o Liechtenstein.

<sup>156</sup> Muchas constituciones hacen referencia a la *unidad del Estado* (Moldavia, Sudafrica, Alemania, Irlanda..). Otras consideran al Jefe del Estado o al presidente de la República como representación de la unidad (Italia, Portugal, Rumanía, Ucrania, Kirgizistán, Azerbaiyán, Rumanía). Algunas prohíben asociaciones o partidos independentistas (Grecia, Croacia, Alemania, Rusia). En muchas hay *cláusulas de integridad territorial* en el marco de la defensa nacional (Albania, Belarús, Hungría, Moldavia, Lituania), en relación con el Jefe del Estado (Armenia, Azerbaiyán, Georgia, Bélgica, Luxemburgo), con los diputados (Chipre, Turquía) o en otras referencias, como el art. 89 de la francesa (no puede perseguirse una revisión que afecte a la integridad del territorio) o la constitución rusa, que establece que los derechos de los pueblos se ejercen en el marco exclusivo de la federación y el respeto a la integridad territorial de Rusia. También hay *cláusulas de indivisibilidad del Estado*, como en USA, Brasil, Estonia, Perú, Noruega, España o Italia. Informe de la Comisión Europea para la democracia por el derecho, Estrasburgo 12/I/2000 sobre *La autodeterminación y la secesión en el derecho constitucional*.

prudencial de estas reglas constitucionales no deja lugar a dudas sobre la falta de reconocimiento del derecho a decidir<sup>157</sup>. La sentencia núm 459/2019, de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo, cuyo ponente fue Manuel Marchena, ha identificado con brillantez y cristalina claridad el lugar del Derecho a decidir en el Derecho internacional, por lo que debiera tener resonancia académica internacional.

Tampoco la ruptura del pacto constitucional puede encontrar fundamento en un cambio en las circunstancias, en el *derecho de nulificación*, pues la Constitución no es un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores. Se ha fundamentado ese derecho en el *principio democrático*, pero el vínculo Democracia y Estado de derecho forma parte de los valores europeos y constitucionales. Además ese derecho tampoco sería legítimo cuando el problema político a resolver resulta de un *proceso de exaltación nacionalista y de arrinconamiento de la sociedad no soberanista*, que ha acabado con el ambiente de pluralismo necesario en una sociedad basada en los derechos humanos. En las circunstancias desarrolladas en las últimas décadas ese derecho serviría para ahondar en la quiebra de la convivencia y de un marco constitucional realizado por consenso para convivir en diversidad.

Para reflexionar sobre la caja de pandora del consenso constitucional hay que partir del hecho de que la constitución de 1978 no fue de los vencedores ni de los vencidos<sup>158</sup>. Se hizo con un *espíritu de concordia y reconciliación*. En dicho *consenso se excluían los nacionalismos extremistas español y periféricos*. Desatar el nudo gordiano exigiría un nuevo consenso que partiese de un planteamiento de derechos humanos pluralista, de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos.

En la cuestión territorial los elementos básicos del consenso eran, indica Peces-Barba, los siguientes: existe una nación española, que integra a las demás en

---

<sup>157</sup> *Sentencia 118 de abril de 2015 del TC italiano* -en relación con la ley de la Asamblea regional del Véneto sobre la realización de un referéndum consultivo; en Estados Unidos cabe resaltar el *Asunto Texas v White* y el *asunto Scott Kolhaas v State of Alaska, office of the lieutenant governor* (Supreme Court nº s 13024 de 154 de enero de 2010). En Rusia la *Decisión de 13-III-1992 sobre la constitucionalidad de la decisión del Consejo Supremo de la República de Tartaristán*. En Alemania el Auto de 16-XII-2016 de la Corte constitucional alemana; o la Decisión del Consejo Constitucional francés de 9/V/1991 sobre la ley del estatuto de la colectividad territorial de Córcega.

<sup>158</sup> PECES-BARBA, G., “La idea de España en el estado de las autonomías”, *Unidad y pluralidad en tiempos revueltos. Derechos, constitución, secesión*, Alberto del Real Alcalá, VVAA, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 21-41; PECES-BARBA, G., *Discursos parlamentarios de Gregorio Peces-Barba*, Cortes Generales, Madrid, 2014, Diario de sesiones del Congreso, nº 64, Intervención del 11 de mayo de 1978, p. 2170; *La España civil*, Galaxia Gutenberg, 2006, pp. 31 ss;

su interior y que es la sede de la soberanía que reside en el pueblo español; se reconoce a España como nación de naciones o de regiones, lo que fue aceptado por los nacionalistas catalanes; las otras naciones -Cataluña, País Vasco y Galicia que integran España son naciones culturales cuyos hechos diferenciales están reconocidos en la constitución.

Reabrir el consenso plantea en esencia, más allá de la posibilidad de una secesión, dos cuestiones básicas desde la perspectiva constitucional. De un lado, la de si España es un *Estado plurinacional*, lo que está fuera del consenso, pues la constitución no es el resultado de un pacto entre naciones que tenían soberanía previa y pactan, que era la posición del PNV<sup>159</sup>. Junto a los nacionalistas también apoyan la plurinacionalidad algunos anarquistas -que consideran que la constitución no es democrática- y Podemos, al menos Pablo Iglesias, que considera a España -dice- un país de países. España, indica, se debe construir desde la libre decisión democrática de sus diferentes pueblos, por lo que es partidario de que la ciudadanía catalana decida su destino a través de un referéndum<sup>160</sup>. Admite, pues, la independencia de Cataluña, por un lado, y cambios jurídicos que reñen la plurinacionalidad de España.

Se plantea asimismo si cabe considerar a España como una *nación de naciones*. Este término utilizado por A. Carretero (1962) fue impulsado por Peces-Barba en los debates constitucionales en los que indicó que España es una “comunidad superior, una nación de naciones, que se organiza como Estado social y democrático de derecho”. “La existencia de España como nación no excluye la existencia de naciones comunidades, pero la existencia de estas naciones comunidades no debe llevarnos a una aplicación rígida del principio de las nacionalidades”. Peces-Barba y algunos autores consideran que esta es la tesis que hizo suya la Constitución<sup>161</sup>. Pero no todos la conciben igual la fórmula. Maiz<sup>162</sup> (2018) lo vincula la federalismo plurinacional que postula una soberanía compartida en un Estado de Estados construido desde el reconocimiento, indica, de una plural

---

<sup>159</sup> TOMAS Y VALIENTE, F., *Autonomía y soberanía. Una consideración histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 113-131, p. 117.

<sup>160</sup> TAIBO, C., *En defensa de la consulta soberanista en Cataluña*, Catarata, 2014 Posición de P. Iglesias en DOMINGUEZ, A., *Repensar la España plurinacional*, Icaria editorial, 2017

<sup>161</sup> PECES-BARBA, 2014, antes citado. BLAS, A., “EL PSOE y la cuestión nacional”, *Nación y nacionalismos en la España de las autonomías*, CEPC, BOE, Madrid, 2018, p. 153 ss; SOLOZABAL, J.J., “España: nación de naciones”, pp. 237-253

<sup>162</sup> MAIZ, R., *Nacionalismo y federalismo. Una aproximación desde la teoría política*, siglo XXI de España, 2018, 502 pp.

nación de naciones, lo que entronca con una idea de soberanía compartida. Esta línea de pensamiento negaría la existencia de España como nación, por lo que algunos se preocupan por su defensa como ya hiciese Antonio Machado en carta de agradecimiento a Ramiro de Maeztu por el envío de su Libro *Defensa de la hispanidad*.

Alzaga o Tajadura<sup>163</sup> estiman que la definición de España como unidad superior de nacionalidades y regiones supuso el rechazo expreso a configurarse como nación de naciones (las nacionalidades, indica Tajadura, no son sinónimos de nación); Ariño precisa que la fórmula no cabe si de ello se quieren derivar consecuencias jurídico políticas de organización y distribución del poder. Fraga consideraba todavía en los ochenta que se debería eliminar la palabra nacionalidades del artículo segundo, y redactar nuevamente el título VIII<sup>164</sup>. En todo caso *sería una fórmula que, de aceptar la existencia de la nación española, es decir, de no incurrir en un negacionismo podría tener alguna posibilidad de consenso, si bien los radicalismos a que ha conducido el proceso y la desconfianza generada por las posiciones extremistas podrían haber alejado esta opción*.

También se ha reabierto el debate en torno a la reivindicación de *hechos y tratamientos diferenciales y asimétricos*. Cambó<sup>165</sup> decía en 1927 que el problema catalán tiene por única base la existencia de un hecho diferencial, una personalidad inconfundible e indestructible; J. Pujol consideraba que tratar la excepcionalidad con criterios de generalidad había dejado sin resolver el problema de Cataluña<sup>166</sup>. Herrero cuenta en sus memorias que fue la negativa a un modelo asimétrico que reconociese la singularidad de Cataluña y Euzkadi la que forzó la referencia a las nacionalidades y donde nacionalistas vascos y catalanes

---

<sup>163</sup> TAJADURA, J., “El pronunciamiento del TC sobre el preámbulo del estatuto de autonomía de Cataluña: nación, realidad nacional y derechos históricos”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 27, 2011, primer semestre, UNED, 423-449.

<sup>164</sup> FRAGA IRIBARNE, M., *El cañón giratorio: conversaciones con Eduardo Chamorro*, Barcelona, Ed. Vergara, 1982, p. 205

<sup>165</sup> CAMBO, F., *Por la Concordia*, Alianza editorial, Madrid, 1986, p. 22

<sup>166</sup> PUJOL, J., “La personalidad diferenciada de Cataluña. Historia y presente”, *Nacionalidades y Estado en España. Tres conferencias de los Presidentes José Antonio Ardanza, Manuel Fraga y Jordi Pujol*, (47-58), Madrid, 1991, Ed. Uc3M-BOE, p. 60, 61, 62.

se oponían a la generalización, que se produce finalmente<sup>167</sup>. Los debates actuales reproducen básicamente las posiciones previas al consenso, si cabe más radicales. Algunos proponen un federalismo asimétrico para “esas verdaderas naciones que son Cataluña y País Vasco”<sup>168</sup>. Tal vez por ello otras comunidades autónomas se apresuraron, como Aragón, a aprobar leyes como la 8/2018 -inconstitucional por muy variadas razones, como ha venido a señalar el Tribunal constitucional- con las que parece reivindicar una singularidad similar a los demás. ¡A ver quien se excluye!

## REFLEXIÓN FINAL

Hemos visto que los derechos humanos se abren paso en la comunidad internacional entre grandes dificultades y muchos desafíos. Hay tensiones, nuevas demandas y obstáculos que hacen que estén en un debate permanente y que necesiten de nuevas respuestas desde el Derecho para que sigan siendo un medio útil con el que salvaguardar la dignidad de los seres humanos.

Pero la realización de los derechos humanos es tan difícil que supera al propio Derecho, interno e internacional, y requiere de condiciones que lo hagan posible, tanto culturales como económicas y políticas. Es importante la sostenibilidad económica, la preocupación de los poderes y las Instituciones públicas, pero también la concienciación y la labor de la sociedad civil. Es una tarea en la que todos deben colaborar, desde la Escuela, con la educación en derechos humanos, a las familias y a los medios de comunicación. Un ambiente social favorable a los grandes valores de la modernidad (igualdad, libertad, pluralismo, solidaridad)

---

<sup>167</sup> La tesis de Herrero era satisfacer “aspiraciones nacionales”. Pero como admite ganó la tesis de la generalización defendida por Clavero y Pérez-Llorca. Herrero llega a proponer un régimen común de mancomunidades interprovinciales y que se reconociese por disposiciones adicionales los hechos diferenciales catalán, vasco, navarro y gallego. Esto habría sido, indica (p. 156) lo que en realidad provoca la retirada de Peces-Barba de la ponencia, aunque alegase la libertad de enseñanza; en todo caso Suárez decidió evitar toda mención expresa a Cataluña, Navarra y las provincias vascas, de lo que se hizo responsable el vicepresidente Fernando Abril, que había llegado a un acuerdo constitucional con el PSOE y se desautorizó la Herrero como mero documento de trabajo. Herrero rompió la disciplina de partido y de voto con nacionalistas y comunistas, frente a Fraga, Cisneros y Pérez-Llorca, por lo que hubo un empate de votos que impedía la adopción de la nueva propuesta centristas, como consta en las actas de 15-III-1978, lo que fue un escándalo luego olvidado por el feliz desenlace constitucional. HERRERO, *Memorias de estío*, Madrid, Ed. Temas de hoy, 1993, p. 381.

<sup>168</sup> OLIVER ARAUJO, J., (2016) “Cataluña, entre la autonomía y la autodeterminación (una propuesta)”, *La cuestión catalana*, nº 37, 1, 221-230

favorece la convivencia en diversidad, lejos de la dialéctica amigo-enemigo, de la polarización, de estereotipos y actitudes que aún de manera inconsciente son discriminatorios.

Queda mucho por recorrer para llegar a un sistema universal consolidado. Hobsbawm, en su voluminosa *Historia del siglo XX*, no lo cita nunca como tampoco lo hacen la mayoría de los historiadores. Este dato es indicativo de la escasa relevancia que tiene en el discurrir de la vida de los pueblos y de las personas. Y ello a pesar de que la *Declaración universal de derechos humanos* ya ha alcanzado la edad de jubilación. La organización de Naciones Unidas, las organizaciones regionales y las no gubernamentales juegan un papel básico en la protección de los Derechos humanos y son insustituibles.

Una tarea urgente es reforzar el sistema universal para que llegue a jugar un papel en la vida internacional. Eso exige reconquistar los derechos humanos reforzando los consensos internacionales, mediante el diálogo, y fortalecer el sistema institucional tanto por la judicialización como por avances en el multilateralismo y en las agendas complementarias a la humanización.

La universalización ha llevado a que de manera imperceptible se asuma cada vez más el mensaje de los derechos humanos. En un mundo interdependiente los derechos humanos forman parte de la hoja de ruta internacional. La sostenibilidad internacional en el triple plano social, económico y político está llevando a políticas internacionales como la digitalización o la transición ecológica, entre otras, que plantean nuevos retos para los derechos humanos.

Evitar el deterioro del Estado democrático social y liberal, principal garante de los derechos humanos es necesario, del mismo modo que reducir los nacionalismos excluyentes y los populismos. También se debiera impulsar la judicialización del sistema universal por los Estados democráticos, en Naciones Unidas. La aventura de los derechos humanos necesita Instituciones fuertes, tanto nacionales como internacionales, que los promuevan y que favorezcan el viejo sueño kantiano de la paz a través del Derecho.





## DISCURSO DE CONTESTACIÓN

A cargo del

Excmo. Sr. Don Antonio Blanc Altemir

Excelentísimo Sr. Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Excelentísimas señoras y señores académicos, Ilustrísimas autoridades, señoras y señores,

Mis primeras palabras han de ser necesariamente de agradecimiento hacia esta querida Academia por el encargo conferido para contestar el discurso de ingreso en esta docta Corporación del Excelentísimo Sr. D. Carlos Fernández Liesa, agradecimiento que quiero hacer extensivo al propio beneficiario por haber propuesto mi nombre para llevar a cabo esta honrosa y para mi muy emotiva tarea.

A pesar de las restricciones y limitaciones impuestas por la pandemia, sin duda alguna es éste uno de los actos que revisten mayor solemnidad entre todos los que se desarrollan a lo largo del curso académico al representar el refrendo y la bienvenida a un nuevo Académico, tras escuchar su brillante y al mismo tiempo vibrante discurso de ingreso.

La satisfacción y la emoción que para mi supone participar en un acto de esta relevancia, se ven reforzadas por la personalidad del verdadero protagonista de esta tarde, el profesor doctor Carlos Fernández Liesa, de quien diré que al margen de los numerosos méritos que jalonan su curriculum, a los que me referiré de forma sintética más adelante, es sobre todo y ante todo una persona con una extraordinaria capacidad de trabajo, que afronta sus retos con entusiasmo, tenacidad y generosidad, características que manifiesta tanto en sus relaciones académicas como personales.

Siguiendo con la tradición y los usos académicos, me propongo realizar una semblanza del nuevo académico, para pasar a continuación a referirme a los aspectos más destacados de su discurso y todo ello con la prudencia que en el uso del tiempo es deseable y aconsejable en estos actos.

El profesor Carlos Fernández Liesa nació hace casi 57 años en el hospital militar de esta ciudad de Zaragoza, donde su padre D. José Luis Fernández Berge era médico militar (coronel médico) especialista en pediatría. De su matrimonio con Doña Teresa Liesa González, natural del pueblo oscense de Loporzano, nacieron cinco hijos varones. A pesar del indiscutible arraigo zaragozano de la familia del hoy académico recipiendario, pues su madre y sus cuatro hermanos residen en esta ciudad, siendo dos de ellos médicos y los otros dos ingenieros industriales, nuestro nuevo académico ha desarrollado la mayor parte de su vida académica en Madrid, concretamente en la Universidad Carlos III.

Nuestro recipiendario es padre de tres hijos y está casado con la brillante periodista de origen navarro Maite Cunchillos Ozcoidi, actualmente jefa de prensa de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

Como todos sus hermanos estudió la EGB, en los corazonistas en el Paseo de la Mina, en el que también se encontraba, antes de trasladarse cerca del aeropuerto, el club de tenis, donde con relativa frecuencia practicaba dicho deporte con su padre, cursando más tarde el bachillerato en el Instituto Goya en la avenida de igual nombre ya a finales de los setenta en una Zaragoza inmersa en plena transición democrática.

Definida su vocación jurídica, nuestro nuevo académico cursó la Licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho de esta ciudad durante los años 1982-1987. Fueron unos años en los que la Facultad, donde se fumaba en clase al principio tanto profesores como alumnos, privilegio que después sólo recaía en estos últimos, presentaba un índice de masificación notable con muchos alumnos y pocos pero muy buenos profesores, que contribuyeron a formar generaciones de excelentes juristas que hoy ejercen como jueces, notarios, catedráticos o abogados.

Tras cursar un Máster en Altos Estudios Internacionales en el prestigioso Instituto de igual nombre en la ciudad francesa de Niza, inició en 1998 su carrera académica con una beca de formación de profesorado universitario en la Facultad de Derecho de Zaragoza, donde permaneció dos años, hasta que se trasladó en 1990 a la recién creada Universidad Carlos III de Madrid, al mismo tiempo que el profesor Fernando Mariño Menéndez (que había sido catedrático de Derecho Internacional Público en la de Zaragoza, entre 1982 y 1990), y que le dirigió la Tesis doctoral sobre las bases de la política exterior europea. Tesis defendida en 1992 y que obtendría la máxima calificación y el premio extraordinario de doctorado en dicha Universidad, en la que también obtendría por concurso oposición en 1994, la plaza de Profesor Titular, y posteriormente la de Catedrático en el año 2005.

Ciertamente no es tarea fácil, por razones de tiempo, intentar glosar el CV de nuestro académico recipiendario dada su extensión y su brillantez en todas las dimensiones que van desde la docente y la investigadora a la gestión.

Por lo que respecta a la primera, la docente, el profesor Carlos Fernández Liesa ha desplegado una intensa actividad en todos los niveles de grado, máster y doctorado. Entre ellos destacaré que ha sido y es director del Máster en acción solidaria e inclusión social, considerado por el ranking publicado por el diario El Mundo como el primero en cooperación internacional, desde su creación hace 22 ediciones. También es profesor del Máster en diplomacia y relaciones internacionales de la Escuela diplomática desde 2005, en el que es responsable de la asignatura Organizaciones internacionales y del Máster en Abogacía de la Universidad Carlos III de Madrid, en el que es responsable de la asignatura Tutela ante tribunales internacionales, así como de otros muchos otros Másteres, habiendo sido además Director de más de 100 Congresos, jornadas y seminarios sobre temas de su especialidad.

El profesor Fernández Liesa ha sido Profesor invitado en múltiples Universidades españolas y extranjeras, entre las que destacaré, sin ánimo exhaustivo, la Universidad de Buenos Aires (Argentina), las Universidades Externado y Medellín (Colombia), el *Institut des Hautes Etudes Internationales* de París, la Université d'Orleans, y la Universidad de Perpignan (Francia), las Universidades de Sao Paulo, Salvador de Bahía y Curitiba (Brasil), la Universidad de Monterrey, la Universidad de Baja California y la Universidad de Guadalajara (México), o la University of Notre Dame (EEUU), y la Universidad de Lisboa (Portugal), entre otras muchas...

Su labor científica e investigadora en el campo del Derecho Internacional Público y de la Unión Europea es ingente, profunda y absolutamente imprescindible en el panorama actual de la doctrina española, como lo demuestran algunas cifras que me permito trasladarles: el Dr. Fernández Liesa ha obtenido cinco sexenios de investigación reconocidos por la Comisión Nacional de Evaluación de la Actividad Investigadora; es autor o coautor de 11 monografías; ha dirigido o codirigido 23 libros colectivos y es autor de más de 50 artículos y colaboraciones en homenajes, publicados en revistas especializadas y de alto impacto, así como de más de 65 capítulos en libros colectivos, sobre temas que configuran sus principales líneas de investigación, como protección internacional de los derechos humanos, conflictos internacionales, cooperación internacional, espacio iberoamericano, protección jurídica internacional del patrimonio cultural, tribunales internacionales, política exterior europea...

También ha participado en más de 40 proyectos de investigación financiados en convocatorias competitivas de ámbito universitario, regional, estatal, europeo e internacional, siendo en muchos de ellos el investigador principal. Ha dirigido una quincena de tesis doctorales, y ha participado además como miembro del Tribunal de más de cien Tesis doctorales.

El profesor Fernández Liesa es, asimismo, miembro de diversos grupos de investigación, comités de expertos nacionales e internacionales así como miembro del Consejo Científico de una serie de Revistas especializadas como el Anuario Español de Derecho Internacional, que edita la Universidad de Navarra, Director de la Revista Electrónica Iberoamericana y de la Revista Tiempo de Paz, miembro de la Asociación española de profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, de la Asociación argentina de Derecho internacional y de la *Société Francaise pour le Droit international*.

Por si lo explicitado hasta ahora de forma muy resumida no fuera suficiente, el recipiendario ha tenido tiempo y energías para desarrollar una serie de cargos en el ámbito de la gestión universitaria, como son Director del Departamento de Derecho internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, cargo que ocupa actualmente; ha sido también Director del Instituto de estudios internacionales y europeos Francisco de Vitoria; Secretario General de la Universidad Carlos III de Madrid; Vicerrector de estudiantes y convergencia europea o Director de la Residencia de estudiantes Fernando de los Ríos de dicha Universidad.

Sin embargo y conociendo bien al profesor Carlos Fernández Liesa, estoy convencido que los extensos y prolíficos apartados de su magnífico curriculum seguirán creciendo con intensidad en los próximos años, dada su extraordinaria capacidad de trabajo y de iniciativa demostrada hasta ahora en todos los ámbitos.

Por lo que respecta al discurso propiamente dicho, diré en primer lugar que el académico recipiendario nos ha ofrecido un excelente y brillante discurso de ingreso sobre “El sistema universal de derechos humanos. Teoría y realidad”, materia que constituye, como ya he dicho anteriormente, una de sus principales líneas de investigación.

Tras una breve introducción sobre la evolución y el contexto histórico y normativo de la implantación de un sistema universal de los derechos humanos, nuestro nuevo académico ha estructurado su discurso en cuatro partes diferenciadas respectivamente dedicadas a la conformación del sistema universal de los derechos humanos; a la teoría; a la dinámica y finalmente a los desafíos actuales de dicho sistema universal, entre los que destaca el desafío de la judicialización, el de la sostenibilidad y el desafío democrático.

Uno de los temas que siempre han estado presentes en torno a la cuestión de la protección de los derechos humanos es, sin lugar a dudas, el relativo al de su universalidad. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que, junto a los dos Pactos adoptados en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, constituye lo que se conoce como la “Carta Internacional de los Derechos Humanos”, supuso un hito considerable al ser el primer instrumento de carácter general -aunque formalmente no vinculante- que incorporaba un catálogo específico de derechos humanos, proclamado por una organización internacional con vocación universal.

Es evidente que la Declaración pretende incorporar una concepción universal de los derechos humanos, superadora de ideologías, culturas o religiones, y basada en la dignidad humana. Así se desprende del primer párrafo del Preámbulo, y sobre todo de su primer artículo:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

La dignidad humana, en cuanto que valor predicable o atributo intrínseco y al mismo tiempo específico de todos los seres humanos, constituye el fundamento último de los derechos humanos y de su universalidad.

Desde esta perspectiva, afirmar la universalidad de los derechos humanos supone llevar a cabo una abstracción de las diferentes situaciones históricas, políticas, religiosas e incluso éticas para reafirmar que tan sólo se requiere el requisito de ser humano para ser titular de tales derechos. Ello implicaría igualmente la necesidad de superar el marco jurídico positivo existente en un momento determinado, en la medida en que los derechos humanos son anteriores al derecho positivo y en que además se encuentran fuera del ámbito exclusivo de la jurisdicción doméstica de los Estados como consecuencia del proceso progresivo y al mismo tiempo imparabable de su internacionalización.

En definitiva, la universalidad de los derechos humanos, comporta aceptar su propia existencia, pues ambas cuestiones –universalidad y existencia- caminan indisolublemente unidas, en la medida en que en ningún caso podría admitirse que los derechos humanos lo fueran tan sólo respecto de ciertas categorías o grupos humanos, como mujeres, niños, ancianos, blancos, negros o discapacitados.

La universalidad de los derechos humanos implica, por lo tanto, aceptar que tales derechos se adscriben a todos los seres humanos con independencia de cualquier contexto y que son predicables respecto de todos los seres humanos, precisamente por que dicha adscripción se realiza al margen de cualquier circunstancia temporal, espacial, política o cultural.

A *sensu contrario*, negar la dimensión universal de los derechos humanos, equivale a no aceptar que puedan ser invocados contra todas las amenazas provengan de donde provengan, lo que implicaría, no sólo renunciar al gran progreso que para la propia humanidad supone la universalidad de los derechos humanos, como ya ha sido apuntado, sino también ignorar que ésta garantiza su propia efectividad.

La larga marcha hacia la universalización de los derechos humanos no ha estado exenta de progresos y retrocesos constantes que le atribuyen todavía hoy un carácter de proceso inacabado, a modo de pretensión permanente. En efecto, la indiscutible existencia de divergencias sobre la concepción de los derechos humanos o al menos sobre algunos de ellos, así como sobre la conveniencia de reforzar la efectividad de los mecanismos de garantía, entre otras cuestiones, no impide que existan igualmente convergencias definidas que marcan, como afirma Cassese, una tendencia nítida hacia la universalización.

No obstante y como afirmaba al principio de su discurso el profesor Fernández Liesa, este sistema universal. “no es fruto de la razón, ni de un legislador central, sino que es un *producto socio-histórico*, lo que afecta a sus rasgos como sistema jurídico, a su coherencia de conjunto y a su alcance. Como afirma Bobbio, en *El tiempo de los derechos*, los derechos nacen donde pueden y como pueden. No son el resultado de visiones doctrinales o conceptuales sino de reivindicaciones y de realidades históricas en las que, a menudo, hay ríos de sangre derramados por la humanidad”.

Partiendo de esta afirmación, fácilmente constatable, acometeré brevemente en esta contestación dos cuestiones que en mi opinión sostienen el edificio de la universalidad de los derechos humanos: la dignidad humana, y la dialéctica universalidad-relativismo.

Las frecuentes críticas e impugnaciones a la universalidad de los derechos humanos pueden sistematizarse en torno a tres dimensiones diferentes: filosófica, política y jurídica. Centrándonos en ésta última perspectiva, y partiendo del hecho de que sólo podemos considerar los derechos humanos desde la óptica de la efectividad, en la medida en que sean reconocidos por los ordenamientos jurídicos positivos, la carencia fáctica de aquélla determinaría para algunos autores que la universalidad jurídica de los derechos humanos seguiría siendo en la actualidad una falacia o una quimera. Para Ferrajoli, ésta sería la perversa consecuencia de confundir derechos y garantías, pues nos llevaría a descalificar en el plano jurídico las dos conquistas más importantes del constitucionalismo del siglo XX: la internacionalización de los derechos fundamentales, y la constitucionalización de los derechos sociales, pues en ausencia de las debidas garantías quedarían

aquellas conquistas reducidas “a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes”.

Con independencia de que pueden existir otras objeciones, puede afirmarse que los argumentos susceptibles de ser utilizados contra aquéllas, se apoyan en un denominador común: la dignidad humana como fundamento último de la universalidad de los derechos humanos, en la medida en que la titularidad sobre tales derechos recae en todo ser humano dotado de carácter racional y libre que lo identifica como perteneciente al género humano.

El reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos más allá de cualquier diferencia étnica, cultural, régimen político o desarrollo económico, tan sólo puede basarse en la dignidad humana, común a todos los hombres, que como proclama la Declaración Universal en su primer artículo, “nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”

Dignidad que se deriva de la común condición de todos los seres humanos, en la medida que pertenecen a una especie única y diferente del resto del reino animal, dotada de naturaleza libre y racional, así como de un conjunto irreductible de potencialidades entre las que destacarían la libertad y la sociabilidad. El concepto de dignidad humana, aunque nace con una marcada connotación religiosa, se desarrolla y reformula en la época moderna manteniendo su carácter antropocéntrico pero desvinculándose de cualquier origen divino. Partiendo de esta nueva concepción, que reconoce la igualdad de todos los seres humanos, se articularán las herramientas jurídicas que deberán garantizar la igualdad jurídica y política de los individuos a pesar de las innegables diferencias sociales y de otra índole.

Desde esta concepción, de orientación marcadamente iusnaturalista, cabría afirmar que el postulado de la dignidad humana descansaría por lo tanto en la unicidad y singularidad del género humano, con un claro precedente en Francisco de Vitoria y, en general, en la Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes de los siglos XVI y XVII, que conferiría a los pertenecientes a aquél una titularidad sobre los derechos humanos, o al menos, sobre los más básicos y fundamentales, independientemente del contexto social o político. Como muy acertadamente ha señalado el profesor Fernández Liesa en su discurso, esta concepción universalista es la que lleva a considerar a Francisco de Vitoria como uno de los padres fundadores del moderno Derecho internacional.

Aunque el concepto de dignidad humana, que para el filósofo Robert Spaemann, es más antiguo que el de los derechos humanos, puede analizarse desde la óptica de otras disciplinas, es la perspectiva jurídica la que proporciona

las herramientas para garantizar su respeto a través de la construcción de la teoría de los derechos humanos, que nos proporciona la perspectiva jurídico internacional.

La dignidad intrínseca del ser humano constituye, como afirmaba el profesor Carrillo Salcedo, un “nuevo principio constitucional que la Carta de las Naciones Unidas introdujo en el Derecho internacional”, cuya relevancia y consecuencias jurídicas ha confirmado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La dignidad humana se ha convertido, por lo tanto, en un “principio generalmente aceptado en el Derecho internacional contemporáneo”, del que la Carta y la Declaración Universal son “expresiones jurídicas positivas y jurídicamente obligatorias”, que confieren a los Estados la obligación de asegurar el respeto de los derechos humanos, en la medida en que éstos constituyen la cristalización y la expresión más directa de esa dignidad.

Sin embargo, desde la perspectiva de la efectividad y aplicación práctica de tales derechos, conviene recordar que no pueden confundirse los planos de lo moral y de lo jurídico, pues como afirmaba el profesor Peces-Barba, citado igualmente por el recipiendario, “los derechos no lo son plenamente hasta incorporarse al Derecho positivo”. Por lo tanto, y dado que para sostener la universalidad de los derechos humanos no es oportuno hacerlo *a priori* desde la positividad, pero tampoco desde la óptica exclusivamente moral, habrá que aceptar que las pretensiones morales, que son la base de la dignidad humana y de los grandes valores de igualdad, libertad, seguridad o solidaridad, tan sólo se convierten en derechos cuando se positivizan.

Y ello llevado al plano del Derecho internacional, equivale a afirmar que, desde la misma perspectiva, tan sólo serían auténticamente universales las normas que hayan sido aceptadas por todos los Estados, con la excepción de las normas de *ius cogens*, que al tratarse de normas imperativas de Derecho internacional general, no requieren del consentimiento de los Estados, y se imponen a su voluntad más allá de todo vínculo convencional, cuestión ésta ya apuntada por nuestro nuevo académico y sobre la que volveré posteriormente.

Una atención específica requiere la objeción basada en el fenómeno de la regionalización progresiva, así como en el denominado relativismo cultural que determina una diferente concepción de los derechos humanos, e incluso de aquéllos que deben considerarse como fundamentales, en función de los regímenes políticos vigentes o de las tradiciones culturales dominantes.

Los particularismos derivados de la propia diversidad cultural existente en la actual sociedad internacional constituyen un desafío permanente a la universalidad.



Un argumento a menudo utilizado para reafirmar los particularismos frente a la universalidad, se basa precisamente en la alegación de que los derechos humanos constituyen una creación de Occidente y que translucen valores de carácter occidental. Esta polémica, que ya se planteó con ocasión de la aprobación de la Declaración Universal, se ha reproducido en otros foros y en otras ocasiones posteriores.

Sin embargo, aunque la aportación occidental a la internacionalización de los derechos humanos puede calificarse de relevante, en ningún caso puede derivarse de ello que los derechos humanos lo sean sólo del hombre occidental, como tampoco lo son en exclusiva de ninguna raza o cultura determinada, pues como proclama la Declaración Universal, ésta constituye “un ideal común” a alcanzar por todos los pueblos y naciones.

Ahora bien, aceptado este parámetro de universalidad pero reconociendo al mismo tiempo que los derechos humanos deben ser reconocidos y respetados en sociedades concretas y determinadas que presentan profundas divergencias políticas, religiosas y culturales, se impone, con carácter previo, intentar conciliar los fenómenos de la universalidad y de la diversidad, que aparentemente se nos presentan como contradictorios y difícilmente compatibles.

En efecto, ni la percepción de la cuestión de los derechos humanos, ni la concepción sobre los mismos, ni tan siquiera la prioridad en protegerlos son las mismas en todas las partes del mundo, pues aquéllas se ven mediatizadas por razones de índole cultural, político o religioso. En las sociedades subdesarrolladas, en las que no están garantizados ni los derechos más básicos como la alimentación o la vivienda, existe una tendencia definida a relativizar determinados derechos o libertades considerados en su seno como menos básicos o fundamentales, los cuales, sin embargo, difícilmente serían relegados a un segundo plano en las sociedades más desarrolladas como la occidental. Sin embargo, la crisis económica de los últimos años así como la actual pandemia, ha potenciado la desigualdad social también y de forma evidente en los Estados desarrollados, en particular los europeos, situándose, como sostiene Bauman, en los mayores niveles de las últimas décadas, lo cual ha provocado por un lado una notable reducción de los recursos hacia los países menos desarrollados, y por otro, ha potenciado de forma considerable la exclusión social en el interior de los propios Estados, también en los más desarrollados.

Es evidente que de la misma forma que el desarrollo facilita una mayor puesta en práctica de los derechos humanos, la ausencia de aquél, es decir el subdesarrollo, constituye un freno para su expansión. El desarrollo se configura,

por lo tanto, como una condición necesaria, aunque no suficiente, para una puesta en práctica cada vez más completa e integral de los derechos humanos. Pero aceptar esta afirmación, por otra parte constatable, no equivale a aceptar paralelamente como un postulado previo, que hasta que no se alcance un determinado nivel de desarrollo no podrá materializarse su efectiva protección, estando ésta reservada tan sólo a aquellas sociedades desarrolladas. El riesgo y la potencial perversidad que pueden derivarse de tales afirmaciones resultan evidentes, pues además de negar la efectiva realización de los derechos humanos a una gran parte de la humanidad, se estaría dando argumentos a determinados regímenes para condicionar su reconocimiento y protección –a modo de una condición suspensiva- al menos en lo que respecta a los derechos civiles y políticos, a la satisfacción de los derechos económicos y sociales, lo que atentaría directamente contra la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

La concepción de los derechos humanos se ve igualmente condicionada por los particularismos ideológicos y religiosos. Desde la óptica occidental, prima una visión de inspiración iusnaturalista, en la medida en que se consideran consustanciales a la naturaleza humana y por lo tanto anteriores a toda organización política, y al mismo tiempo individualista, desde el momento en que el hombre es el centro de todo el sistema, lo que conecta muy directamente con la ideología de corte liberal. En cambio, desde la perspectiva marxista, no sólo primaba una concepción más estatista o colectiva, que no sabía ver al hombre si no era integrado en la sociedad, sino que también la importancia concedida a los derechos de la segunda generación, era comparativamente mayor. Esta diferente concepción, que ha marcado las relaciones entre el bloque occidental y socialista durante largas décadas de guerra fría, se ha visto reemplazada en los últimos años por la irrupción en escena de la contradicción Norte-Sur, y la concepción que de aquéllos tienen los países del Tercer Mundo, influenciada igualmente, como afirma oportunamente Cassese, por las tradiciones culturales y religiosas del budismo, hinduismo, confucianismo o el Islam, con sus diferentes matices sobre el hombre y los derechos humanos.

La cuestión del relativismo cultural, que cristaliza la tensión existente entre la universalidad y los particularismos, resalta la existencia de otros valores y referencias diferentes a los occidentales, a los que tacha de extraños a la propia idiosincrasia, así como de intentar imponerse al resto del mundo mediante fórmulas neocolonialistas. Esta contraposición de puntos de vista sobre la dimensión conceptual de los derechos humanos, que ha estado presente de forma persistente en la sociedad internacional desde la Declaración Universal, presenta en el momento actual unas características específicas, aparentemente

contradictorias. En efecto, junto a la reafirmación constante de lo identitario y de los particularismos en nombre de unas diferencias, en ocasiones más aparentes que reales, nos encontramos, como afirmaba el profesor René Jean Dupuy, ante un proceso imparable de mundialización que produce asimismo sus efectos en el ámbito de los derechos humanos.

La dialéctica entre la universalidad y los particularismos ha afluorado sistemáticamente con ocasión de la discusión y posterior aprobación de instrumentos internacionales de derechos humanos. El tema, que ya se planteó en el momento de la discusión del texto de la Declaración Universal y posteriormente con ocasión de la adopción y posterior entrada en vigor de los dos Pactos internacionales de derechos humanos, se ha vuelto a plantear más recientemente.

Sin duda, un argumento a favor de esta pretendida universalidad lo aporta el hecho indiscutible de que dichos textos han sido voluntariamente aceptados por Estados muy diferentes –diametralmente opuestos en algunos casos- en cuanto al modelo económico, político, religioso e incluso social. Sin embargo, puede afirmarse que el esfuerzo desplegado con ocasión de la discusión de tales instrumentos en aras a unificar las tendencias centrífugas que inevitablemente se producen en esta materia en el seno de la comunidad internacional, no ha culminado en un resultado aparente y globalmente positivo pues se trata de un proceso inacabado y abierto.

Es evidente que el objetivo perseguido es la búsqueda del siempre difícil equilibrio entre la universalidad y el respeto a las particularidades nacionales y regionales, sin que suponga que los Estados puedan ampararse en ellas para eludir el respeto a los derechos y libertades fundamentales. En definitiva, podemos afirmar que el relativismo cultural no puede servir para justificar las violaciones sistemáticas de los derechos humanos, pero tampoco puede aceptarse que en nombre de la universalidad, se imponga coactivamente un modelo cultural eurocéntrico a países que tienen tradiciones culturales y políticas propias, siempre y cuando no representen formas de tiranía que nieguen o violen los derechos humanos más fundamentales, como afirma Pérez Luño.

Sin embargo, y aceptado este postulado general, se impone encontrar un equilibrio entre universalidad y diversidad, pues los derechos humanos, toman carta de naturaleza en contextos políticos, sociales y culturales muy diferentes. Las especificidades y la diversidad influyen, sin duda, en el contenido real y práctico que aquellos presentan y manifiestan. De la misma forma que no se puede discutir la unicidad del género humano y de su dignidad intrínseca, tampoco es discutible la diversidad de culturas y sistemas políticos y sociales existentes en la sociedad internacional actual.

Es por lo tanto absolutamente necesario establecer una relación dinámica y al mismo tiempo armónica, entre universalidad y diversidad, como afirma Bedjaoui, antiguo magistrado y presidente de la Corte Internacional de Justicia. En esta línea de pensamiento, el denominador común entre ambas radicaría en determinar si existen una serie de derechos humanos considerados como mínimos y fundamentales, reconocidos por toda la comunidad internacional independientemente de sus particulares tradiciones, culturas o religiones. Estos constituirían los atributos inalienables de la persona humana, es decir un auténtico núcleo duro de derechos que expresarían la dimensión irreductible del género humano, y que traslucirían unos valores universalmente reconocidos y aceptados, cuya violación haría imposible el respeto de los demás derechos, alterando al mismo tiempo la propia esencia y naturaleza humanas.

La definición de un núcleo intangible o irreductible de derechos humanos nos conecta irremediabilmente con el concepto de normas de *ius cogens*, concepto al que oportunamente se ha referido el Dr. Fernández Liesa afirmando que este tipo de normas ha introducido una *jerarquía normativa* en el Derecho internacional. En efecto las normas imperativas son aquellas que han sido así calificadas por la comunidad internacional en su conjunto, mediante su “aceptación” y su “reconocimiento”. Dichas normas, que derivan de un consenso general de los Estados referido a determinados valores jurídicos que se consideran esenciales en el ordenamiento internacional, no admiten acuerdo en contrario, y como establece el artículo 53 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, “sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”, como ya ha quedado dicho.

En definitiva, aquellos derechos que conforman el núcleo duro o intangible, constituirían normas de *ius cogens*, lo que comportaría en la práctica la limitación de la libertad contractual de los Estados, al provocar la nulidad absoluta de aquéllos tratados internacionales que estén en oposición con dichas normas, ya sea en el momento de su celebración o por la aparición posterior de una nueva norma imperativa de Derecho internacional general, según se establece en el artículo 64 de dicho Convenio.

Esta limitación implica, por lo tanto, la imposibilidad de que uno de los derechos que conforman el citado núcleo duro, pudiera ser derogado, tanto mediante un tratado celebrado entre dos o más Estados, o como consecuencia de la posibilidad de suspensión o derogación que incorporan determinados instrumentos convencionales de derechos humanos.

Dado que no existe una total coincidencia en los diversos instrumentos

internacionales de derechos humanos, en la determinación de los derechos que no son susceptibles de suspensión o derogación, será necesario, en mi opinión, buscar el mínimo común denominador de los derechos que los distintos instrumentos internacionales califican como inderogables, lo que, unido a su aceptación y reconocimiento como tales por la comunidad internacional en su conjunto, determinará su conceptualización como normas de *ius cogens*. Dicho *standard minimum*, vendrá determinado por los derechos que protegen lo que podríamos llamar el núcleo indestructible de la dignidad humana: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud o servidumbre, y el derecho a las garantías jurídicas y procesales mínimas e indispensables. El criterio para la inclusión de un derecho a este núcleo duro, será, además de su inderogabilidad formal, que su violación haga imposible el disfrute de los demás derechos incorporados al mismo.

El hecho de que nos encontremos ante un núcleo de derechos inderogables en cualquier circunstancia, por excepcional que sea, determina en la práctica una limitación de la soberanía de los Estados cuando esté en juego el respeto a la dignidad humana. Este núcleo duro, deviene universal más allá de las especificidades de carácter regional puedan introducir determinados instrumentos regionales de derechos humanos. El nivel infranqueable que determinará ese estándar mínimo, será el respeto a la dignidad humana, con independencia de las tradiciones culturales, políticas o religiosas u otras circunstancias particulares.

Debo concluir y concluyo reiterando mi felicitación al nuevo académico por su extraordinario y magnífico discurso, lleno de matices y consideraciones muy oportunas que nos invitan a reflexionar sobre un tema de gran interés como es el sistema universal de los derechos humanos que, sin duda, constituye una de las conquistas jurídicas más relevantes de la humanidad. Felicitación que quiero hacer extensiva a nuestra querida Academia por acoger en su seno a un brillante y prestigioso internacionalista que sin lugar a dudas contribuirá con sus aportaciones al logro de los nobles objetivos de esta docta e ilustre Corporación.



# **CONFERENCIAS**





**LA RECUPERACIÓN DEL PATRIMONIO  
ARTÍSTICO ARAGONÉS EN CATALUÑA:  
EL PLEITO JURÍDICAMENTE MÁS IMPORTANTE  
DE ARAGÓN Y DE CATALUÑA.**

Ilmo. Sr. Jorge F. Español Fumanal<sup>1</sup>  
Abogado y Profesor de Derecho Internacional

**I. PROEMIO.**

Quiero agradecer al presidente de la Academia D. **José Luis Merino Hernández**, notario y eximio jurista, y a su secretario D. **Francisco Mata Rivas** su encargo para dar una conferencia sobre esta compleja materia. Quiero dedicar este artículo a dos juristas aragoneses poco conocidos, pero importantes en la Historia del Derecho.

El primero de ellos es **Mariano Nogués y Secall**, quien fue Presidente de la Academia Jurídico-Práctica Aragonesa y miembro de varias reales academias, y cuyo libro “**La Moral del Abogado**” (**Zaragoza, 1849**) resulta todavía insuperado, y por ello sigue siendo mi libro de cabecera y que considero se debiera estudiar en todos los cursos de preparación para el ejercicio de la abogacía en España, pues es una auténtica joya de la literatura jurídica española.

El segundo, si bien oriundo de Valladolid, fue catedrático de Derecho Civil Español, Común y Foral en la Universidad de Zaragoza, **Domingo Alcalde Prieto**, desde cuya cátedra aragonesa escribió un importantísimo libro dedicado en su parte final a la materia de la **bibliofilia jurídica española**, que, con sus erratas, todavía resulta insuperada. Se trata del libro titulado “**Curso Teórico-Práctico**,

---

<sup>1</sup> © Jorge Fernando ESPAÑOL FUMANAL, Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología por la Universidad Complutense, Licenciado en Derecho por la UNED, MBA por la Universidad de Houston, Profesor de Derecho Internacional, Diplomático y Consular.

## **Sinóptico-Bibliográfico de Derecho Civil Español, Común y Foral” (Valladolid, 1880).**

### **II. INTRODUCCIÓN**

No cabe la menor duda de que el litigio de los bienes artísticos aragoneses en Cataluña es, con creces, el litigio más importante, jurídicamente hablando, tanto de la historia de Aragón como de Cataluña:

1. Basta dar un repaso a cuantos tribunales han intervenido: Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica vaticano, Tribunal Supremo español (las tres Salas del Tribunal Supremo: Sala de lo Civil, Sala de lo Penal y Sala de lo Contencioso-Administrativo), Alto Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, Tribunal Constitucional, Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Audiencias Provinciales de Lérida, Huesca y Barcelona, Juzgados de Primera Instancia e Instrucción nº 1, 2, 3 y 4 de Huesca, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Barbastro, Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Lérida, Juzgado de Instrucción nº 3 y 6 de Barcelona, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Rubí, etc... No hay nada comparado con tan extensa dimensión jurídica, ni en Aragón, ni en Cataluña tampoco.

2. Es también el más importante por su eterna duración. Ya no es solo que este litigio se iniciase en 1995 con la partición del Obispado de Lérida y que todavía dura después de 25 años, algo que no creo que se vea nunca más, sino que, por ejemplo, el conflicto de competencias entre la Generalitat y el Gobierno de Aragón por el ejercicio del derecho de retracto en los 97 bienes del tesoro artístico de Sijena, que se presenta en 1998 ante el Tribunal Constitucional, es sin duda alguna el asunto que más tiempo ha tardado en resolverse por el Tribunal Constitucional en toda su historia, dada la enjundia del problema: nada menos que ¡catorce años!

3. Ya no es solo el más importante por su índole estrictamente jurídica, sino también es el más importante por su efecto mediático y periodístico, pues, se podrían hacer varias enciclopedias con todo lo publicado sobre el mismo, tanto en prensa, como en radio y televisión.

4. El pleito del Virrey extranjero en Aragón, que sin duda fue el políticamente más importante de la historia de Aragón, queda en nada comparado con la magnitud jurídica de este complejo asunto.

### III. EL LITIGIO CANONICO Y EL DECRETO DEL NUNCIO LAJOS KADA DE 29/6/1998

1. La discusión de la partición de las parroquias aragonesas que estaban en el Obispado de Lérida, se venía debatiendo en la Conferencia Episcopal Española desde los años 80, produciéndose diversas dilatas hasta que por Decreto de 15 de junio de 1995 de la Congregación de Obispos, se culmina el pase de estas parroquias al nuevo obispado de Barbastro-Monzón.

2. A solicitud del Obispado de Lérida, el Nuncio ejecutor de dicho decreto se ve obligado a dictar otro Decreto de 29 de junio de 1998 aclarando que los bienes artísticos de estas parroquias se encuentran en Lérida a título de depósito, salvo prueba en contrario: “el patrimonio artístico procedente de las parroquias desmembradas y que se encuentra actualmente en Lérida está a título de depósito y no de propiedad, mientras la diócesis de Lérida no pruebe lo contrario en cada caso, por lo que, de ser reclamado por sus legítimos propietarios, debe devolverse”. A partir de aquí, el Obispado de Lérida inicia un largo proceso canónico -que sin duda sabía que lo tenía perdido de antemano-, que termina con el dictado por el Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica, en el día de San Jorge –patrón de Aragón-, de su Sentencia de 23 de abril de 2001, dictando Sentencia definitiva dicho alto tribunal vaticano el 28 de abril de 2007 que confirmaba que el Obispado de Lérida debía entregar 111 bienes artísticos de las parroquias aragonesas escindidas, a través del nuevo Obispado de Barbastro-Monzón, su nueva diócesis aragonesa.

3. Quedó apartada en la ejecución del Decreto del Nuncio Lajos Kada la cuestión de los bienes de los monasterios al no pertenecer este asunto a la Congregación de Obispos sino a otra congregación vaticana, la Congregación para la Vida Consagrada.

4. Pero el primer Obispo de la diócesis de Barbastro-Monzón, Mons. Ambrosio Echevarría, descubre asombrado que la Priora de Valldoreix, no la de Sijena, había vendido 97 bienes artísticos del Monasterio de Sijena a la Generalitat de Cataluña por 50 millones de pesetas en total, en los años 1983, 1992 y 1994 y lo comunica a Ildefonso Salillas, alcalde de Villanueva de Sijena, diciéndole que él ya nada puede hacer, porque las ventas contaban con la licencia de la Santa Sede.

5. No tiene explicación alguna que la Santa Sede apartara esta cuestión, por mucho que tuviese que intervenir aquí la Congregación para la Vida Consagrada al tratarse de los bienes de un monasterio *sui juris*. Evidentemente el Vaticano sabía que estos bienes ya se habían vendido antes de 1995, porque había dado la licencia para su venta.

6. El alcalde de Villanueva de Sijena hace una comparecencia en las Cortes de Aragón y pide también al Justicia de Aragón (defensor del pueblo aragonés) que intervenga para que Aragón ejercite el derecho de retracto sobre esas ventas, iniciando el Gobierno de Aragón el expediente para ejercitar dicho retracto.

#### **IV. LAS DOS ESTRATEGIAS DE LA PARTE CATALANA: COMPRAVENTA SIMULADA PARA LOS BIENES ARTÍSTICOS DEL MONASTERIO DE SIJENA Y CATALOGACIÓN COMO COLECCIÓN INDIVISIBLE PARA LOS 111 BIENES PRECIOSOS DE LAS PARROQUIAS ARAGONESAS QUE SE INCARDINAN EN EL OBISPADO DE BARBASTRO-MONZÓN**

1. La tesis del pastor de la diócesis de Lérida Don Ramón Malla, se podía resumir así: “que pasen las ovejas a su nuevo pastor en Barbastro-Monzón, pero sin sus ricos cencerros, que se quedarán en Lérida”.

2. Para ello, el obispo de Lérida Don Ramón Malla llama a la puerta de la Generalitat para impedir que los bienes artísticos aragoneses vuelvan a Aragón. ¿Qué hicieron de forma concorde las autoridades eclesiásticas y políticas de la Generalitat -entonces presidida por ¡Jordi Pujol!- para evitar que estos bienes artísticos no pasasen a Aragón cuando empezaron a intuir el problema? Pues diseñaron una estrategia común con dos vertientes (monasterios y parroquias), que conviene aquí relatar para que se tengan todos los antecedentes, que pasaba siempre por esto: que el Obispado de Lérida se hiciese gratuitamente con esos bienes y además no tuviese que pagar nada en caso de tener que litigar por ellos, ni menos por la creación del nuevo museo civil de Lérida Diocesano y Comarcal en donde quedarían retenidos para siempre los mismos:

A) respecto de los monasterios aragoneses que antes estaban en la diócesis de Lérida, como el Real Monasterio de Sijena, que es el caso presente, se diseñó esta hábil y astuta estrategia: simular unas ventas que se harían en secreto para que Aragón no las conociese -por supuesto sin pagar precio alguno-, para que cuando el primer obispo de la nueva diócesis de Barbastro-Monzón reclamase el retorno de esos bienes, burlarle diciendo que se habían vendido. Y esto es lo que realmente ocurrió, pues el pobre obispo Don Ambrosio Echevarría, cuando fue a Roma a preguntar por estos bienes, y sin que nadie en Aragón lo supiera, le dijeron que ¡se habían vendido a la Generalitat de Cataluña!, algo que dejó consternado a este valeroso obispo nacido en Zeberio (Vizcaya).

B) respecto de las parroquias aragonesas que se iban a traspasar a la nueva diócesis de Barbastro-Monzón, la estrategia era bien distinta y perversa: se crea-

ría un nuevo museo “civil” en Lérida, declarando como una “colección indivisible” los 1.810 bienes de la colección artística diocesana de Lérida –entre los que había varios cuadros prestados por el Museo del Prado- con el fin de que cuando el nuevo obispo de Barbastro-Monzón reclamase los mismos, decirle que estaban en una colección indivisible y que, sin permiso de la Generalitat, el Obispo de Lérida no se los podía devolver. Afortunadamente esta estrategia fue dejada en nada por la Excma. Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo que en cinco brillantes sentencias de su sección cuarta bajo ponencia del Excmo. Sr. Requero Ibáñez de misma fecha de 26/5/2015 (recursos de casación número 2204, 2319, 2320, 2321 y 2322 de 2013) sentenciaba que la catalogación como colección indivisible de unas piezas de propietarios aragoneses dejadas en depósito en Cataluña, carecía de efecto.

3. Ramón Malla que ya había forzado en 1970 a las monjas de Sijena a irse al Monasterio de Valldoreix, pidió autorización a la Santa Sede para las ventas que la priora de Valldoreix -que no la de Sijena- hizo del tesoro artístico del Monasterio de Sijena, que fueron las siguientes:

i. La venta de 1983, después de dar la Santa Sede la autorización de venta, la autoriza luego el Obispo Malla a favor de la GENERALITAT DE CATALUÑA por 25 millones de pesetas. La venta de 1992 sin embargo la autorizará ilegamente el cardenal de Barcelona –que no tenía jurisdicción alguna en el Monasterio de Sijena- por 10 millones de pesetas a favor de la Generalitat de Cataluña.

ii. La venta de 1994 a favor del MNAC (Museo Nacional de Arte de Cataluña), sin embargo, no contó con autorización de la Santa Sede, por lo que, ya solo por esto, fue ilegal en el ámbito canónico.

4. Para retener las 111 piezas de las parroquias aragonesas, se concluye en total secreto el 20/5/98 por el consejero de cultura catalán Joan Maria Pujals Vallvé, la catalogación como colección indivisible de las 1.810 piezas del fondo artístico diocesano de Lérida, a lo que hay que significar que:

- La catalogación de los 1.810 bienes del fondo diocesano de Lérida como colección inescindible -hecha con palmaria mala fe-, no se notificó personalmente a los interesados, publicándose la misma por un ilegal edicto en el DOGC del 4/5/1999, que no tiene por ello efecto jurídico alguno.

-La causa que motivó dicha catalogación provenía de que para disgregar alguna de sus piezas, se necesitaba entonces la forzosa y discrecional autorización previa del consejero de Cultura de la Generalitat de Cataluña, tal y como así lo dispone el artículo 45.1 de la Ley de Patrimonio Cultural catalán.

- Hay que recordar que en dicha colección, no solo están metidos los 111 bienes artísticos de las parroquias que han pasado a la diócesis Barbastro-Monzón, sino también las 44 piezas del Real Monasterio de Sijena que fueron a parar al Museo Diocesano y Comarcal de Lérida, objeto de las ventas de 1983 y 1992 a favor de la Generalitat de Cataluña.

5. El Gobierno de Aragón ejerce en 1998 el derecho de retracto y, enterados de ello, la Generalitat de Cataluña alza un conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional por entender que, como la venta ha tenido lugar en Cataluña, la competencia para ejercerlo es suya por el principio de territorialidad, en lo que le acabaría dando la razón un Tribunal Constitucional casi dividido por mitad, con cuatro votos particulares.

## **V. LOS DOS MAZAZOS PARA ARAGÓN: LA DENEGACIÓN DEL EXEQUATUR EN 2011 Y LA SENTENCIA DEL T. CONSTITUCIONAL DE 2012**

Dentro de la historia del litigio de los bienes artísticos aragoneses en Cataluña, los años 2011 y 2012 son los de más triste memoria, pues, entonces, tanto las 111 piezas artísticas de las parroquias que pasaron a la diócesis de Barbastro-Monzón, como las 97 del Real Monasterio de Sijena, podían darse como totalmente perdidas para Aragón.

1. PRIMER MAZAZO.- Vista la constante desobediencia de los distintos obispos de Lérida y que la Santa Sede se lavaba las manos para hacer cumplir sus sentencias, en el Obispado de Barbastro-Monzón, que entonces lo defendía Hipólito Gómez de las Rocas, pensaron en instar un exequátur para que el juez nacional español hiciese cumplir las sentencias vaticanas que ordenaban al Obispo de Lérida devolver estas piezas. Yo ya advertí en distintas publicaciones que aquello era casi una temeridad y no saldría adelante. Efectivamente, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Barbastro dictó un Auto de 1 de junio de 2010 por el cual rechazaba dicho exequátur, resolución confrmada por la Audiencia Provincial de Huesca por Auto de 9/3/2011. Así, la reclamación de las 111 piezas de Barbastro quedaba para siempre en vía muerta. Todo lo ganado en la vía canónica no pasaba ahora de ser algo retórico y sin efecto jurídico alguno, pues el Vaticano no estaba dispuesto a hacer cumplir sus resoluciones por la fuerza al Sr. Obispo de Lérida.

2. SEGUNDO MAZAZO.- Pocos meses después, el 18/1/2012, el Tribunal Constitucional bajo la ponencia de un magistrado catalán, Eugeni Gay -lógicamente afecto a la iglesia catalana-, a quien en diversas ocasiones ya se le había

rechazado su ponencia y que no desistía en seguir reiterándola en las distintas coyunturas que había en aquel tribunal, ese día encontró una mayoría favorable que finalmente dio la razón a la Generalitat de Cataluña en el conflicto de competencias con el Gobierno de Aragón sobre el ejercicio del derecho de retracto de estas 97 piezas del tesoro artístico del Monasterio de Sijena, si bien hubo cuatro votos discrepantes con dicho fallo. Afortunadamente, había yo presentado allí como letrado del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, unas alegaciones que fueron tenidas en cuenta, en donde advertía que había gravísimas irregularidades en aquellas ventas, razón por la cual la Sentencia del Tribunal Constitucional hacía un importante advertencia en el sentido de que explicitaba que no se pronunciaba, ni se podía pronunciar, sobre la legalidad de dichas ventas, correspondiendo todo ello decidirlo a los jueces y tribunales ordinarios. Esta sería la clave para recuperar los bienes artísticos del Real Monasterio de Sijena, impugnar la legalidad de aquellas ventas, de cuyas irregularidades ya me había ilustrado el vicario judicial de Barbastro-Monzón Don José Mora Pellicer, que siempre decía que estaba escandalizado con ellas. No era para menos, como veremos más adelante.

3. Por lo tanto, en Enero de 2012, en un ambiente funesto y de derrota, tanto las 111 piezas de Barbastro-Monzón, como los 97 bienes del Monasterio de Sijena, se daban irremediabilmente perdidos para siempre. Así lo dijo el Gobierno de Aragón presidido entonces por Luisa Fernanda Rudi, pero que, ante mis opiniones vertidas en prensa de que el asunto todavía se podía ganar, con gran prudencia, advertía que había que analizar si acaso hubiese alguna rendija para revertir todo esto.

## **VI. MI TESIS SOBRE LA NULIDAD: IMPUGNAR LA LEGALIDAD DE LAS VENTAS DE SIJENA POR USURPACIÓN DEL *VERUS DOMINO* Y VULNERARSE LA INDIVISIBILIDAD DEL MONUMENTO NACIONAL SIN OBTENERSE LAS AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS PREVIAS**

1. El 30/1/2012 se celebra una importante reunión en Zaragoza, que personalmente le había solicitado yo al diputado Antonio Torres Millera (q.e.p.d.) que me consiguiera para abordar con el Gobierno de Aragón mis ideas en torno a la impugnación de la legalidad de las ventas del tesoro artístico del Real Monasterio de Sijena.

2. En aquella importantísima y fructífera reunión comparecieron la consejera de Cultura Dolores Serrat, el Director General de Patrimonio Cultural Javier

Callizo, el Jefe de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Aragón Jesús Lacruz Mantecón, el letrado del Departamento de Cultura Alberto Gimeno López, Mosén Enrique Calvera (delegado de patrimonio del Obispado de Barbastro-Monzón), Hipólito Gómez de las Rocas (entonces letrado de dicho Obispado), Ildefonso Salillas (Alcalde de V. de Sijena), y un servidor como abogado del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena.

3. La reunión comenzó con una exposición totalmente pesimista de la consejera diciendo que aquello estaba totalmente perdido y nada se podía hacer, para lo cual pidió que escuchásemos al Jefe de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Aragón que, tomando la palabra, dijo que, con aquella sentencia del Tribunal Constitucional, tanto el asunto del tesoro artístico de Sijena como el de las 111 piezas de la diócesis de Barbastro-Monzón, estaban irremediadamente perdidos y ya nada se podía hacer. Entonces fue cuando no pude resistirme y me alcé con toda mi fuerza contra todo este panorama tan pesimista y comencé mi intervención.

4. Comencé explicando que el Monasterio de Sijena era de la Comunidad de Monjas de Sijena y no de las de Valldoreix, dos comunidades distintas jurídicamente, por lo que esta última nada podía enajenar del monasterio aragonés, pues la venta de los bienes de Sijena la había hecho ilegalmente la Priora de Valldoreix y no la de Sijena. Además, añadí, era un monumento nacional catalogado por el Estado desde 1923 y que por lo tanto, como tal, con todo su exorno incluido -su tesoro artístico fundamentalmente-, formaba una unidad indivisible, por las servidumbres de patrimonio cultural impuestas por el Estado para la preservación de aquel importante monumento español y aragonés, sin que se pudiese llevar a cabo ninguna venta, permuta o donación de su tesoro artístico sin la previa licencia de las autoridades que tutelaban el monumento y conforme el procedimiento administrativo preceptivo para ello, que mandaba oír al ayuntamiento, pues, de lo contrario, ello equivaldría a la ineffectividad de esa declaración como monumento y, a la postre, al vaciamiento y destrucción del mismo. Citaba para ello la importante Sentencia del Tribunal Supremo sobre un caso igual referente a un monasterio de Mallorca en donde declara su indivisibilidad con todo su tesoro artístico.

5. Tras mi intervención, el primero en hablar fue Javier Callizo quien apoyó todo mi discurso. A continuación recibí un apoyo total y decidido de Mosén Enrique Calvera quien dijo que, antes de darlo todo por perdido, me hicieran caso a todo cuanto les exponía. Luego habló Hipólito Gómez de las Rocas que aprobó mi discurso y se mostró favorable, y finalmente Alberto Gimeno también asintió con todo lo que expuse prometiendo que con mis ideas haría un informe para contemplar la viabilidad de la impugnación de dichas ventas en la vía civil. Finalmente, hizo su dictamen con la aprobación del Jefe de los Servicios Jurídicos, y



Alberto y yo nos pusimos a redactar las demandas del Gobierno de Aragón y del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena.

6. La clave más importante que se discutió en aquella reunión era en qué juzgado se tendría que presentar esta demanda civil, diciendo todos que en Barcelona, como así lo expresaba Hipólito Gómez de las Rocas, pues allí tenía su sede quien iba a ser demandado, la Generalitat de Cataluña. Entonces intervine para advertir que en el clima que había allí, con una Cataluña irredenta en clave independentista, la presión que tendría cualquier juez con este asunto, le resultaría insoportable y podría dar al traste con nuestra demanda, por lo que, les expuse que los juzgados competentes eran los de primera instancia de Huesca capital, partido judicial en donde estaba situado el Real Monasterio de Sijena, pues, aquellos bienes seguían siendo bienes inmuebles por las inderogables servidumbres de patrimonio cultural conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Patrimonio Histórico Español, aparte de lo que en el mismo sentido disponía el Código civil en su artículo 334.4 del Código civil. Yo sabía que un juez de Huesca, por supuesto que no nos iba a regalar nada, pero tampoco nos lo iba a quitar, en el caso de que tuviéramos razón.

7. Otra de las cuestiones que introduje en la reunión, ésta no menos importante y crucial, era que la demanda no solo se tenía que limitar a solicitar la nulidad de las ventas de 1983, 1992 y 1994, sino que se debía pedir al Juez que retornase esos bienes a la comunidad de monjas expoliada por la de Valldoreix en su sede del Monasterio de Sijena y asimismo restaurase las servidumbres de patrimonio cultural impuestas a esta propiedad privada y que los particulares que participaron en aquellas ventas ilegales intentaron burlar y derogar, atendiendo al principio de que hay que aplicar la ley que se ha intentado defraudar, tal y como así lo dispone el artículo 6.4 del Código civil. En ello coincidió conmigo Alberto Gimeno que vio que la nulidad de la venta lógicamente comportaba *naturaliter* que se restaurasen de inmediato dichas servidumbres públicas para que no se continuara vendiendo lo que no se podía vender en modo alguno, conforme a lo dispuesto en el artículo 550 en relación al artículo 534 del Código civil y artículo 18 de la Ley de Patrimonio Histórico Español que prohíbe taxativamente desplazar los bienes integrantes de un monumento de su entorno, en nuestro caso, del Real Monasterio de Sijena.

## VII. BREVE HISTORIA DEL REAL MONASTERIO DE SIJENA

### 1. FUNDACIÓN POR LA REINA DOÑA SANCHA EN 1188

La fundación del Monasterio de Sijena fue idea de la Reina Doña Sancha de Castilla, reina consorte del Rey de Aragón Don Alfonso II el Casto, al tener noticia que en la localidad de Sijena, había una virgen que aparecía en un islote en medio de una laguna, y que cuando era reintegrada a su iglesia, volvía una y otra vez al medio de la laguna.

En el año 1187, los ejércitos del sultán Saladino toman Jerusalén y los cruzados de Tierra Santa, entre ellos los caballeros de la Orden Hospitalaria de San Juan de Jerusalén, entregan la ciudad a los musulmanes y tienen que marcharse de allí. Aquella noticia fue seguramente la peor que nunca haya tenido la cristiandad, al considerar a Jerusalén la ciudad santa por excelencia.

Cuando el Papa Urbano III conoce la noticia muere repentinamente, y era tal el miedo y el pánico a la disolución y desaparición de la cristiandad, que un nuevo Papa, Gregorio VIII, fue elegido en el tiempo récord de menos de un día. España era considerada la zona más peligrosa, pues los musulmanes tenían gran parte de la península ibérica en su poder, por lo que, era donde más se debía actuar para reconquistar la península.

En esos graves momentos, recobra toda su actualidad el gran libro de San Agustín “La Ciudad de Dios” (*De civitate Dei contra paganos*), posiblemente el libro más influyente e importante de toda la historia de la cristiandad después de la Biblia. Esta monumental obra la había escrito el Obispo de Hipona como reacción contra la caída de Roma en el año 410 a manos de los bárbaros de Alarico, temiendo San Agustín que la herejía arriana y otras acabarían disolviendo al auténtico cristianismo, y así dijo: Roma ha ardido ya tres veces, bajo los galos, bajo Nerón, y ahora con Alarico.

La caída de la ciudad santa de Jerusalén hace que la obra de San Agustín vuelva a ser recordada como antídoto contra la posible desaparición del cristianismo.

Por lo tanto, los dos hechos más graves de la Historia que amenazaron la pervivencia del Cristianismo son, sin duda, la caída y saqueo de Roma a manos de los Bárbaros en el año 410, y la caída de Jerusalén a manos de los musulmanes en el año 1187. Roma era la ciudad donde moraba el Vicario de Cristo en la Tierra, y Jerusalén donde había muerto y resucitado el Mesías.

Entre tanto, al año siguiente de caer Jerusalén, se funda en el 1188 el Monasterio de Sijena por la Reina Doña Sancha de Castilla, esposa del Rey de Aragón

Don Alfonso II el casto, quien, a imitación del Monasterio de las Huelgas que había fundado su familia castellana, tiene la idea de erigir un panteón real en Aragón poniéndolo al cuidado de una orden femenina, encomendándolo a la rama femenina de la Orden del Hospital de San Juan de Jerusalén, en honor de las caballeros cruzados de esa ciudad. De ahí que en el Monasterio de Sijena existieran unas riquísimas pinturas profanas románicas, únicas en el mundo, de ataques de caballeros cruzados a castillos y soldados, que hoy se conservan en el MNAC (Museo Nacional de Arte de Cataluña), y que hemos reclamado en el pleito que el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena hemos ganado ante el Juzgado nº 2 de Huesca.

## 2. LA IDEA DE LA REINA DOÑA SANCHA DE RECONSTRUIR LA CIUDAD DE DIOS EN LA LAGUNA DE SIJENA COMO ARCA DE NOÉ Y NUEVA JERUSALÉN RESTAURADA

No es ninguna casualidad que la Reina Doña Sancha de Castilla encomendase el Real Monasterio de Sijena que fundó, a la Orden del Hospital de San Juan de Jerusalén y en concreto a su rama femenina.

El año 1188 fue un año de gran y terrible miedo en toda la Cristiandad, y la caída de Jerusalén un año antes, presagiaba un gran desorden con multiplicación de herejías, pues, no en vano, el Rey Pedro II de Aragón ayudaba a la herejía cátara en el sur de Francia en contra de los intereses del Papa que, para erradicarla, había instituido en Roma, nada más ni nada menos, que la Santa Inquisición en 1184. Es entonces cuando vuelve a circular en toda la cristianidad la obra de la Ciudad de Dios contra Herejes, escrita por San Agustín en el 426 tras la caída de Roma a manos de los visigodos de herejía arriana.

Es por ello que la Reina Doña Sancha elige la Regla de San Agustín para su nuevo Monasterio de Sijena con ciertas modificaciones que mandó hacer al Obispo de Huesca Ricardo y que fueron aceptadas por el Priorato sanjuanista de Saint Gilles (Francia), razón por la cual el escudo del Monasterio lleva las barras de Aragón y también la  $\text{✠}$ or de lis francesa.

Pero, la influencia del libro de la Ciudad de Dios en el Monasterio de Sijena, no acaba aquí. La Sala Capitular del Monasterio de Sijena, pintada por un pintor inglés, auténtica capilla sixtina del arte del 1200, está imbuida por el contenido de la Ciudad de Dios de San Agustín por todas partes.

Las escenas más representadas en los arcos de la Sala Capitular, son las referentes a la historia de Noé, con cuatro: la construcción del arca, la preservación de toda la creación por Noé, el fin de la tempestad con la llegada de la paloma con el olivo, y la embriaguez de Noé ante sus hijos.

Leyendo la Ciudad de Dios, nos percatamos que, para San Agustín, la primera Ciudad de Dios peregrina en la Tierra, es el arca de Noé, quien, construyéndola, se salvó a sí mismo y a toda la Creación de los efectos del Diluvio Universal, lo que se asocia en Sijena con que el Monasterio está asentado en una gran laguna donde apareció una imagen de la Virgen en el islote que había en el centro de la misma, y que la Reina Doña Sancha mandó desecarla para fundar en ese preciso lugar el Monasterio, cual imagen de la misma Arca de Noé que flotó tanto tiempo en el agua, queriendo así la Reina que se asemejase a la primera Ciudad de Dios peregrina en la Tierra, que identifica San Agustín con el Arca de Noé. El simbolismo oculto que se da en el Monasterio de Sijena, es uno de los más importantes del mundo medieval y es, por lo tanto, uno de los mejores edificios para entenderlo.

El Monasterio de Sijena, en aquellos años de turbación del orbe cristiano tras caer la Ciudad Santa de Jerusalén a manos de Saladino, pretendía ser, a semejanza del Arca de Noé, un recinto de salvación bajo el timón de la Orden del Hospital de Jerusalén, cual imagen de la primera Ciudad de Dios peregrina en la Tierra de San Agustín. La importancia del Arca de Noé en Sijena es tal, que es la más representada por el pintor inglés elegido por la Reina, con hasta cuatro escenas de la historia del diluvio universal.

Pero la relación de la Sala Capitular con el Arca de Noé no acaba aquí, pues el largo y ancho de la Sala, el lugar más importante y sagrado del recinto monástico para la comunidad monástica femenina, mide 40 por 40 codos árabes (16,88 metros), medida utilizada en Aragón entonces, que recuerda que el Diluvio Universal duró 40 días y 40 noches.

Para San Agustín, en la Ciudad de Dios, el pecado original es solo fruto de la desobediencia, que la contrapone a la obediencia de Abraham, quien, para ponerlo a prueba, Dios le pidió que sacrificara a su hijo Isaac, y cuando iba a ejecutar su voluntad, un ángel le detuvo para decirle que aquello era solo una prueba de obediencia a Dios, y de ahí que esté pintada en la Sala Capitular la escena con gran viveza.

En el libro 14 de la Ciudad de Dios, San Agustín nos narra la matanza de Caín sobre su hermano Abel, diciéndonos que el primero representa la ciudad de los hombres, y el segundo representa la ciudad de Dios, escena que el pintor inglés también refleja en uno de los arcos de la Sala.

El Maestro de Sijena pinta la muerte de los soldados del Faraón cuando se cerraron las aguas del Mar Rojo tras liberar Moisés a los israelitas de su esclavitud en Egipto, como primer paso para llegar a la Tierra prometida, en la que se fundaría la Ciudad Santa de Jerusalén, para lo cual, Dios entrega a Moisés los

Estatutos por los que se regiría aquella nueva Ciudad de Dios: las tablas de la Ley; que también pinta el Maestro en la Sala.

Si en el salmo 87 se dice: “Cosas gloriosas se han dicho de ti, Sión, Ciudad de Dios”, San Agustín añade que en la Ciudad de Dios, las tablas de la ley de Moisés son un estatuto provisional, porque, con la resurrección de Cristo, se dará un estatuto nuevo y definitivo a dicha Ciudad (Jerusalén), que será la palabra de Jesús en el Evangelio.

En el intradós de los arcos de la Sala Capitular están pintada toda la larga genealogía de Cristo que San Agustín describe en su libro junto con otros importantes persojanas de la Historia Sagrada, como en el libro 15 de la Ciudad de Dios en que nos habla de Abrahán, Jacob, David, Judá, Farés, Zarán, Noé..., y que continúa en el libro 16 (Moisés, Saúl, etc...) y en el libro 17 (Malaquías, Ageo, Zacarías).

Para San Agustín, en su libro, las historias de Adán y Eva, el Arca de Noé, Caín y Abel, Moisés y Aarón, la unción de David por Samuel, son justamente las profecías que anuncian la venida del Mesías y la edificación de una Ciudad de Dios eterna, que son justamente las escenas que el Maestro inglés de Sijena pinta en los muros de los arcos de la Sala.

Tampoco falta la escena de Jesús descendiendo a los infernos, porque, esta escena es muy importante en la Ciudad de Dios de San Agustín, hasta el punto de que en su libro 21, nos dice que, el infierno, es el punto final de la ciudad terrena, porque de allí nadie saldrá, ni habrá ya más perdones.

Entre todo esto, San Agustín, dedica muchas páginas de su libro a explicar quiénes son los ángeles, pues, un ángel rebelde fue quien tentó a Eva en el Paraíso e hizo pecar a Adán. Abunda San Agustín en explicar cómo son los ángeles de Dios, y en cierto momento razona que, las personas gigantes, pudieron ser fruto de la cópula entre ángeles y mujeres.

Curiosamente, en la tumba en Sijena de la Reina Doña Sancha de Castilla (... 1208), esposa de Don Alfonso II de Aragón, estaban pintados dos ángeles que sostenían una sábana uno a cada extremo, de la que surgía, como si viajara a la Ciudad Celestial, el cuerpo y el alma de la fundadora del Real Monasterio de Sijena. Y a su lado, quedó enterrado su hijo, el Rey Pedro II de Aragón el católico (... 1213), un gigante para su época que medía dos metros, y que fue uno de los reyes más importantes de la Corona de Aragón en su ánimo de que ésta se expandiera hacia el norte, en lo que fracasó.

Como San Agustín en la Ciudad de Dios trata largamente sobre la muerte y la sepultura, que aconseja sea austera, en el monasterio de Sijena se pusieron estos

epitafios en sencillas tumbas de mármol. En la tumba de la Reina Madre Sancha, rezaba: “*Porque si la Naturaleza me esculpió mujer, yo con mis hazañas, he llegado a elevarme por encima de varones fortísimos y muy inferiores*”. La frase indica su gran inteligencia, influencia y poder.

En la tumba de su hijo el Rey Pedro II de Aragón, rezaba: “*Esta piedra sella el floreciente reino de Pedro, honra del reino, esplendor de la tierra, de impoluta gloria, enterrado con sus armas. El llanto y el dolor del fundador de tan largo reinado y república extraordinaria por la muerte de su madre, fue mayor que todo lo que valen los más preciados bienes*”.

La función del Monasterio de Sijena se asemejaba a una verdadera Ciudad de Dios –la nueva Jerusalén- que recibe todo lo mejor de aquella sociedad medieval: las reliquias de los santos, pues había allí hasta un trozo de la túnica de Cristo, a la realeza y a la nobleza tanto en la vida -pues solo pueden ingresar monjas de esa importancia allí-, como en la muerte, pues era panteón real, y a donde iban con todos sus archivos y documentos, sus generosos donativos, y por supuesto, dejando allí lo más importante que tenían, sus almas, que un día resucitarán custodiadas en el monasterio por las esposas de Cristo que aguardan su llegada.

Para dicha sociedad medieval, el Monasterio de Sijena, guardado por nobles vírgenes, es el depositario, como dice San Agustín, de la eterna y celestial Ciudad de Dios, donde allí «todos los miembros y partes internas del cuerpo incorruptible que ahora vemos desempeñando tantas funciones, como ya no habrá necesidad alguna, sino una felicidad plena, cierta, segura y sempiterna, se ocuparán entonces en la alabanza a Dios».

San Agustín, en la Ciudad de Dios, habla de la diosa romana Vesta, diosa del fuego, a quien se entregaban vírgenes romanas porque, así como de la virgen no nace cosa alguna, tampoco del fuego; pero, San Agustín, de forma inteligente, añade que todo esto lo anuló y desterró para siempre quien nació de la Virgen María.

Por ello, las vírgenes del Monasterio de Sijena, se consideraban a sí mismas como seres casi divinos, doncellas que aguardaban la llegada del Señor en la noche, con sus candiles repletos de aceite para guiarle al recinto del banquete celestial. Esa es la razón por la que muchos nobles y habitantes de las ciudades de Aragón querían enterrarse en la tierra sagrada de Sijena, para que sus almas no durmiesen en la espera de su resurrección.

### 3. HISTORIA DEL REAL MONASTERIO DE SIJENA

La historia del Real Monasterio de Sijena fue publicada en dos tomos a finales del siglo XVIII por el padre Marco Antonio Varón. Pero, la parte más interesante de la historia del monasterio es la que se desarrolla en el siglo XIX con la desamortización y en el siglo XX con la guerra civil española.

Efectivamente, en 1836 se produce la desamortización de este monasterio, que las Monjas de Sijena consiguieron anular judicialmente mediante Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 1/10/1856 (Gaceta de Madrid nº 1.417 de 20/11/1856), recuperando la propiedad del citado cenobio. A partir de este momento, llega un período de estrecheces porque las monjas tienen que acudir a la venta de su patrimonio artístico, lo que levanta la alarma en la Comisión de Monumentos de Huesca que decide poner fin a todo esto, proponiendo con éxito la declaración del Monasterio como Monumento Nacional en 1923 para obtener fondos del Estado.

El retablo mayor del Monasterio de estilo renacentista pintado por el llamado Maestro de Sijena, obre cumbre del renacimiento aragonés, estaba ya desmontado y retirado y lo vendieron las monjas en parte al pintor y académico oscense Valentín Carderera, que donó varias de sus tablas en 1873 al Museo de Huesca donde actualmente están, aunque hay otras del citado retablo diseminadas tanto en el Museo del Prado, Museo de Zaragoza, como en el MNAC (Museo Nacional de Arte de Cataluña).

Será el MNAC quien, antes de que en 1923 sea declarado el monasterio como monumento nacional, se haga con varias tablas de otros ricos retablos que había en el monasterio, pero, desde que se declaró como monumento nacional, ya no hubo más ventas del tesoro artístico de Sijena hasta las enajenaciones que hace la Priora de Valldoreix, que no era la priora del Monasterio de Sijena y por lo tanto no podía vender nada, en los años 1983, 1992 y 1994 a favor de la Generalitat de Cataluña y del MNAC.

En 17/9/1995 el Vaticano decide segregar las parroquias aragonesas que había en el Obispado de Lérida, y el 29/12/1995 Mosén Enrique Calvera, delegado de patrimonio del nuevo Obispado de Barbastro-Monzón, envía la primera reclamación formal de las obras artísticas al de Lérida.

## **VIII. EL PLEITO DE LA NULIDAD DE LAS VENTAS DE SIJENA**

### **1. LA CLAVE: LA COMPETENCIA TERRITORIAL A FAVOR DE HUESCA QUE PROPUSE**

La clave de este pleito fue lograr que se dilucidase en Aragón, porque además los juzgados de Huesca eran legalmente los únicos órganos judiciales competentes. Mis tesis fueron del todo confrmadas tanto por el Juzgado nº 1 de Huesca, la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo en su famosa sentencia 1/2021 de la que más adelante brevemente hablaremos.

### **2. EL OBJETO: NULIDAD DE ESAS VENTAS Y RETORNO DE LAS PIEZAS AL MONASTERIO**

El objeto del pleito, no solo se limitaba a decretar la nulidad de las ventas a instancias del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena y del Gobierno de Aragón, que no habían participado en las ventas, sino a que se devolviesen los bienes enajenados a la expoliada comunidad de monjas de Sijena en su sede social en el Real Monasterio de Sijena, lo cual fue confrmado por el Juzgado, la Audiencia y el mismo Tribunal Supremo.

### **3. LA MAGISTRADA-JUEZ TITULAR DEL JUZGADO Nº 1 DE HUESCA, DOÑA CARMEN AZNAR, ERA ADEMÁS LICENCIADA EN HISTORIA DEL ARTE**

Es pertinente recoger que la Ilma. Magistrada-Juez que dictó la brillante Sentencia nº 48/2015 de fecha 8 de abril de 2015, Doña Carmen Aznar Plana, reunía la doble condición de licenciada en derecho y licenciada en historia del arte, por lo que supo captar perfectamente todas las implicaciones jurídicas del asunto, dictando una sentencia insuperada por ninguna otra.

### **4. SIMULACIÓN ABSOLUTA: NO SE JUSTIFICÓ NI ACREDITÓ NUNCA EL PAGO**

Es de reseñar que en pleito del tesoro artístico de Sijena, aparte del irrisorio precio fijado por tan ricos bienes artísticos y tasados por la propia Generalitat, se puso de manifiesto en el Juzgado nº 1 de Huesca, que, sorprendentemente, la Generalitat no había pagado los bienes comprados, lo que hacía que la venta fuese totalmente simulada y nula de pleno derecho.

### **5. EL CONFLICTO DE JURISDICCIÓN: LA GENERALITAT CONTRA EL JUZGADO**

Una vez solicitada la ejecución provisional de la sentencia de 8 de abril de 2015, la Generalitat alzó un conflicto de jurisdicción que dejó en suspenso la ejecución, y que fnalmente fue resuelto a favor de la competencia ejecutiva del pro-



pio Juzgado por el Alto Tribunal de Conflictos de Jurisdicción por Sentencia nº 1/2015 de 16 de diciembre de 2015. Era la primera vez en toda su historia que la Generalitat alzaba un conflicto de jurisdicción contra un juzgado o un tribunal de justicia. La Sentencia del Alto Tribunal ponía de manifiesto la propia mala fe de la Generalitat, que, en el pleito seguido ante el Juzgado de Huesca, no solo nunca alzó cuestión alguna de falta de competencia del Juzgado para decretar la devolución a Aragón de estos bienes, sino que, torpemente, la misma Generalitat estimaba allí que era un asunto judicial que debía dirimirse ante los Juzgados civiles de Barcelona o de Vitoria, por lo que admitía que eran los tribunales y no la Generalitat quienes debían ordenar o no la devolución a Aragón de estos bienes en litigio.

#### 6. EL INCIDENTE DE EJECUCIÓN ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No conformes con este estrepitoso fracaso, la Generalitat incluso ideó abrir un incidente de ejecución ante el Tribunal Constitucional pretendiendo demostrar inútilmente que la ejecución de la Sentencia nº 48/2015 del Juzgado nº 1 de Huesca iba en contra de la Sentencia 6/2012 dictada por el Tribunal Constitucional sobre el ejercicio del derecho de retracto. Por Auto nº 128/2016 del Pleno de dicho Alto Tribunal se desestimó el incidente promovido por la Generalitat, recalando el Tribunal Constitucional que era en concreto la jurisdicción civil, y no otra, quien debía decidir sobre la propiedad de esos bienes y el desplazamiento o no a Aragón de los mismos, pues en la Sentencia 1/2012 ya se decía que el conflicto de competencias sobre el ejercicio del derecho de retracto no se debía inmiscuir en el asunto prioritario de la propiedad de estos bienes artísticos.

#### 7. ACATAMIENTO PARCIAL: SOLO SE DEVUELVEN LAS 53 PIEZAS DEL MNAC

En la ejecución de la sentencia 48/2015 del Juzgado nº 1 de Huesca, solo se consiguió que el MNAC devolviese, sin uso de la fuerza, las 53 piezas del tesoro artístico de Sijena, aunque entre medias, la consejera de cultura aragonesa Mayte Pérez y el conseller de cultura catalán Santi Vila habían intentado pactar la cogestión de estos bienes, lo que finalmente fue rechazado por el Vicepresidente de la Generalitat Oriol Junqueras que convenció a la Generalitat de que había que ir a los tribunales hasta el final.

#### 8. LA DESOBEDIENCIA RESPECTO A LA ENTREGA DE LAS 44 PIEZAS DEL TESORO ARTÍSTICO DEL MONASTERIO DE SIJENA EN EL MUSEO DE LÉRIDA

Los consellers Santi Vila y Lluís Puig, en diversas ocasiones, incluso después de recibir la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y el Auto

del Tribunal Constitucional, se negaron a entregar las 44 piezas del tesoro de Sijena que quedaban en el Museo de Lérida, por la que están acusados de desobediencia y usurpación de atribuciones judiciales ante el Jdo. Instrucción nº 3 de Huesca. No hay duda alguna de que este desacato representaba el preludio del llamado “procés” en Cataluña para lograr su independencia. El asunto Sijena era su primer y predilecto objetivo.

Esta actitud de permanente desacato a las órdenes ejecutivas del Juzgado nº 1 de Huesca se enmarcaba claramente en la estrategia del independentismo que fomentaba la Generalitat del Presidente Carles Puigdemont, y solo pretendía que se retrasase lo máximo la ejecución de esta sentencia para mientras tanto conseguir la independencia de Cataluña y así impedir que el Juzgado de Huesca tuviese ya competencia alguna en el territorio de una Cataluña independiente. Sin esos objetivos independentistas, es claro que la sentencia del Juzgado de Huesca se hubiese cumplido por la Generalitat; pero, se hizo del asunto Sijena una punta de lanza por el independentismo, como a continuación veremos.

#### 9. SE ROMPE EL NUDO GORDIANO: EL ARTÍCULO 155 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA ENTRA EN ESCENA

Dado que la jueza titular había postergado el mandar a la policía judicial al Museo de Lérida tras una docena de escritos que presentamos el Ayuntamiento y el Gobierno de Aragón en ese sentido, se me ocurrió que la reciente aplicación del art. 155 de la Constitución, podía ser la solución a ese impasse, y así fue. La Magistrada-Titular del Juzgado nº 1 de Huesca había dado siempre largas a una docena de escritos pidiendo siempre que enviase la policía judicial al Museo de Lérida, y en medio de todo ello pidió su traslado a un juzgado de Zaragoza. El valeroso Juez sustituto llegado al Juzgado nº 1 de Huesca Don Antonio Martín González, finalmente, aceptó mi escrito y vio la conveniencia de culminar la ejecución al amparo del art. 155 de la Constitución, escrito que sorprendentemente no quiso suscribir el Gobierno de Aragón. Se solicitaba se mandase a la policía judicial al Museo de Lérida, operación que se encomendó a la Guardia Civil de Huesca que diseñó un operativo perfecto, modélico y sin fallo alguno.

El artículo 155 de la Constitución fue efectivamente el que permitió que los jueces se inclinasen a ejecutar esta sentencia con el auxilio de la fuerza pública, una vez que los Mossos de Esquadra pasaban a ser dirigidos por el Ministro del Interior y no por el conseller de interior del gobierno independentista de Puigdemont. Hasta tuve que acudir al Consejo General del Poder Judicial para que se ejecutase la sentencia, que sin duda tomó cartas en el asunto como era su deber.

## 10. LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA DICTA SENTENCIA EL 30/11/2017 CONFIRMANDO LA DEL JUZGADO N° 1 DE HUESCA

Entre tanto, la Audiencia Provincial de Huesca por Sentencia de 30 de noviembre de 2017 confirma la sentencia de primera instancia, en una brillante sentencia cuyo ponente fue el Ilmo. Sr. José Tomás García Castillo.

## 11. LA GUARDIA CIVIL EL 11/12/2017 RESCATA LAS 44 PIEZAS DEL TESORO DE SIJENA QUE HABÍA EN EL MUSEO DE LÉRIDA

En la madrugada del día 11 de diciembre de 2017, la benemérita Guardia Civil culmina exitosamente una operación de gran riesgo ante el Museo de Lérida y consigue extraer las 44 piezas del tesoro artístico de Sijena que transportó al Real Monasterio de Sijena a unos 59 km. de Lérida. Apenas hubo escasas doscientas personas manifestándose en Lérida contra dicha ejecución a las puertas del museo en dicho momento.

## 12. LOS RECURSOS DE CASACIÓN ANTE LA SALA DE LO CIVIL DEL T. SUPREMO

Lógicamente, la Generalitat, el MNAC y el Museo de Lérida, interpusieron sus respectivos recursos de casación y por infracción procesal ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que, por Sentencia n° 1/2021 de su Pleno de fecha 13 de enero de 2021 fueron desestimados, confirmando la nulidad de las ventas del tesoro artístico del Monasterio de Sijena. Contra esta sentencia, estas tres instituciones catalanes, así como el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena han recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional, que está pendiente de admitir dichos recursos.

Respecto de la crítica a la Sentencia 1/2021 del Pleno del Tribunal Supremo, me remito al espléndido trabajo de la profesora Doña Isabel Aldanondo titulado “El caso Sijena (A propósito de la STS 1/2021, de 13 de enero)” que puede encontrarse en internet en [almacenederecho.org](http://almacenederecho.org).

La Sentencia 1/2021 del Tribunal Supremo se puede dividir en dos partes, de las cuales cabe predicar lo siguiente:

a) en la primera parte referida a la protección del patrimonio cultural, con todo respeto, la sentencia no puede ser más desafortunada porque deja nuestros mejores monumentos, los antiguos monumentos nacionales, sin una protección integral que los preserve de museos ávidos de vaciar el monumento y hacerse libremente con sus bienes más ricos, dejando el resto del monumento listo para su segura ruina. La sentencia es peligrosísima y puede ser funesta para todo nuestro mejor y más rico patrimonio cultural. Da la impresión de que esta Sala de

lo Civil, que raramente trata de estos asuntos dado que en general trata de ellos la competente Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, no haya entendido la enorme dimensión y gravedad del problema que ha creado. Me remito aquí al artículo que escribí en Heraldo de Aragón titulado “Zarpazo a nuestros monumentos” y que se publicó en dicho medio el 4/2/2021 y que aquí reproduzco por su gran interés:

«La legislación de patrimonio cultural española fue dictada por gente muy culta que entendía toda la dimensión protectora de estos ricos y especiales bienes, los monumentos nacionales. No les pasaba ni por la cabeza que uno se pudiese vender el tesoro artístico de un monumento nacional como el que se vende los muebles de su casa, pues para eso, no hacía falta dictar ley alguna. Se trataba de enraizar el monumento como un todo inmueble, para que el dueño no pudiese disgregar su rico tesoro artístico, a veces más valioso que el propio edificio que lo contenía.

La Duquesa de Alba Doña Cayetana cuando pidió a la Real Academia de Bellas Artes en 1974 que hiciese las gestiones para declarar monumento nacional el Palacio de Liria, conocido como el pequeño palacio real, sabía que el inmueble atesoraba una colección de pinturas que era más valiosa que sus muros, y lo hizo, así lo dijo, para que el palacio “permaneciese siempre íntegro”. Esa era la idea unitaria protectora de estos monumentos.

La reciente sentencia de la sala de lo civil del Tribunal Supremo sobre la nulidad de la venta de los bienes del Monasterio de Sijena, es seguro que hará poner el grito en el cielo al Ministerio de Cultura y a todas las consejerías de cultura de todas las comunidades autónomas españolas, desde el momento en que convierte a estos ricos inmuebles en simples bienes muebles que uno se los podrá vender como el que se vende los muebles de su casa.

El único derecho que el Supremo concede a las administraciones públicas que tutelan estos bienes, es nada más el ejercicio del derecho de tanteo y retracto, pero que incluso será en vano, si resulta que el propietario vende todo su tesoro artístico en otra comunidad autónoma, pues entonces el expolio estará consumado y la comunidad autónoma de origen no podrá más que lamentarse por haber cuidado y restaurado celosamente estos bienes.

Los dueños de estos monumentos le dirán un día al consejero de cultura de turno: gracias por restaurarme estos bienes pero, o me compra usted todo el monumento, o mañana saco todo su tesoro artístico y lo vendo en otra comunidad autónoma de modo que usted no podrá ni ejercer el derecho de retracto para recuperarlo. ¿Esto es lo que querían nuestros cultos legisladores?

Con esta sentencia del Supremo, todos los monumentos nacionales corren serio peligro de ser expoliados por su propio dueño o por museos nacionales o extranjeros, que le asesorarán muy bien para que les venda su tesoro artístico, condenando así a todos estos monumentos a su más absoluta ruina. Y al final, que nadie se lleve a engaño, estos preciados bienes acabarán saliendo de España, pues, no pasa de un 10% los bienes culturales sobre los que el Estado no permite su exportación. Va a ser una desastrosa nueva desamortización.

El petróleo español, su rico patrimonio cultural, saldrá fuera y España puede asistir atónita a la ruina de su cultura y de su historia.

Un país que rivaliza en este patrimonio con nosotros, Italia, en el Código de Bienes Culturales de 2004, que haríamos bien en copiar cuanto antes, en su artículo 54 declara inalienables los antiguos monumentos nacionales, y el artículo 164 declara nulas las ventas disgregadoras de cualquier bien cultural o hechas a espaldas del Ministerio italiano de la cultura, como declara nulo cualquier contrato que pretenda mover un bien cultural de su entorno sin su autorización. Ni el más torpe legislador permitiría la libre venta de estos bienes.

Para nuestro Tribunal Supremo es todo lo contrario: valen estas ventas y, si se hacen en otra comunidad autónoma, ni la comunidad autónoma de origen podrá nunca recomprar esos bienes. Es preocupante y gravísimo todo esto.

El Ayuntamiento de Sijena y el Gobierno de Aragón, responsablemente, hemos presentado un escrito ante la sala de lo civil del Supremo para que complete su sentencia y aclare todo esto, pues ahora mismo, con esa sentencia, la orden religiosa propietaria podría venderse libremente los 97 bienes recuperados y hasta las pinturas murales de Sijena hoy en el MNAC de Barcelona. Si esto no se remedia, el zarpazo que recibirá todo el patrimonio cultural español con esa sentencia, será monumental.»

b) es importante reseñar la contundente reacción de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando recogida en el acta nº 3 de 2021 de su Comisión de Monumentos -presidida por Don Pedro Navascués- a esta inexplicable y desafortunada sentencia 1/2021 del pleno de la sala de lo civil del Tribunal Supremo, la segunda vez en toda su historia que la Real Academia sale al paso de una sentencia del Supremo tras hacerlo ya antes en el asunto del arranque de las pinturas murales de San Baudelio de Berlanga mediante carta de fecha 9 de mayo de 1926 dirigida al Ministro de Fomento de Instrucción Pública. Reproduzco aquí el importante acuerdo de 8 de marzo de 2021 de la Comisión de Monumentos sobre la STS 1/2021:

«Sobre los bienes del monasterio de Sijena (Huesca).

Petición de parecer de la Academia por parte del abogado Jorge Español sobre la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en relación con los bienes del monasterio de Sijena (13 de enero de 2021). La sentencia sienta un peligroso antecedente para la protección del patrimonio cultural español. El mencionado abogado, en representación del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, ha presentado sus alegaciones de complemento de sentencia, con fecha de 22 de enero de 2021.

Informa Antonio Almagro en los siguientes términos: “La Academia ve con enorme preocupación la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que legitima la venta de los bienes patrimoniales del monasterio de Sijena que, al formar parte del bien protegido, nunca debieron separarse de este. Pese a que la sentencia finalmente declara nula la venta por haber sido realizada por persona que no ostentaba la legítima propiedad de dichos bienes, al abrir la vía a que los elementos que forman parte de un bien protegido puedan ser objeto de venta separadamente, establece un peligrosísimo precedente que puede acarrear graves consecuencias para los bienes del Patrimonio histórico. Esta posibilidad, que entendemos que contradice el espíritu de la legislación de protección del patrimonio histórico y cultural, abre la vía a que esos bienes finalmente se segreguen pues nunca se podrá exigir responsabilidad al vendedor al aceptarse como legal la venta, siendo mucho más difícil hacerlo al comprador que las separe del monumento que con más facilidad podrá eludirla, y hará muy difícil la retroacción cuando nuevos compradores los adquieran de buena fe.

Igual que el propio Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) declaró ilegal la división horizontal y venta separada de una parte de un edificio declarado monumento, lo lógico sería que se hubiera declarado igualmente contrario a la ley la venta separada de los bienes que constituían parte del bien inmueble protegido.

Esta sentencia puede tener una trascendencia enorme ante la situación que se presenta en tantos conventos y monasterios de nuestro país por el vaciamiento que ha provocado la disminución drástica de vocaciones religiosas, que está repitiendo la misma situación que se produjo en el monasterio de Sijena hace ya cincuenta años”.

Se ACUERDA que la Academia se dirija al Ministerio de Cultura y Deporte y a la Conferencia Episcopal mostrando nuestra preocupación por el desmembramiento del patrimonio cultural de la Iglesia. Se enviará copia al Ayuntamiento de Villanueva de Sijena y al abogado Jorge Español, que actúa en su nombre.»

c) llega a especular el Tribunal Supremo en su sentencia con la vigencia de una serie de disposiciones históricas como el Real Decreto Ley de 9 de agosto de

1926 y la Ley del Tesoro Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933. Por poner solo un ejemplo, llega a decir la sentencia que esta última ley derogó el artículo 26 del Real Decreto Ley de 1926 referido a la imprescriptibilidad e inalienabilidad de los bienes muebles del tesoro artístico nacional, cuando resulta que al mismo tiempo que se discutía en las cortes del bienio azañista esa ley, se discutía la ley de confesiones y congregaciones religiosas, que se votó en las Cortes cinco días después de aprobarse la ley de 13 de mayo de 1933, que en su artículo 11 hacía de propiedad pública nacional, con todo su tesoro artístico, las catedrales, monasterios y palacios episcopales, donde ciertamente estaba gran parte de nuestra riqueza artística, y en su artículo 13 declaraba todos estos bienes artísticos, muebles e inmuebles, inalienables e imprescriptibles. Por lo tanto, todo lo que razona a este respecto la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo es mero voluntarismo y algo irreal en nuestra historia del derecho.

d) la última parte de la Sentencia 1/2021 es realmente la parte brillante de la sentencia, en donde se resalta la nulidad de la venta por falta de facultad de la Priora de Valldoreix para disponer sobre los bienes del Real Monasterio de Sijena. En este punto hay que hacer notar el indudable acierto y justicia de la sentencia que preserva las propiedades eclesiásticas del expolio por otras comunidades religiosas o por instituciones públicas.

### 13. COPIA DE LA ESTRATEGIA SIJENA PARA LAS 111 PIEZAS DE LAS PARROQUIAS QUE PASAN AL OBISPADO DE BARBASTRO-MONZÓN

Sirva solo señalar que, culminado con éxito el pleito de Sijena, la Iglesia católica finalmente se decidió a seguir el camino del pleito de Sijena, para instar de la jurisdicción civil la devolución de los 111 bienes artísticos de las parroquias que pasaron al obispado de Barbastro-Monzón, pleito en el que he colaborado para su éxito con los abogados Joaquín Guerrero y Alberto Gimeno, habiéndose dictado sentencia favorable a la devolución de estos bienes a Aragón por el Juzgado nº 1 de Barbastro en fecha de 10 de diciembre de 2019 por el Magistrado-Juez Don Carlos Lobón Lacueva. Tuve aquí que corregir la intención que se tenía de llevar este asunto a los Juzgados de Lérida, pues los juzgados competentes eran los de Barbastro, y ésta era una cuestión capital para el éxito de la acción.

En este pleito, también la Generalitat alzó cuestión de jurisdicción ante el Alto Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, que por Sentencia nº 3/2020 de fecha 23 de septiembre de 2020 falló a favor de la competencia del Juzgado de Barbastro para dictar sentencia en este asunto y ejecutarla igualmente. Es de reseñar la doctrina que emana de esta sentencia, ratifica mis tesis en el asunto en el sen-

tido de que la aplicación de la ley de patrimonio cultural catalán es meramente provisional y protectora del bien allí depositado hasta que su propietario decida levantar el depósito y retornarlo a su comunidad autónoma, haciéndome eco en mi tesis de la importantísima Sentencia de 27 de mayo de 2005 de la Chancery division del Tribunal Supremo inglés - EWHC 1089 Ch.- dictada por el magistrado Sir Andrew Morritt en un caso similar referente a la devolución de unos grabados que adquirió el Museo Británico provenientes del abogado judío checo Doctor Feldmann que le había sido expoliados por los nazis, museo que por ley tiene prohibida la disgregación de su colección. Como dijo el tribunal inglés, la colección inescindible del Museo Británico la forman lógicamente las piezas que sean legalmente del museo, pero no las que sean reivindicadas y ganadas en juicio por sus legítimos titulares.

### **IX. EL PLEITO DE LAS PINTURAS MURALES DE LA SALA CAPITULAR DEL REAL MONASTERIO DE SIJENA (en depósito)**

En otro pleito distinto, tanto el Gobierno de Aragón como el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena instamos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Huesca que se declarase la propiedad de las pinturas murales de la Sala Capitular del Monasterio de Sijena –la capilla Sixtina del románico europeo-, que están actualmente en Barcelona desde su ilegal arranque hecho en 1936 por el funcionario de la Generalitat Josep Gudiol, solicitando a su vez que se ordenase su reintegración al monasterio, acción que fue favorablemente acogida por una brillantísima sentencia de dicho juzgado con número 51/2016 de fecha 4 de julio de 2016 firmada por la Magistrada-Juez Doña Silvia Ferreruela, que luego fue confirmada por Sentencia 174/2020 de fecha de 2 de octubre de 2020 por la sección única de la Audiencia Provincial de Huesca, y que actualmente está pendiente de sentencia ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo al ser recurrida en casación por la parte catalana.

Es de reseñar lo que recoge la sentencia de primera instancia en relación a la normas que resultan de obligado cumplimiento por la D.A 7ª de la LPHE de 1985 por lo que respecta a la importante declaración de pintura mural del ICOMOS (Consejo Internacional de Monumentos y Sitios Histórico), órgano perteneciente a la UNESCO y que es el que informa cualquier candidatura a patrimonio de la humanidad de la UNESCO, que ordena que todas las pinturas murales arrancadas se devuelvan a su lugar original. En concreto, en el fundamento jurídico décimo de dicha sentencia, se recoge lo siguiente:

«No se considera un argumento procedente decir que no procede la integración de las pinturas murales a la Sala Capitular del Monasterio de Sijena porque



ello supondría el desmembramiento de una de las colecciones de arte románico más importantes del mundo, siendo que la estancia de las pinturas en el MNAC tiene como principal motivo el desmembramiento de otro Bien de Interés Cultural, el Monasterio de Villanueva de Sijena.

El artículo 6 de la Declaración del ICOMOS (Internacional Council on Monuments and Sites) de 2003 prevé que “en situaciones de urgencia, es necesario recurrir a tratamientos de emergencia para salvaguardar las pinturas murales. Pero los materiales y las técnicas que se empleen deben permitir un tratamiento posterior.

Tan pronto como sea posible, deben aplicarse medidas idóneas de conservación, con autorización de las autoridades competentes; Los arranques y traslados de pinturas murales son operaciones peligrosas, drásticas e irreversibles, que afectan seriamente a su composición física, así como a su estructura material y a sus valores estéticos. Por tanto, tales sólo resultan justificables en casos extremos, cuando todas las opciones de aplicación de otro tratamiento in situ carecen de viabilidad. Si se presenta una de estas situaciones, es mejor que las decisiones relativas a los arranques y traslados sean tomadas por un equipo de profesionales, y no por la persona encargada del trabajo de conservación. Las pinturas arrancadas deberán ser repuestas en su emplazamiento original siempre que resulte posible; Deberán adoptarse medidas especiales para la protección y mantenimiento de las pinturas arrancadas, así como para prevenir su robo y dispersión”.

Por otro lado, como consecuencias de los Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede el 3 de enero de 1979, y más concretamente, del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, se creó una Comisión Mixta Iglesia-Estado para la defensa del Patrimonio Histórico-Artístico, que suscribió un acuerdo de fecha 30 de octubre de 1980 sobre Criterios Básicos que deben regir la actuación conjunta Iglesia-Estado en relación con el Patrimonio Cultural de la Iglesia. En punto 3º de dicho Acuerdo, como bases de dicha cooperación técnica y económica en el tratamiento de los bienes eclesiásticos que forman parte del Patrimonio Histórico, Artístico y Documental, se enumeran una serie de principios, entre los cuales, se encuentra: e) *En cuanto sea posible, los bienes serán exhibidos en su emplazamiento original o natural*”.

El emplazamiento original de las pinturas murales fue la Sala Capitular, que es su entorno natural, y para el cual fueron pintadas por su autor, el llamado “Maestro de Sijena”, por lo que conforme a lo dispuesto por la declaración del ICOMOS es allí donde deberían volver, siempre que ello sea posible, circunstancia ésta que procede analizar a continuación.»

## **X. REFLEXIONES FINALES**

No hay duda de que los pleitos de Sijena suponen un hito mundial en la historia jurídica de recuperación del patrimonio cultural que se podría comparar a las hazañas del mismo Ulises. Es sin duda el pleito, jurídicamente hablando, más importante en la historia de Aragón y en la historia de Cataluña, sin que haya nada igual ni comparable, y estamos seguros de que llegarán muchos trabajos de investigación sobre este monumental trabajo jurídico del que, en gran parte, me considero el padre.

Dicho cuanto antecede, no puedo menos que terminar este artículo sin llamar la atención del Ministerio de Cultura y del resto de Direcciones Generales de Patrimonio Cultural de las comunidades autónomas españolas, por el paulatino abandono de nuestro patrimonio cultural, que, al contrario que el patrimonio natural que se puede regenerar, una vez dañado o perdido, no lo podremos recuperar nunca más y seguramente irá a parar a los mejores museos extranjeros, o a mafias y traficantes. ¡Nos queda mucho por hacer!

# JUSTICIA AGRARIA Y DERECHO AGRARIO EN ESPAÑA. ENTRE LA HISTORIA Y LA MEMORIA DE JUAN JOSE SANZ JARQUE<sup>1\*</sup>

Ilmo. Sr. D. Manuel López-Medel Báscones

Académico Correspondiente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

## I. EXCELSITUD HUMANA Y PROFESIONAL. EL PROF. SANZ JARQUE, UN HOMBRE SOCIAL

### 1. Dimensión humana y aragonesa

Tomo la segunda parte del título de esta colaboración, de una obra de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas<sup>2</sup>. O siguiendo a mi padre Jesús LOPEZ MEDEL<sup>3</sup>, podríamos haber hablado de “*El Prof. Sanz Jarque que yo conocí*”, del que fue entrañable amigo y paisano. Ha sido un acierto por parte de la Asociación Española de Derecho Agrario (en adelante, AEDA), y en particular de su presidente, don José María DE LA CUESTA, Catedrático de Derecho Civil, dedicar bajo el título de esta colaboración unas páginas en la Revista de Derecho Agrario y Alimentario (número 78, enero-junio 2021) a don Juan José SANZ JARQUE

---

<sup>1</sup> \* Texto completo de la intervención del autor en el Pleno de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, en sesión del día 24 de junio de 2021.

<sup>2</sup> Titulada “*Entre la historia y la memoria. Fernando María Castiella y la política exterior de España. 1957-1969*”, Madrid, 2007. Precisamente el Ministro CASTIELLA impondría a SANZ JARQUE la Encomienda de la Orden del Mérito Civil.

<sup>3</sup> V. “*El Manuel Fraga que yo conocí*”, Anales de la Real Academia de Doctores de España, vol. 16, núm. 2, diciembre 2012, págs.71ss.

(1921-2021), tras su fallecimiento en el mes de marzo de dicho año, próximo a cumplir los cien años, como expresión de reconocimiento y justicia. Fue uno de los cofundadores –1964– y Director durante largo tiempo de la AEDA, y formó parte del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Agrario y Alimentario, desde su aparición en 1985, con diversos trabajos publicados en la misma<sup>4</sup>.

Podríamos haber reproducido o remitido a los textos de CASTAN VAZQUEZ y LOPEZ MEDEL, cuando contestaron los discursos de ingreso de SANZ JARQUE, como Académico de Número en la Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, y en la Real de Doctores de España<sup>5</sup>, respectivamente, y cuya relectura recomiendo. En nuestro tiempo hemos de ser memoriosos con las instituciones, y ante todo con las personas, y quiero, queremos, y debemos, también la AEDA, ser memoriosos en este momento con el maestro SANZ JARQUE.

Se habla con frecuencia en el ámbito empresarial, de la “excelencia”. Empleando la sinonimia, cabe subrayar también la “excelsitud” de SANZ JARQUE, en el ámbito personal, como hombre eminentemente social, bondadoso y de bien. Profundamente religioso y de fe, católico “a machamartillo”, como se autodefinía MENENDEZ PELAYO. Caballero de la Virgen del Pilar, muy ligado a la Acción Católica desde que llegó a Zaragoza, a partir de la parroquia de San Miguel de los Navarros, donde conoció a mosén Jesús LOPEZ BELLO, de la denominada “*generación sacerdotal aragonesa del 27*”. Otro tanto respecto de don Pedro ALTABELLA<sup>6</sup>, luego Canónigo español en Ciudad del Vaticano. (Más tarde, ya en Madrid, siguió muy ligado a la Acción Católica, con gran proximidad con Enrique PASTOR, Presidente Nacional de los Jóvenes, o CASTAN VAZQUEZ, entre otros).

Persona de limpieza de corazón, y a quien recuerdo con gran cariño, y que nos ha dejado huella. Y gran padre de familia, casado con Conchita, con cuatro hijos, juristas agrarios e ingenieros. Igualmente, en segundo lugar, excelsitud en

---

<sup>4</sup> V. los trabajos “*Asociacionismo agrario: Organizaciones profesionales agrarias y Cámaras Agrarias*”, núm. 5, 1986, págs. 89-93, “*Cooperativas de comercialización*”, núm. 13 extraordinario, 1988-1989, “*Las cajas rurales como institución peculiar y típica del crédito cooperativo agrario en España*”, núm. 15, 1990, “*El seguro agrario*”, núm. 17, extraordinario, 1990-1991, “*El principio de integración cooperativa, precursor y paradigma para todo procedimiento de integración agraria*”, núm. 38, 2001.

<sup>5</sup> Reproducida la contestación bajo el título “*Juan José Sanz Jarque, agrarista, académico y humanista*”, Revista de Derecho Agrario y Alimentario, núm. 61, 2012, págs. 7 ss.

<sup>6</sup> V. su trabajo “*Don Pedro Altabella, maestro y sacerdote*”, en la obra colectiva “*Monseñor Pedro Altabella, 1909-1982*”, Ateneo de Zaragoza, 1983.

la dimensión profesional, académica, universitaria y jurídica, dedicada al Derecho Agrario y a la justicia agraria.

En el presente trabajo vamos a recordar algunas referencias de su trayectoria personal y profesional, junto a la condensación, necesariamente limitada, de las materias más significativas de su obra jurídico-agraria, manifestación de la extraordinaria dedicación y contribución de SANZ JARQUE al estudio del Derecho Agrario, como derecho histórico, de evidente contenido económico.

Juan José SANZ JARQUE nace en 1921 en Castel de Cabra, pequeño municipio de Teruel, de la comarca de Cuencas Mineras, cuyos vínculos nunca perdió, habiendo prestado al mismo atención y servicios permanentes, como la reconstrucción en los años 80 de la torre de su iglesia, única mudéjar en piedra en Aragón, o de sus seis peirones destruidos, con materiales autóctonos de piedra y azulejos de cerámica de Muel. O la idea, promoción y realidad del embalse de aguas del Hurón. Podemos afirmar que Castel de Cabra, junto a la Virgen del Pilar, han condicionado su vida, pensamientos y reflexiones.

Obviamente, le eran muy próximas las cuestiones del ámbito rural y sabía bien de las bondades de los agricultores y ganaderos. Era un aragonés ejerciente, de los que pensaba con COSTA que “*Aragón se define por el Derecho*”. Licenciado en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Ingresó en el Cuerpo Nacional de Maestros, ejerciendo como tal en la escuela nacional de niños de Martín del Río (Teruel), curso 1940-1941<sup>7</sup>.

De otro lado, ya casi con 90 años, redactó sus “memorias”, en forma de trilogía, bajo el título general “*Del Ebro al Volchof. Ida y vuelta y hasta hoy*”, publicadas por la Editorial Actas, Madrid. Es un personalísimo testimonio de esa experiencia, inolvidable con total seguridad, cuyas “armas”, como escribía, eran “*la fe, la esperanza y la caridad*”, tal como escribía en la segunda parte titulada “*Alas de águila. La División Azul en Rusia*”, 2010<sup>8</sup>. Se había alistado en la División Azul, saliendo de Zaragoza el día 15-7-1941, y con vuelta a su pueblo

---

<sup>7</sup> Escribirá más tarde, “*fue este mi primer trabajo profesional. Pero siempre inolvidable. Una escuela repleta de alumnos, hasta setenta, más los adultos por la noche de noviembre a abril. La escuela estaba destaralada, como todo el pueblo...Los sábados por la tarde, pues había clases por la mañana, me iba a casa 25 kilómetros en bicicleta*”, en la obra “*La revolución y la guerra*”, Editorial Actas, Madrid, 2010, págs. 254-255.

<sup>8</sup> Recuerda mucho, como diario, la obra de Dionisio RIDRUEJO, otro divisionario de la época, “*Los cuadernos de Rusia*”, Ed. Planeta, Barcelona, 1978.

el 17-7-1942 (“*mi padre, que estaba impacientemente esperando, revivió*”)<sup>9</sup>. La primera parte, “*La revolución y la guerra*”, también de 2010, contiene múltiples detalles de su vida profesional; y en la tercera, “*¿Nos llegó la paz? Por el ancho y continuado mundo*”, 2012, se hace un repaso de su trayectoria humana y agrarista, siempre con profunda inquietud innovadora, y muy en especial su actividad como Director de la AEDA<sup>10</sup>. En sus múltiples viajes profesionales por Rusia recordaba siempre, y gratamente, esta etapa apasionante de su juventud.

## 2. Experiencia profesional

El Prof. SANZ JARQUE ingresa en el Cuerpo Nacional de Técnicos de la Administración Civil, hoy Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado, destinado en el Ministerio de Educación, en 1953.

Se dedicó a fondo, en la investigación y en la gestión público-administrativa, a la **concentración parcelaria**, institución clave del Derecho Agrario, y de acusado carácter social: se trataba de acabar con el minifundio y el abusivo parcelamiento, para proyectar una nueva ordenación de la propiedad de la tierra. A continuación, ingresa en el Cuerpo de Letrados del Servicio de Concentración Parcelaria del Ministerio de Agricultura, en 1954, después del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA)<sup>11</sup>, del que fue Secretario del Consejo. En la década de los 60, su puesto profesional principal, y su trabajo apasionante, como funcionario público, fue precisamente en Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural, del que fue Letrado-Jefe de Recursos, lo que le permitió tratar, también en el IRYDA, a Notarios y Registradores de la Propiedad, como entre otros Alejo LEAL, primer Presidente de la AEDA, ALADREN

---

<sup>9</sup> V., sobre esta etapa de “divisionario”, sintiéndose parte del anticomunismo, las informaciones de ABC de 15-2-2013, <https://www.abc.es/historia-militar/20130215/abci-entrevista-juan-jose-sanz-201302142139.html>, y del Heraldo de Aragón, de 8-5-2013. [http://prensa.unizar.es/noticias/1305/130508\\_z0\\_congreso.pdf](http://prensa.unizar.es/noticias/1305/130508_z0_congreso.pdf)

<sup>10</sup> V. págs. 129 ss., y 199 ss., con referencias a los cursos anuales de Derecho Agrario que dirigió durante más de 25 años seguidos, los múltiples congresos nacionales e internacionales, la armoniosa agrupación de los agraristas españoles, con los europeos e iberoamericanos, la Revista de Derecho Agrario y Alimentario, de la que fue Director, la relación con el Comité Europeo de Derecho Rural-CEDR, y el recuerdo de la sede del Instituto de Estudios Jurídicos, de la calle Duque de Medinaceli, de Madrid, con la asistencia de la secretaria Ana María MURCIANO.

<sup>11</sup> Creado por una Ley de 21-7-1971, fundiendo el Instituto Nacional de Colonización y el entonces llamado Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural, integrándose su plantilla en la nueva entidad.

GARZA, y el recordado CORRAL DUEÑAS<sup>12</sup>, así como a ejemplares funcionarios, como Modesto MUÑOZ, luego Oficial Mayor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Y el desarrollo de esta actividad profesional, y desde el servicio público, hizo posible con muchos otros profesionales, la gran obra de la concentración parcelaria en muchos pueblos de España.

Más tarde, fue Premio CASTAN TOBEÑAS de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación –de la que fue Académico Correspondiente–, por acuerdo de su Pleno en 1964, por el trabajo “*La concentración parcelaria y la ordenación rural como instituciones especiales del Derecho Agrario*”, con el que había participado en el concurso sobre “Algunas de las más modernas especialidades del Derecho Positivo Español”. (En aquella academia pronunciaría una conferencia sobre “*Concentración parcelaria, Registro y Catastro*”, 1961, y otra en el Colegio Notarial de Zaragoza, sobre “*Fines económico-sociales de la concentración parcelaria y sus resultantes relaciones jurídicas*”).

Fue Profesor Ayudante de Derecho Civil, durante los años 60, en la Cátedra de don Federico De CASTRO<sup>13</sup>, bajo cuya dirección realizó su tesis doctoral sobre “*La concentración parcelaria y el Derecho Agrario*”, que mereció la máxima calificación de Sobresaliente *cum laude*, y el Premio Extraordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1968. En un buen momento ya le dijo don Federico: “*Pero pienso que usted no es un periodista, sino un jurista que trata de cuestiones agrarias; un agrarista, y a mí me interesa. Quiero un agrarista para mi cátedra*”. (Asistía en las tardes de los domingos, a una tertulia en casa de su maestro DE CASTRO).

En 1969, ganó la oposición de Catedrático de Derecho Agrario y Sociología Rural, con primer destino, un año después, en la Universidad Politécnica de Valencia, Escuela Superior de Ingenieros Agrónomos. Y en 1975, concursó a la Universidad Politécnica de Madrid, en Escuela Superior de Ingenieros Agrónomos, donde explicó hasta su jubilación. Ingeniero Honorífico del Colegio de Ingenieros Agrónomos de Madrid.

---

<sup>12</sup> V. sus trabajos en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, “*La concentración parcelaria en su consideración registral*”, núm. 495, marzo-abril, 1973, págs. 335-376, y de forma especial, “*La aportación registral al agrarismo*”, núm. 573, marzo-abril, 1986, págs. 333-394. (Posteriormente, el Colegio de Registradores dedicaría el número extraordinario 675 bis de tal revista, en homenaje al citado CORRAL DUEÑAS, bajo el título “*Registro de la Propiedad y Derecho Agrario*”, 2003).

<sup>13</sup> V. su trabajo “*El Derecho Agrario en España: notas para su estudio*”, Anuario de Derecho Civil, abril-junio, 1954, págs. 376 ss., que desde luego que SANZ JARQUE conocería a buen seguro al dedillo.

No cabe obviar la aportación de SANZ JARQUE a la **Sociología**, como “ciencia de la realidad social, de los hechos y fenómenos sociales, de la organización y estructura social”, y que muy certeramente ha apuntado el Prof. GARCIA BILBAO<sup>14</sup>, alumno suyo de Sociología Rural en la Universidad Pontificia de Salamanca, Campus de Madrid, subrayando que como “sociólogo del régimen”, SANZ JARQUE desarrolló desde el compromiso social de raíz católica una relevante acción en el nuevo Estado. También, como creador del primer Cuerpo de Sociólogos de la Administración Pública, “los sociólogos del IRYDA”.

De otro lado, como trataremos más adelante, es asimismo reconocidísima la contribución de SANZ JARQUE al estudio del derecho cooperativo y a la promoción de las **cooperativas**, de las que era un gran defensor y experto. Miembro de la Asociación de Estudios Cooperativos (AECOOP). Profesor de la Escuela de Estudios Cooperativos y Presidente de esta Asociación, entre 1991 y 1995. En 2015, la Escuela y la Asociación reconocieron su condición de “Asociado de Honor”. Desde los años 1970, dirigió cursos en los diferentes “Centros de investigación y Enseñanza cooperativa”, que creó tanto en las Escuelas Superiores de Ingenieros Agrónomos de las Universidades Politécnicas de Valencia y de Madrid, y del Instituto Social León XIII y Universidad Pontificia de Salamanca.

Igualmente, desarrolló SANZ JARQUE una actividad docente e investigadora muy fecunda en la **América** latina, que recorrió en infinidad de ocasiones, celebrando siempre la presencia de la Virgen del Pilar en sus iglesias. Doctor Honoris Causa de la Universidad de Goias-Brasil, fue director muchos años del Curso de Mestrado en la Universidad de Goias-Brasil. Profesor y director desde 1995 hasta 2009, del programa UPSA-Guate de Doctorado, en Guatemala, con la Universidad Pontificia de Salamanca. Miembro del equipo fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Agrario y Reforma Agraria y de la Asociación de Agraristas de Latinoamérica. Académico de la Brasileira de Letras Jurídicas de Río de Janeiro, Colombiana de Jurisprudencia de Bogotá, y de la Sociedad Nacional de Estadística y Geografía de México.

Recorrió también toda **Europa**, coincidiendo con cursos y congresos, o trabajos de investigación como profesor y Abogado (se había incorporado como ejerciente al Ilustre Colegio de Madrid, en 1964). Siempre ha existido, como

---

<sup>14</sup> V. el obituario que le dedica en “Sociología crítica”, abril 2021, <https://dedona.wordpress.com/2021/04/01/obituario-en-memoria-del-profesor-juan-jose-sanz-jarque-1921-2021/>. (De otro lado, por nuestra parte, le dedicamos con ocasión de su muerte unas páginas en “Heraldo de Aragón”, 30-5-2021, bajo el título “*Maestro del Derecho Agrario y aragonés contemporáneo*”).



hasta la fecha, una gran relación de la AEDA con el Comité Europeo de Derecho Rural (CEDR), del que fue Delegado de España, y que mereció su Medalla de Oro. Miembro de Honor del Instituto de Derecho Agrario Internacional y Comparado de Florencia.

Muy ligado desde el comienzo a la Asociación Católica de Propagandistas, Patrono de la **Universidad CEU San Pablo**. Director del Instituto CEU de Humanidades Angel Ayala. Durante las décadas de los años 1990 y 2000, también impartió clases de Derecho Civil y Derecho Mercantil en la actual Universidad San Pablo CEU, Centro Universitario Luis Vives, Facultades de Derecho y Economía.

Una faceta muy singular y grata para SANZ JARQUE, fue –“*inesperadamente*”, como el mismo escribió– su nombramiento en el año 1998, como Rector de la **Universidad Católica Santa Teresa de Ávila-UCAV**, tomando posesión de su cargo el 15 de octubre de 1998, siendo Obispo de Ávila y Gran Canciller de la Universidad, don Adolfo GONZALEZ MONTES, y con mandato hasta el 1 de octubre de 2003. Allí trataría mucho también al Obispo y Canciller, don Jesús GARCIA BURILLO, aragonés también, y gran amigo nuestro<sup>15</sup>.

Allí contó con SALINAS RAMOS como fiel colaborador, entre otros, en el ámbito de los estudios de la economía social, y al que dirigió la tesis, y que nos recuerda el trato cercano, exquisito y sencillo del Rector SANZ JARQUE, bien querido en la comunidad universitaria abulense, y nos da cuenta, ciertamente agradecida por nosotros, de su paso por la UCAV, y que recogemos en estas líneas. Desde el comienzo, y entre otras actividades académicas, buena parte de ellas en colaboración con las Administraciones Públicas, fue el introductor de los estudios, investigación y docencia de la Economía Social y del Cooperativismo en los planes de estudio y en sus programas de extensión universitaria.

Señala SALINAS RAMOS, Director y Profesor del Máster de Dirección y Administración en Economía Social y Cooperativismo y de la Cátedra Economía Social de la UCAV, que SANZ JARQUE “*todo lo hacía desde la dimensión humanista, cristiana y universal. Cultivó el estudio de la doctrina social de la Iglesia, base y fundamento de la cooperación, y la apuesta por la creación y transmisión del conocimiento de una manera diferente de comprender el trabajo y la organización de la empresa, todo ello con una mirada especial hacia los países de Iberoamérica*”.

---

<sup>15</sup> Recuerda SANZ JARQUE con gran gusto su paso por esta Universidad, en la obra citada “¿Nos llegó la paz?”, págs. 400-409.

Muestra de lo anterior es la puesta en marcha de la asignatura “Cooperativismo. Doctrina Social de la Iglesia”, y posteriormente la asignatura de libre configuración “La Economía Social como paradigma de una nueva forma de hacer empresa”.

## II. LAS “NAVEGACIONES” DE SANZ JARQUE COMO TRATADISTA DEL DERECHO AGRARIO

### 1. Manuales de “Derecho agrario”, 1975 y 1985

En 1975, publica el Prof. SANZ JARQUE su magna obra “*Derecho Agrario*”, Fundación Juan March, dirigida por MARTINEZ ESTERUELAS, de ascendencia turolense, Colección Compendios, Madrid, 717 páginas, con tres grandes partes: introducción, luego actualizada en 1985, como veremos; parte general, y parte especial. Es lo que por nuestra parte podemos llamar una “primera navegación” del tratadista SANZ JARQUE.

A propósito del planteamiento histórico y origen del moderno Derecho Agrario, desde las sociedades primitivas y Grecia, y su evolución, configura el Derecho Agrario como “*un derecho nuevo en elaboración*”. Una parte segunda versa sobre el concepto y contenido, siendo la materia agraria el elemento caracterizador de las actividades agrarias. En otra definición más sintética, como conjunto de normas, abarcará principalmente el estatuto jurídico de la propiedad<sup>16</sup>, que constituye pues su “contenido institucional”. Por lo demás, se citan hasta 15 concepciones –20, en 1985 – del Derecho Agrario, y el análisis del mismo en la doctrina (entre otros, SANCHEZ ROMAN, HERNANDEZ GIL, DE LOS MOZOS, BOLLA, MEGRET).

Posteriormente, se centra en los aspectos del Derecho Agrario (“*como norma, poder y ciencia*”), en la vieja cuestión de la naturaleza, pública o privada y la autonomía de aquél, junto a sus “principios universales” (carácter renovador de la normativa, profesionalización de la actividad, y funcionalidad de la propiedad, por ejemplo).

---

<sup>16</sup> Partiendo del principio de la funcionalidad, definía en 1971, el Derecho Agrario, como “*conjunto de normas jurídicas que regulan, principalmente, el especial estatuto jurídico de la propiedad de la tierra, considerada como la relación jurídica tipo en materia agraria y las relaciones e instituciones jurídicas que se constituyen o asientan sobre ella*”, en el trabajo “*La propiedad de la tierra como institución base del Derecho Agrario, en su nueva concepción funcional*”, Revista de Estudios Agrosociales --dirigida durante años por NAVARRO RUBIO, también aragonés-- núm. 76, julio-septiembre 1971, pág. 109.

De otro lado, se analizan las fuentes del Derecho Agrario, las legales generales y especiales, pero también con referencia a la costumbre y principios generales. Igualmente, se trata del Derecho Agrario desde el punto de vista académico, y las relaciones con otras ramas del Derecho, y con otras ciencias, y muy en particular con la Sociología, tanto general como rural, finalizando el apartado final con la relación entre Derecho Agrario y reforma agraria, sus concepciones, contenido y el “reformismo agrario” desde la desamortización.

En la “parte general” del manual, se abordan las cuestiones siguientes: relación jurídica agraria; sujetos (aparcerero, arrendatario, enfiteuta, agricultor individual, sociedades y cooperativas, entre otros); objeto (explotación agraria, mejoras); contenido (producción, estabilidad y desarrollo), y organización (la empresa agraria y su régimen fiscal).

La “parte especial” incluye la reforma y desarrollo agrario (en particular la concentración parcelaria), ordenación del territorio y aprovechamiento de los recursos (por ejemplo, ganadería, aguas); capitalización del campo; trabajo agrícola; defensa profesional del campesinado; enseñanza e investigación agraria; administración pública; fuero agrario (se habla del “derecho procesal agrario”); y relaciones internacionales.

Diez años más tarde, en 1985, tras la Constitución de 1978, y la incorporación de España a las Comunidades Europeas, aparece su obra “*Derecho Agrario. General, Autonómico y Comunitario*”, vol. I, “*Introducción: noción, naturaleza y fuentes*”, publicada por la Editorial Reus, dedicada al Prof. DE CASTRO, “*inspirador de la Escuela Española de Derecho Agrario*”, y que como ya hemos apuntado actualiza la primera parte de su obra de 1975. Nos encontramos ante una “segunda navegación”, como reorientación de la primera. Ya de entrada se destaca la profunda fuerza renovadora y creadora del mismo, al servicio de la justicia y de las necesidades humanas, abordando la noción inicial (en un triple ámbito de normas: defensa del agricultor<sup>17</sup>, defensa de la producción de alimentos y del aprovechamiento racional de los recursos naturales), así como la importancia práctica del Derecho Agrario, centrado en las relaciones e instituciones jurídicas-agrarias. Se incluyen necesariamente la Constitución de 1978, el Código Civil, los derechos forales y el ordenamiento comunitario como fuentes de aquél.

---

<sup>17</sup> Escribe SANZ JARQUE sobre “el agricultor, como destinatario, protagonista y sujeto principal de la cuestión agraria y de las relaciones jurídico-agrarias”, en el trabajo “*La nueva figura del agricultor empresario*”, en el “*Libro Homenaje a Alberto Ballarín Marcial*”, coordinado entre otros por DE LA CUESTA, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, págs. 57 ss.

## 2. La enseñanza del Derecho Agrario

A continuación, septiembre de 1985, se celebra el XII Congreso y Coloquio Europeos de Derecho Agrario del Comité Europeo de Derecho Rural-CEDR, en Tenerife, al que tuve la suerte de asistir, recién terminada la carrera de Derecho. Los trabajos se publicaron muy oportunamente, y SANZ JARQUE en el discurso académico, se ocupó del tema “*La enseñanza del Derecho Agrario*”<sup>18</sup>, recordando al mismo, “*como norma, poder, ciencia y como arte o realización de la justicia agraria*”. Podemos hablar ya en este caso de la “tercera navegación”<sup>19</sup>.

Se va a ocupar de la “nueva enseñanza de un Derecho nuevo”, como novedad y realidad sentida en nuestro tiempo, de profunda fuerza renovadora y creadora; de los elementos básicos, subjetivo (agricultor) y objetivo (acto agrario). Se configura el Derecho Agrario, como “conjunto de normas que regulan la materia agraria”, propio y especial, continuamente social, abordando su especialidad, y en cualquier caso, avanzando hacia el Derecho Agroalimentario, del que ya había escrito BALLARIN en 1983<sup>20</sup>, posteriormente profesor mío de “Derecho Agrario Comunitario”, en los cursos de doctorado 1985-1986, de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

Nuestro autor, después de examinar la extensión universal del Derecho Agrario, cuyas normas surgieron desde finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, analiza el “tratamiento académico y didáctico” para la investigación y enseñanza del Derecho Agrario, con un plan y una metodología, concluyendo en la necesidad de “*que los Poderes Públicos y la Universidad española, en particular, las Facultades de Derecho, actualicen los Planes de Estudio e incorporen adecuadamente dicha materia a los mismos*”.

Como se verá más adelante, al referirnos a la faceta típicamente académica, a propósito de la Real Academia de Doctores, cabría hablar de una “cuarta nave-

---

<sup>18</sup> Contenido en la obra “*Derecho Agrario Europeo*”, que recoge los estudios y conclusiones del citado Congreso, editado por la Caja General de Ahorros de Canarias, Tenerife, 1987, págs. 21 ss. (La lección de clausura, a cargo de HERNANDEZ GIL, “*De nuevo sobre el Derecho Agrario*”, tal vez su último estudio en esta materia, con mención a lo que llamaba “los derroteros del Derecho Agrario”, págs. 735 ss.).

<sup>19</sup> En el trabajo “*El cultivo y la enseñanza del Derecho Agrario*”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 1, julio 1986, págs. 3-26, se da cuenta de la lección de clausura del XVIII Curso de la AEDA, con 123 alumnos, con múltiples referencias a Iberoamérica, llamando a su maestro DE CASTRO, “*inspirador de la moderna Escuela Española de Derecho Agrario*”, pág. 20.

<sup>20</sup> V. posteriormente, “*Derecho Agrario, Derecho Alimentario, Derecho Agroalimentario*”, Revista de Derecho Agrario y Alimentario, núm. 1, 1985, págs. 7ss.

gación”, en 2005, al final de su dilatada trayectoria profesional, con alusión a “*un nuevo derecho agrario en particular*”, en 2005, fruto ante todo de la globalización, más tarde seguida de la plena digitalización y de las tecnologías disruptivas, exponenciales y estratégicas propias de nuestro tiempo, como la inteligencia artificial, que también tienen aplicaciones en materia de industria agroalimentaria.

### III. LA CONCENTRACION PARCELARIA, GRAN TEMA DE INVESTIGACION Y ACTUACION ADMINISTRATIVA

Como hemos expresado con anterioridad, en la investigación y en la gestión administrativa de SANZ JARQUE, como funcionario, fue la concentración parcelaria –en lo civil, manifestación de la subrogación real– una de sus materias más queridas, y a las que dedicó, antes incluso de su tesis doctoral sobre el tema, cientos de páginas, además de su trato en el manual de citado del año 1975. Era el gran tema de los años 60-70, tras la primera Ley de 1952 y su texto refundido de 1955.

Sin perjuicio de trabajos posteriores, en cualquier caso, merece subrayar de entrada su obra “*Régimen de concentración parcelaria*”, Gráficas Casado, 1961, que como expone el propio SANZ JARQUE en sus memorias, fue su primer libro, y por ello del mejor recuerdo y referencia. “*En breve tiempo se agotó la edición y no la repetimos por estar la materia en continua evolución; si bien durante muchos años fue el inicial y único medio de estudio de la misma, por lo cual se hacían continuas fotocopias del libro por los profesionales –ingenieros, sociólogos, letrados, funcionarios del Servicio y también por notarios, registradores y jueces–, interesados o implicados en el procedimiento de concentración*”.

#### 1. “De la concentración parcelaria en el orden jurídico”<sup>21</sup>

Representa, como apunta SANZ JARQUE, la concentración una reorganización de la propiedad rústica de una zona, donde el parcelamiento reviste caracteres de gravedad, todo ello por razones de utilidad pública, con la finalidad de que las nuevas explotaciones –fincas de reemplazo– sean unidades económicas suficientes.

Señala que “*la concentración es una necesidad, no solamente desde el punto de vista agronómico sino también desde el punto de vista jurídico, en aquellos*

---

<sup>21</sup> Trabajo publicado con tal titulación, en la Revista de Derecho Notarial, núms. 17-18, julio-diciembre 1957, págs. 341-361.

*territorios donde predomina el minifundio y la dispersión parcelaria”, y “revitaliza las instituciones notarial y registral”.*

La concentración, además, hará posible la vieja aspiración de la doctrina y del legislador: extender los efectos de la titulación pública y de la inscripción registral, junto a la concordancia Registro-Catastro<sup>22</sup>, de lo que se ocupará en estudios posteriores.

## **2. En relación al Registro de la Propiedad**

Abunda el Prof. SANZ JARQUE en trabajos posteriores<sup>23</sup>, de alto calado, en la materia registral, tras recordar la configuración de la concentración parcelaria, como “función administrativa” (GONZALEZ PEREZ), “actividad de la Administración del Estado” (ROCA SASTRE), “empresa política” (LOPEZ MEDEL), o como “institución” y “procedimiento”, como la calificaba nuestro estudiado autor.

Trata con detalle los fines –jurídico y agronómico–, el procedimiento ordinario, la organización a través de los Servicios de Concentración, y el papel del Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los momentos del procedimiento.

Se centrará en los problemas registrales tanto durante el procedimiento<sup>24</sup>, citando hasta ocho (entre otros, la ausencia del Registro en la investigación de la propiedad, la obligatoriedad inicial de la inscripción al terminar el procedimiento como “verdadera inmatriculación de oficio”, la preferencia del derecho especial de concentración sobre las normas del derecho común, la calificación), como tras el procedimiento (limitación de los efectos hipotecarios y la traslación y desafección de situaciones registrales, por ejemplo).

Asimismo, a raíz de un curso del Colegio de Registradores de la Propiedad y el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, se ocupó SANZ JARQUE, del

---

<sup>22</sup> V. el trabajo “*Notas sobre la concentración parcelaria en el orden jurídico*”, Revista de Estudios Agrosociales, núm. 18, enero-marzo 1957, págs. 61-64.

<sup>23</sup> V. “*El procedimiento de concentración parcelaria y el Registro de la Propiedad*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, julio-agosto 1958, págs. 496-564.

<sup>24</sup> V. su colaboración “*Problemas registrales que se plantean con motivo de la concentración parcelaria*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 400-401, septiembre-octubre 1961, págs. 893-909.

tema de “*La experiencia europea en concentración parcelaria*”<sup>25</sup>, reiterando su concepción de la misma, como “*una institución nueva de un derecho nuevo, el Derecho Agrario*”, ocupándose del sistema de concentración en los diversos países europeos, como Alemania, Suiza, Francia o Italia.

#### **IV. SANZ JARQUE, ESTUDIOSO E IMPULSOR DE LA INSTITUCION DE LA COOPERATIVA**

Junto a la concentración parcelaria, el Prof. SANZ JARQUE dedicó buena parte de faceta investigadora a la figura de la cooperativa, en su doble aspecto societario y empresarial, y con los elementos del substrato humano y el reconocimiento del ordenamiento jurídico estatal. Aquélla y ésta, como escribía “*son instituciones que armónica y conjuntamente contribuyen a las reformas de nuestras estructuras agrarias y a la elevación del nivel de vida de nuestros campesinos*”<sup>26</sup>.

Las cooperativas se configuran como elemento indispensable en la función ordenadora y en la construcción de un orden social más seguro y más justo. (SANZ JARQUE fue Director del Centro Permanente de Formación e Investigación Cooperativa y Economía Social de la Escuela de Agrónomos de Madrid, y presidente de la Asociación de Estudios Cooperativos-AECOOP, dirigida por el citado SALINAS RAMOS, y que publicaba la Revista de Estudios Cooperativos-REVESCO).

Al entender de nuestro autor, la institución cooperativa se ha universalizado, es “universal”. Y en un estudio de derecho comparado<sup>27</sup>, señalaba que “*las cooperativas, trascendiendo de sí mismas, en su realidad societaria y empresarial, en su fundamentación, en sus principios, en su doctrina, en sus vivencias humanas, sociales y económicas, en su organización, en su movimiento, se han hecho consustanciales a la estructura y vida de los propios países y estados a que pertenecen y a toda el área iberoamericana de conjunto*”.

---

<sup>25</sup> Publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 434-435, julio-agosto 1964, págs. 446-484.

<sup>26</sup> En su trabajo “*Cooperativas y concentración parcelaria*”, Conclusiones de las I Jornadas de Estudio de Asesores Jurídicos de Cooperación, organizadas por la Organización Sindical, publicadas en la Revista de Estudios Agrosociales, número, 50, enero-marzo 1965, págs. 120-124.

<sup>27</sup> “*Las cooperativas en Iberoamérica. (La institución cooperativa y el nuevo Derecho Cooperativo)*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 609, marzo-abril 1992, págs. 799-846. Analiza la situación y régimen en Méjico, Centroamérica y Caribe, Región Andina, Brasil, Mar del Plata y Cono Sur.

En cualquier caso, la gran aportación del Prof. SANZ JARQUE fue la obra “*Cooperación. Teoría general y régimen de las sociedades cooperativas. El nuevo derecho cooperativo*”, Editorial Comares, Granada, 1994<sup>28</sup>, con 1194 páginas, que tiene una finalidad docente y pedagógica, siendo al tiempo un ensayo de sistematización y construcción científica. El libro, con amplios anexos normativos, contiene tres partes: una primera, sobre la teoría general (concepto, cooperativismo, movimiento cooperativo y organización cooperativa; cooperativa como institución; naturaleza, diferenciando “acto cooperativo” y “actividad cooperativizada”; principios, históricamente y según la norma; clases y fundamento, evolución, y derecho cooperativo.

Este Derecho cooperativo, como concepto histórico (págs. 390 ss.) es un derecho nuevo, privado y especial, con proyección universal, principalmente de personas, económico-patrimonial, imperativo, y generalmente uniforme.

Una segunda parte concierne al régimen de la sociedad cooperativa (constitución, socio, asociados, órganos, régimen económico, modificación, disolución, administración pública, jurisdicción, etc.), y la final, se ocupa de la “sociología de la cooperativa”.

Anteriormente, con ocasión de la Ley 3/1987, de 2 de abril, de Cooperativas, SANZ JARQUE la había analizado en varias colaboraciones<sup>29</sup>, recordando el carácter interdisciplinar de su derecho, y la naturaleza especial y típica de las cooperativas (“no son asociaciones, ni sociedades civiles o mercantiles, ni sindicatos, ni colectividades”).

Fuera de lo anterior, y en su etapa citada de Rector en Avila, y por lo que se refiere a los programas de extensión universitaria, como recuerda SALINAS RAMOS, una de las primeras actividades fue el curso de verano (julio 1999) sobre “Cuestiones agrarias y Cooperativas en el contexto de la Política Agraria de la Unión Europea”; posteriormente se desarrollaron el Seminario Internacional de Estudios: “Situación de hecho y leyes que la rigen” (diciembre 2001); el Seminario sobre “Enseñanza del Cooperativismo y de la Economía Social en la Universidad. Experiencia y Proyecto de futuro” (noviembre 2002, se editó como libro el mismo año y con igual título). Fruto de estas actividades se editaron diversos libros “Las cooperativas en Iberoamérica y España. Realidad y Legisla-

---

<sup>28</sup> Seguido del “*Manual práctico y estatutos de cooperativas*”, Editorial Comares, 1995.

<sup>29</sup> V. “*Sobre la nueva Ley de Cooperativas y el nuevo Derecho Cooperativo*”, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 5/1987, septiembre-octubre, págs. 63-70; “*Sobre el concepto y naturaleza de las cooperativas en la nueva Ley General de Cooperativas*”, Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad, núm. 244, abril, 1988, págs. 685-700.



ción” (2002); “Ley de Cooperativas de Castilla y León. Estudios y texto” (2002), e “Investigaciones sobre la Comunicación en las cooperativas de Castilla y León: la imagen corporativa” (2003).

## V. ULTIMAS APORTACIONES ACADEMICAS, Y LA AGRICULTURA ASOCIATIVA

Hemos citado en páginas precedentes la condición de SANZ JARQUE como Académico, siempre activo. Lo fue Correspondiente en la Real de Jurisprudencia y Legislación de España, y de Número de la Real de Doctores de España<sup>30</sup>, desde 2005, y de la Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, desde 2006, siendo un académico muy colaborador, realizando en las dos últimas tal vez sus últimas contribuciones escritas en materia de Derecho Agrario, que vamos a condensar en estas notas.

### 1. “La cuestión agraria y el orden social. Función del Derecho y de un nuevo Derecho Agrario en particular”

Este fue el título del discurso de ingreso –medalla 73– en la Real Academia de Doctores, leído el 19 de octubre de 2005, siendo su Presidente, don Alberto BALLARIN<sup>31</sup>, y orientado a “*promover un golpe de timón en la trayectoria de la sociedad de nuestro tiempo, dirigido al logro de un crecimiento horizontal, empresarial y sostenible de la riqueza, que permita el pleno y equilibrado desarrollo de la Comunidad, al servicio de las generaciones que nos han de suceder y de la paz*” (pág. 6).

En esta “cuarta navegación”, como la hemos llamado en páginas precedentes, el Académico centra la cuestión agraria, aunque más allá de lo agrícola, en la idea de la tierra: como hábitat adecuado del hombre y como modo digno de vida, como factor de las diversas producciones agrarias y de la alimentación, como causa de estabilidad social y de paz social, y base del crecimiento de la riqueza y pleno desarrollo de los pueblos.

---

<sup>30</sup> Pasará a la condición de Académico Supernumerario en 2015, debiendo citar además los siguientes colaboraciones: “Crisis económica y de valores”, y “Comunicaciones y relaciones”, Newsletter, números extraordinarios 2011 y 2012, respectivamente.

<sup>31</sup> BALLARIN había tomado posesión años antes, 1994, como Académico de Número, con un discurso sobre “*Medio siglo de legislación agraria en España*”. Asimismo, el discurso de ingreso del citado Notario de Madrid en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación versó sobre “*Modernización jurídica de la agricultura y del desarrollo rural*”, año 2000.

De otro lado, trata SANZ JARQUE del nuevo orden social en relación a la justicia, teniendo en cuenta las dimensiones del hombre (personal, histórica y social), surgiendo el nuevo orden como consecuencia de la propia relación hombre-tierra y del progreso. Las nuevas manifestaciones de ese nuevo orden son la globalización, el régimen de libre cambio, la enseñanza, el crecimiento horizontal de la riqueza, el equilibrio ecológico, la realización de la justicia y la fe<sup>32</sup>.

Por lo demás, partiendo de la función principal del derecho, cual es la seguridad jurídica, la realización de la justicia y el orden, diseña el Académico SANZ JARQUE, un nuevo concepto de Derecho Agrario, como “*derecho histórico y protector; especial, principalmente privado, interdisciplinario, transversal y social; que regula y ha de regular cuanto a la cuestión agraria se reflere, en las funciones que continuamente la tierra como superficie habitable ha de cumplir*” (pág. 22). Se trata de un concepto “esencialmente humanista del Derecho Agrario”, como apuntaba LOPEZ MEDEL, al contestarle.

## **2. La Sociedad Agraria de Reforma, manifestación de la agricultura asociativa**

Además de la figuras de las cooperativas y sociedades agrarias, que analiza SANZ JARQUE en su manual de “*Derecho Agrario*”, 1975, más adelante, ante las nuevas relaciones jurídicas agrarias, va a redactar unas bases para la elaboración de un proyecto de ley sobre tres figuras: sociedades agrarias, cooperativas de explotación comunitaria de la tierra y especialmente, como novedosa, la denominada “sociedad agraria de reforma”-SAR, participando las tres de principios y requisitos comunes, como son la profesionalidad de los agricultores, el objetivo social de la actividad y su ubicación en medio rural. Y todo ello encajando en el marco de la globalización de la economía, el progreso de las nuevas técnicas, y la deficiencia de las estructuras agrarias<sup>33</sup>.

Pero será con ocasión de su ingreso –14 de junio de 2006– en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, siendo Presidente, don José Luis

---

<sup>32</sup> En su posterior trabajo “*Un nuevo orden económico-social*”, Anales de la Real Academia de Doctores, vol. 13, 2009, págs. 137-145, reitera lo anterior, señalando: “*El nuevo orden o sistema económico-social que proponemos, no podrá ser fuera del Derecho; porque el Derecho es una realidad inherente al hombre y a la sociedad en que el mismo se inserta; pues al decir de nuestro maestro De Castro: «donde hay hombre hay sociedad y donde hay sociedad hay derecho».*”

<sup>33</sup> V. su trabajo “*Nuevas manifestaciones de la agricultura asociativa en España*”, en la obra “*Estudios de Derecho Agrario. Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Agrario*”, celebrado en la Universidad Politécnica de Valencia, y publicado en esta ciudad en 1999, págs. 379-386.

MERINO, Notario de Zaragoza, cuando formule una “concepción teórico-práctica” de las “*Sociedades Agrarias de Reforma: SAR*”, “un nuevo instituto del Derecho Agrario moderno”, siendo contestado por CASTAN VAZQUEZ, que habla de una “positiva sugerencia para la economía aragonesa”. Además de recordar la personalidad e identidad de Aragón, su estado de la propiedad de la tierra, y sus deficiencias, SANZ JARQUE las define de forma muy descriptiva:

*“agrupaciones de propietarios y de agricultores-empresarios, sean personas físicas o jurídicas, con fincas en un mismo término municipal o en varios colindantes, que se unen voluntariamente en cualesquiera de las formas cooperativas o sociedades admitidas en derecho y que se domicilian en el municipio donde están las fincas o en cualquiera de ellos si están en varios límites, aportando las tierras o fincas que les pertenecen con todos los derechos y recursos naturales inherentes a las mismas, para ordenar la masa superficial formada por todas ellas en las mayores unidades superficiales de cultivo que técnica y racionalmente resulte procedente y crear uno o varias explotaciones agro-pecuario-forestales y en lo posible agro-industriales, a la vez y que una organización empresarial dirigida al logro de la mayor producción y rentabilidad posible; llevando a cabo a la vez cuantas obras de infraestructura, territoriales y de servicios sean necesarias o de interés en el área geográfica donde se ubican”.*

A continuación, se ocupa de su naturaleza, como “entidades asociativas privadas”, fundamento de un crecimiento horizontal, empresarial y sostenible ante las deficiencias del estado de la tierra en Aragón, constitución (al menos siete personas, escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad y en el registro de SAR), gobierno y estatutos, junto con un propuesta de constitución y promoción, y un contenido de posible ley de las SAR. Todo ello, y pensando en el desarrollo de Aragón, dirigido a la mejora y modernización de las estructuras agrarias, al mejor aprovechamiento de los recursos, y en particular del agua.

## **VI. LA ESCUELA ARAGONESA DE DERECHO AGRARIO**

Ya hemos mencionado anteriormente la condición aragonesa de SANZ JARQUE, sin la que no cabe entender su vida, teniendo su obra múltiples manifestaciones, que brevemente vamos a recordar, sin ánimo exhaustivo<sup>34</sup>. Mereció la Cruz de San Jorge, concedida por la Diputación Provincial de Teruel. Cierta-

---

<sup>34</sup> V. la referencia biográfica y bibliográfica sobre SANZ JARQUE, en la obra “*Gran enciclopedia aragonesa. Homenaje a la Expo y a Aragón*”, editada por Urusaragón, apéndice V, Zaragoza, 2007, págs. 419-420.

mente, la altura y la contribución del mismo y de BALLARIN MARCIAL permiten hablar de dos pesos pesados del agrarismo español. Al referirse al segundo, GARCIA CANTERO lo incluye en “*la edad de oro del agrarismo español*”<sup>35</sup>, o apunta en otro lugar que con él, “*el Derecho agrario español goza de buena salud*”<sup>36</sup>. Otro tanto sin duda cabe decir del Prof. SANZ JARQUE. Este, como hemos recogido en páginas anteriores, se refería a una Escuela Española de Derecho Agrario, inspirada por DE CASTRO.

Tras los grandes Joaquín COSTA y CASTAN TOBEÑAS, podemos defender también por nuestra parte una suerte de “Escuela Aragonesa de Derecho Agrario”, a mi entender representada tan dignamente por BALLARIN y SANZ JARQUE, baluartes indiscutibles de la AEDA y de la Revista de Derecho Agrario y Alimentario, y en definitiva en el estudio y conocimiento del Derecho Agrario. A ellos, me permito incluir también a mi padre Jesús LOPEZ MEDEL, también fundador de aquellos dos proyectos; los tres, aragoneses, y Académicos de Número de la Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Ello, además de poder incluir en esa acuñada Escuela a otros juristas, Catedráticos de Derecho Civil, como entre otros LACRUZ, LUNA SERRANO, SANCHO REBULLIDA, o GARCIA CANTERO. (En dicha Academia Aragonesa, fue SANZ JARQUE muy participativo, presentando comunicaciones al Pleno sobre la nueva Ley 49/2003, de Arrendamientos Rústicos, junto con su régimen jurídico modificado por la Ley 26/2005, también a propósito de la aparcería (plenos de 23-2-2004<sup>37</sup> y 17-10-2006).

De otro lado, en otras páginas, SANZ JARQUE da su visión de lo que habrá de ser Aragón<sup>38</sup>, como futuro de una ilusionada esperanza: enraizamiento cada

---

<sup>35</sup> En su trabajo “*Mi deuda con Alberto Ballarín*”, Revista de Derecho Agrario y Alimentario, núm. 69, julio-diciembre 2016, pág. 76, en homenaje al mismo. Tal publicación recoge la aportación de DE LA CUESTA, “*Asociación Española de Derecho Agrario*”, págs. 7 ss.

<sup>36</sup> V. “*Visión sobre el Derecho agrario desde la perspectiva de un homenaje*”, Revista de Derecho Agrario y Alimentario, núm. 54, enero-junio 2009, pág. 113.

<sup>37</sup> Publicada en el Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, 2002-2003-2004, Zaragoza, 2005, págs. 391-395. (Anteriormente, a propósito de la Ley 83/1980, SANZ JARQUE se había referido a “*La profesionalidad del agricultor; nuevo requisito para ser arrendatario*”, Revista de Estudios Agrosociales, núm. 117, octubre-diciembre 1981, págs. 197-225, entendiendo que dicha norma venía a “*instituir, siquiera de modo parcial, tímido o contradictorio, una especie de nueva jurisdicción o justicia agraria, un fuero agrario propio*”, pág. 202; o su trabajo “*Criterios que informan la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos*”, Boletín del Colegio de Abogados de Madrid, núm. 3/1981, julio-septiembre, págs. 14-18.

<sup>38</sup> En su trabajo “*Aragón, ¡ilusionada esperanza!*”, en la obra “*Aragón desde lejos. Visto por los aragoneses*”, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1989, págs. 116-117.

vez mayor de sus hombres hacia dentro; un Aragón fecundo, multiplicándose horizontalmente y en equilibrio; un Aragón que sacie para siempre la sed milenaria de sus tierras fértiles, con el aprovechamiento racional del agua disponible del Ebro; un Aragón francamente rico en recursos naturales, agua, y bosques.

### 1. En torno a Joaquín Costa

Le dedica un primer trabajo titulado “*Costa, agrarista y precursor del Derecho Agrario*”<sup>39</sup>, entendiéndolo que su sentido e intencionalidad agrarista imprimió toda su obra, siendo este “rabiosamente aragonés” (pág. 77), precursor de aquél, en los intereses especiales que protege, en su contenido esencial, en los principios que le informan, en la especialidad de sus fuentes —la costumbre, la fuente principal—, y en el ámbito de su aplicación.

Así, en la obra “*La cuestión de la tierra y las cooperativas agrarias en el pensamiento de Joaquín Costa*”<sup>40</sup>, podemos encontrar diversas alusiones al estado y evolución de la propiedad de la tierra y la agricultura en España, desde la Edad Media hasta la época de COSTA. Ya apuntaba que aunque las cooperativas, como entidades societarias y empresariales, son de nuestro tiempo, desde siempre han existido “realizaciones comunitarias”, como “grupos humanos elementales” que, para satisfacer o atender mejor necesidades o intereses propios, ejercían alguna o varias y conexas actividades económicas, en asociación, en participación, en cooperación.

Realiza SANZ JARQUE un recorrido histórico y sociológico, del que resulta que la eterna cuestión de la tierra está en el estado y régimen que la propiedad y la tenencia de la misma tienen en cada lugar y momento. De ahí la dedicación de COSTA a la materia (“*Colectivismo agrario en España*”, “*La tierra y la cuestión social*”, “*La enseñanza de la agricultura*”), concluyendo que el aprovechamiento y el cultivo de la tierra se han hecho principalmente, siempre, en régimen de propiedad privada y armónicamente de modo comunitario.

Considera SANZ JARQUE que el pensamiento costista es de plena actualidad en torno a la defensa del mundo rural y la agricultura, a través de la propiedad particular y familiar de la tierra y de las explotaciones agropecuario-forestales, así como de fórmulas comunitarias de integración agraria, como las cooperativas.

---

<sup>39</sup> Publicado en el Boletín del Colegio de Abogados de Madrid, núm. 2/1986, marzo-abril, págs. 65 ss.

<sup>40</sup> Trabajo publicado en la obra “*Vigencia del pensamiento de Joaquín Costa*”, Gobierno de Aragón-Casa de Aragón en Madrid, 1994, págs. 61-74.

## 2. “Comunidades y sociedades de montes de origen vecinal”<sup>41</sup>.

Se hace mención a su nacimiento en el siglo XIX, como consecuencia de la legislación desamortizadora, a manera de reacción y autodefensa de las más humildes familias del medio rural frente al Estado. Junto con su origen, antecedentes, fórmula de solución, procedimiento, naturaleza, constitución y efectos, o jurisprudencia.

Además, se detalla su estado en Aragón, y el despertar la conciencia ciudadana y política respecto a la extensión de las tierras y montes municipales de propios desamortizados y vendidos, alcanzando a una tercera parte de la superficie agraria aragonesa; y respecto de las comunidades y sociedades de montes que se constituyeron, en tierras que no eran propiamente agrícolas y sí de aprovechamiento ganadero extensivo y de montes sin bosque. Fue en la provincia de Teruel, donde más se constituyeron –unas sesenta.

Con menciones en particular a la comunidad y sociedad de montes de Castel de Cabra, constituida ante notario, en 1897, comprendiendo tres montes, debidamente deslindados, y adquiridos por todos los 105 vecinos del pueblo, regulándose su administración, atribuciones de la junta, derechos de los socios, y prohibición de la caza. El Prof. SANZ JARQUE, dada la situación de abandono tras más de un siglo de su constitución, considera que *“actualizada oportunamente, es y puede ser un instrumento eficazísimo con el Ayuntamiento del pueblo y la comunidad de regantes del mismo, para dar pie, organizar y ejecutar un modélico plan de desarrollo rural y empresarial en la zona”*.

Se ocupa también de la comunidad y sociedad de montes de Alcañiz, del año 1895, sobre más de 15.000 hectáreas, regulándose con detalle con estipulaciones de los copropietarios o comuneros adquirentes.

## 3. “Castán Tobeñas y el Derecho Agrario”<sup>42</sup>

Además de por VICENTE Y GELLA, Catedrático de Derecho Mercantil en su época de universitario en Zaragoza, y además turolense, tuvo SANZ JARQUE una predilección especial por CASTAN TOBEÑAS, cuyos manuales de Derecho Civil estudió en la carrera. Así lo señala: *“fuimos siempre de su mano en el*

---

<sup>41</sup> Publicado en el libro *“Homenaje a Lorente Sanz”*, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2002, págs. 163-183.

<sup>42</sup> V. su trabajo *“Castán Tobeñas y el Derecho Agrario”*, en la obra *“El jurista aragonés Castán Tobeñas”*, Diputación Provincial de Zaragoza-Casa de Aragón en Madrid, 1999, págs. 225-240.

*trabajo de nuestra trayectoria profesional dedicada principalmente al Derecho Agrario en la investigación, en la enseñanza y en la realización práctica del mismo, que es decir de la justicia agraria al servicio de los agricultores, preferentemente y del mucho rural”* (pág. 227).

Fue CASTAN un gran precursor del Derecho Agrario, con una obra al respecto muy fecunda. Analiza este trabajo los siguientes puntos del pensamiento de aquél: origen y desenvolvimiento inicial del Derecho Agrario; concepto, naturaleza y fuentes; contenido general, que es el estatuto jurídico de la propiedad de la tierra; su contenido especial (reforma y desarrollo agrarios); el derecho territorial o foral; orden académico y científico; y su aplicación y realización de la justicia agraria.

#### **4. “El Justicia de Aragón”<sup>43</sup>**

Apunta SANZ JARQUE que la magistratura personal del Justicia de Aragón derivó de la propia curia del rey, siendo intérprete de los fueros y del derecho tradicional, y juez de contrafuero, que tuvo una especial autoridad en los siglos XIV y XV. Concluye (pág. 98) que *“la institución del Justicia de Aragón habrá de ser y seguirá siendo continuamente pieza clave en la personalidad de Aragón, nuestra tierra, inconfundible, libre y próspera (al norte, verde, turística y ganadera; al sur, soleada, acogedora y residencial, y al centro, agroindustrial, cosmopolita y luminosa), corazón de España...”*.

#### **5. Aragón y el camino de Santiago**

Fue admirable el camino y recorrido que SANZ JARQUE, en solitario, con más de 70 años, hace por los pueblos de España, hasta Galicia, y que reflejó en su espectacular obra *“De mar a mar. Desde Tarragona a Finisterre, en año Jacobo 93, por los caminos y lugares que Santiago abrió a la fe”*<sup>44</sup>, traducida al gallego por la Xunta de Galicia. Es una verdadera plasmación literaria de su “cuaderno de peregrino”. Arrancó en Tarragona, como San Pablo, por entender que fue la puerta de entrada del cristianismo en España. Se trataba de poder reconstruir el origen y evolución de la llegada, arraigo y expansión de la semilla evangélica, así

---

<sup>43</sup> Artículo publicado en la obra colectiva *“El Justicia de Aragón, visto por...”*, Diputación General de Aragón-Casa de Aragón en Madrid, Madrid, 1992, págs. 89-98.

<sup>44</sup> Publicada por la Asociación Católica de Propagandista, Madrid, 1998, y presentada un año después en la Universidad San Pablo-CEU.

como para hacer observación de la realidad sociológica de las tierras y comunidades españolas.

Atraviesa en 45 etapas –del 15 de junio al 5 de agosto de 1993– las tierras del Ebro y del Duero, hacia el Atlántico. Hay unas páginas por cada uno de los pueblos donde pernocta. Entre los aragoneses, en particular, Calaceite y Alcañiz, en Teruel, y los zaragozanos Escatrón, Sástago, Quinto de Ebro, Fuentes de Ebro, Alagón y Mallén, además de la capital de Zaragoza, “*expresión de las cuatro culturas romana, musulmana, judía y cristiana*”, y “*centro del camino jacobeo del Ebro*”, que finaliza en Santiago de Compostela.

## 6. “El agua, la vida de Aragón”<sup>45</sup>

En esta espléndida obra, de 464 páginas, que comienza con una cita de COSTA, –“*la virtud creadora del agua*” –, se condensa buena parte del pensamiento de SANZ JARQUE, y todo su viejo afán, empeño, y también preocupación, por este recurso, tan consustancial en Aragón, y tan ligado al Ebro. Se trataba de potenciar, ordenar, aprovechar racionalmente y aun regenerar los recursos hídricos, de lo que depende la subsistencia, crecimiento y desarrollo de cualquier comunidad.

Analiza, con múltiples datos y gráficos, el territorio y la población, los dos grandes puntos de la acción del Estado; los recursos hídricos y regadíos; una prospección de futuro en los umbrales del año 2000 y al tercer milenio (ya se refería a los efectos del cambio tecnológico, Africa y el ejemplo de China, la Organización Mundial del Comercio, Iberoamérica), y conclusiones, entre ellas la necesidad de la continua modernización de las estructuras agrarias para ajustarlas a las exigencias de lugar y tiempo.

## 7. La famosa Laguna de Gallocanta (Zaragoza)

Ciertamente se ocupó del agua en diversos trabajos, a raíz de la Ley de Aguas de 1985, o del Plan Hidrológico Nacional (Ley 10/2001), titulándose tal vez uno de los últimos, “*Gallocanta, la laguna, la Ley de Aguas y el Registro de la Propiedad de Daroca*”<sup>46</sup>, realizando un repaso sobre su población, territorio y des-

---

<sup>45</sup> Editada por Librería General, con colaboración de la Diputación Provincial de Zaragoza, 1998.

<sup>46</sup> En “*Libro Homenaje a Jesús López Medel*”, tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1999, págs. 1679-1693.



cripción de esta conocida laguna, sus recursos hídricos, superficie agraria, y la titularidad registral de la misma desde la primera inscripción a favor del Estado en 1875 y de los espacios y montes inmediatos, todo ello con ineludibles menciones agrarias y también de equilibrio ecológico. Sin duda, Gallocanta, como es conocido, es todo un espectáculo en el descanso de miles de grullas en su periplo migratorio.

## 8. El procedimiento judicial de Sástago

Va a tratar SANZ JARQUE de la llamada “cuestión de Sástago” y de la gran labor social que supuso este tema en el libro “*Más allá de la reforma agraria*”, Ediciones y Publicaciones Españolas, Madrid, 1970, págs. 183 ss., tras analizar el nuevo concepto funcional de la propiedad de la tierra. Y llevaba con orgullo haber contribuido a dar una solución justa y eminentemente social al problema de Sástago, que lo recordó con detalle en el libro citado “*¿Nos llegó la paz?*”, págs. 179 ss.

Se tratan diferentes apuntes geográficos, históricos y sociológicos de la comarca de Sástago, en la provincia de Zaragoza, tras la llamada Carta de Población de 1614, a raíz de la expulsión de los moriscos y la necesidad de repoblar de nuevo los lugares. Este proyecto de reforma de estructuras agrarias deriva de una sentencia del Tribunal Supremo de 25-6-1966, que dio lugar al malestar y alarma del pueblo, pues los agricultores se veían obligados a dejar las tierras que desde siempre venían cultivando, reconociendo la sentencia a favor de la Casa de Sástago el pleno dominio de aquellas tierras. Afectaba a 30.000 hectáreas y a centenares de familias. Ello fue resuelto –justicia agraria y acuerdo de las partes– con éxito por el Decreto-Ley de 15-6-1967<sup>47</sup>, obra a buen seguro del Prof. SANZ JARQUE, en el marco del Servicio de Colonización, con cesión y donación de las tierras objeto de litigio por la Casa de Sástago, y permitiendo a los vecinos adquirir en propiedad las tierras que habían venido cultivando, mejorando sus explotaciones, con la concentración parcelaria de las mismas, y con adecuados caminos y obras de infraestructuras necesarias, con exenciones fiscales; en definitiva, haciendo justicia.

---

<sup>47</sup> Decreto-ley 6/1967, de 15 de junio, sobre medidas para promover la ordenación rural y la concentración parcelaria de las explotaciones agrarias de la comarca de Sástago (Zaragoza), con ocasión de las donaciones y cesiones de tierras realizadas por la Casa Condal de Sástago y los Ayuntamiento de Sástago y Cinco Villas, publicado en el BOE del día 17 siguiente, y seguido de otras disposiciones complementarias y reglamentarias.



# LA NUEVA DISPOSICIÓN DEL ART. 753 CC., LIMITATIVA DE LA LIBERTAD DE TESTAR. COMPARATIVA CON EL CDFA

Excma. Sra. Doña M<sup>a</sup> Cristina Chárlez Arán  
Académica de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Abogada, Doctora en Derecho

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 753 CC, ha sido modificado por la *“Ley de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”*.<sup>1</sup>

Procedo previamente a exponer como constaba la redacción anterior:

*“Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria a favor de quien sea tutor o curador del testador, salvo cuando se haya hecho después de aprobadas definitivamente las cuentas o, en el caso en que no tuviese que rendirse éstas, después de la extinción de la tutela o curatela.*

*Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas a favor del tutor o curador que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana, o cónyuge del testador”*

Observamos, por tanto, que ambos párrafos eran referidos a personas *“incapacitadas”* (según anterior nomenclatura) en relación con tutor o curador.

---

<sup>1</sup> «BOE» núm. 132, de 03/06/2021. Entrada en vigor: 03/09/2021 Referencia: BOE-A-2021-9233; Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>

Comparemos dicha redacción anterior con la actual, en la que han sido modificados dichos párrafos y añadidos otros dos. Así, su nuevo contenido establece:

*“Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela.*

*Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos.*

*Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto.*

*Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder ab intestato.”*

En consecuencia, comprobamos, como ya he expuesto, que han sido modificados los párrafos antes referidos y que ahora quedan como 1º y 4º.

Previamente me referiré a ellos de manera breve, para centrarme posteriormente en los párrafos 2º y 3ª.

## **II. ARTÍCULO 753. ANTECEDENTES DE LOS PÁRRAFOS 1º Y 4º**

### **1. Párrafos 1º y 4º. Relación con otros artículos.**

En la redacción actual queda aún, más clara, la protección al discapacitado, siendo que, no obstante, ya constaba Jurisprudencia y doctrina en relación con la nulidad del estamento. En este sentido ya otros artículos del CC tratan esta cuestión.

- En derecho común, la protección dispensada al beneficiario de servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga en virtud de una relación contractual, cuando desea ordenar su sucesión a favor del prestador de aquellos derivaba del juicio notarial de capacidad (artículo 685 del Código civil): “(...) También deberá asegurarse el notario de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. (...), en relación siempre con el artículo 666 del Código civil, y en su caso con el artículo 665; así como del control de la ausencia de vicios del consentimiento en el momento de otorgamiento del testamento (artículo

673 Código civil: “*Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude*”). En el bien entendido que, ambas cuestiones encuentran mayor acomodo en el contexto de un testamento notarial abierto frente al resto de formas testamentarias contempladas en el Código civil, y que por sus características o requisitos resultarían más dificultosos a la necesaria protección del causante, que podría ser confusa, o incluso inexistente.

Asimismo, en Jurisprudencia dictada a tenor del anterior artículo 753 CC, que se relacionaba con los artículos antes mencionados, indico resumen:

Jurisdicción: Civil; Origen: Audiencia Provincial de La Coruña; Fecha: 27/01/2016

Tipo resolución: Sentencia Sección: Sexta; Número Sentencia: 20/2016 Número Recurso: 371/2014; Num roj: SAP C 226:2016; Ecli: ES:APC:2016:226; Resumen: *Nulidad del testamento Capacidad para testar. Favor testamenti La sentencia recurrida desestima la demanda frente, por la que solicita que se declare la nulidad del testamento otorgado en fecha 07/09/2005 por su fallecida hermana, posteriormente a haber sido declarada parcialmente incapaz en sentencia dictada con fecha 06/07/2005 por el juzgado de primera instancia número 2 de Ribeira, confrmada por sentencia dictada por este sección sexta de la audiencia provincial de la coruña de fecha 31/07/2006 ; siendo los demandados beneficiarios de dicho testamento. La cuestión suscitada en este alzada sobre la aplicabilidad del artículo 665 del código civil en casos de incapacidad parcial, y, en todo caso, la relativa a los requisitos extrínsecos exigidos para el otorgamiento de testamento por persona que haya sido judicialmente incapacitada en virtud de sentencia que no contenga pronunciamientos sobre su capacidad de testar, ha sido abordada por reciente sentencia de este sección sexta de fecha 26/11/2015 dictada en recurso.*

Jurisdicción Civil. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucan; Origen: Tribunal Supremo; Fecha: 15/03/2018; Tipo resolución: Sentencia Sala: Primera Sección: Única Número Sentencia: 146/2018 Número Recurso: 2093/2015; Numroj: STS 936:2018

Ecli: ES:TS:2018:936. Resumen: Supuesto de hecho: *El Tribunal Supremo se manifiesta sobre la capacidad de otorgar testamento por una persona que requiere intervención de un curador para realizar actos de disposición. La Sala se basa en el principio de presunción de capacidad: Capacidad para otorgar testamento por quien, según la sentencia que limita su capacidad de obrar, precisa de la intervención del curador para realizar actos de disposición. La limitación de la capacidad de obrar para realizar actos de disposición sin intervención del*

*curador no comprende los actos de disposición mortis causa y para apreciar su validez debe estarse a la capacidad del testador en el momento del otorgamiento.*

Actualmente en los párrafos 1º y 4º del artículo 753 del Código civil, considero que queda todavía más concretada la protección al discapacitado:

Párrafo 1.- *“Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela. (...)”*

(...) Párrafo 4.- *Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder ab intestato.”*

## **2. Antecedentes.**

Muy brevemente indico que, revisados los estudios previos sobre la redacción de este artículo, en el Dictamen del Consejo de Estado (publicado en revista Derecho Civil- septiembre 2018)<sup>2</sup>, no consta referencia completa del artículo 753 CC. La modificación se expone en el Anteproyecto de Ley<sup>3</sup>, aunque no se procede a su explicación en la Exposición de Motivos (sin embargo, sí que se reflere tal Exposición a otros artículos relacionados tal como el 756 CC), y asimismo constaba la redacción con la actual modificación, en el Proyecto de Ley<sup>4</sup>.

En consecuencia, vemos que a pesar de que el título de esta ley 8/2021 es (como ya he indicado): *“ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”*, sin embargo, nos encontramos con la introducción de dos párrafos (el 2º y el 3º que ahora paso a exponer) que nada tienen que ver con la discapacidad.

---

<sup>2</sup> Según texto que quedó publicado en la Revista de Derecho Civil, vol. V, núm 3 (junio-septiembre, 2018); [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto:Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de Discapacidad](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto:Anteproyecto%20de%20Ley%20por%20la%20que%20se%20reforma%20la%20legislaci3n%20civil%20y%20procesal%20en%20materia%20de%20Discapacidad).

<sup>3</sup> Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 11 de abril de 2019, se emitió por unanimidad el dictamen, habiendo examinado el expediente relativo al anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

<sup>4</sup> BOCG Proyecto de Ley 17 Julio 2020 <http://www.congreso.es/publicooficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCD-1-A24-1PDF>

### III. ART 753. PÁRRAFOS 2º Y 3º

Retomo según los anteriores antecedentes que el legislador ha insertado en el CC dos párrafos que no tienen que ver con la discapacidad (que es el título de la Ley), sino que los mismos son referidos a lo que podemos denominar “una limitación a la libertad de testar”.

Observamos en esta redacción un nivel más rígido en dicha libertad de testar, en la cual se extiende la prohibición a los establecimientos públicos o privados en los que el testador estuviera internado por razones de salud o asistencia así como a los cuidadores (ello independientemente del sometimiento a curatela).

Consta estudiado por la doctrina, (artículos doctrinales previos a la publicación de la Ley), algunos comentarios sobre estos párrafos dentro de estudios sobre la prohibición de suceder<sup>5</sup>, en dichos estudios que he indicado, se hace referencia en el texto completo sobre la sucesión alguna referencia a estos párrafos, en concreto se expone como parece que se asume al redactarlos la crítica que se realizaba al texto anterior en el que no se aludía a las personas que por su cercanía con la persona internada, podría tener la posibilidad de captar su voluntad, o inñuir indebidamente en dicha persona. Parece por tanto asumirse el criterio que, al estar en una residencia, puede incrementarse el peligro de captar su voluntad; y por ello se le aplica el mismo criterio que al curador. El nivel que podemos denominar más leve, extiende la prohibición al resto de cuidadores no residenciales, y se les permite ser favorecidos en la sucesión si esta es ordenada en testamento notarial abierto. Así, se considera que la intervención del notario en este tipo de testamentos, permita detectar si el testador está sometido a alguna “presión”. A ello hay que añadir el papel del notario en la apreciación de la capacidad legal para el otorgamiento del testamento.

Por otra parte, la mención a los cuidadores ya era reclamada por la doctrina y, como ejemplo, había sido atendida por la Legislación Catalana, si bien esta indica

---

<sup>5</sup> SALAS MURILLO, Sofía. *Reconsideración de la prohibición de Suceder: El caso del Tutor o curador. Artículo.* (Derecho Privado y Constitución 29./11/2019)

que siempre se haga en testamento notarial (art 412-5.2 CC Catalán<sup>6</sup>). Trata en ambos casos con el mismo criterio a cuidadores en residencia y en domicilio, que pueden ser favorecidos siempre que la designación se haga en testamento notarial abierto.<sup>7</sup>

Por tanto, volviendo a la redacción del CC, en el segundo párrafo parece que declarar nula la disposición testamentaria, puede entrar en contradicción con la Libertad de Testar (que puede ser entendido según el art 33 CE<sup>8</sup>). Se habla de la función social como delimitadora del derecho a la herencia “*versus*” la libertad del testador, pero reitero, esto parece ir en contra del indicado Derecho Constitucional.

La solución podría encontrarse, al igual que en el párrafo siguiente, que se realice en testamento notarial abierto.

## IV. COMPARATIVA CON EL C DFA

### 1. C DFA

Previamente diré que no existe artículo similar en el C DFA, y me remito al artículo 1 del CDA.- el CC es supletorio. Deberemos estar por tanto a la espera de comprobar si los Tribunales consideran de aplicación en Aragón este artículo del CC en el caso de producirse proceso judicial a su respecto y dictarse sentencia.

---

<sup>6</sup> «BOE» núm. 190, de 7 de agosto de 2008, páginas 33735 a 33788 Comunidad Autónoma de Cataluña. BOE-A-2008-13533. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es-ct/1/2008/07/10/10>:

Ver punto 2 del artículo que transcribo:

Artículo 412-5 C. C. Catalán. Inhabilidad sucesoria.

1. Son inhábiles para suceder:

a) El notario que autoriza el instrumento sucesorio, su cónyuge, la persona con quien convive en unión estable y los parientes del notario dentro del cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad.; b) Los testimonios, facultativos, expertos e intérpretes que intervengan en el otorgamiento del instrumento sucesorio, así como la persona que escribe el testamento cerrado a ruego del testador.; c) El religioso que ha asistido al testador durante su última enfermedad, así como el orden, la comunidad, la institución o la confesión religiosa a que aquel pertenece.; d) El tutor, antes de la aprobación de las cuentas definitivas de la tutela, salvo que sea ascendiente, descendiente, cónyuge o hermano del causante.

2. Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio.(...)

<sup>7</sup> Pag 67 SALAS MURILLO, sofla. *Reconsideración de la prohibición de Suceder: El caso del Tutor o curador. Artículo.* (Derecho Privado y Constitución 29./11/2019)

<sup>8</sup> Artículo 33 CE- *Se reconoce el derecho a (...) a la herencia.*



En todo caso, procedo a poner en relación con el art. 753 Cc., el articulado del CDFA, remitiéndome a alguno de los artículos que tratan de testamento y/o voluntad testamentaria.

*Artículo 405. Voluntad testamentaria.*

*1. La sucesión testamentaria se rige por la voluntad del disponente o disponentes manifestada consciente y libremente en testamento otorgado conforme a la ley.*

*2. El testamento podrá contener cualesquiera disposiciones relativas a la ordenación de la sucesión del testador o testadores. (...)*

Y asimismo el art. 423 sobre la nulidad- Invalidez del testamento

*1. Son nulos:*

*a) Los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos esenciales prescritos por la ley para los testadores, el contenido o la forma del testamento otorgado.*

*b) Los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los restantes requisitos y formalidades requeridos por la ley. No obstante, la falta de expresión de la hora del testamento no anulará éste si el testador no otorgó ningún otro en aquella fecha. Tampoco lo anulará la falta de indicación en el testamento de que se ha cumplido alguno de sus requisitos y formalidades cuando pueda demostrarse que efectivamente fue cumplido.*

*2. Son anulables los testamentos que, aun reuniendo los requisitos y formalidades legales, hayan sido otorgados por persona con la edad requerida para testar y no incapacitada judicialmente para ello pero que carezca de capacidad natural y los otorgados con engaño, violencia o intimidación grave. (...)*

En mi opinión, hasta ahora, la aplicación práctica de estos artículos no generaba una controversia o problemática jurídica destacable en cuanto a su interpretación.

## **2. Breve reflexión final**

Por tanto, lo que me planteo es si el Legislador aragonés, debe proceder a tener en cuenta el art 753 Cc y modificar o proceder a la reforma en algún artículo del CDFA. (en su caso los indicados en el epígrafe anterior)

Si tal modificación se acometiera por el legislador aragonés, entiendo, igualmente, dado que considero que el notario es quien debe valorar y tiene la fun-

ción de apreciar la capacidad, el CDFA debería redactarse de forma más correcta, distinguiendo nulidad y anulabilidad; en este sentido, como ejemplo en caso de procederse a la modificación, debería indicarse que las disposiciones otorgadas en testamento serán nulas si no se realizan ante Notario con testamento abierto, o bien anulables en el caso de que se detecte algún tipo de “*presión*” y ello porque la función del notario es fundamental para distinguir el tipo de voluntad.

Añado que, en el caso de procederse a tal modificación, debería redactarse la alusión a residencias o cuidadores de forma más concreta, clara y diferenciadora, puesto que como ya he expuesto, me planteo que la nulidad radical que establece el artículo 753 CC (párrafo 2) entra en contradicción con el Derecho Constitucional de la Libertad de Testar (art 33 CE), y por ello en el CDFA, caso de acometerse su modificación en estos aspectos, debería proceder a realizarlo de forma menos contradictoria con el indicado derecho que nuestra CE reconoce de manera inequívoca.

# **DISCURSO DE APERTURA DE CURSO ACADÉMICO 2020/2021**

## **INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ENCRUCIJADA. PERSONALIDAD O SALVAGUARDA**

Excmo Sr D Luis Alberto Gil Nogueras  
Académico de número de la Academia Aragonesa  
de Legislación y Jurisprudencia

Excmo Sr Rector Magnífico  
Excmos Sres Presidentes de las Academias de Aragón  
Excmos e Ilmos señoras y señores Académicos  
Excmas e Ilmas autoridades  
Señoras y señores

### **EL USO DE INTELIGENCIAS ARTIFICIALES**

Antes de que resolvamos en su conjunto el seno de relaciones entre humanos y otras especies de nuestro planeta, (espero que sepan que en nuestro país disponemos de una Dirección general de derechos de los animales integrada dentro del Ministerio de Asuntos sociales ) cabe apuntar de futuro, otro campo de controvertidas relaciones: el ser humano y las inteligencias artificiales (IAs). Y a nadie escapa, que como ocurriera con los animales, los iniciales campos de fricción, serán los relacionados con su titularidad (propiedad, derechos de explotación ) y con ellos la responsabilidad civil dimanada de su actividad. Hay y habrá otros riesgos de fricción como los económicas, los relativas a las relaciones laborales, y en el control de la Seguridad Mundial, que ya se han constatado. Y es que hay determinados campos de investigación en que los avances se suceden sin solución de continuidad. Y eso también tiene su lado amargo como decía Asimov

ya varias décadas atrás al afirmar que “*El aspecto más triste de la vida en este preciso momento es que la ciencia reúne el conocimiento de modo más rápido del que la sociedad reúne la sabiduría*”

- *La idea de la Inteligencia artificial*

Desde que en 1956 John McCarthy, utilizará por vez primera el término inteligencia artificial para referirse a la ciencia e ingenio de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de cómputo inteligente, su concepto no ha dejado de popularizarse, y de extenderse.

De hecho en la actualidad autores como López Takeyas (en Introducción a la Inteligencia Artificial) define la IA como una rama de las ciencias computacionales encargada de estudiar modelos de cómputo capaces de realizar actividades propias de los seres humanos en base a dos de sus características primordiales: el razonamiento y la conducta.

Para la RAE se trata de la disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana como el aprendizaje o el razonamiento lógico.

La evolución del concepto y la investigación sobre procesos lógicos de comportamiento artificial, ha conllevado a que en muchos casos dentro del mismo concepto quepan diversos contenidos: así autores como Peter Norvig y Stuart Russell diferencian entre unos sistemas que emulan el pensamiento humano; sistemas que imitan el comportamiento humano; aquéllos que imitan el raciocinio lógico del ser humano; y finalmente los que tratan de emular racionalmente el comportamiento humano. El tradicional emblema de la inteligencia artificial, el robot, cabría integrarlo dentro del segundo grupo, pero dentro de un extenso magma que abarcaría desde las redes neuronales artificiales a los agentes inteligentes capaces de percibir el medioambiente a través de sensores.

- *Control normativo de la IA*

Las leyes de la robótica de los 50 parecen haber quedado como un primer escalón hacia un destino desconocido. Cuestionarse si el creador de un robot puede predecir su comportamiento o si la lógica matemática debe determinar la mejor solución para el ser humano, siguen siendo preguntas clave, pero no necesariamente las principales. ¿Hasta qué punto las máquinas inteligentes serán autónomas y cuáles serán las formas de complementariedad con el trabajo humano?, puede ser una de las que están ya sobre la mesa de modo más inmediato.

En el seno de la Unión Europea, el C.E.S.E. (Comité Económico y Social Europeo) ha desarrollado una importante labor iniciática sobre la materia. En el

dictamen de 31 de agosto de 2017 a la par de preocuparse por dar una definición de la IA como una disciplina tendente a utilizar las tecnologías digitales para crear sistemas capaces de reproducir de forma autónoma las funciones cognitivas humanas, incluida la captación de datos y formas de comprensión y adaptación (solución de problemas, razonamiento y aprendizaje automáticos), se interrogaba acerca de la necesidad de su función social. Y a tal fin concluyó que es preciso plantear cuestiones que afectan a la ética, la seguridad, la transparencia (algorítmica, esto es hacer inteligibles los parámetros y criterios de las decisiones que se toman), la vida privada y las normas laborales, la educación, la accesibilidad, la legislación y la reglamentación, la gobernanza y la democracia.

En su reunión de 20 de Septiembre de 2018 emitió un dictamen titulado «Inteligencia artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa», centrado en uno de los aspectos anteriormente citado, el de las relaciones laborales, y ya advierte de la necesidad de prever y tomar medidas para la imparable transición en el uso de la robótica e inteligencias artificiales con la consabida pérdida de puestos de trabajo.

La preocupación relacionada con el coste socio-laboral de la revolución industrial ya iniciada que no en ciernes, no está ni mucho menos injustificada. De modo periódico nos vamos encontrando conflictos generados por la sustitución de puestos de trabajos por el uso de inteligencias artificiales que se vienen a justificar como despidos por “causas objetivas” con arreglo a nuestra legislación, y que encubren por lo general a juicio de los Tribunales auténticos despidos improcedentes. Es el caso sin ir más lejos examinada por el JSLas Palmas 10 en su sentencia de 23 de septiembre de 2019 donde se rechazó como despido objetivo la rescisión contractual de una administrativa para ser suplida por un programa informático o *bot* de gestión. (No era un robot porque en el caso no existía la forma de soporte físico de robot sino un programa informático o software. La resolución exponía que: *Son causas técnicas aquellas que afectan a los medios o instrumentos de producción, a saber, los cambios que en los mismos se produzcan. En el caso presente, nos hayamos con la aparición de un nuevo elemento, a saber, un software que automatiza lo que antes se realizaba manualmente, prescindiendo por tanto de la necesidad del trabajador humano.* Y concluye que el despido tuvo lugar únicamente por razones económicas puesto que el *bot* hacía el trabajo correspondiente a 2'45 trabajadores.

En el dictamen se es consciente de las bondades que el uso de tales entes conlleva en los ámbitos de la asistencia sanitaria, la seguridad en el transporte y la energía, la lucha contra el cambio climático y la anticipación de las amenazas en materia de ciberseguridad, sin embargo reprocha la ausencia de datos dentro

de la Unión, del impacto social que ello puede generar. En el dictamen se recomienda encarecidamente la configuración de un programa europeo inclusivo de la IA, en cuyo seno recomienda la existencia de directrices sobre transparencia en la utilización de la IA y un límite claro de la interacción con los trabajadores. Y además ya advierte que en tal programa obren directrices sobre responsabilidad y apropiación de los procesos de producción.

La problemática relacionada con la defensa es mucho más antigua pero más silenciosa. Aunque recientemente la problemática generada por el uso de inteligencias artificiales en el campo militar, ha levantado ya voces de alarma, tanto a nivel local, en el seno de la Unión, cuanto en el seno de Naciones Unidas por ejemplo con motivo del uso de drones autónomos (vehículos aéreos no tripulados capaces de elegir sus propios objetivos) en actividades militares. Aún, siendo este tema apasionante, me disculparán que me limite a mencionarlo, casi de rellón, ya que esta disertación está orientada en otras direcciones.

El incesante trabajo de la Unión Europea en este campo plasmó en el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial dado a conocer en Bruselas en febrero de 2020. Se trata de un documento extenso de algo más de 30 páginas en que trata a la par que generar tranquilidad y optimismo pues se define a la Inteligencia Artificial como una tecnología estratégica que ofrece numerosas ventajas a los ciudadanos, las empresas y la sociedad en su conjunto, alerta y matiza siempre y cuando su uso sea antropocéntrico, ético y sostenible y respete los derechos y valores fundamentales

Afirma el documento que la IA aporta importantes mejoras de la eficiencia y la productividad que pueden reforzar la competitividad de la industria europea y mejorar el bienestar de los ciudadanos. También puede contribuir a encontrar soluciones a algunos de los problemas sociales más acuciantes, como la lucha contra el cambio climático y la degradación medioambiental, los retos relacionados con la sostenibilidad y los cambios demográficos, la protección de nuestras democracias y, cuando sea necesario y proporcionado, la lucha contra la delincuencia.

Ahora bien Junto a ello, la Comisión emite un informe sobre el marco de seguridad y responsabilidad civil adjunto.

Y se crea un comité de Inteligencia artificial en septiembre de 2020.

Llegados al mes de Abril de 2021 la Comisión Europea alumbró una primera regulación de la Inteligencia Artificial, con base en buena parte de las previsiones de los informes anteriores y del Libro blanco del año anterior.

## LA RESPONSABILIDAD EN EL USO DE INTELIGENCIAS ARTIFICIALES

*- ¿Cuáles en principio pueden ser los criterios de tal responsabilidad?*

El dictamen de 2018 pidió que se aclarase el principio de responsabilidad legal, poniendo de relieve que en la relación entre el hombre y la máquina, los riesgos emergentes para la salud y la seguridad debían ser objeto de un enfoque más ambicioso.

En este campo, bien que ceñido al ámbito de las relaciones laborales, venía a exponer que en la interacción de la IA con el trabajador, las tareas y responsabilidades que seguirían estando en manos de los trabajadores manteniendo las formas de apropiación del trabajo por aquéllos, con el fin de que no se convirtieran en meros ejecutores, iban a incidir en un aumento de los riesgos laborales, en la medida en que la IA permite a los hasta hora robots salir de sus “jaulas” debiendo de preverse aquellos accidentes, aunque fueren emergentes. Y a tal fin se emplazaba para un mejor estudio y mayor reflexión en la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos. También se mencionaban en otros puntos la Directiva Comunitaria sobre máquinas.

Cabe recordar que la Directiva 85/374 (sobre productos defectuosos) se asienta sobre el principio de que la protección del consumidor exige que todo aquel que participa en un proceso de producción, deba responder en caso de que el producto acabado o una de sus partes o bien las materias primas que hubiera suministrado fueran defectuosos. Y algo parejo se contiene en la 2006/42 (sobre máquinas)

Pero la labor en el seno de la unión sobre la materia dista de haberse circunscrito a ámbito de las relaciones laborales, pues ya el dictamen sobre IA de Agosto de 2017 hizo referencia a un amplísimo espectro de planos normativos. Y Ello se hace más evidente en las Comunicaciones de la Comisión Europea al Parlamento de 10 de mayo de 2017 y 25 de abril de 2018.

En la primera, relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital, se resaltaba como esencial que las empresas de la UE aprovechen las oportunidades que brinda la tecnología digital para seguir siendo competitivas a nivel mundial, que las empresas emergentes de la UE puedan aumentar rápidamente su tamaño, utilizando todas las posibilidades que ofrecen la computación en la nube, el manejo de macrodatos (big data), la robótica y la banda ancha de alta velocidad, contribuyendo así a la creación de empleo y al aumento de la productividad, la eficiencia en el uso de los recursos y la sostenibilidad.

No es desconocedora la Comisión del factor de producción que va a suponer el auge de la IA. De hecho se hace eco de cálculos recientes, según los cuales el mercado de los robots y las soluciones de inteligencia artificial han crecido hasta situarse en los 142 000 millones EUR en 2020. Y Se calcula que el efecto económico combinado de la automatización del conocimiento y el trabajo, los robots y los vehículos autónomos alcanzará entre 6,5 billones EUR y 12 billones EUR anuales para 2025, incluidas las ganancias en productividad y los beneficios en ámbitos como la asistencia sanitaria y la seguridad. Como muestra de las actividades en el seno de la propia UE, la Comisión apunta diferentes soluciones tecnológicas que sirvan para una reducción del número de accidentes de carretera, un uso más inteligente de recursos como la energía y el agua, un menor uso de plaguicidas en las explotaciones agrícolas y un aumento de la competitividad del sector manufacturero. En el ámbito de la asistencia sanitaria, ya se utilizan robots para lograr mayor precisión en la cirugía, entre otros cometidos. Ayudan también en situaciones peligrosas, como las operaciones de rescate después de terremotos o catástrofes nucleares. Y basta asomarse al televisor por las mañanas para poder estar informados de la evolución del volcán de La Palma, gracias al uso de inteligencias artificiales.

Pero tal despliegue de actividad implica también la posible concurrencia de situaciones dañosas no queridas. Y ahí entra la segunda de las comunicaciones mencionadas, cuando advierte que la aparición de la IA, en particular el complejo ecosistema que la hace posible y la característica de la adopción autónoma de decisiones, exige una reflexión acerca de la idoneidad de algunas de las normas establecidas en materia de seguridad y de cuestiones de Derecho civil relativas a la responsabilidad.

Por ejemplo, los robots avanzados y los productos del internet que se apoyan en la IA pueden no comportarse con arreglo a lo previsto cuando el sistema entró en funcionamiento por primera vez. Habida cuenta de la generalización de la utilización de la IA, es posible que sea necesario revisar las normas tanto horizontales como sectoriales.

También en materia de consumo existe la previsión de una adaptación. Y así la Comisión mantiene que la utilización a gran escala de herramientas que se apoyan en la IA en las transacciones entre empresas y consumidores debe ser equitativa, transparente y conforme con la legislación relativa al consumo. Los consumidores deben recibir información clara sobre la utilización, características y propiedades de los productos que se apoyan en la IA. Las personas deben poder controlar los datos generados por la utilización de estas herramientas y saber si se están comunicando con una máquina o con otro ser humano. En particular,



cuando se esté interactuando con un sistema automatizado, debería estudiarse en qué momento es más conveniente indicar a los usuarios cómo ponerse en contacto con un ser humano, así como la forma de garantizar que las decisiones del sistema puedan verificarse o corregirse.

En fechas recientes la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de enero de 2021 sobre inteligencia artificial advierte en su primer considerando que la robótica y las tecnologías relacionadas se están desarrollando con gran rapidez y pueden afectar directamente a todos los aspectos de nuestras sociedades, incluidos los valores y principios sociales y económicos fundamentales, lo cual viene a extenderse a la doctrina y material militar.

En Octubre de 2020 el Parlamento Europeo aprobó tres informes con fines muy definidos: a) el primero orientado a la Búsqueda del equilibrio entre la protección de los derechos de la ciudadanía e impulsar el desarrollo tecnológico; b) el segundo destinado a prever un sistema de responsabilidad civil con visión de futuro para proteger a empresas y particulares; c) y un tercero que refuerce la creación de un sistema eficaz de propiedad intelectual y garantías para los desarrolladores de las programaciones

Y como se anticipaba la Comisión en Abril de este año 2021, propone dentro del ámbito de la responsabilidad en el uso de las inteligencias artificiales un marco que integra hasta cuatro niveles de riesgo. Un primer nivel de riesgo inaceptable para los seres humanos en el que se incluyen los usos considerados una “amenaza para la seguridad, los medios de vida y los derechos de las personas. Estos usos de IA resultarían prohibidos.

Un segundo nivel que se califica como de alto riesgo, afecta a los usos que se apliquen a infraestructuras críticas que puedan afectar a la salud o educación de los ciudadanos. Aquí la utilización de la IA habrá de sujetarse al cumplimiento de estrictas imposiciones donde se deberá realizar un análisis previo de riesgos, un mapa de trazabilidad de resultados, siendo necesaria una supervisión humana, todo ello perfectamente documentado.

En un escalón inferior encontramos el riesgo limitado donde operan por ejemplo los *chatbox* (un *software* basado en Inteligencia Artificial capaz de mantener una conversación en tiempo real por texto o por voz, que nos hemos acostumbrado a escuchar sin conocerlo). Tales usos requieren de un mínimo nivel de transparencia que exige el conocimiento del usuario humano que interactúa con una inteligencia artificial.

Y finalmente el grado de riesgo más bajo, el mínimo en el que tienen cabida el resto de usos, como por ejemplo para videojuegos, aplicaciones de imagen digital

en producciones videográficas. Para estos supuestos no se prevé la adopción de medida específica.

Cabe adelantar que los usos militares quedan fuera de la propuesta.

Parece con ello la Comisión transmitir un mensaje. Inteligencia artificial, sí, pero en un entorno seguro y responsable. Se busca por tanto un desarrollo tecnológico necesario pero con la debida salvaguarda.

## **INTELIGENCIA ARTIFICIAL ¿SUSCEPTIBLE DE SER TITULAR DE DERECHOS?**

*- La interacción y autonomía de la IA*

Por otro lado ¿Qué cabe pensar de entes que hablan, juegan, realizan tareas cotidianas y habituales e interactúan de modo general con los seres humanos y que incluso aparentan capacidad para sentir emociones? En algunas de estas situaciones superan las interacciones entre humanos y seres vivos de otras especies, a quienes en mayor o menor medida abrimos poco a poco paso, a ser sujetos de derechos. La pregunta que formulo es ¿va a suceder ello incluso a un nivel más avanzado en el caso de las inteligencias artificiales?

No es fácil emitir una respuesta razonada en la actualidad, pese a que hace tiempo que la capacidad de las inteligencias artificiales pasaron de constituir un complemento o desarrollo de las capacidades humanas a competir gradualmente con tales en esferas como la creación artística, las humanidades, el deporte, el trabajo, la medicina....

En la actualidad existen algoritmos que permiten a una inteligencia artificial el denominado aprendizaje de refuerzo, esto es la posibilidad de que sin intervención humana que coadyuve en el proceso, pueda desarrollar pautas de autoaprendizaje, que le permitan en consecuencia constituirse en su profesor. Si un ser humano es capaz de aprender en solitario, de ser un llamémosle autodidacta, esta misma capacidad pero reforzada, en cuanto no debe acudir a un elemento externo, cabe predicarse en la actualidad de la inteligencia artificial. Hemos llegado ya al punto de que existe cierta paridad entre la capacidad efectiva del ser humano y de la inteligencia artificial. De seguir así en pocos años podemos hablar del carácter instrumental del ser humano respecto de la inteligencia artificial, circunstancia ésta que abre una compleja controversia que ya supera las barreras meramente científicas.

Y si ello es así ¿Cabe considerar a estos entes como sujetos potenciales de derechos? ¿Corremos el peligro de vernos sometidos a la mayor capacidad de

desarrollo de tales entes si actuamos de este modo? ¿Es factible reproducir en la realidad la fantasía de *Terminator*?

Puede que alguien vea el problema como lejano, en el limbo de la ciencia ficción. Nada más lejos de la realidad, considerando (como expone la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo) que entre 2010 y 2014, las ventas de robots aumentaron un 17 % de media cada año, que en 2014 las ventas registraron el mayor incremento anual observado hasta ahora —a saber, un 29 %— (datos hasta el año 2016), y que los principales motores de este crecimiento son los proveedores de componentes de automoción y la industria electrónica y eléctrica, y que a lo largo del último decenio se han triplicado las solicitudes anuales de patentes en el sector de la tecnología robótica.

Las alarmas ya han saltado. Hace un año, se supo que Arabia Saudí había concedido a una inteligencia artificial (en concreto a un humanoide de nombre Sofía, visto en la FIRA de Barcelona) la ciudadanía saudí, lo que entrañaba el disfrute de una serie de derechos, lo cual puede parecer un acto meramente folklórico o intrascendente, pero puede no serlo. En el fondo todo se hace depender de las respuestas emocionales que se originen en las relaciones entre humanos e inteligencias artificiales.

En 1970 el profesor de robótica Masahiro Mori publicó el artículo *Bukimi No Tani* (El valle desconocido) en la revista *Energy*, en el cual ya anticipaba la hipótesis de que los robots llegarían a tener mayor apariencia humana hasta el punto de alcanzar sutiles imperfecciones que les darían un sobrecogedor parecido, por lo que instaba a los creadores de tales inteligencias a que no se esforzaran en hacer sus creaciones demasiado realistas tanto en apariencia como en posibilidad de movimiento.

#### - *Capacidad electrónica*

La propia Comisión de Asuntos Jurídicos ya mencionada en uno de los documentos referenciados considera que existe la posibilidad de que, dentro de unos decenios, la inteligencia artificial (IA) supere la capacidad intelectual humana de un modo tal que, de no estar preparados para ello, podría suponer un desafío a la capacidad de la humanidad de controlar su propia creación y, por ende, quizás también a la capacidad de ser dueña de su propio destino y garantizar la supervivencia de la especie.

Bien es cierto que en todo caso la programación y creación de toda IA ha de garantizarse el cumplimiento de las leyes de Asimov (1) *Un robot no debe*

*hacer daño a un ser humano ni, por inacción, dejar que este sufra un daño. 2) Un robot debe obedecer las órdenes que recibe de un ser humano, excepto cuando tales órdenes entran en conflicto con la primera ley. 3) Un robot debe proteger su propia existencia siempre que dicha protección no entre en conflicto ni con la primera ni con la segunda ley, y finalmente la 0) Un robot no puede dañar a la humanidad, o por inacción, permitir que la humanidad sufra daño), pero ello ya no parece garantía suficiente. De hecho se propone por la Comisión y el Parlamento Europeo una ampliación de tales reglas como son las relativas a que el robot debe tener un interruptor de emergencia o de desconexión, y a que no puedan generarse relaciones emocionales con los robots.*

Años después en la misma línea apuntada anteriormente el profesor Mori, en uno de sus trabajos llegó a referirse respecto a los robots, que mantenían en su interior la capacidad para desarrollar credos metafísicos propios susceptibles de generar una comunidad de credo. De hecho Mori llegó a presidir el Instituto de Investigación Mukta destinado a promover precisamente el estudio de la relación entre robots y religión.

Y si una inteligencia es capaz de desarrollar sus propios credos cabe sustentar si no estaremos en presencia de un ente necesitado de reconocimiento jurídico. Y si es así ¿en qué grado?

Y de ser así ¿estaríamos ante un nuevo tipo de “Persona”? Un ente susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones.

El Proyecto de informe de 31 de Mayo de 2016 de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (así como la Resolución posterior del Parlamento de la Unión Europea de 16 de Febrero de 2017) perfila la idea del reconocimiento de un símil a la personalidad jurídica, la que muchos denominan personalidad electrónica, o lo que es lo mismo el reconocimiento de derechos a los sistemas de inteligencia artificial.

Y para ello ha de partirse de una constatación, cual es que tales inteligencias ya en la actualidad pueden realizar actividades hasta hace poco exclusivamente humanas, y además desarrollar rasgos cognitivos y autónomos. Esto es tienen capacidad para aprender de su propia experiencia y extraer sus conclusiones permitiendo la toma de decisiones independientes. En ese mecanismo de comportamiento, las inteligencias artificiales se asemejan más a los agentes que interactúan en su entorno con capacidad para su modificación, y todo ello sin influencia externa.

En atención a esa autonomía la Comisión suscita la cuestión de la condición y pertenencia de la IA a una de las categorías jurídicas existentes; esto es si deben

considerarse personas físicas, personas jurídicas, animales u objetos, o si resultaría necesario por sus propias características y repercusiones el reconocimiento de una nueva categoría, que englobe el reconocimiento de derechos y la atribución de obligaciones. ¿Por qué? Pues por la propia insuficiencia de nuestro sistema positivo para contener el supuesto. Si una IA tiene capacidad autónoma de aprendizaje a partir de su propia experiencia y desarrolla rasgos cognitivos propios, siendo capaz de generar sus propios sentimientos, ¿hasta dónde llega la responsabilidad de su creador caso de originarse un daño por la conducta de aquélla?

Pero también los problemas se suscitan en el propio ámbito de la contratación. Existen máquinas concebidas para elegir a sus interlocutores contractuales, negociar las cláusulas del contrato, celebrar los mismos, y verificar su cumplimiento. ¿Cómo adaptar esta realidad al marco normativo que tenemos?

Este es el reto que debemos de afrontar. El 16 de Febrero de 2017 el Parlamento Europeo emitió Resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de derecho civil sobre robótica asumiendo buena parte de las recomendaciones de la Comisión, entre ellas la necesidad de una definición y clasificación de la IA (o robot autónomos inteligentes) con la obligatoriedad de su inscripción en un registro especial.

La Comisión Europea emitió sobre este ámbito Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo de Europa, al Consejo y al Comité Europeo Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones el 25 de abril de 2018. En ella ya parece adelantar una definición de IA (sistema que manifiesta un comportamiento inteligente, pues es capaz de analizar su entorno y pasar a la acción, con cierto grado de autonomía, con el fin de alcanzar objetivos específicos) y prevé la necesidad de elaborar un proyecto inmediato sobre las directrices éticas en relación con la IA.

Sin embargo tanto Resolución como Comisión evitan pronunciarse sobre la cuestión esencial que ahora nos ocupa, aunque sí da pasos en ese sentido, en la medida en que por ejemplo facilita la implantación de una definición del sujeto y prevé la necesidad de su registro (algo similar a lo previsto para personas físicas, jurídicas o animales). Esta elusión de reconocimiento de personalidad se percibe al acentuar la autonomía de las IA pero silenciando la voluntariedad de sus actuaciones.

Bien es cierto que en el fondo las maniobras del Parlamento y de la Comisión van eminentemente dirigidas a una clarificación de las consecuencias de la actuación de las IA, esto es a su impacto en la industria, en el empleo, en el desarrollo económico y en la distribución de las responsabilidades derivadas de su utilización.

Pero de la misma manera que las creaciones humanas generaron la necesidad de la articulación de entes patrimoniales con voluntad autónoma de sus formadores, a lo que después aplicó el término persona jurídica con la finalidad de reconocerle unos derechos y exigir cada vez más obligaciones, ¿no será necesario actuar del mismo modo cuando creamos entes igualmente capaces de interrelacionarse con otros de similar especie y con seres humanos, interactuando en el mundo jurídico?

*- La situación fuera de la UE*

Y mientras ¿Qué ocurre en el resto del mundo?

El desarrollo y la necesidad de regulación de lo que ya se viene a llamar la cuarta revolución industrial, se deja sentir en los países avanzados. Taiwan y Japón fueron los primeros en desarrollar alguna normativa que no se limitara a la mera declaración de intenciones o desarrollos futuros

En Emiratos Arabes Unidos existe un Ministerio de inteligencia artificial desde el año 2017 encargado tanto de la impulsión de las inteligencias artificiales, cuanto de su utilización en el mercado laboral.

Estados Unidos y China se alternan en el liderato mundial de fabricación y su implantación. Sin embargo andan lejos de regular en su conjunto la problemática, acometiendo el primero algún avance relacionado con la protección de datos.

*- La situación en España*

Pero ¿qué pasa en nuestro país?

El 4 de Marzo de 2019 en Granada, el Presidente del Gobierno presentó el Proyecto de Estrategia Española para la inteligencia Artificial en I+D+I. Se trata en palabras de Pedro Sánchez de un primer paso para la elaboración de una Estrategia Nacional sobre la materia. En su intervención recogía como medidas la creación de un Ministerio específico, y la aprobación de una serie de medidas para favorecer la contratación de investigadores.

El documento cercano al medio centenar de páginas viene a recorrer desde un preámbulo acerca de la evolución de la IA, la génesis del proceso de elaboración de la estrategia (todo ello a partir de las previsiones del Parlamento y Comisión Europea ya reseñadas y la ulterior creación en 2018 del Grupo de Trabajo sobre Inteligencia Artificial, GTIA), la posición española en el desarrollo, investigación y uso de tecnologías de la IA, los mecanismos de articulación y los instrumentos para la financiación, las prioridades que deben valorarse, las recomendaciones y las conclusiones de la Estrategia sobre tal tecnología. Dentro de las prioridades se contemplan cuestiones como la necesidad de evitar el sesgo

negativo y prejuicios de género u otras formas de discriminación en el desarrollo de tecnologías de la IA. Las aplicaciones de la IA deben ser prudentes, confluables, responsables, identificables, con una autonomía regida por un conjunto de reglas que velen por el acervo humano. Nada se aduce sobre la cuestión relacionada con el trato a recibir por las IA.

Poco más se ha sabido tras la declaración mencionada, al margen de la reciente creación en el seno de las distintas Universidades de Grupos de trabajo orientados al campo de las Inteligencias artificiales.

- *Conclusión*

Se sustancia la necesidad de un reconocimiento de la inteligencia artificial, aunque se ignora su alcance.

Podemos eso sí afirmar que un nuevo desafío se ha presentado, sin que muchos de nosotros nos hayamos apercibido de ello. Son muchos interrogantes los planteados, pocas las respuestas. Sirvan estas líneas de mera llamada de atención. Muchas gracias

*«Las tecnologías y las comunicaciones digitales penetran en cada aspecto de la vida. Necesitamos trabajar por una Europa que empodere a nuestros ciudadanos y potencie nuestra economía, que viven ya en la era digital.»*

Presidente Juncker, en su discurso sobre el Estado de la Unión de 14 de septiembre de 2016

Zaragoza a 16 de Octubre de 2021

## **BIBLIOGRAFIA**

ERCILLA GARCIA, Javier **Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots** Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, ISSN 1696-0351, N°. 47, 2018

CARBONERO REDONDO, Juan José **Inteligencia artificial y Administraciones Públicas, Jurismática**





# **PREMIOS DE LA ACADEMIA 2019**



**PREMIO DE DERECHO PRIVADO**  
**“CASTÁN TOBEÑAS”**



# EL ROL DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS REDES SOCIALES Y SU MARCO REGULATORIO

Cecilia Celeste Danesi

## 1. INTRODUCCIÓN

El avance de los descubrimientos tecnológicos es una cuestión que matiza a la sociedad en forma transversal. Es un fenómeno que repercute de lleno en la cotidianeidad de las personas en forma súbita e involuntaria; aun cuando un sujeto se quiera mantener al margen, aquella lo invade. Quizás, uno de los hitos de estos tiempos sea la inteligencia artificial (en adelante, también “IA”): la innovación tecnológica más disruptiva de todas y llamada por muchos la “Cuarta Revolución Industrial”.

La inteligencia artificial se caracteriza por realizar funciones que se asemejan a las de la mente humana. Sus rasgos más destacables son la autonomía y el autoaprendizaje; lo que significa que la IA toma decisiones absolutamente independientes de su creador o diseñador y, además, tiene la capacidad de seguir aprendiendo. Además de todo ello, tiene la habilidad de procesar enormes cantidades de datos. Esta combinación convierte a la inteligencia artificial en una valiosa herramienta que se utiliza en las más diversas áreas, tales como la medicina, los vehículos autónomos, el marketing, la robótica (vgr. militar, asistencia de personas mayores, etc.), entre muchos otros.

Y ese disruptivo fenómeno también repercute en un nuevo sector de las sociedades modernas: internet. No tenemos dudas que en ese transcurre gran parte de nuestra vida. Allí, nos informamos, adquirimos productos y servicios, publicitamos nuestro negocio y nos sacamos cualquier inquietud que nos surja por la cabeza en cuestión de segundos. Tanto es así, que se incorporó a nuestro diccionario informal el verbo “googlear”: todo se googlea para tener una primera aproximación a un determinado tema.

En el mundo del derecho, uno de los sectores más relevantes son las redes sociales; sitios donde interactuamos con otras personas con diversos propósitos. A lo largo de este trabajo, evidenciaremos el relevante rol que ocupa la inteligencia artificial en la utilización de las redes sociales y, las distintas problemáticas que encarna en el mundo del derecho.

## 2. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA.

Si bien el debate acerca de la capacidad de pensar de las máquinas es anterior, el nacimiento del término inteligencia artificial se remonta a una reunión de jóvenes matemáticos en el verano de 1956, en el *Dartmouth College*, Hanover, del Estado de New Hampshire. Entre ellos se encontraban: C. E. Shannon, M. L. Minsky, N. Rochester y J. McCarthy. Y precisamente este último (profesor asociado de matemática, director y fundador del Laboratorio de Inteligencia Artificial en el Instituto de Tecnología de Massachusetts y en la Universidad de Stanford), es a quien se le atribuye haber acuñado aquel término.

El propósito de esa reunión era que, partiendo de la hipótesis de que todos los aspectos del aprendizaje o cualquier otra característica de la inteligencia puede — en principio— ser descrita con tanta exactitud que, podría crearse una máquina para simularla. Asimismo, se intentó descubrir cómo hacer que las máquinas utilicen el lenguaje, formen abstracciones y conceptos, es decir, resuelvan cuestiones hasta ese momento reservados a los humanos. También, el grupo identificó los problemas que presentaba para ellos la IA y sobre los que pretendían trabajar durante esa reunión. En primer lugar ubicaron a las computadoras automáticas. Al respecto, señalaban que las velocidades y las capacidades de memoria de las computadoras en aquella época podían ser insuficientes para simular muchas de las funciones más altas del cerebro humano, pero el mayor obstáculo no era la falta de capacidad de la máquina, sino la incapacidad de ellos para escribir programas aprovechando al máximo lo que tenían. El segundo era un interrogante: ¿Cómo se puede programar una computadora para usar un lenguaje? El tercer problema era denominado “*Neuron Nets*”, es decir, ¿Cómo se puede organizar un conjunto de neuronas (hipotéticas) para formar conceptos?<sup>1</sup>.

En suma, esa famosa reunión fue donde se concibió el término “inteligencia artificial” y tuvo —a su vez— una enorme relevancia, no sólo para ese campo de estudio, sino para muchos otros (tales como: la neurociencia, la lingüística, la psicología, la ingeniería, etc.), que tenían estrecha vinculación con el campo inicial. Se decía que ese encuentro “había anticipado ciertos desarrollos, pero no tenían certidumbre de que los mismos contarán con la oportunidad de explorar tierra prometida”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, 31/08/1955, disponible al 15/09/19 en <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf>.

<sup>2</sup> Gardner Howard, *La nueva ciencia de la mente*, Barcelona, Paidós, 1987, pág. 159.

Así las cosas, a partir de la década del '50 y hasta los '80, imperó el paradigma de la inteligencia artificial simbólica. La programación se denominaba clásica bajo la regla “*If...then...else*”. Esto consistía en que los humanos debían ingresar reglas y datos en un programa y, del análisis de los datos bajo esas reglas, resultarían las respuestas esperadas<sup>3</sup>.

El auge de ese paradigma fueron los “sistemas expertos”<sup>4</sup>, que incorporaron de una manera práctica y operativa, el conocimiento que poseía un experto en la materia de que se tratase. Consistían en programas que reproducían las actuaciones que había previsto el experto que los diseñó<sup>5</sup>.

### 3. HACIA UNA DEFINICIÓN DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

Ahora bien, intentemos brindar una definición de IA. Utilizamos el verbo “intentar” no de forma azarosa puesto que no existe consenso en torno a aquél concepto.

Comencemos por desmembrar las palabras que lo componen. Así, la Real Academia Española consigna entre las acepciones del término “inteligencia”: “capacidad de entender o comprender”, “capacidad de resolver problemas”, “conocimiento, comprensión, acto de entender” y “habilidad, destreza y experiencia”. Y, respecto al vocablo “artificial” señala: “hecho por mano o arte del hombre”, “no natural, falso” y, “producido por el ingenio humano”. Tal como puede verse, a priori podría sostenerse que la “inteligencia artificial” vincula cuestiones propias e inherentes a los humanos (la inteligencia), con otras que son precisamente todo lo contrario, es decir, no naturales o falsas (lo artificial).

La academia mencionada define a la inteligencia artificial como una disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico. Por su parte, y en una forma similar, el Diccionario del *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales* la conceptualiza como la

---

<sup>3</sup> Moreno, A., Armengol, E., Béjar, J., Belanche, L., Cortés, U., Gavaldà, R., Gimeno, J.M., López, B. Martín, M. y Sánchez, M., *Aprendizaje Automático*, Ediciones de la Universidad Politécnica de Cataluña, Barcelona, 1994, pág. 208 y siguientes.

<sup>4</sup> Algunos de ellos eran el diseño artístico o arquitectónico, la localización de yacimientos minerales y el diagnóstico médico. Altmark, Daniel R. y Bielsa, Rafael A., *Informática y derecho*, AbeledoPerrot, 1996. Con relación al campo legal, ver Martino, Antonio, A., *Sistemas Expertos Legales*, AbeledoPerrot.

<sup>5</sup> Winston, Patrick Henry, *Artificial Intelligence*, 3rd ed. Addison-Wesley, 1992, pág. 53/60.

búsqueda de medios susceptibles de dotar los sistemas informáticos con capacidades intelectuales comparables a las de los seres humanos.

John McCarthy, quien —como señalamos precedentemente— fue uno de los fundadores del término IA, la definió como un proceso consistente en hacer que una máquina se comporte de formas que serían llamadas inteligentes si un ser humano lo hiciera.

Desde una perspectiva más técnica, la discrepancia en torno a su concepto radica principalmente en relación al enfoque que se le dé a la IA. Entre los principales están las definiciones que destacan los procesos de pensamiento y razonamiento, las que enfatizan la fidelidad que poseen al comportamiento humano y, también, las que se orientan al comportamiento ideal, es decir, a la racionalidad. Teniendo en miras este último, Winston define a la IA como el estudio de las computaciones que hacen posible percibir, razonar y actuar. Focalizándose en el comportamiento humano, Kurzweil la precisa como el arte de crear máquinas que realizan funciones que requieren inteligencia cuando las llevan a cabo personas. Y, basado en la racionalidad, Poole sostiene que la inteligencia computacional es el estudio del diseño de agentes inteligentes.

Con una mirada más actual, la Comunidad Europea comenzó a reflexionar sobre el tema en procura de abordar una legislación común. El primer esbozo oficial es el informe del 27 de enero de 2017 del Parlamento Europeo, con recomendaciones destinadas a la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre normas de Derecho civil sobre robótica (en adelante, también, el informe) . Entre sus aspectos más destacables, señala que es necesario crear una definición generalmente aceptada de robot y de inteligencia artificial que sea flexible y no lastre la innovación y, además, resalta que existe la posibilidad de que a largo plazo la inteligencia artificial llegue a superar la capacidad intelectual humana. Refiere que, dado el nivel de desarrollo alcanzado por la robótica y la inteligencia artificial, procede empezar por las cuestiones relativas a la responsabilidad civil. Como podemos ver, si bien no se establece una definición de IA, se enfatiza en la imperante necesidad de un concepto uniforme y en la creación de un marco regulatorio en el área del derecho de daños.

Donde sí se propone una definición del término inteligencia artificial, es en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo titulado: “Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad” del 31 de agosto de 2017 (en adelante, también, el dictamen). Allí, si bien se reconoce la falta de uniformidad en la definición de la IA, se brinda una. Se refirió que el objetivo fundamental de la investigación y del desarrollo en materia de IA es la automatización



de comportamientos inteligentes como razonar, recabar información, planificar, aprender, comunicar, manipular, observar e incluso crear, soñar y percibir. También, se asevera que es un concepto que engloba muchas otras (sub)áreas como la informática cognitiva (*cognitive computing*: algoritmos capaces de razonamiento y comprensión de nivel superior —humano—), el aprendizaje automático (*machine learning*: algoritmos capaces de enseñarse a sí mismos tareas), la inteligencia aumentada (*augmented intelligence*: colaboración entre humanos y máquinas) o la robótica con IA (IA integrada en robots).

Asimismo, se distingue entre IA débil (*narrow AI*) e IA fuerte (*general AI*). La IA débil es capaz de realizar tareas específicas. La IA fuerte es capaz de realizar las mismas tareas intelectuales que un ser humano.

En el 2018, los intentos por abordar las cuestiones relativas a la IA continuaron. En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, denominado “Inteligencia artificial para Europa” del 25/04/2018 se destaca que “la Unión Europea (UE) debe adoptar un planteamiento coordinado que le permita aprovechar al máximo las oportunidades que brinda la IA y abordar los nuevos retos que conlleva. La UE tiene la posibilidad de liderar el desarrollo y la utilización de la IA de una vez y para todos, partiendo de los valores y puntos fuertes con los que cuenta”. La comunicación tiene como fin: 1) Potenciar la capacidad tecnológica e industrial de la UE e impulsar la adopción de la IA en todos los ámbitos de la economía; 2) Prepararse para las transformaciones socioeconómicas que origina la IA y; 3) Garantizar el establecimiento de un marco ético y jurídico apropiado.

Bajo ese contexto, esboza una definición de inteligencia artificial. Sostiene que ese término se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción— con cierto grado de autonomía—con el fin de alcanzar objetivos específicos. Aclara que los sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático (p. ej. asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz), pero la IA también puede estar incorporada en dispositivos de hardware (por ejemplo: robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del internet de las cosas). Muchas tecnologías de IA requieren datos para poder mejorar su rendimiento. Una vez que funcionan bien, pueden ayudar a mejorar y automatizar la adopción de decisiones en el mismo ámbito. Por ejemplo, un sistema de IA se puede entrenar con vistas a utilizarlo para detectar los ataques informáticos a partir de los datos obtenidos de la red o del sistema en cuestión.

En suma, si bien no existe consenso en torno al concepto de IA, podemos afirmar que es un hito tecnológico que posee habilidades propias de los seres humanos. Quizás, el primer motivo por el cual no hay una definición aceptada de IA, sea que versa sobre una tecnología en plena evolución, cuyos alcances y limitaciones aún no están demarcados.

#### **4. LAS REDES SOCIALES Y SU MARCO REGULATORIO.**

Efectuada una introducción acerca de la inteligencia artificial, comenzaremos a adentrarnos en el mundo de las redes sociales para, finalmente, analizar la estrecha relación que existe entre ambos mundos.

Los sitios web se clasifican de distintas formas. En primer lugar, tenemos las páginas de información primaria, las cuales aluden en forma directa a la información, es decir, crean el contenido. Este podría ser el caso de una web que provea información acerca de una determinada área o disciplina específica. Luego, las páginas de información secundaria, nos remiten a la información creada por esos sitios. Éstos son, los tan famosos, motores de búsqueda.

Y por último, las redes sociales, que son definidas por la Real Academia Española como una plataforma digital de comunicación global que pone en contacto a gran número de usuarios. Precisamente, a través de ella nos interconectamos y relacionamos con personas físicas y jurídicas con diversos fines. La particularidad de aquellas es que establecen un vínculo previo contractual con cada uno de los usuarios debido a la suscripción o aceptación de los términos y condiciones. Así, se crea un nexo entre el creador del contenido y el proveedor de la red social, el cual se encuadra en la figura del contrato de adhesión con cláusulas predisuestas.

Esa figura está definida entre los artículos 984 y 989 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina, que lo conceptualiza como aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción. Estas cláusulas deben ser comprensibles y autosuficientes y de redacción clara, completa y fácilmente legible. Asimismo, el código establece que las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretarán en sentido contrario a la parte predisponente y también se regulan las cláusulas abusivas que se tendrán por no escritas y el control judicial que existe sobre las mismas.

A esas normas, debemos añadirle las que regulan los derechos de los consumidores y usuarios, que protegen al sujeto débil de esta relación. Aquí incluimos

la ley 24240 y los arts. 1092 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación argentino.

Pues bien, las redes sociales tienen características que le son propias. Los usuarios pueden generarse un perfil con sus datos personales y también crear uno parcial o totalmente falso. Otra cuestión importante, y vinculado con lo anterior, es la masividad que poseen las redes y su anonimato.

Pero eso no es todo. Las redes sociales tienen la facultad de “condenar” a las personas sin juicio previo y en muchos casos, esa condena importa una “pena” que resulta más gravosa que la fijada por un Juez y —por supuesto— sin el más mínimo derecho de revisión y/o apelación. Así, vemos cotidianamente acusaciones a sujetos acerca de la comisión de un delito que causa una gran revuelo social y que, generalmente, nunca llega a los estrados de la justicia. La mayor desventaja: no existe el derecho al olvido.

¿Y quién ejerce el poder de policía? El Estado, claro que no. Las dueñas de las redes sociales, lo que les permite analizar el contenido y decidir en forma unilateral si removerlo o no, sin notificación al creador del mismo y sin derecho a réplica.

#### **4.1 La responsabilidad civil por el contenido que se publica en las redes sociales.**

Esa breve descripción del contexto actual nos llena de interrogantes en lugar de certezas. Y uno de los aspectos más controvertidos es la cuestión atinente a la responsabilidad civil de los proveedores de redes sociales.

Un hito en lo que concierne a la responsabilidad de los motores búsqueda, es el conocido fallo Belén Rodríguez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el cual se resolvió que “no corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los “motores de búsqueda” de acuerdo a las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa sino que corresponde hacerlo, en cambio, a la luz de la responsabilidad subjetiva en tanto los “buscadores” no tienen una obligación general de monitorear (supervisar, vigilar) los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por los responsables de cada una de las páginas web sino que son, en principio, irresponsables por esos contenidos que no han creado”<sup>6</sup>. Lo serán cuando efectuada una denuncia, no tomen las medidas correspondientes en el tiempo oportuno.

---

<sup>6</sup> CSJN, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios”, 28/10/14, Id SAIJ: FA14000161.

En el fallo se señala que la libertad de expresión comprende el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones difundidos a través de internet tal como ha sido reconocido por el legislador nacional en el art. 1° de la ley 26.032, ya que a través de internet se puede concretizar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar —o no hacerlo— sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc. y desde el aspecto colectivo, constituye un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública.

Al transpolar este criterio a las redes sociales, aplicaríamos un supuesto de responsabilidad subjetiva (ellas tampoco crean el contenido) y la negligencia estará dada por su inactividad una vez que tomaron conocimiento fehaciente de la publicación lesiva.

Sin embargo, reconocidos juristas (entre ellos, Zavala de González y Pizarro) consideran que debe considerarse un supuesto de actividad riesgosa y, por consiguiente, aplicarse las normas de derecho común. Para fundar esta postura sostienen que las empresas de redes sociales diseñan el software, las condiciones de funcionamiento y los términos de condiciones de uso. Además, obtienen inmensurables ganancias que fácilmente podrían encuadrarlas en la teoría del beneficio o provecho económico. Otro punto importante es que las empresas deben poseer (o al menos desarrollar) los medios técnicos para prevenir la publicación del contenido agravante.

Ello se encuentra regulado en el art. 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que establece que “toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es “objetiva”. Los sujetos responsables serán quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial (art. 1758 CCCN).

#### **4.2. El rol de la normativa de protección de datos personales.**

Precisamente en el uso de las redes sociales, se aplican las disposiciones relativas a la protección de datos personales, las cuales, muchas veces no son debidamente respetadas; tal como veremos *infra* con relación al caso Cambridge Analytica. En la materia resulta de gran relevancia el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), el que contiene aspectos relevantes con relación a la inteligencia artificial.

Por un lado, debemos poner de resalto los principios que crea el reglamento.

Uno de ellos es el de responsabilidad (*accountability*), que contempla una responsabilidad proactiva (el mismo concepto lo adopta el anteproyecto de reforma de la ley de protección de datos personales argentino) y busca implementar mecanismos que permitan acreditar que se han adoptado todas las medidas necesarias para tratar los datos personales como exige la norma; lo que deberá ser acreditado por las organizaciones.

Por el otro, el principio de transparencia que incumbe a los avisos legales y políticas de privacidad las que deberán ser más simples e inteligibles, facilitando su comprensión, además de más completos

Un aspecto sumamente relevante del reglamento, es la información contenida en el considerando 26 que expresa que aquél se aplica a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. Este último supuesto acaece cuando los datos personales son seudonimizados, es decir, que se les atribuye a una persona física mediante la utilización de información adicional.

Para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Y, para establecer si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos.

Entonces, concluye que el reglamento no se aplica a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo.

Así, muchas veces resulta posible convertir el dato en anónimo para el desarrollo de la inteligencia artificial, lo relevante en este punto y que garantiza la no aplicación de la normativa en comentario, es que ningún procedimiento posterior permita volver a vincular al dato con el sujeto pues, en este caso, el dato se convertiría en “identificable”.

Por otro lado, el reglamento regula diversas condiciones para que el tratamiento sea lícito, entre ellas, el consentimiento del titular, cuya prueba siempre estará en cabeza del responsable. Agrega que la solicitud se presentará de tal forma que se distinga claramente cada uno de los asuntos o fines para los cuales se brinda el consentimiento, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo (arts. 6 y 7). Volvemos a reiterar en este punto que, en el caso de un sanatorio que utiliza la información de la historia clínica para

el desarrollo de inteligencia artificial a través de un tercero, el consentimiento deberá ser claro en el sentido que se presta a ese fin y que será efectuado por un sujeto distinto al establecimiento médico.

Asimismo, obliga a realizar evaluaciones de impacto sobre la privacidad cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas (art. 35.1). Esta obligación engloba a los supuestos de inteligencia artificial por cuanto el inciso 3.ª de la misma disposición establece que la “evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar”. Recientemente, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) emitió un listado con los tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos (art 35.4), de los cuales destacamos los siguientes: “2. Tratamientos que impliquen la toma de decisiones automatizadas o que contribuyan en gran medida a la toma de tales decisiones, incluyendo cualquier tipo de decisión que impida a un interesado el ejercicio de un derecho o el acceso a un bien o un servicio o formar parte de un contrato. (...) 8. Tratamientos que impliquen la asociación, combinación o enlace de registros de bases de datos de dos o más tratamientos con finalidades diferentes o por responsables distintos. (...) 10. Tratamientos que impliquen la utilización de nuevas tecnologías o un uso innovador de tecnologías consolidadas, incluyendo la utilización de tecnologías a una nueva escala, con un nuevo objetivo o combinadas con otras, de forma que suponga nuevas formas de recogida y utilización de datos con riesgo para los derechos y libertades de las personas”<sup>7</sup>.

## **5. EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS REDES SOCIALES**

Una de las herramientas más utilizadas en las redes sociales es la inteligencia artificial. Su uso podría agruparse en tres áreas: I) permanencia en las redes, II) creación del perfil publicitario y, III) detección del contenido agravante.

---

<sup>7</sup> Agencia Española de Protección de Datos, Listas de tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos (art 35.4), disponible al 29/09/19 en <https://www.aepd.es/media/criterios/listas-dpia-es-35-4.pdf> y Lista orientativa de tipos de tratamientos que no requieren una evaluación de impacto relativa a la protección de datos según el artículo 35.5 RGPD disponible al 29/09/19 en <https://www.aepd.es/media/guias/ListasDPIA-35.51.pdf>.

El primer punto pone de manifiesto una cuestión que muchas veces pasa desapercibida pero, cuando utilizamos una red social, aparecen en forma permanente sugerencias de contenido que consiguen con indudable éxito que permanezcamos “navegando” en la red social. Los ejemplos por antonomasia son Youtube, Spotify y Netflix, los cuales por *default* tienen habilitada la opción de reproducción automática. Eso significa que cuando hayamos terminado de escuchar o ver nuestra canción o video escogido, se comenzará a reproducir uno nuevo. La sugerencia se hará en base a nuestras elecciones previas y, por consiguiente, será personalizada para cada usuario.

Uno de los mayores debates que se plantean en torno a ello es si corresponde o no que se efectúen sugerencias en torno a un determinado contenido que podría ser calificado como “indeseado” o “extremista”. Por ejemplo, si en base a las búsquedas previas las sugerencias se basan en videos terroristas o suicidas. ¿Debería ejercerse algún tipo de control? ¿En cuáles temáticas? ¿Coartaríamos la libertad de información?

El segundo ítem es la creación del perfil publicitario. Una muestra sobrada de los verdaderos alcances y consecuencias que pueden arribarse gracias a esos perfiles es el caso de *Cambridge Analytica* relatado en el documental de Netflix “Nada es Privado”. Algunas consideraciones para reflexionar son: a) la protección de datos personales, b) los tests de personalidad, c) bombardeo de contenidos en plataformas y, d) las “*Fake News*” que conllevan a la manipulación de tendencias en los sitios.

Una pregunta que irrumpe en la cabeza es ¿cómo proteger a las personas? Imaginemos sujetos con capacidad restringida, incapaces o inhabilitados. Pródigos, ludópatas o simplemente adictos al consumo a los que les aparece en forma permanente más y más información acerca de la mayor de sus debilidades. ¿Podrán los Jueces prohibir a las Redes Sociales que los bombardeen con determinados avisos publicitarios? Una rápida respuesta se inclina por la afirmativa. Primero, por la función preventiva de la responsabilidad civil la cual habilita a los jueces a dictar medidas de oficio (arts. 1710 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación). Segundo, el juez al momento de dictar la sentencia de restricción de la capacidad debe incluir el “d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible” (art. 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), es decir, dentro de ese régimen podría incluir la comunicación a las redes sociales acerca de la limitación del contenido que se le puede exhibir a la persona dada su patología.

El tercer punto en torno a la relación de la inteligencia artificial y las redes sociales es la detección del contenido agravante, el cual constituye una de las preocupaciones más relevantes para la comunidad internacional.

## 5.1. La publicación del contenido agravante en las redes sociales y su detección a través de los algoritmos.

La problemática relativa a qué se publica en internet —en general— y en las redes sociales —en particular—, no se circunscribe a la vinculación de una modelo a un sitio pornográfico. La difusión de pedofilia, la perpetuación de delitos, la transmisión de un atentado terrorista o de actos de vandalismo son algunos de los escenarios preocupantes que nos proveen las redes sociales.

Un interesante documento en la materia, es el informe del Relator Especial de la ONU (A/HRC/38/35) del 6 de abril de 2018<sup>8</sup> que aborda la cuestión de la regulación del contenido en línea generado por los usuarios con un enfoque directo a los Estados y las empresas de redes sociales.

En su introducción, describe con acierto la situación actual. Señala que, a pesar de haber adoptado medidas para hacer más transparentes sus normas y su relación con los Gobiernos, las empresas siguen siendo unos reguladores enigmáticos, que establecen una especie de “ley de las plataformas” en la que es difícil percibir elementos como claridad, coherencia, rendición de cuentas y reparación. Las Naciones Unidas, las organizaciones regionales y los órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos han afirmado que los derechos fuera de línea se aplican igualmente en línea, pero no siempre está claro que las empresas protejan los derechos de sus usuarios o que los Estados les ofrezcan en las leyes incentivos para hacerlo.

El informe, en primer término, menciona el marco jurídico aplicable para los actores involucrados. En lo que concierne al Estado, reflere que las limitaciones que imponga a la libertad de expresión deben cumplir las siguientes condiciones (conf. art. 19, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos): legalidad<sup>9</sup>, necesidad y proporcionalidad<sup>10</sup> y legitimidad<sup>11</sup>. En lo que a las empresas respecta, señala que se aplica como guía no vinculante los “Principios Recto-

---

<sup>8</sup> Disponible al 18/08/19 en <https://undocs.org/sp/A/HRC/38/35>.

<sup>9</sup> Legalidad: Las restricciones deben estar “previstas en la ley” y, en particular, deben ser aprobadas por los procedimientos jurídicos ordinarios y limitar la discrecionalidad del Gobierno.

<sup>10</sup> Necesidad y proporcionalidad: Los Estados deben demostrar que con la restricción se impone la menor carga posible al ejercicio del derecho y se protege, o es probable que se proteja, el interés legítimo del Estado en cuestión.

<sup>11</sup> Legitimidad: Para que una restricción sea legal, debe estar orientada a proteger alguno de los intereses enumerados en el artículo 19, párrafo 3: los derechos o la reputación de los demás, la seguridad nacional o el orden público, o la salud o la moral públicas.



res sobre las Empresas y los Derechos Humanos<sup>12</sup> donde se establecen “normas de conducta mundial aplicables a todas las empresas” que deben regir todas las operaciones de éstas cualquiera sea el lugar en el que operen.

Otra de las cuestiones relevantes que destaca el informe es que el Estado, motivado por la preocupación de la posible afectación del derecho a la privacidad y la seguridad nacional, emite normas que entrañan riesgos para la libertad de expresión y ejercen una presión considerable sobre las empresas, que puede llevarlas a eliminar—inclusive— contenidos lícitos en un afán desmedido por evitar la responsabilidad. También suponen la delegación de funciones normativas a agentes privados y, además, la exigencia de la eliminación de contenido de forma rápida y automática conlleva el riesgo de que aparezcan nuevas formas de censura previa que, a su vez, amenazan los esfuerzos creativos en el contexto de los derechos de autor.

Así, las empresas crean herramientas que les permitan filtrar y eliminar el contenido lesivo las que, debido a los enormes volúmenes de información generado por los usuarios que deben supervisar, resultan de gran valor. Un claro ejemplo son los instrumentos de moderación automatizados que permiten detectar contenidos ilegales y llaman la atención de revisores humanos. También se utilizan herramientas como los filtros de palabras, los algoritmos de comparación criptográfica y el procesamiento del lenguaje natural. Asimismo, usan la detección por los usuarios y los detectores flables. En todos los casos, la evaluación final queda en manos de “equipos de moderadores” que examinan lo señalado y pueden tomar decisiones o, en supuestos dudosos, remiten el examen a los grupos de revisión de la dirección de la empresa.

Allí, el problema reposa en que, en cualquiera de esos escenarios, la empresa decide—a veces en cuestión de segundos— censurar el contenido sin intervención de ningún organismo estatal y siguiendo criterios creados por ellas mismas. Como contrapartida, bien podría argumentarse que la demora en la toma de una decisión puede conducir a que la publicación se viralice rápidamente.

En razón de todo ello, el informe concluye que la coyuntura actual exige una mejora radical de la transparencia, una rendición de cuentas genuina y un verdadero compromiso con la reparación, con el fin de proteger la capacidad de las personas para utilizar las plataformas en línea como foros donde expresarse libremente, acceder a la información y participar en la vida pública. Así, se pro-

---

<sup>12</sup> Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos ONU, disponible al 18/08/19 en [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf).

ponen una serie de recomendaciones a los Estados y las empresas para lograr ese objetivo.

Con relación a los Estados, entre las más importantes se mencionan: derogar cualquier ley en virtud de la cual se penalice o se restrinja indebidamente la libertad de expresión; restringir los contenidos por medio de una orden dictada por una autoridad judicial imparcial e independiente (de acuerdo con las debidas garantías procesales y las normas establecidas de legalidad, necesidad y legitimidad) y; evitar delegar en las empresas la responsabilidad como evaluadores del contenido. Asimismo, el Estado deberá abstenerse de: imponer sanciones desproporcionadas (dado su importante efecto paralizante sobre la libertad de expresión); promulgar leyes o concertar acuerdos que requieran la vigilancia o el filtrado “activo” del contenido (lo que es incompatible con el derecho a la privacidad y puede ser equivalente a la censura previa a la publicación) y; adoptar modelos de regulación en los que sean los organismos gubernamentales, y no las autoridades judiciales, quienes se erijan en los árbitros de lo que es una expresión legítima.

En lo que concierne a las empresas, precisa que deben: basarse en los Derechos Humanos para diseñar y elaborar políticas y procesos, adoptar enfoques de la transparencia radicalmente distintos en todas las etapas de sus operaciones y, abrirse a la rendición de cuentas.

Posteriormente, se elaboró el informe sobre las consecuencias de las tecnologías de inteligencia artificial para los derechos humanos, el cual se focaliza en la libertad de opinión y expresión, la privacidad y la no discriminación<sup>13</sup>. Se desarrolla en tres ejes: define los términos clave para un debate sobre la inteligencia artificial en relación con los derechos humanos, identifica el marco jurídico de derechos humanos pertinente a la inteligencia artificial y, presenta algunas recomendaciones preliminares para asegurar que, a medida que evolucionan las tecnologías que forman la inteligencia artificial, se incorporen en ese proceso consideraciones de derechos humanos.

Además de todo ello, el informe precisó que el vínculo entre las redes sociales y la inteligencia artificial es por demás cercano: permite a las empresas administrar resultados de búsquedas y transmisiones de noticias además colocar anuncios publicitarios, organizando qué ven los usuarios y cuándo. Asimismo,

---

<sup>13</sup> Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas del 29/08/18, disponible al 18/08/19 en <https://undocs.org/es/A/73/348>.

las compañías de medios sociales usan tecnologías de inteligencia artificial como instrumento para moderar el contenido de sus plataformas, que a menudo sirve de primera línea de defensa contra publicaciones que pueden infringir sus reglas.

Así las cosas, apreciamos que el uso de la inteligencia artificial opera como administradora del contenido en Internet, ofreciendo medios más refinados y eficientes para personalizarlo y gestionarlo de una forma que está afuera del alcance de los medios tradicionales. El predominio de la inteligencia artificial es motivo de preocupación por su efecto inmediato en la capacidad de formar y desarrollar opiniones en las personas.

Bajo este contexto, y luego de hacer un pormenorizado análisis entre el uso de la inteligencia artificial y la protección de los derechos humanos<sup>14</sup>, enumera recomendaciones dirigidas al Estado y a las empresas. En lo relativo al tema bajo estudio, señala que éstas últimas deben explicitar dónde y cómo las tecnologías de inteligencia artificial y las técnicas automatizadas se usan en sus plataformas, servicios y aplicaciones<sup>15</sup>. Asimismo, deben publicar informes sobre la supresión de contenido, con estudios de casos y educación sobre el perfllado comercial y político.

Finalmente, señala que las empresas deben prevenir y dar cuenta de la discriminación en los productos de los sistemas de IA, lo que incluye asegurar que los equipos que diseñan reflejen actitudes no discriminatorias y eviten sesgos (corrección de errores de muestreo, depuración de conjuntos de datos, etc.).

La Unión Europea no se queda atrás. El instrumento que opera como base es la decisión marco relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal. Su objetivo es garantizar que determinadas manifestaciones graves del racismo y la xenofobia sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias en toda la UE. Asimismo, pretende mejorar y fomentar la cooperación judicial en este campo<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Entre ellos el derecho a la libertad de opinión, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la privacidad, obligación de no discriminar y el derecho a un recurso efectivo.

<sup>15</sup> Resulta esencial, conforme los derechos humanos, dar aviso a los usuarios cuando: son objeto de un proceso de adopción de decisiones basado en IA; ésta es utilizada para la moderación del contenido y; sus datos personales pueden integrarse en un conjunto de datos que se usará para entrenar sistemas de IA.

<sup>16</sup> Decisión marco relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal, disponible al 19/08/2019 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:133178&from=ES>.

Un documento verdaderamente relevante en el área bajo estudio es el acuerdo del año 2016 entre la Comisión Europea, por un lado y, Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube por el otro, denominado: “Código de conducta para contrarrestar el discurso de odio ilegal en línea”<sup>17</sup>. Su propósito es ayudar a los usuarios a notificar el “discurso de odio” en esas plataformas sociales, mejorar el apoyo a la sociedad civil y generar una coordinación con las autoridades nacionales. Para lograrlo, se comprometieron —entre otras cosas— a contar con procedimientos claros y eficaces para examinar las notificaciones relativas a la incitación ilegal al odio que se produzcan en el marco de los servicios que prestan, de manera que puedan retirar o deshabilitar el acceso a dicho contenido dentro de las 24 horas de recibida.

Desde su celebración, se han llevado a cabo rondas de control para evaluar la aplicación del Código de conducta<sup>18</sup>; la última arrojó resultados positivos: las empresas informáticas evalúan ahora el 89 % de los contenidos señalados en un plazo de 24 horas y retiran el 72 % de los contenidos que se consideran constitutivos de incitación ilegal al odio<sup>19</sup>.

Más allá de esos tentadores resultados, la ONU en su informe A/HRC/38/35 señaló que, si bien el fomento de “argumentos contrarios independientes” puede resultar atractivo ante el contenido “extremista” o “terrorista”, la presión para adoptar esos enfoques conlleva el riesgo de transformar las plataformas en transmisores de propaganda más allá de los ámbitos de interés legítimo<sup>20</sup>.

Asimismo, el 28 de septiembre de 2017 la Comisión Europea emitió la comunicación al parlamento europeo titulado la “Lucha contra el contenido ilícito en línea: Hacia una mayor responsabilidad de las plataformas en línea”, la

---

<sup>17</sup> “*Countering illegal hate speech online. #NoPlace4Hate*”, disponible al 19/08/2019 en [https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=54300](https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54300). Asimismo ver “*Code of Conduct—Illegal online hate speech: Questions and answers*”, junio 2016, disponible al 19/08/2019 en [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/code\\_of\\_conduct\\_hate\\_speech\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/code_of_conduct_hate_speech_en.pdf).

<sup>18</sup> “*Code of Conduct on countering illegal hate speech online: First results on implementation*”, diciembre 2016 disponible al 19/08/2019 en [http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/image/document/2016-50/factsheet-code-conduct-8\\_40573.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-50/factsheet-code-conduct-8_40573.pdf) y; “*Code of Conduct on countering online hate speech – results of evaluation show important progress*”, 01/06/17 disponible al 19/08/19 en [https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=71674](https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=71674).

<sup>19</sup> Comunicado de prensa de la Comisión Europea, “Lucha contra la incitación ilegal al odio en línea: el Código de conducta de la UE garantiza una rápida respuesta”, 04/02/19, disponible al 19/08/2019 en [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-19-805\\_es.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-805_es.htm).

<sup>20</sup> ONU informe A/HRC/38/35 del 06/04/2018 disponible al 19/08/19 en <https://undocs.org/sp/A/HRC/38/35>.

cual recoge una serie de principios y directrices para que aquellas intensifiquen su lucha contra los contenidos ilícitos en línea en cooperación con las autoridades nacionales, los Estados miembros y otras partes interesadas. Su objetivo es facilitar y aumentar la aplicación de buenas prácticas en la prevención, detección, retirada o inhabilitación del acceso a contenidos ilícitos con el fin de garantizar su supresión efectiva y la protección de los derechos fundamentales. Se propone también indagar acerca de las responsabilidades de las plataformas cuando adoptan medidas efectivas para detectar o retirar contenidos ilícitos, o para inhabilitar el acceso a ellos (acciones denominadas “de buen samaritano”)<sup>21</sup>.

En lo que al último punto se refiere (responsabilidad de las plataformas), a nivel de la UE, el marco jurídico general para la supresión de contenidos ilícitos es la directiva sobre el comercio electrónico<sup>22</sup>, que —entre otras cosas— presenta las condiciones en las que las plataformas en línea pueden acogerse a la exención de responsabilidad por los contenidos ilícitos que publiquen. En su art. 14 establece que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador no será considerado responsable de los datos almacenados, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la información es ilícita y b), en cuanto tenga conocimiento de ello, el prestador actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

En suma, y tal como podemos apreciar a simple vista, el contenido agravante y/o lesivo que se publica en línea ocupa un rol preponderante en la comunidad internacional.

## **5.2 La transmisión vía Facebook del atentado terrorista de Nueva Zelanda: un antes y un después en la agenda internacional.**

Sin dudas, la transmisión a través de la red social Facebook del lamentable ataque a dos mezquitas que tuvo lugar el 15 de marzo de 2019 en Christchurch,

---

<sup>21</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Lucha contra el contenido ilícito en línea Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea, disponible al 19/08/2019 en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-555-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

<sup>22</sup> Directiva 2000/31/Ce del Parlamento Europeo y del Consejo (8 de junio de 2000) relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (llamada “Directiva sobre el comercio electrónico”), disponible al 19/08/2019 en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/eu/eu107es.pdf>.

una ciudad situada en la costa este de la Isla del Sur Nueva Zelanda, constituye un hito que podríamos denominar el “a.C./d.C.” en la materia<sup>23</sup>. Este triste hecho reavivó los debates acerca de ¿Qué se publica en las redes sociales? ¿Quiénes son responsables por ello? Y, ¿Cómo prevenirlo?

Dos meses después, la primera ministra de Nueva Zelanda, Jacinda Ardern, y el presidente francés, Emmanuel Macron, reunieron a los Jefes de Estado y de Gobierno y a los líderes del sector tecnológico para adoptar la “*Christchurch Call*”, que representa un compromiso de los gobiernos y las empresas tecnológicas para eliminar el contenido terrorista y extremista violento en línea. El compromiso fue adoptado por 19 países y por 8 destacadas empresas que prestan servicios en línea, entre ellas: Amazon, Google, Twitter y YouTube.

Se basa en la convicción de que un Internet gratuito, abierto y seguro ofrece beneficios extraordinarios a la sociedad. Asevera el instrumento que si bien, el respeto a la libertad de expresión es fundamental, nadie tiene derecho a crear y compartir contenido terrorista “*online*”<sup>24</sup>.

Bajo ese lema, la “*Christchurch Call*” es un plan de acción que compromete a las empresas gubernamentales y tecnológicas un gran abanico de medidas, incluido el desarrollo de herramientas para: evitar la carga de contenido terrorista; aumentar la transparencia en torno a la eliminación y detección de contenido y; revisar cómo los algoritmos de las empresas dirigen a los usuarios a ese tipo de contenido.

La preocupación también está presente en el Reino Unido, país que además estuvo (y está) severamente afectado por el escándalo de Cambridge Analítica y su ilegítima estrategia de recolección de datos y persuasión a través de las redes

---

<sup>23</sup> El video que mostraba la masacre se viralizó en cuestión de segundos, por lo que Facebook, YouTube y otras plataformas tuvieron que desplegar sus esfuerzos para eliminar la mayor cantidad de copias en el menor tiempo posible y, con ello, evitar la propagación del daño “*Facebook says it has removed 1.5 million copies of the New Zealand terror attack video*”, MIT Technology Review, Marzo de 2018, disponible al 19/08/2019 en <https://www.technologyreview.com/f/613133/facebook-says-it-has-removed-15-million-copies-of-the-new-zealand-terror-attack/>.

<sup>24</sup> *The Christchurch Call* disponible al 19/08/2019 en <https://www.christchurchcall.com/> y en <https://www.beehive.govt.nz/release/christchurch-call-eliminate-terrorist-and-violent-extremist-online-content-adopted>.

sociales de los votantes en la campaña del Brexit<sup>25</sup>. Bajo ese contexto político y social, del 8 de abril al 1 de julio de 2019 abrió la consulta pública sobre el “*Online Harms White Paper*” el cual contiene un paquete de medidas para mantener a los usuarios del Reino Unido seguros en línea. Propone crear un nuevo deber de cuidado (“*duty of care*”) hacia los usuarios, que será supervisado por un ente regulador independiente. Además, las empresas deberán rendir cuentas por un conjunto integral de daños en línea, que van desde actividades y contenidos ilegales hasta comportamientos que son dañinos pero no necesariamente ilegales<sup>26</sup>.

Entre los importantes organismos, medios de prensa y empresas que emitieron su opinión<sup>27</sup>, se encuentra la del *Alan Turing Institute*, el cual si bien destaca el loable propósito del documento, sostiene que quedan aún temáticas por abordar y perfeccionar. Entre ellas, criticó: la ausencia de una definición clara de daño y el establecimiento de una priorización entre éstos, la carencia de una regulación sobre la migración de contenidos entre plataformas, la poca precisión acerca de qué se considera “desinformar” y cómo determinar si un contenido es verdadero o falso, entre otras. También propuso que el ente regulador se cree dentro de uno de los existentes (por ejemplo, el Ofcom o el ICO)<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Los servicios de Cambridge Analítica no solo han sido utilizados para ganar la campaña del Brexit, sino también las elecciones de varios países, entre ellos, la presidencial de Donald Trump. La discusión gira en torno a la recopilación ilegal de datos vía Facebook y la persuasión a los votantes mediante las —denominadas por algunos— “estrategias militares”, situación que fue terminada en un litigio judicial y llevó a Mark Zuckerberg y empleados de la compañía, a dar explicaciones en el parlamento británico. Al respecto ver The New York Times, “*How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions*”, 17/03/18 disponible al 19/08/2019 en <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>, *The Guardian* (archivo Cambridge Analytica) disponible al 19/08/2019 en <https://www.theguardian.com/news/series/cambridge-analytica-files> y, Nada es Privado, película disponible en Netflix.

<sup>26</sup> *The Online Harms White Paper* disponible al 19/08/19 en <https://www.gov.uk/government/consultations/online-harms-white-paper>.

<sup>27</sup> *Online harms white paper: could regulation kill innovation?*, *The Guardian*, 04/04/2019, disponible al 27/08/19 en <https://www.theguardian.com/technology/2019/apr/04/online-harms-white-paper-regulation-without-killing-innovation>.

<sup>28</sup> *Response of The Alan Turing Institute’s Public Policy Programme to the Department for Digital, Culture, Media & Sport and the Home Office’s Online Harms White Paper*, disponible al 19/08/2019 en [https://www.turing.ac.uk/sites/default/files/2019-07/response\\_of\\_the\\_public\\_policy\\_programme\\_to\\_the\\_dcms\\_and\\_the\\_home\\_offices\\_online\\_harms\\_white\\_paper.pdf](https://www.turing.ac.uk/sites/default/files/2019-07/response_of_the_public_policy_programme_to_the_dcms_and_the_home_offices_online_harms_white_paper.pdf).

## 6. CONCLUSIÓN

Como conclusión, los documentos reseñados permiten aseverar que la publicación de contenido agravante en las redes sociales ocupa un lugar sobresaliente en la agenda internacional. Los Estados se encuentran realizando denodados esfuerzos por hallar una solución adecuada a esta problemática pero —claramente—, esto no es fácil. El quid de la cuestión radica en determinar cómo prevenir ese tipo de publicaciones alcanzando el delicado equilibrio entre varios derechos fundamentales en pugna. Entre ellos, la libertad de expresión, el derecho a la información, la libertad de opinión, etc.

Así las cosas, la utilización de la inteligencia artificial para detectar este tipo de contenido lesivo, se presenta como la herramienta más idónea frente a la innumerable cantidad de datos que se comparten en las redes sociales<sup>29</sup>. Sin embargo, estos algoritmos pueden acarrear un gran problema: los sesgos de discriminación. Una reciente investigación<sup>30</sup> destacó que los sistemas de inteligencia artificial destinados a detectar contenido *online* lesivo, tienen muchas más probabilidades de etiquetar los *tweets* como “ofensivos” si fueron publicados por personas que se identifican como afroamericanos.

Al apresurarnos a utilizar la inteligencia artificial para eliminar en forma automática el lenguaje ofensivo, se corre el riesgo de silenciar las voces de la

---

<sup>29</sup> Además, parecería imposible que el hombre pueda controlar todas las publicaciones o comentarios que se realizan en las redes sociales a cada minuto; ello sumado a que indudablemente, la IA es mucho más económica para la empresas.

<sup>30</sup> Maarten, Sap, Dallas, Card, Saadia, Gabriel, Yejin, Choi, Noah A., Smith y, Paul G., Allen, “*The Risk of Racial Bias in Hate Speech Detection*”, Proceedings of the 57th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics, pág. 1668/78, Florencia, 28/07 al 2/08/19, disponible al 19/08/19 en [https://homes.cs.washington.edu/~msap/pdfs/sap2019risk.pdf?utm\\_campaign=the\\_download.unpaid.engagement&utm\\_source=hs\\_email&utm\\_medium=email&utm\\_content=75630474&\\_hsenc=p2ANqtz-9EFO1zozENksENdWJ41x2tAwe-Juu5ajyrMgyY\\_U5MZxfG5CvQ\\_1zIDBxSVB99zOr\\_mgVGM6rHq48X6WkiugzdeuNWHg&\\_hsmi=75630474](https://homes.cs.washington.edu/~msap/pdfs/sap2019risk.pdf?utm_campaign=the_download.unpaid.engagement&utm_source=hs_email&utm_medium=email&utm_content=75630474&_hsenc=p2ANqtz-9EFO1zozENksENdWJ41x2tAwe-Juu5ajyrMgyY_U5MZxfG5CvQ_1zIDBxSVB99zOr_mgVGM6rHq48X6WkiugzdeuNWHg&_hsmi=75630474)



minoría<sup>31</sup>. Esto no significa que hay que prohibir su uso sino, entrenar los algoritmos de manera adecuada y, principalmente, que siempre la última palabra esté en manos del hombre, en una fluida y expedita coordinación con un organismo estatal e independiente. De lo contrario, las empresas privadas tendrán el monopolio de la palabra.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

✓ “Code of Conduct on countering illegal hate speech online: First results on implementation”, diciembre 2016 disponible al 19/08/2019 en [http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/image/document/2016-50/factsheet-code-conduct-8\\_40573.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-50/factsheet-code-conduct-8_40573.pdf).

✓ “Code of Conduct on countering online hate speech – results of evaluation show important progress”, 01/06/17 disponible al 19/08/19 en [https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=71674](https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=71674).

✓ “Code of Conduct–Illegal online hate speech: Questions and answers”, junio 2016, disponible al 19/08/2019 en [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/code\\_of\\_conduct\\_hate\\_speech\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/code_of_conduct_hate_speech_en.pdf).

✓ “Countering illegal hate speech online. #NoPlace4Hate”, disponible al 19/08/2019 en [https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=54300](https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54300).

✓ “Facebook and Twitter are cracking down on Chinese propaganda accounts”, MIT Technology Review, 20/08/19, disponible al 27/08/19 en <https://www.technologyreview.com/f/614192/facebook-and-twitter-are-cracking-down-on-chinese-propaganda-accounts/>

---

<sup>31</sup> “Google’s algorithm for detecting hate speech is racially biased”, MIT Technology Review, 13/08/19, disponible al 19/08/19 en [https://www.technologyreview.com/f/614144/googles-algorithm-for-detecting-hate-speech-looks-racially-biased/?utm\\_campaign=the\\_download.unpaid.engagement&utm\\_source=hs\\_email&utm\\_medium=email&utm\\_content=75630474&\\_hsenc=p2ANqtz-9EFO1zozENksENDWJ41x2tAwe-Juu5ajyrMgyY\\_U5MZxfG5CvQ\\_1zIDBxSVB99zOr\\_mgVGM6rHq48X6WkiugzdeuNWHg&\\_hsmi=75630474](https://www.technologyreview.com/f/614144/googles-algorithm-for-detecting-hate-speech-looks-racially-biased/?utm_campaign=the_download.unpaid.engagement&utm_source=hs_email&utm_medium=email&utm_content=75630474&_hsenc=p2ANqtz-9EFO1zozENksENDWJ41x2tAwe-Juu5ajyrMgyY_U5MZxfG5CvQ_1zIDBxSVB99zOr_mgVGM6rHq48X6WkiugzdeuNWHg&_hsmi=75630474). Una noticia reciente informa que *Twitter* y *Facebook* han cerrado alrededor de mil cuentas que se cree que son parte de una operación del Gobierno chino para sembrar desinformación sobre las protestas en Hong Kong, “Facebook and Twitter are cracking down on Chinese propaganda accounts”, MIT Technology Review, 20/08/19, disponible al 27/08/19 en [https://www.technologyreview.com/f/614192/facebook-and-twitter-are-cracking-down-on-chinese-propaganda-accounts/?utm\\_campaign=the\\_download.unpaid.engagement&utm\\_source=hs\\_email&utm\\_medium=email&utm\\_content=75864789&\\_hsenc=p2ANqtz-UfgHJUYuqkmJV\\_HcM0Zm0mjW7QDIXgYClxrW5UJ9Hks13ZsTV\\_j7h5FFa\\_NAF4dfDsu1YmxGPp3hnoeYSJqP7\\_Rfe-w&\\_hsmi=75864789](https://www.technologyreview.com/f/614192/facebook-and-twitter-are-cracking-down-on-chinese-propaganda-accounts/?utm_campaign=the_download.unpaid.engagement&utm_source=hs_email&utm_medium=email&utm_content=75864789&_hsenc=p2ANqtz-UfgHJUYuqkmJV_HcM0Zm0mjW7QDIXgYClxrW5UJ9Hks13ZsTV_j7h5FFa_NAF4dfDsu1YmxGPp3hnoeYSJqP7_Rfe-w&_hsmi=75864789).

king-down-on-chinese-propaganda-accounts/?utm\_campaign=the\_download.unpaid.engagement&utm\_source=hs\_email&utm\_medium=email&utm\_content=75864789&\_hsenc=p2ANqtz--UfgHJUYuqkmJV\_HcM0Zm0mjW7QD-lXgYClxrW5UJ9Hks13ZsTV\_j7h5FFa\_NAF4dfDsu1YmxGp3hnoeYSJqP7\_Rfe-w&\_hsmi=75864789.

✓ A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, 31/08/1955, disponible al 15/09/19 en <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf>.

✓ Agencia Española de Protección de Datos, Listas de tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos (art 35.4), disponible al 29/09/19 en <https://www.aepd.es/media/criterios/listas-dpia-es-35-4.pdf>.

✓ Altmark, Daniel R. y Bielsa, Rafael A., *Informática y derecho*, AbeledoPerrot, 1996.

✓ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Lucha contra el contenido ilícito en línea Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea, disponible al 19/08/2019 en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-555-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

✓ Comunicado de prensa de la Comisión Europea, “Lucha contra la incitación ilegal al odio en línea: el Código de conducta de la UE garantiza una rápida respuesta”, 04/02/19, disponible al 19/08/2019 en [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-19-805\\_es.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-805_es.htm).

✓ CSJN, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otros s/ daños y perjuicios”, 28/10/14, Id SAIJ: FA14000161.

✓ Decisión marco relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal, disponible al 19/08/2019 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l33178&from=ES>.

✓ Directiva 2000/31/Ce del Parlamento Europeo y del Consejo (8 de junio de 2000) relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (llamada “Directiva sobre el comercio electrónico”), disponible al 19/08/2019 en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/eu/eu107es.pdf>.

✓ Gardner Howard, *La nueva ciencia de la mente*, Barcelona, Paidós, 1987, pág. 159.

✓ *Google's algorithm for detecting hate speech is racially biased?*, MIT Technology Review, 13/08/19, disponible al 19/08/19 en [https://www.technologyreview.com/f/614144/googles-algorithm-for-detecting-hate-speech-looks-racially-biased/?utm\\_campaign=the\\_download.unpaid.engagement&utm\\_source=hs\\_email&utm\\_medium=email&utm\\_content=75630474&\\_hsenc=p2ANqtz-9EFO1zozENksENdWJ41x2tAwe-Juu5ajyr-MgyY\\_U5MZxfG5CvQ\\_1zIDBxSVB99zOr\\_mgVGM6rHq48X6Wkiugzdeu-NWHg&\\_hsmi=75630474](https://www.technologyreview.com/f/614144/googles-algorithm-for-detecting-hate-speech-looks-racially-biased/?utm_campaign=the_download.unpaid.engagement&utm_source=hs_email&utm_medium=email&utm_content=75630474&_hsenc=p2ANqtz-9EFO1zozENksENdWJ41x2tAwe-Juu5ajyr-MgyY_U5MZxfG5CvQ_1zIDBxSVB99zOr_mgVGM6rHq48X6Wkiugzdeu-NWHg&_hsmi=75630474).

✓ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas del 29/08/18, disponible al 18/08/19 en <https://undocs.org/es/A/73/348>.

✓ Lista orientativa de tipos de tratamientos que no requieren una evaluación de impacto relativa a la protección de datos según el artículo 35.5 RGPD disponible al 29/09/19 en <https://www.aepd.es/media/guias/ListasDPIA-35.51.pdf>.

✓ Maarten, Sap, Dallas, Card, Saadia, Gabriel, Yejin, Choi, Noah A., Smith y, Paul G., Allen, “*The Risk of Racial Bias in Hate Speech Detection*”, Proceedings of the 57th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics, pág. 1668/78, Florencia, 28/07 al 2/08/19, disponible al 19/08/19 en [https://homes.cs.washington.edu/~msap/pdfs/sap2019risk.pdf?utm\\_campaign=the\\_download.unpaid.engagement&utm\\_source=hs\\_email&utm\\_medium=email&utm\\_content=75630474&\\_hsenc=p2ANqtz-9EFO1zozENksENdWJ41x2tAwe-Juu5ajyr-MgyY\\_U5MZxfG5CvQ\\_1zIDBxSVB99zOr\\_mgVGM6rHq48X6Wkiugzdeu-NWHg&\\_hsmi=75630474](https://homes.cs.washington.edu/~msap/pdfs/sap2019risk.pdf?utm_campaign=the_download.unpaid.engagement&utm_source=hs_email&utm_medium=email&utm_content=75630474&_hsenc=p2ANqtz-9EFO1zozENksENdWJ41x2tAwe-Juu5ajyr-MgyY_U5MZxfG5CvQ_1zIDBxSVB99zOr_mgVGM6rHq48X6Wkiugzdeu-NWHg&_hsmi=75630474)

✓ Moreno, A., Armengol, E., Béjar, J., Belanche, L., Cortés, U., Gavaldà, R., Gimeno, J.M., López, B. Martín, M. y Sánchez, M., *Aprendizaje Automático*, Ediciones de la Universidad Politécnica de Cataluña, Barcelona, 1994.

✓ *Nada es Privado*, película disponible en Netflix.

✓ *Online harms white paper: could regulation kill innovation?*, *The Guardian*, 04/04/2019, disponible al 27/08/19 en <https://www.theguardian.com/technology/2019/apr/04/online-harms-white-paper-regulation-without-killing-innovation>.

✓ ONU informe A/HRC/38/35 del 06/04/2018 disponible al 19/08/19 en <https://undocs.org/sp/A/HRC/38/35>.

✓ Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos ONU, disponible al 18/08/19 en [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidin-principlesbusinesshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidin-principlesbusinesshr_sp.pdf).

✓ *Response of The Alan Turing Institute's Public Policy Programme to the Department for Digital, Culture, Media & Sport and the Home Office's Online Harms White Paper*, disponible al 19/08/2019 en [https://www.turing.ac.uk/sites/default/files/2019-07/response\\_of\\_the\\_public\\_policy\\_programme\\_to\\_the\\_dcms\\_and\\_the\\_home\\_offices\\_online\\_harms\\_white\\_paper.pdf](https://www.turing.ac.uk/sites/default/files/2019-07/response_of_the_public_policy_programme_to_the_dcms_and_the_home_offices_online_harms_white_paper.pdf).

✓ *The Christchurch Call* disponible al 19/08/2019 en <https://www.christchurchcall.com/> y en <https://www.beehive.govt.nz/release/christchurch-call-eliminate-terrorist-and-violent-extremist-online-content-adopted>.

✓ *The Guardian* (archivo Cambridge Analytica) disponible al 19/08/2019 en <https://www.theguardian.com/news/series/cambridge-analytica-files>.

✓ The New York Times, “*How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions*”, 17/03/18 disponible al 19/08/2019 en <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>.

✓ *The Online Harms White Paper* disponible al 19/08/19 en <https://www.gov.uk/government/consultations/online-harms-white-paper>.

✓ Winston, Patrick Henry, *Artificial Intelligence*, 3rd ed. Addison-Wesley, 1992.

**PREMIO DE DERECHO PÚBLICO**  
**“GASCÓN Y MARÍN”**



# REFLEXIONES ACERCA DE LA MEJORA DE LA CALIDAD DEL DERECHO: INSTRUMENTOS Y ALTERNATIVAS

Darío Badules Iglesias

## 1. INTRODUCCIÓN

El apartado 16 de los Objetivos para el Desarrollo Sostenible (ODS), aprobado por las Naciones Unidas y que tiene como meta su consecución en el horizonte de 2030, pretende «promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas». Entre las medidas concretas de este objetivo destacan las siguientes: la 16.3, que tiene por fin «promover el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional»; la 16.6, cuya meta es «crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas»; y la 16.7, cuyo propósito es «garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades».

Todos estos propósitos deben desglosarse, como es evidente, en distintas acciones concretas, de carácter operativo. Traigo a colación los ODS no porque hayan sido adoptados con carácter previo a la adopción de la política pública de mejora de la calidad del Derecho, que es el objeto de este estudio, sino porque las acciones que en ella se insertan ayudarán a la consecución de estos objetivos estratégicos que pretenden una consolidación y mejora —allá donde ya existe y tiene una entidad suficiente— del Estado de Derecho.

En España se dispone de un Estado de Derecho consolidado y con los máximos estándares internacionales. Sin embargo, las nuevas exigencias de permanente puesta a punto exigen una evaluación constante de dicho Estado de Derecho con el fin de identificar deficiencias, ineficiencias y externalidades que pongan en riesgo su estabilidad y mejora. Es por ello que, de unos años a esta parte se ha venido a establecer la conocida como mejora de la regulación, *better regulation*, o mejora del Derecho. Serán necesarias algunas precisiones conceptuales, pero, en este trabajo pretendo analizar una mirada de factores que influyen, en alguna medida, en dicha calidad y, sobre todo, las distintas soluciones y alternativas que se han venido a dar.

He estructurado la investigación en cinco apartados. En el primero de ellos daré cuenta de la «deriva» que ha tomado el ordenamiento jurídico (el Dere-

cho) en nuestro país, los problemas que han llevado a plantearse la necesidad de garantizar la calidad del Derecho. Seguiré argumentando, en el segundo apartado, la importancia de esta nueva perspectiva para el Derecho Público en general y el Administrativo en particular: interesa a todas las ramas del Derecho, pero a nosotros especialmente. El tercer apartado ofrece una primera aproximación a la cuestión desde la perspectiva formal o de técnica normativa. En el cuarto se encontrará una visión del asunto desde su vertiente material o de contenido; en él ofrezco una perspectiva multidisciplinar del asunto, especialmente inspirada en postulados de la Ciencia Política. Concluyo, en el sexto apartado, con las alternativas para la optimización de dichos propósitos de mejora del Derecho, en particular, sus mecanismos de control.

El lector está ante una reflexión sobre muy diversos aspectos que afectan al tema en torno al que gira este ensayo: el Derecho de calidad, un Derecho inteligente que satisfaga las necesidades para las que se crea. Este estudio, aunque encuentra influencias de saberes distintos, ha sido elaborado prácticamente con carácter exclusivo apelando a la doctrina jurídico-pública. Me disculpo de antemano por los numerosos elementos que queden pendientes de cierre, de un análisis más detallado. También pido comprensión por las preguntas que dejo abiertas. Quizás, en alguna ocasión, pueda parecer que formulo más preguntas que respuestas. Pero puede que esta sea la intención.

## **2. LA «DERIVA» DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: LA PREOCUPACIÓN POR SU CALIDAD**

En una hermosa metáfora, el profesor MARTÍN REBOLLO (2017, 363) identifica el ordenamiento jurídico con un muro de ladrillos: los adobes vendrían a ser las normas; la argamasa, los principios generales del Derecho. Siguiendo con este símil, podríamos identificar todavía algún elemento constructivo adicional: la Constitución y las normas fundamentales de ella derivadas podrían representar los cimientos de la obra; las paredes, y los pisos, el desarrollo del citado ordenamiento jurídico (símil también utilizada por SÁNCHEZ MORÓN 2012, 117).

Nuestro ordenamiento, el español, sería un edificio ya antiguo, heredero de otros que ocuparon su mismo lugar en tiempos pasados. La recimentación del año 1978 ha permitido sustentar el crecimiento posterior, con mayor o menor suerte. La casa va quedándose pequeña, conforme pasa el tiempo y es necesario ampliarla. Imagínese, sin embargo, que el constructor, en lugar de remodelar las plantas obsoletas, construye sobre estas y deja abandonadas a su suerte las intermedias, en continuo deterioro. Si los ladrillos empiezan a verse, pues el estucado



superior era de mala calidad, debería repararse si no se desea que, al final, el que sufra sea el muro.

Convendrá también en que, si es el edificio que estamos llamados a habitar, debe este ser de calidad. En él no deberían emplearse materiales baratos y poco resistentes. Pues, al final, el precio de la construcción será mayor si la calidad inicial de esta era escasa. Podríamos incluso acabar viviendo en precario, en un edificio destartado, sin concierto ni sentido, en el que no sabes ni en qué planta uno se halla.

El Derecho, con mayúsculas, materializado en el ordenamiento jurídico, vendría a ser ese edificio que la sociedad construye para dotarse de una *seguridad (jurídica)* en lo relativo a su vida en comunidad. Hay Derechos en ruinas: Derechos y derechos que no son cumplidos ni respetados (piénsese en otras latitudes y en otros tiempos). Hay Derechos majestuosos y Derechos más humildes. Del mismo modo que en la arquitectura las influencias artísticas y estilísticas son plenamente apreciables, también lo son en nuestros ordenamientos.

Pero aquí no pretendo hablar de esta influencia, sino de la solidez, de la resistencia (de materiales, si hablásemos de arquitectura), de la calidad, en fin, de nuestro edificio normativo, de nuestra casa jurídica, del ordenamiento jurídico. Aquí no empleamos ladrillos, sino palabras. Y es precisamente por eso que, *como el papel lo aguanta todo*, en muchas ocasiones los ordenamientos jurídicos toman ciertas derivas que, si de un edificio se tratase, la declaración de ruina no es que fuese inminente sino incluso un triste hecho.

En palabras del civilista italiano RODOTÀ (2010, 25), «vivimos en una *law-saturated society*, una sociedad repleta de Derecho, de reglas jurídicas de las más variadas procedencias, dictadas por poderes públicos o privados, con una intensidad que evoca no tanto una necesidad como una imparable deriva».

Entre nosotros, con indudable clarividencia, el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA (1999, 103) habla en su discurso *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas* de una «formidable e imparable cosecha diaria de nuevos productos normativos [que] impide (...) integrar todos ellos en un sistema estructurado y armónico». Es más, continúa indicando que «ese tipo de producción masiva de Derecho afecta gravemente al propio basamento del sistema jurídico» (*ib.*). Un inadecuado crecimiento del edificio del Derecho, en palabras del profesor, podría llevar a afectar a la estructura misma del ordenamiento, podría llevar al colapso de la edificación.

Si el propósito de este estudio fuese —que no lo es— el análisis del concepto de ordenamiento jurídico o de ley, debería plantearse, como lo hace MUÑOZ

MACHADO (2015, 45), la mutación de los rasgos característicos de esta: generalidad, abstracción y unidad<sup>1</sup>. Sin embargo, aquí interesan más otros aspectos que él mismo califica como «hipertrofia legislativa», «absoluta incontinencia [de los poderes normativos]», «Derecho efímero», etc.

La complejidad del ordenamiento jurídico ha venido a reemplazar la claridad y simplicidad de Derechos pretéritos. Si el ideal de la Codificación era contar con normas claras y estables, fáciles de conocer por el jurista, la contemporaneidad ha traído una «proliferación de titulares y de formas normativas» (SANTAMARÍA PASTOR 2018, 104) que impiden al más avezado intérprete de la ley u operador jurídico ser capaz de conocer todo el ordenamiento jurídico vigente<sup>2</sup>. En una metáfora suficientemente ilustrativa, el gran jurista alemán CARL SCHMITT hablaba ya hace tiempo de la «legislación motorizada».

Han sido pocos los autores (en general, y del ámbito estrictamente jurídico en particular) los que, hasta la fecha, han estudiado un aspecto relevante sobre la naturaleza y caracteres del ordenamiento jurídico, a saber: su tamaño. La «impresionante salida diaria del *Boletín Oficial del Estado*» de la que habla el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (2017, 106) como epítome de la medida del Derecho<sup>3</sup>, ha sido estudiada, entre otros, por los profesores MARTÍN REBOLLO<sup>4</sup> (2017) o SANTA-

---

<sup>1</sup> Caracteres que, sin embargo, no serían más que un mito para determinados autores (véase MONTORO CHINER 2017, 41).

<sup>2</sup> No corresponde ahora explicar la incidencia de este extremo sobre la previsión del Código Civil, según la cual «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» (art. 6.1), pero, no resultará difícil de advertir que se hace necesaria una recomposición de la interpretación de este precepto a la vista de la nueva realidad de nuestro desmesurado ordenamiento jurídico. En esta línea, dice GAMERO CASADO (2015, 115) que «no solo los ciudadanos carecen de la pericia necesaria para identificar las normas vigentes en cada momento en un sector determinado de ordenación: la tarea resulta asimismo inviable en la actualidad para los operadores jurídicos más avezados». Parafraseando a MARTÍN REBOLLO, el jurista en la actualidad no podría saber todo el Derecho vigente, sino que debe saber cómo moverse, como pez en el agua, a través de dicho sistema.

<sup>3</sup> Según SANTAOLALLA LÓPEZ (2010, 150), «en un mundo dominado por la imagen (...) la legislación se convierte más en cuestión de cantidad que de calidad». En efecto, la democracia de masas, a diferencia de las democracias liberales de antaño, tienen que tener mucho más en cuenta la voluntad de un electorado volátil e inñuenciable.

<sup>4</sup> Son conocidos los estudios del profesor MARTÍN REBOLLO sobre litigiosidad ante el Tribunal Constitucional con respecto al número de normas con rango de Ley aprobadas por los poderes legislativos españoles, así como el uso (y abuso) del Decreto-Ley por el Gobierno de España.

MARÍA PASTOR<sup>5</sup> (1999 y 2013). La cuantificación no es simple, especialmente para el caso de los reglamentos (más fácil para las normas con rango de Ley), pero podríamos estar hablando de una producción que rondaría las 10.000 normas con rango de Ley y los más de 250.000 reglamentos<sup>6</sup>.

Más recientemente, MORA-SANGUINETTI (2019), desde una perspectiva puramente económica, cifra en torno a las 14.000 las normas jurídicas vigentes en nuestro ordenamiento, incluyendo tanto el ámbito estatal, como el autonómico y local. La diferente contabilidad entre unos autores y otros demuestra que no estamos ante una cuestión sin cierta controversia y que, hasta la fecha, no ha sido analizada con el rigor y la seriedad necesarias. Es más, quizás sea la de este último autor la única, hasta la fecha, que hace uso de herramientas estadísticas con cierta enjundia. El auxilio, como tendré ocasión de recordar más tarde, de otras ciencias sociales hacia el Derecho en esta sociedad compleja en la que vivimos se hace cada vez más necesario<sup>7</sup>.

En cualquier caso, es importante realizar un matiz adicional: por mucho que exista tal cantidad de normas, los ámbitos de aplicación de estas hacen imposible que un ciudadano medio pueda estar sometido a tal volumen normativo. La explicación es simple: si el grueso de normas son autonómicas y locales, qué decir tiene que, con carácter habitual (y recálquese este extremo), uno estará sujeto a las normas del lugar de residencia (ni a las del resto de CC. AA. ni a las de los 8.000 municipios restantes).

Analizaré, más adelante, las distintas hipótesis sobre las causas que han permitido esta deriva hacia lo complejo y genuinamente grande, inabarcable, que ha emprendido nuestro ordenamiento. Pero, si solo de un problema de tamaño se

---

<sup>5</sup> Este autor viene a realizar un conteo general del ordenamiento y, en particular, un análisis sobre la legislación de contratos del sector público. El crecimiento generalizado del ordenamiento en su conjunto no tendría traslación simétrica en tal sector particular, pues (a falta de una actualización con la vigente Ley de Contratos del Sector Público de 2017) la evolución habría sido desigual: unas veces creciendo y otras decreciendo.

<sup>6</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ (2016, 536) cuantifica en 100.000 los reglamentos, sin tener en cuenta los producidos por los entes locales. Si tenemos en cuenta que en España existen más de 8.000, a una media de unos 20 reglamentos (ordenanzas) locales por ente, fácilmente se podría alcanzar dicha cifra.

<sup>7</sup> Ya apuntaba MARTÍN REBOLLO que «sería interesante (...) un análisis politológico sobre la incidencia real y la significación práctica de [l]a sobreabundancia legislativa» (2017, 314), análisis que, hasta la fecha, nadie ha realizado (con la excepción del más económico y ya citado de MORA-SANGUINETTI 2019).

tratase, el título no se referiría a la «calidad», sino al «peso» de la regulación<sup>8</sup>. La mencionada complejidad se la otorga, sin duda, la envergadura que ha desarrollado tal sistema jurídico. Pero solo en parte<sup>9</sup>. No solo importa el tamaño, también la calidad del producto normativo. Podríamos tener un ordenamiento jurídico pequeño y de escasa calidad. A la inversa, uno grande y de mucha calidad<sup>10</sup>.

Ante la pregunta, en ocasiones velada o implícita sobre si «es de calidad nuestro Derecho», la doctrina científica ha venido constatando un paulatino empeoramiento desde un hipotético pasado en que ¿todo fue mejor? Como se verá más adelante, las más de las veces se ha venido definiendo la calidad de las normas —jurídicas, pues de las morales o sociales no podemos o debemos ocuparnos los juristas— en un sentido negativo (SANTAMARÍA PASTOR 2016, 175): se sabe cuándo el Derecho no es de calidad, cuáles son sus defectos. *Sensu contrario*, una regulación de calidad sería aquella que no adoleciese de tales defectos.

También habrá ocasión de hablar del (cada vez menos) reciente movimiento de la *better regulation*, de la mejora de la regulación o del Derecho. Para BETANCOR RODRÍGUEZ (2009, 21), la expresión anglosajona —de la que proviene esta nueva

---

<sup>8</sup> Debe hacerse ya en este punto una anotación sobre el concepto de «regulación». Mientras que desde un punto de vista técnico-jurídico el término regulación, del inglés *regulation*, viene a denotar aquella técnica desarrollada hace algunas décadas que tiene como propósito la incidencia de los poderes públicos sobre las actividades económicas —y que incluye tanto poderes normativos como ejecutivos—, en un sentido laxo, la palabra vendría a ser un sinónimo de «normativa», «ordenamiento» o, incluso «Derecho» (por todos, véase GUAYO CASTIELLA 2018, 1506 y ss. —quien, por cierto, realiza una curiosa metáfora de la regulación entendida como una especie de termostato—, LAGUNA DE PAZ [2017] o PAREJO ALFONSO [2017]). La literatura en español viene empleando esta acepción de manera generalizada; por ello, aquí se utilizará como sinónimo de «normativa», salvo que se indique lo contrario.

<sup>9</sup> Con acierto, BETANCOR RODRÍGUEZ, considera que esa sería una «comprensión simplista de la regulación»: «la solución de los problemas no demanda más regulación, demanda la mejor regulación posible, lo que genéricamente podemos denominar como la racionalización de la regulación» (2009, 32).

<sup>10</sup> Por eso, meras apelaciones a la reducción del ordenamiento jurídico no tienen sentido. Dice VILLAR EZCURRA que «deben corregirse estos excesos de hipertrofia e hiperproducción normativas» (2010, 289). No es ese el principal problema, sino lo que él mismo afirma después: «[hay que] legisla[r] con [el] sosiego preciso y estableciendo normas generales que favorezcan una más fácil aplicación» (*ib.*). En la misma línea, BETANCOR RODRÍGUEZ: «el criterio no es reducir el número de normas sino las restricciones (obligaciones y prohibiciones) que imponen. (...) No es relevante el número de disposiciones (leyes y reglamentos) sino su contenido, aunque la evidencia histórica nos dice que cuantas más disposiciones, más probabilidad de incurrir en la ausencia de necesidad sancionada por la PQR [Política de Calidad de la Regulación] por la probabilidad de las redundancias y conflictos» (2009, 252). Esa es la clave: la calidad, no el tamaño; aunque el tamaño pueda dar pistas.

corriente preocupada por la calidad del Derecho— de *better regulation* tendría dos interpretaciones posibles: *better* entendido como verbo o como adjetivo; o sea, queremos una «mejor» regulación<sup>11</sup>, pero también queremos «mejorar» la regulación. Las palabras, especialmente cuando son expresión del legislador, tienen su importancia. Así, cuando este poder legiferante habla de «mejora del Derecho», «crear un “Derecho de calidad”», «asegurar la “calidad normativa”» y expresiones análogas que pueblan, de unos años a esta parte, algunas de las normas emanadas de ellos, están dando a entender, de una forma implícita y con poco disimulo, que disponemos de un Derecho de una calidad, cuanto menos, cuestionable o revisable.

Sin embargo, estamos de nuevo ante un debate con bastantes apriorismos, sometido a la imposibilidad humana de evaluar *todo* el Derecho vigente y en el que la literatura ha ofrecido respuestas parciales<sup>12</sup> sobre qué ha de entenderse por un Derecho de calidad y cómo medir y analizar dicha calidad. En todo caso, y como preludeo de una ulterior explicación, la calidad normativa comprendería, según EMBID TELLO (2019, 6-7), un ámbito formal, ligado fundamentalmente al uso del lenguaje<sup>13</sup> (y que abarcaría la claridad semántica y normativa), y uno material o sustantivo, relativo al contenido de la norma, a su inserción en el sistema jurídico que es el ordenamiento, y sus relaciones con otras normas. Distintas aristas, pues, para el análisis del espinoso asunto de la calidad del Derecho.

Pero, si bien es cierto que todo el Derecho es *perfectible*, existe una parcela (por no decir latifundio<sup>14</sup>) del ordenamiento jurídico (español en particular) a la

---

<sup>11</sup> Conuerdo con GAMERO CASADO (2015, 125) cuando sostiene que «el verdadero objetivo debe ser producir mejor regulación, no más o menos regulación. En términos más amplios, esta posición se corresponde con el aforismo atribuido a Albert EINSTEIN: “Hay que simplificar las cosas tanto como sea posible, pero no más”».

<sup>12</sup> Incluso existen pesimistas acérrimos, pero que no ofrecen —a mi juicio— evidencias suficientes para serlo. Para muestra, un botón: «el panorama técnico normativo es tan desolador que todo cuanto se haga en pro de su mejora debe recibirse con aplauso (...) los males que sufre nuestra realidad normativa: hipertrofia, barroquismo y confusión» (SANTAOLALLA LÓPEZ 2010, 151 y 165), o «la inflación legislativa se presenta como una verdadera patología» (DE BENEDETTO 2017, 73).

<sup>13</sup> No en vano, y como podré referir más adelante, las primeras preocupaciones por la calidad de las normas en nuestro país vinieron de la mano del Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (GRETEL), en los años 80 del siglo XX. La buena técnica legislativa, el cuidado por las formas y el lenguaje es capital no solo para una adecuada comprensión de los textos normativos, sino también para el aseguramiento de la seguridad jurídica y el correcto engarce de las normas en su sistema. Sobre esto volveré más tarde.

<sup>14</sup> En ilustrativa metáfora, VAQUER CABALLERÍA (2017, 176) se refiere a que «vivimos tiempos de profusión de principios legales, que ya forman una frondosa *selva principal* difícil de desbrozar para el intérprete y el aplicador de las normas».

que interesa sobremanera esta cuestión. Me reflero al ordenamiento jurídico-público. Veamos los motivos.

### **3. INTERÉS DEL DERECHO PÚBLICO, EN GENERAL, Y DEL ADMINISTRATIVO, EN PARTICULAR, POR LA «MEJORA» DEL DERECHO**

El maestro GARCÍA DE ENTERRÍA (1984, 37) ya notaba en temprana fecha la especificidad del ordenamiento jurídico-administrativo:

*Otros derechos permiten, y aun postulan, una codificación o sistematización unitaria de la totalidad de su materia. En el Derecho administrativo esto es absolutamente inimaginable. El Derecho administrativo es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional, de las normas parciales y fugaces; es sobre todo de su materia de la que se alimenta la ininterrumpida e impresionante salida diaria del Boletín Oficial del Estado y la que nutre los rimeros de tomos de las Enciclopedias y los Diccionarios legislativos, con apéndices y puestas al día nunca jamás conclusos.*

Entre otros factores, señala dos: la «constitutiva cercanía de la Administración respecto a la vida social» y la existencia de poderes normativos propios (*ib.*, 38). En efecto, si por algo se caracteriza nuestro Estado social de Derecho es por la proximidad, casi omnipresencia, de la Administración Pública —no se olvide, servidora del interés general, *ex art.* 103 CE— en nuestras vidas. En feliz expresión atribuida a BEVERIDGE, esta Administración Pública y este Estado social nos acompañan «de la cuna a la tumba», y con ellos su ordenamiento jurídico-público. Por otro lado, y como dice MARTÍN REBOLLO (2017, 105), «el Derecho (...) se ha convertido ya en una técnica compleja, porque cada vez es más compleja la realidad a la que sirve». Hay quien, por su parte, habla de *aceleración de la Historia*<sup>15</sup>. En fin, factores todos ellos que han inñuido en los cambios de fisonomía y estructura de nuestro(s) ordenamiento(s) jurídico(s).

Como avanzaba antes, existen una serie de causas —al menos, planteables como hipótesis— que explicarían la creciente complejidad del Derecho. Complejidad que, indudablemente, va a afectar a su calidad si no se ponen los oportunos

---

<sup>15</sup> De la que da cuenta ya SANTAMARÍA PASTOR, para explicar «la fugacidad de la vigencia de las normas, y su rápida modificación o sustitución» (2013, 28).

remedios para ello. De manera sintética, las razones que podrían explicarlo serían las siguientes<sup>16</sup>, que hemos de ver por separado.

### a. El vertiginoso cambio en la sociedad postindustrial

Hablar hoy ya de la *sociedad del riesgo* (BECK) o de *modernidad líquida* (BAUMAN) puede resultar un lugar común, pero no por ello pierde su poder explicativo de ciertos fenómenos. El dinamismo de la sociedad actual, también identificada como la de la Cuarta Revolución Industrial, o sociedad del conocimiento, genera riesgos e incertidumbres. Se desmonta una seguridad y estabilidad propia de otras épocas<sup>17</sup> y a la que, con mayor o menor fortuna, servía un Derecho codificado, estable, duradero, de larga factura y mayor vigencia. Frente a ello, la adaptación del ordenamiento jurídico a la realidad cambiante, a las nuevas necesidades sociales, a planteamientos difícilmente imaginables con cierta perspectiva histórica, ha influido, indudablemente, en la inflación normativa a la que hemos asistido de unas décadas a esta parte. Llegamos, quizás, hasta el extremo de lo que el sociólogo GRAEBER (2015, 21) califica como «era de la burocratización total», orden legal que, siguiendo a este autor, «se ha expandido hasta definir y regular casi todos los aspectos posibles de la actividad humana» (*ib.*, 193).

Se requiere de la Ley una adaptación al cambio como antes nunca se había necesitado. Adaptación que ha conllevado no solo un incremento del número de normas, sino también, como han advertido los estudiosos —al menos indicia-riamente—, un descenso en la calidad del entramado jurídico que sirve a esta

---

<sup>16</sup> MUÑOZ MACHADO (2015, 43) identifica tres razones primordiales: la multiplicación de regulaciones, la ampliación de las fuentes de producción normativa y el carácter diacrónico de nuestro ordenamiento de acuerdo con la Constitución (el problema de la legislación transitoria). Por su parte, CASTILLO BLANCO (2017, 189) señala las siguientes causas: creación de nuevos centros de poder, ruptura estricta de la separación de poderes, irrupción del Estado en distintos sectores, y la aceleración del tráfico jurídico. Las razones esgrimidas por SÁNCHEZ MORÓN (2012, 119-120) son poderosas: i) las Administraciones no podrían regirse por la autonomía de la voluntad, sino que necesitarían de normas jurídicas para estructurar su operatividad; ii) incremento del intervencionismo administrativo; iii) el tema competencial, sobre el que he incidido; y iv) el cambio acerca de las concepciones sobre lo que ha de entenderse por interés público. En fin, para NIETO GARCÍA (1996, 69), «la exigencia inexcusable de una norma previa ha favorecido, lógicamente, una proliferación legislativa que, en su afán de dotar de cobertura a la toma de decisiones, llega con frecuencia al absurdo».

<sup>17</sup> La complejidad de la realidad social, técnica, científica, incluso ética que está llamada a reglamentar el Derecho ha dado lugar a una cierta deserción de los poderes públicos, huyendo del establecimiento de normas públicas para permitir, de alguna manera, una privatización de tales reglamentaciones (ESTEVE PARDO 2002, 30).

sociedad cada vez más plural. El sosiego y el estudio detallado de las normas antes y durante su producción otrora característicos de tal etapa del proceso normativo, ha dado lugar a una mayor tecnificación (sobre la que volveré) y a una aceleración de tal ciclo normativo que solo recientemente, con la ya citada como corriente de la *better regulation*, parece preocuparse por la calidad del producto.

La sociedad actual, en todo caso, se enfrenta a un problema inédito hasta la fecha: por muy bien elaborados que puedan estar los productos normativos (*deontológicos*), es más que factible —si no lo usual— que su resultado comience a aplicarse cuando una alternativa al objeto de la regulación ya se esté desplegando en el mundo *real* (*ontológico*), como advirtió hace ya tiempo MONTORO CHINER (1985, 510) en un seminal estudio sobre la calidad del Derecho. Dicho de otro modo, la pérdida o la alteración del objeto de una regulación está ocurriendo en periodos mucho más rápidos, como nunca había sucedido<sup>18</sup>. Plantea SANTA-MARÍA PASTOR (2013, 30) una interesante hipótesis: «el grado de probabilidad de aplicación efectiva de las normas está en función inversa de la inestabilidad<sup>19</sup> de su contenido». El reto está, en fin, en seguir dando respuesta a las demandas de la sociedad, que, parafraseando a esta misma autora, «requiere normas útiles» (MONTORO CHINER 2017) y de calidad.

### **b. La descentralización (jurídica y no) *ad intra* y *ad extra***

Otro elemento imprescindible para entender la actual configuración del ordenamiento jurídico español, y muy en particular del jurídico-público, es el desplazamiento del centro del poder a diversos y muy variados núcleos, tanto públicos como privados.

No es preciso describir el proceso de descentralización política y administrativa interior llevada a cabo en España como consecuencia de la aprobación de la Constitución (CE) de 1978. En el mismo sentido, la entrada del país en las (entonces) Comunidades Europeas (hoy Unión Europea, UE) en el año 1986,

---

<sup>18</sup> Dice este mismo autor que «la incertidumbre plantea muy serios problemas a quien ha de adoptar una decisión; y tenemos un Derecho, un sistema jurídico todo él orientado a la decisión, a la seguridad jurídica, a la certeza» (ESTEVE PARDO 2016, 2197).

<sup>19</sup> Una anécdota: hasta el más avezado jurista y defensor de normas claras cae, sin quererlo, en los defectos del lenguaje que predica la adecuada técnica normativa. El lector atento habrá advertido que la proposición planteada incluye dos negaciones y bien podría haber sido escrita de la siguiente forma: «el grado de probabilidad de aplicación efectiva de las normas está en función *inversa* de la *inestabilidad* de su contenido».



supuso también un desplazamiento del poder *ad extra*, también sobradamente conocido<sup>20</sup>.

Adicionalmente, distintos movimientos desreguladores iniciados a partir de los años 80 del siglo XX sobre la base del principio liberal según el cual cualquier normativa, en tanto que restricción de las libertades individuales, es inherentemente odiosa<sup>21</sup>, vinieron a desplazar normas públicas por privadas, dando lugar a una descentralización hacia lo no estrictamente jurídico, viviendo así un apogeo de lo (pretendidamente) técnico. Incluso el movimiento anti-regulación llegó a propugnar la necesidad de desprenderse de cuanto más Derecho, mejor. Esta tendencia se vino a invertir, después, con el movimiento *re-regulador*: el Estado no podía (o no debía) claudicar ante una hipotética libertad y perfección de los mecanismos del mercado. Si deseaba garantizar el Estado social de Derecho, debía actuar. Una de las técnicas jurídicas —a la que ya me referí— que garantizó el cumplimiento de los fines sociales de las democracias occidentales vino a ser la *regulación* (en sentido estricto). No fue la única<sup>22</sup>.

Pero, en cuanto a la descentralización, conviene realizar un matiz adicional. He dicho que la complejidad del Derecho de nuestros días afecta, como ya indicara el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, sobre todo al Derecho Administrativo. El reparto competencial según la CE y los Estatutos de Autonomía de las distintas Comunidades Autónomas (CC. AA.) deviene, en este punto, de suma importancia.

De un repaso por los arts. 148 y 149 CE podremos apreciar que las grandes y clásicas materias jurídicas siguen siendo competencia estatal (sin perjuicio de algunas excepciones), con la salvedad de la regulación jurídico-administrativa: así, el Derecho Civil (art. 149.1.8.<sup>a</sup>, con alguna excepción), el Derecho Penal (149.1.6.<sup>a</sup>), el Derecho Laboral (149.1.7.<sup>a</sup>), el Derecho Mercantil (149.1.6.<sup>a</sup>) y el Derecho Procesal (149.1.6.<sup>a</sup>). El grueso del resto de materias podría reconducirse a lo que comúnmente se conoce como Derecho Público y, en particular, al Derecho Administrativo que, tradicionalmente en nuestro ordenamiento, no solo se ha

---

<sup>20</sup> MARTÍN REBOLLO se refiere a la existencia de «tres polos, ángulos o perspectivas (la europea, la estatal y la autonómica) que han de poder convivir pero que conforman un panorama complejo y de interacciones mutuas impensable en los primeros años de la democracia española y que ponen en primer plano, como problema seguramente principal, el de la coordinación de esta estructura multinivel que es el Ordenamiento actual» (2017, 168-169).

<sup>21</sup> «La restricción es odiosa y, como tal, debe estar adecuada y suficientemente justificada en razones de interés general de suficiente peso y entidad» (BETANCOR RODRÍGUEZ 2009, 91).

<sup>22</sup> Como señala PASCUA MATEO (2010, 52), «también forma parte de la simplificación y la reducción normativa el recurso a fórmulas de autorregulación de los sectores afectados». El fenómeno de la *autorregulación* ha sido estudiado con detalle por ESTEVE PARDO (2002).

ocupado de las cuestiones generales de esta disciplina (que podrían, en alguna medida, corresponder con el ordinal 18.º de tal artículo 149.1 CE), sino que también incluiría los conocidos como «sectores *administrativos* específicos».

Es en estos sectores donde las CC. AA. y los entes locales (y, en alguna medida también, la UE, aunque esta incide también sobre materias competencia exclusiva del Estado), han podido desplegar toda su fuerza normativa. Donde, para dar respuesta a las demandas sociales y a las necesidades de certidumbre y de acompañamiento por el Derecho de la realidad cambiante, estos entes territoriales han incidido más. Es la Administración, y su Derecho reglamentador, los que más sufren, pues, los envites de la modernidad.

### **c. El poder del reglamento como complemento de la Ley**

El último factor explicativo —al menos, de entre estos tres principales que se proponen, pues todo fenómeno social se caracteriza, necesariamente, por su multicausalidad— se correspondería con la fuerza de la potestad reglamentaria que ya desde hace tiempo cobró en nuestro sistema esta forma de articular el Derecho. Ahora bien, no es preciso recordar aquí ni los orígenes, ni los límites de la potestad reglamentaria<sup>23</sup>.

Ya decía DUGUIT, respecto de esta potestad reglamentaria, que «se ha formado al lado de la legislación propiamente dicha toda una legislación que se puede llamar reglamentaria; y que para los particulares, los administradores y los jueces tiene la misma fuerza obligatoria que las leyes formales» (citado por MARTÍN REBOLLO 2017, 442). En efecto, como se ha podido constatar (aun por fuentes indirectas), la producción normativa ha experimentado una inñación considerable en materia reglamentaria<sup>24</sup>. Los detalles, imposibles de aprehender por el legislador, llegan al reglamento, colaborador de la Ley. Incluso, como sostiene SANTAMARÍA PASTOR (1999, 548), estaríamos asistiendo a un papel decreciente de la Ley en nuestro sistema jurídico. Las normas de detalle suelen ser, pues, reglamentarias<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Para una aproximación, véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017), SANTAMARÍA PASTOR (2018) o MUÑOZ MACHADO (2015), entre otros.

<sup>24</sup> Señala GAMERO CASADO (2015, 117) un sentimiento común de la mayor parte de los operadores jurídicos de nuestro tiempo: «siendo formidable la producción legislativa, la de rango reglamentario es sencillamente inabarcable».

<sup>25</sup> Aunque hay quien, por el contrario, habla y critica la «administrativización de la ley» (RODRÍGUEZ-ARANA 2010, 24), como característica propia de leyes especialmente detallistas que no dejan margen de maniobra al poder normativo reglamentario. En cualquier caso, establecer una solución general y aplicable a todos los casos no resulta sencillo, puesto que las ventajas y desventajas de un modelo y otro son variadas.

Si se ha producido una multiplicación de poderes normativos, estos deben —o, al menos, deberían— asumir los postulados de la *buena regulación* (a los que se volverá más tarde). En caso contrario, nos encontraríamos ante una legislación de más o menos calidad y ante una reglamentación deficiente y, a la par, mucho más extensa. Así, remarca BASSOLS COMA (2010, 214) que «la calidad de la reglamentación es [un] factor determinante», sobre todo si tenemos en cuenta que los antiguos reglamentos «únicos» de las leyes han dado lugar a una multiplicidad de normas sectoriales, sin el afán totalizador de antaño y, por lo tanto, una inflación del número de normas de rango reglamentario<sup>26</sup>.

No debemos perder de vista, en ningún momento, los principios que inspiran todo poder normativo y, especialmente, el reglamentario. Como recuerda GAMERO CASADO, parafraseando a VILLAR PALASÍ, la Administración es una «organización vicaria, que se encuentra abocada a satisfacer en todo momento el interés general» (2015, 71). Y con ella, su actividad normativa de rango reglamentario, que no solo debe atenerse a principios como el de jerarquía normativa, sino también al de velar por el cumplimiento y la satisfacción, con objetividad, de los intereses generales. Lo mismo puede decirse de la Ley. Esta, es cierto, es expresión de la voluntad popular. Pero, nuevamente —amén de otros principios constitucionales como el de competencia que la Ley debe respetar—, también existe una evidente interdicción de la arbitrariedad<sup>27</sup> de los poderes públicos que atañe a la Ley (art. 9.3 CE). Una norma sin justificación suficiente, sin lógica, que no atienda a razones<sup>28</sup> y que sea manifiestamente contraria a la razón, no será discrecional, sino claramente arbitraria (PONCE SOLÉ 2016).

#### **d. Conclusión: la Administración, en el centro de la función normativa**

En definitiva, es la Administración la que parece situarse en una posición central en cuanto a la necesaria preocupación por la calidad del ordenamiento jurídico. Debo, además, añadir un elemento adicional, no menor.

---

<sup>26</sup> SANTAMARÍA PASTOR (1999, 573) habla de una «descodificación» de las normas reglamentarias debido, posiblemente, a una «sensación de urgencia y fugacidad que parece embargar a todas las Administraciones de nuestro tiempo».

<sup>27</sup> Para BETANCOR RODRÍGUEZ (2016, 562), la corriente y los instrumentos de la *better regulation* servirían para «aquilatar el control judicial» de las normas jurídicas. Sobre la cuestión del control de la calidad de las normas habrá ocasión de volver.

<sup>28</sup> La racionalidad de las normas se predica desde un punto de vista técnico y desde un punto de vista formal (ARIAS DÍAZ 2002, 111-112); en otros términos: calidad material y formal, respectivamente. Es también necesario superar distintos *tests*: el de necesidad, el de justicia y el de utilidad (*ib.*). Las normas no pueden, pues, convertirse en caprichos arbitrarios de quien ostenta la potestad para dictarlos.

Los centros de producción normativa, en la actualidad y en cuanto al rango de las normas —dejando, por el momento, de lado las supraestatales e internacionales—, pueden resumirse en dos: el (los) Parlamento(s) y la(s) Administración(es). El poder legislativo y el *poder* reglamentario (o, en puridad, poder ejecutivo con potestad reglamentaria). Pues bien, si nos atenemos a los estrictamente cuantitativo, como someramente indiqué antes, la mayor parte de las normas existentes tiene rango reglamentario. Y, como bien ha analizado la doctrina, un porcentaje nada desdeñable de las normas vigentes con rango de Ley —en torno al 25%, superando varios años el 50%— tiene su origen directo en el Gobierno mediante la técnica del Decreto-Ley (por todos, véase MARTÍN REBOLLO 2017, 222-223).

Si tenemos en cuenta, además, que la mayor parte de normas aprobadas en el parlamento procede de un proyecto de Ley del Gobierno (PENDÁS GARCÍA 1990 y 2013) y que, en ocasiones, los grupos políticos que sostienen al ejecutivo presentan como propias proposiciones de Ley que son, sin embargo, elaboradas previamente por el Gobierno, al final, el interés de la Administración y del Gobierno por la calidad del Derecho se acrecienta, si quiera sea por puros términos de volumen<sup>29</sup>. Como denuncia SANTAMARÍA PASTOR (1999, 554), la calidad técnica de las proposiciones de Ley tiende a ser baja dada la poca probabilidad de que prosperen, sobre todo si se trata de iniciativas de la oposición.

Esta es la idea que ha venido presidiendo las recientes reformas normativas que pretenden asegurar, desde su origen, la calidad de los productos jurídicos generados por los poderes públicos. Idea sobre lo que se profundizará después y que enlaza con la siguiente reflexión: ¿cuándo empezó el Derecho (más bien, sus creadores) a preocuparse por la calidad del propio Derecho?

#### **4. EL ANÁLISIS *METAJURÍDICO* DEL DERECHO: LA REFLEXIÓN SOBRE Y LA REGULACIÓN DE SÍ MISMO**

En ocasiones, una disciplina debe preocuparse por sí misma, debe ocuparse de garantizar que cumple los fines inicialmente previstos y para lo que fue creada. Son pocos, al menos en la estricta dogmática jurídica, los autores que —fuera de la Filosofía del Derecho— han hecho referencia a lo que podríamos denominar *análisis metajurídico del Derecho*. Como es sabido, el prefijo *meta-* denota un

---

<sup>29</sup> Para CALVO-SOTELO IBÁÑEZ-MARTÍN (2010, 296) «el auténtico procedimiento legislativo es el diálogo sobre un anteproyecto de ley que tiene lugar entre las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios y [que] termina en la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios», produciéndose una especie —en mi opinión— de secuestro del parlamento por parte del ejecutivo.

alto grado de abstracción sobre una realidad, en este caso el Derecho. Es el propio Derecho (que, no se olvide, tiene padres y madres), el que va a venir a reglamentar su propio análisis y evaluación, su construcción y los principios que han de regirlo.

VAQUER CABALLERÍA (2017, 169) habla de «*metarregulación*» y la identifica con aquella «regulación reflexiva o autorreferencial, aquella que tiene por objeto la forma y el contenido de la propia regulación». También BETANCOR RODRÍGUEZ (2009, 20 y 63) reflexiona sobre esta cuestión: «es el mismo Derecho el que regula su propia mejora», Derecho que, en su opinión, gozaría de «capacidad para regular su propio cambio»; esta vertiente del Derecho daría cuenta de su «autorreferencialidad» o «carácter autopoietico<sup>30</sup>». Dicho de otro modo, podemos encontrar dentro del ordenamiento jurídico normas que se dedican a reglamentar su propio cambio y la creación de nuevo Derecho. Reglas que están llamadas a normar la generación de la voluntad del órgano competente para la emisión de productos jurídicos.

Al respecto, podrían plantearse algunas cuestiones de suma importancia. La primera: ¿cuándo el Derecho empezó a gestionar tal asunto de la generación y cambio del propio Derecho? La segunda, capital: ¿qué clase de normas pueden reglar tales procedimientos? Otra, no menos importante: ¿quién es competente, en el ordenamiento actual, para dictar este tipo de normas? Trataré de darles respuesta.

### **a. Breve referencia a los orígenes, para el caso español, de la preocupación metarreferencial del Derecho**

La doctrina es unánime en situar como antecedente remoto para nuestro país la Ley de 17 de julio de 1958, del Procedimiento Administrativo (LPA). Esta Ley, inspirada en la estadounidense del año 1946<sup>31</sup>, establecía, entre los procedimientos especiales, el de «elaboración de disposiciones generales». Como indicaba la

---

<sup>30</sup> Este neologismo, apenas usado en el ámbito jurídico y más propio de las ciencias naturales, se refiere a la capacidad de los sistemas —aquí, el de las normas jurídicas; en el original, de las células— para su reproducción y mantenimiento autónomo en vida. Quizás la metáfora esté algo forzada, dado que el Derecho, aunque —como se puede ver— sí puede preocuparse por sí mismo, en realidad no es una preocupación autónoma, puesto que el ordenamiento jurídico es fruto de una manifestación de potestades ostentadas por seres humanos. Ya veremos si algún día la Inteligencia Artificial puede tratar estos asuntos.

<sup>31</sup> De lo que da cuenta BASSOLS COMA (2010, 200), con referencia a la intervención en las Cortes españolas de LÓPEZ RODÓ, en el discurso de presentación de la Ley.

exposición de motivos, se trataba de «asegurar la legalidad, acierto y oportunidad de la disposición». Se aprecia una innovación sustancial: el Derecho no tiene ya como única referencia, como único canon de la validez de las normas jurídicas la legalidad o ilegalidad de estas. Ese es un elemento esencial, como no puede ser otra forma en un sistema normativo jerárquico y completo —según los parámetros kelsenianos—. Ahora importan también otros dos aspectos: el *acierto* y la *oportunidad*, profundamente ligados con una concepción de las normas en conexión social con la realidad a la que han de servir.

Los arts. 129 a 132 LPA, dentro del Título VI —en curiosa coincidencia con la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), cuyos arts. 127-133 se refieren a la iniciativa legislativa y a la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones— sobre procedimientos especiales, aboradaba esta materia.

Tras reiterar los principios ya mencionados en la exposición de motivos, indican estos preceptos algunos elementos que hacen entrever un primitivo interés por la calidad de las normas reglamentarias: i) deberán conservarse los dictámenes, consultas, observaciones, enmiendas, etc. evacuadas para su elaboración; ii) deberá informarse a la Secretaría General Técnica o Subsecretaría del departamento afectado; iii) será necesario acompañar una tabla de vigencias y una relación de normas derogadas<sup>32</sup>; iv) podrá someterse a dictamen del órgano consultivo correspondiente; v) se concederá (siempre que fuera posible, aunque el laxo concepto de «razones de interés público» pueda frustrarlo) periodo de información pública; y vi) deberán publicarse en el Boletín Oficial del Estado (BOE) a los efectos de su entrada en vigor. Hay que decir que todas estas cuestiones no fueron, en el fondo, innovaciones, pues venían ya utilizándose muchas de ellas y estaban plasmadas en los procedimientos particulares de numerosos organismos. La novedad residía —como en tantas otras cosas en esta LPA— en la unificación y generalización de un criterio que, por otro lado, tuvo una aplicación desigual.

Señala BASSOLS COMA (2010, 201) que «se aprecia[ba] un destacado propósito de racionalización del ejercicio de la potestad reglamentaria y, en definitiva, de mejora de su técnica normativa», en la misma línea que la vigente LPAC hará cinco décadas después.

---

<sup>32</sup> Esta previsión, aplaudida por la doctrina (por todos, PASCUA MATEO 2010, 79) —y que pretende evitar la inseguridad jurídica de un ordenamiento fugaz e impreciso en el que se hace, a veces, imposible o muy difícil conocer la vigencia de las normas—, fue, sin embargo, incumplida contumazmente desde el principio. Existen propuestas para retomarla (*ib.*) y, a mi juicio, la conjunción de esta técnica con una prohibición (o prevención) general de las derogaciones implícitas, sería muy positiva.

Parece, en fin, atisbarse una incipiente preocupación por la calidad técnico-jurídica y material del ordenamiento reglamentario, cuerpo normativo que experimenta una notabilísima expansión en esta época franquista (SANTAMARÍA PASTOR 1999, 540) y que, al mismo tiempo, viene acompañada de obras jurídicas cuya calidad es destacada por la generalidad de la doctrina (*ib.*, 538-539). Tras su supresión por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), la LPAC, como digo, viene a recuperar algunas de las previsiones de la vieja LPA, en lo que se profundizará después.

### **b. El origen por la preocupación acerca de la técnica normativa: el Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (GRETEL)**

Como señalé ya, la importancia del lenguaje es esencial en una disciplina cuya materia prima la constituyen las palabras. De hecho, la dogmática jurídica, en tanto que disciplina que ha de desentrañar el sentido de las proposiciones normativas, muchas veces se pregunta por el sentido y significado de los enunciados de las normas que ha de aplicar.

Una cuestión importante, a la que la literatura científica ha dedicado algunas reflexiones, es la distinción entre procedimiento normativo, procedimiento legislativo y procedimiento de elaboración de reglamentos<sup>33</sup>. Como expliqué antes, la mejora de la calidad del Derecho afecta, especialmente, al Derecho Público y, en particular, al Derecho Administrativo. Pero ello no significa que otras ramas del ordenamiento (menos propensas a la injerencia normativa, como el Derecho Penal, Procesal, Civil, Mercantil...) no estén exentas de hipotéticos problemas. Debe distinguirse entre el procedimiento de elaboración de normas por parte del ejecutivo y por parte del legislativo. En este último caso, solo minoritariamente las propuestas de normas proceden de fuera del entramado gubernamental (o sea, de la oposición, pues el partido que sustenta al gobierno difícilmente va a proponer nada sin, cuando menos, el asentimiento de este). Volveré sobre este asunto después, cuando trate el problema del rango de las disposiciones que han de disciplinar el aseguramiento de la calidad del ordenamiento.

---

<sup>33</sup> Para la distinción entre el concepto de reglamento y el de disposiciones administrativas véase VAQUER CABALLERÍA (2018, 797), quien realiza esta diferenciación sobre la base del binomio Gobierno-Administración. Este autor, además, critica la «extensión a las disposiciones administrativas de la planificación normativa (...) y de la participación» (*ib.*). Y lo hace, a mi juicio, con acierto, puesto que si la potestad reglamentaria es manifestación de un mayor grado de libertad que la mera dicción de disposiciones administrativas —con rango reglamentario, sí, pero no emanadas de tal potestad sino del poderamiento que la Ley pueda hacer a la Administración—, solo a esta podría aplicarse tales previsiones.

No puedo entrar aquí en cuestiones comparadas acerca de la técnica normativa, pero sí es necesario, al menos, referir que, en países del ámbito anglosajón (especialmente los Estados Unidos), existen desde hace ya casi un siglo oficinas independientes en los parlamentos dedicadas a la elaboración de los textos normativos que han de ser aprobados<sup>34</sup>. También cuentan algunos ejecutivos con organismos encargados de coordinar y asegurar el cumplimiento de parámetros de calidad formal y material de las normas<sup>35</sup>, tema que ocupará mis reflexiones finales.

En nuestro país, la primera manifestación (en los años 80 del siglo XX) de esta preocupación por la racionalidad formal de las normas vino de la mano del ya citado Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (GRETEL), constituido en el seno del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) y tuvo como principal resultado la publicación de una monografía sobre técnica normativa (GRETEL 1989) que sirvió, después, de base para la aprobación por el Gobierno de España en el año 1991 del Acuerdo de 18 de octubre, del Consejo de Ministros, sobre *Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley* (BOE del 18 de noviembre)<sup>36</sup>. Este, a su vez, fue sustituido por el actualmente vigente Acuerdo por el que se aprueban las *Directrices de técnica normativa*, de 22 de julio de 2005 (BOE del 29 de julio). Las CC. AA. y, en especial, sus parlamentos, han continuado en buena medida la labor de dicho grupo (por todos, véase SÁINZ MORENO y SILVA OCHOA 1989).

Esta corriente, de gran éxito y, sin duda, imprescindible para emprender con decisión el camino hacia la construcción de un Derecho de calidad, se centró, sin embargo y con carácter casi exclusivo —con alguna excepción, como las *checklists* o listas de comprobación—, en cuestiones de forma<sup>37</sup>, de pura técnica nor-

---

<sup>34</sup> Para un estudio detallado, véanse DOUGLASS BELLIS (2001) o CLELAND (1914), este último, estudio pionero sobre las primeras experiencias de *bill drafting* en los parlamentos estatales de los EE. UU., hacia comienzos del siglo XX.

<sup>35</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ (2009) estudia con profundidad los casos de EE. UU., el Reino Unido y la UE.

<sup>36</sup> También se aprobó un *Cuestionario de Evaluación que deberá acompañarse a los proyectos normativos que se elevan al Consejo de Ministros*, en reunión del Consejo de Ministros de 26 de enero de 1990.

<sup>37</sup> Recientemente, y en la misma senda, la Real Academia Española en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial elaboraron el *Libro de estilo de la Justicia* (2017), en un afán por mejorar el lenguaje jurídico (no solo el normativo). La lengua, que es la materia principal de las normas y de su aplicación, se convierte, en ocasiones, en un obstáculo para la garantía de los derechos de los ciudadanos y que puede afectar a la seguridad jurídica, como se verá después. Es por ello que, también en tiempos actuales, la preocupación por una simplificación del lenguaje jurídico y su claridad se ha multiplicado (véase CARRETERO GONZÁLEZ 2018).



mativa: cómo deben redactarse las normas (en especial, las leyes), qué estructura formal deben seguir, cuáles han de ser los pasos y procedimientos de elaboración, etc. Incidió, como digo, en menor medida sobre cuestiones materiales.

Pero, tales *directrices, recomendaciones, instrucciones*... ¿qué valor jurídico poseen? ¿Cuál es su incidencia sobre la generación de normas? ¿Cuál es su posición en el propio ordenamiento? Demos respuesta a estas preguntas.

### **c. El problema del rango: dónde situar las normas metajurídicas**

El Acuerdo del Consejo de Ministros de aprobación de las *Directrices de técnica normativa* dispone, en su apartado segundo que: «las Directrices se aplicarán a los anteproyectos de ley, proyectos de real decreto legislativo, de real decreto-ley y de real decreto, propuestas de acuerdo del Consejo de Ministros y, en todo lo que sea posible, a las disposiciones y actos administrativos de los órganos de la Administración General del Estado que se publiquen en el “Boletín Oficial del Estado”». Vemos, en definitiva, que pretende abarcar todas las normas (siquiera sea en fase de iniciativa, cuando no corresponde al ejecutivo su aprobación, como es el caso de los proyectos de Ley) que han de ser elaboradas por el Gobierno.

Ahora bien, la propia naturaleza de estas *directrices* (y la palabra es importante) deja clara su no juridicidad. A pesar de ese «*se aplicarán*», les falta un elemento esencial de toda norma: la sanción por su incumplimiento. Como señala RODRÍGUEZ-ARANA (2010, 19) «las directrices de técnica normativa carecen [en España y otros países] de fuerza jurídica, no son normas jurídicas». No es un fenómeno exclusivo, pues, de nuestro país. Por ejemplo, en los EE. UU. sucede algo similar: los *drafting manuals* de los parlamentos estatales, en principio, no gozan de fuerza vinculante alguna pues no dejan de ser eso, «manuales». Sin embargo, como advierte HART (2016), los tribunales estadounidenses están empezando a hacer uso de estos manuales como parámetro interpretativo de las normas<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Téngase presente, sin embargo, que estos manuales —a diferencia del caso español— incluyen numerosas referencias a normas gramaticales y lingüísticas, pues no existe una academia de la lengua inglesa que fije los cánones normativos del lenguaje a los que poder remitirse; en idéntico sentido, muchos de estos manuales incluyen como parámetros de interpretación de las normas algunos principios jurídicos que, en nuestro caso, están positivados —piénsese en las normas de vigencia, transitorias, etc.— (HART 2016, *in totum*). Esta perspectiva, para el caso español, resultaría jurídicamente inviable, dada la naturaleza no obligatoria de las directrices de técnica normativa (y, en parte, innecesaria, por los motivos expuestos).

Por todo lo dicho, estas directrices, en principio, no están llamadas a reglamentar el proceso legislativo —o sea, en sede parlamentaria— de creación de normas. Solo pretenden inñuir en la calidad (formal, recordemos) de las normas cuyo origen está en el Gobierno. Sin embargo, el apunte de SANTAOLALLA LÓPEZ (2010, 155), es relevante:

*La denominación de «directrices de técnica normativa» conñrma (...) que son directrices para las normas, no para sus proyectos o anteproyectos. (...) Si las directrices son correctas, si se ciñen a lo puramente técnico, no debiera existir ningún inconveniente en su observancia por el propio Parlamento, pues ello contribuiría a la más correcta conñguración de la leyes, que es lo de que se trata.*

Una cosa es su observancia voluntaria y otra bien distinta su obligatoriedad. Y aquí lo que estoy planteando es la naturaleza jurídica y, por lo tanto, su eventual juridicidad. Queda patente que no gozan de tal *status* y que, por consiguiente, podrían ser sencillamente incumplidas por el ejecutivo en la elaboración de normas. Es más, la libertad absoluta<sup>39</sup> de la que goza el parlamento para modificar y dar forma, a su parecer —como no podía ser de otro modo—, todo proyecto procedente del gobierno, da lugar a la paradoja, advertida por la doctrina (MONTORO CHINER 2017, 33) de que al parlamento correspondiente llegase una norma perfecta técnicamente y adecuada a las directrices en cuestión y, sin embargo, el poder legislativo hiciese de ella un flasco en lo que se refiere a la técnica normativa<sup>40</sup>.

Comparto con RODRÍGUEZ-ARANA (2010, 29) que «por eso es tan importante que las reglas o directrices de técnica normativa tengan un adecuado rango jurídico, que permitan que el Derecho siga siendo un dique de contención frente

---

<sup>39</sup> Según MARTÍN REBOLLO (2017, 315), «hay (...) muchas leyes, la mayoría de cuyos problemas no son problemas de constitucionalidad sino de calidad normativa». En este sentido graves problemas interpretativos y de aplicación podrían prevenirse con una adecuada técnica normativa que asegure su calidad formal. Por otro lado, y con todo el acierto, GARCÍA DE ENTERRÍA, en sus *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho* (1984, 47) decía que existe una «absoluta necesidad de una “sobriedad jurídica”» que garantice, añado yo, la calidad de las normas, su eficacia y predictibilidad.

<sup>40</sup> Para un análisis del papel técnico de los servicios jurídicos (el Cuerpo de Letrados) de las Cortes Generales y su posición en el procedimiento legislativo y el aseguramiento de la calidad de las normas, véase PENDÁS GARCÍA (2010 y 1990, *in totum*). Sin embargo, LÓPEZ GUERRA (2010, 258) señala la paradoja de que, a pesar de que la mayor parte de los representantes de la ciudadanía en el parlamento son juristas, se acaban planteando «no pocos problemas en cuanto a la imprecisión o incoherencia de las normas legales».

a las inmunidades que busca el poder público». Quizás sin llegar al punto de sostener, como hace PONCE SOLÉ (2017, 130), la necesidad de elevarlos a rango constitucional para asegurar su cumplimiento, pero sí veo factible su inclusión en el Reglamento de las Cámaras como un elemento formal más (propuesta ya planteada por VAQUER CABALLERÍA 2017, 170). Esta solución es mucho más simple y fácil de articular, y dada la especial naturaleza de tales *reglamentos*, podrían condicionar —siempre que el TC así lo estimase— la constitucionalidad de las normas aprobadas sin sujetarse a tales requisitos.

Sin lugar a dudas, el actual instrumento jurídico utilizado por el Gobierno no es adecuado ni siquiera para obligarse a sí mismo. Dado que la calidad del Derecho no solo incluye la vertiente material, de la que ha venido a preocuparse la *better regulation*<sup>41</sup>, sino también la formal, en mi opinión debería replantearse la posición de estas directrices, pues las más recientes normas (estas sí, obligatorias) preocupadas por la mejora del Derecho han parecido centrarse más en los aspectos materiales que en los puramente formales<sup>42</sup>. Volveré pronto sobre este asunto, con la advertencia de que, sobre la cuestión del rango, deberán hacerse consideraciones adicionales al final de este estudio. Pero antes, prestemos atención por un momento al tema de la seguridad jurídica.

#### **d. La conexión entre calidad normativa y seguridad jurídica**

No puedo extenderme sobre el concepto y las características del principio de seguridad jurídica consagrado constitucionalmente, pero sí ha de hacerse una somera referencia a su relación con el tema que nos ocupa: la calidad del Derecho.

En cuanto a la interpretación<sup>43</sup> que, sobre esta calidad (y depuración) técnica de las normas jurídicas con rango de Ley, ha hecho el Tribunal Constitucional (TC), conviene señalar que esta ha sido bastante restrictiva: como indica en su Sentencia (STC) 189/1987, «el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa». Tampoco considera, como indicó en su STC 226/1993, que «el control jurisdiccional de la ley [tenga] que ver con su depuración técnica».

---

<sup>41</sup> Leído a la inversa, dice VAQUER CABALLERÍA (2017, 168) que esta corriente de la *better regulation* «no se limita a ser una nueva y ambiciosa doctrina de la teoría de la legislación o legisprudencia, ni tampoco se conforma con inspirar instrumentos de *soft law* como directrices, libros blancos o guías metodológicas, sino que se ha positivizado en la última generación de leyes y reglamentos». Sobre este particular profundizaré pronto.

<sup>42</sup> Lo dice acertadamente RODRÍGUEZ-ARANA (2010, 17): «la forma y la materia han de caminar de la mano».

<sup>43</sup> Véanse PENDÁS GARCÍA (2013-2014, 75) y ARIAS DÍAZ (2002).

Es lógico. No corresponde al TC realizar tal función. Solo podrá actuar cuando la mala calidad o técnica normativa generen una inseguridad jurídica manifiesta; como dice BETANCOR RODRÍGUEZ (2009, 83) «para que se pueda apreciar un reproche de inconstitucionalidad a la norma correspondiente, la falta de claridad de la norma es extrema, tanta que no puede ser salvada por los procedimientos interpretativos ordinarios» y sigue con el punto clave: el TC «asocia la seguridad jurídica con la claridad».

La seguridad jurídica —que también podría conectarse con las expectativas legítimas, aunque eso daría para mucho más de lo que aquí se puede tratar— está íntimamente ligada con la posibilidad de conocer el Derecho y tener certeza sobre el mismo, sobre su contenido y sus límites. La predictibilidad del ordenamiento es una característica de esta seguridad jurídica. Y un Derecho que no sea de calidad, que sea inabarcable, difícilmente podrá ser un Derecho que garantice la seguridad jurídica en toda su extensión.

Pero también incluye, como siempre, el lenguaje: como dice el profesor MARTÍN REBOLLO (2017, 316), «su cuidado no es solo una cuestión de elegancia y estética —aunque también— sino, sobre todo, de seguridad (...) la corrección en el lenguaje es una garantía de seguridad jurídica».

Recuérdese, en fin, que como hace mucho tiempo ya dijo ROYO VILLANOVA, el procedimiento es garantía de derechos. El procedimiento de elaboración de normas también aporta certeza y seguridad jurídica al ordenamiento en el que se insertan tanto dichas reglas metajurídicas como los productos con ellas elaborados (*ib.*, 367). Estos procedimientos pueden servir —si quizás no en su estado actual, sí en una hipotética configuración futura— para aportar elementos de seguridad al ordenamiento, por ejemplo a través del control que, gracias a ellos, puedan hacer los tribunales. Volveré sobre este aspecto más tarde, al hablar del control de las reglas para garantizar la mejora del Derecho.

Según CALVO-SOTELO IBÁÑEZ-MARTÍN (2010, 300), «se legisla para todos los ciudadanos y no para una capilla de iniciados». En efecto, las normas lo son para su cumplimiento por todos (*particulares y autoridades*, como rezan las fórmulas promulgatorias de las leyes): como dispone el art. 9.1 CE, todos los ciudadanos —y, evidentemente, los poderes públicos— están sujetos al ordenamiento jurídico. De ahí que, según el Código Civil, no pueda excusarse el cumplimiento de la Ley por su ignorancia (art. 6.1). En consecuencia, y a salvo de la necesaria tecnicidad de las normas, estas deberían aspirar a la mayor comprensión posible por parte del ciudadano medio. No solo eso, sino que su aplicación debería ser lo suficientemente ágil e intuitiva que permitiese un conocimiento del Derecho

mucho mayor del que en la actualidad existe (me remito a las estadísticas sobre percepción de la Justicia que se elaboran anualmente por parte del órgano de gobierno de la judicatura). Y esto me conduce a la siguiente reflexión: cuando el «desordenamiento jurídico» (BAÑO LEÓN) se torna en una maraña, además, de dimensiones desproporcionadas, garantizar la cognoscibilidad del Derecho se hace complicado, pero necesario<sup>44</sup>.

### **e. Codificación, compilación y bases de datos jurídicas para la garantía de un Derecho cognoscible y de calidad**

Desde el Código de *Hammurabi*, elaborado hace casi cuatro mil años (año 1750 a.C.) hasta la actualidad, pasando —solo por citar algunos ejemplos—, por las Tablas de la Ley de Moisés, las compilaciones medievales (piénsese, en Aragón, en nuestro *Vidal Mayor*) y las codificaciones ilustradas, la preocupación por conocer el Derecho de forma sencilla ha sido una tónica de todo ordenamiento jurídico. Al final, el objetivo último de la aprobación de una norma es su cumplimiento<sup>45</sup>. Si una norma es desconocida, difícilmente puede ser cumplida. Dispondremos de un Derecho de calidad cuando su cognoscibilidad no requiera esfuerzos desproporcionados.

Aunque en Europa en general y en España en particular la era de las codificaciones quedó ya superada —y hoy en día resulta impensable en disciplinas como el Derecho Administrativo, por la extensión que ha adquirido—, existen ejemplos en el Derecho comparado que pueden servir de guía para futuras refor-

---

<sup>44</sup> DE BENEDETTO (2017, 73) recuerda que «la inflación legislativa siempre ha caracterizado los sistemas legales, requiriendo mecanismos para contrarrestar el fenómeno: recordemos las colecciones de las leyes romanas o la actividad realizada en la Edad Media por los *statutarii*, funcionarios encargados de las tareas de recopilación, revisión, reducción y actualización de legislación municipal».

<sup>45</sup> Señala PASCUA MATEO (2010, 108), para el caso estadounidense, «la preocupación casi obsesiva del regulador de asegurar que la norma será siempre efectiva, es decir, por hablar claro, que se aplicará sin ambages». Para garantizar la aplicación efectiva es necesario no solo contar con una norma de calidad, sino que esté lo suficientemente conectada con la realidad social como para que su cumplimiento voluntario sea lo común. Como siempre recuerda el profesor MARTÍN REBOLLO, el Derecho es un *epifenómeno social*. No puede entenderse el Derecho desligado de la sociedad que lo crea. Así, un elemento adicional de la calidad del Derecho es su adecuación a esta realidad y su eficacia para el cumplimiento de los objetivos que se ha propuesto. En caso contrario, no será más que una bonita norma con un estrepitoso fracaso.

mas. Me reflero al *US Code*. Este modelo (el americano<sup>46</sup>) presenta, a mi juicio, una ventaja sustancial: existe un único Código que, como una especie de armario con cajones, es siempre el mismo y reúne en él el grueso de las normas vigentes. En cada uno de esos cajones, de esos apartados, se introducen las normas, por materias, de forma que todo operador jurídico sabe siempre dónde dirigirse y que toda la normativa sobre una materia<sup>47</sup> se va a encontrar allí<sup>48</sup>.

Hace tiempo que quedaron atrás los recopilatorios de legislación y jurisprudencia en grandes tomos de sobrias y elegantes portadas que solo sirven ahora, en el mejor de los casos, de adorno de estantería. Hay quienes —como es mi caso— solo nos hemos manejado ya con bases de datos jurídicas en formato electrónico. En la UE y en España, recientes iniciativas pretenden facilitar la consulta de la legislación vigente y de la jurisprudencia. En el caso europeo, se ha creado un *Repertorio de actos jurídicos*<sup>49</sup>, en línea, con enlaces también a textos consolidados que recoge, en gran medida, las normas vigentes en el seno de la UE agrupadas por materias.

La reflexión de GAMERO CASADO (2015, 116) en este punto es fundamental para comprender el papel que las tecnologías de la información y comunicación (y especialmente internet) viene a desempeñar en la actualidad:

*Es preciso que la Administración Pública preste servicios de documentación jurídica en los que se ofrezca de manera sistemática y actualizada las versiones consolidadas de todas las normas aplicables en todos y cada uno de los sectores de ordenación, como garantía del principio de seguridad jurídica. El Boletín Oficial del Estado ha comenzado a asumir tareas de este porte. Sería de agradecer que prosiguiese profundizando en esa línea de actuación.*

En efecto, en la actualidad la Agencia Estatal del BOE viene desarrollando, en ejecución de uno de sus fines, «la publicación y difusión en cualquier soporte

---

<sup>46</sup> Descrito, entre otros, por GAMERO CASADO (2015). Un dato interesante, aportado por COGLIANESE (2002, 1128) los representa el número de páginas de tal Código federal: desde las 10.000 páginas del año 1950, se habría asistido a un incremento que rondaría, para el año 2.000, las 140.000 páginas. Algunas de las causas presentadas para el modelo español serían también válidas y aplicables al estadounidense; otras responderían a especificidades propias de tal ordenamiento.

<sup>47</sup> Funcionaría al modo de la Clasificación Decimal Universal en las bibliotecas: materias, submaterias...

<sup>48</sup> A la tarea de su puesta al día, como bien da cuenta PASCUA MATEO (2010, 121), se dedica específicamente una oficina del Congreso de los EE. UU.: la *Office of the Law Revision Counsel*; siendo su actualización sexenal.

<sup>49</sup> Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/browse/directories/legislation.html?locale=es>>. Consultado: 2019-09-19.

(...) de repertorios, compilaciones, textos legales y separatas de disposiciones que se consideren de especial interés, así como la permanente actualización y consolidación de lo publicado» (art. 2.3 del Estatuto de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, aprobado por Real Decreto 1495/2007, de 12 de noviembre). Por su parte, el Contrato de Gestión de la Agencia Estatal del BOE para el periodo 2013-2016, aprobado por la Orden PRE/454/2014, de 17 de marzo, ya establecía entre sus objetivos estratégicos el: «llevar a cabo la máxima difusión de la legislación, ofreciendo servicios singularizados que atiendan las necesidades específicas de información jurídica de los ciudadanos, profesionales, empresas y otros clientes de la Agencia, y ser fuente y motor de la actividad económica ligada a la gestión del conocimiento jurídico». Los planes de acción de los sucesivos años siguen incluyendo este objetivo estratégico y, además, la cuantificación de su cumplimiento (los repertorios son, según sus propios datos, actualizados el mismo día de la publicación de las normas).

En la actualidad, los métodos de consulta<sup>50</sup> puestos a disposición de todos por parte de la Agencia del BOE (códigos de legislación —con agrupaciones de normas por materias comunes—, legislación consolidada, enlaces a jurisprudencia y bibliografía de la propia agencia, etc.) constituyen una herramienta inestimable para la gestión, en palabras del mencionado instrumento, del *conocimiento jurídico*. Si, antaño, la gran tirada —en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA— de los diarios oficiales podía implicar una dificultad para el manejo de tanta información, incluso económica por el coste asociado a su publicación, en la actualidad gran parte de estos problemas se han visto superados por un estado de la técnica que permite la manipulación de grandes cantidades de información con un coste mínimo<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> En un alarde posiblemente ingenuo, la página web del BOE (<<https://www.boe.es/>>) incluye un apartado bajo la rúbrica «*Todo el Derecho*», con las siguientes categorías de información: Legislación, Tribunal Constitucional, Jurisprudencia (CENDOJ), Doctrina de la Fiscalía, Dictámenes del Consejo de Estado, Abogacía del Estado, Derecho de la Unión Europea, y Colección histórica: *Gazeta* (1661-1959). Aunque suene pretencioso, es posible que, si no *todo*, sí puede que esté la *mayoría* del Derecho escrito, la mayor parte de *la Ley*. Pero pretender que todo *el Derecho* se encuentre en una base de datos es una aspiración racionalista quizás de difícil factura.

<sup>51</sup> Recientemente se ha puesto en marcha un programa a nivel de la UE conocido como *Proyecto ELI: European Legislation Identifier*. Se trata de una especie de codificación —no en el sentido jurídico de la palabra, de recopilación de normas, sino en el técnico, de catalogación mediante el otorgamiento de códigos (identificadores) exclusivos— por materias, rangos, ámbitos competenciales, etc. Cuando se consiga su plena operatividad será un paso en la línea de la homogeneización y que permitirá la comparación de los distintos sistemas de los Estados de la UE.

En cuanto a la jurisprudencia, tanto el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) como el propio TC han procedido a la creación de bases de datos electrónicas con sus repertorios de jurisprudencia<sup>52</sup>, labor que venían desempeñando desde hace ya décadas (recuérdese que el Reglamento del CENDOJ se aprobó en 1997) y que, sin embargo, con su puesta a disposición electrónica<sup>53</sup> ha supuesto una revolución en materia de consulta de documentación judicial.

Hasta la aparición de las opciones públicas de repertorios en bases de datos electrónicas, las alternativas eran eminentemente privadas y de gran coste. Hay que aplaudir estas iniciativas de democratización del conocimiento jurídico, por permitir su consulta en términos mucho más simples y por posibilitar una visión con cierta perspectiva —desde los propios poderes públicos— del conjunto del ordenamiento jurídico. Repertorios con *todo* el Derecho escrito vigente son imprescindibles. Ahora bien, de un mero vistazo a estas bases de datos se percibirá que, si bien para el rango de normas legales la complitud puede ser cierta, para el de normas de rango reglamentario no es más que una quimera, al menos de momento.

## **5. LA MEJORA DE LA CALIDAD TÉCNICA DEL DERECHO COMO POLÍTICA PÚBLICA**

Hasta el momento he tenido ocasión de revisar la situación de nuestro ordenamiento, así como los inicios de la preocupación por la mejora de la calidad del Derecho, especialmente teniendo como referencia la vertiente formal o de técnica normativa, tan importante para la consecución de normas inteligibles, seguras y objetivas.

Sin embargo, como se ha dicho ya, para el análisis de la calidad de las normas ni vale una aproximación estrictamente cuantitativa, ni vale, tampoco, una aproximación únicamente formal. Es necesario aunar los análisis cualitativos y sustantivos con los puramente numéricos y de forma. A ello dedicaré las siguientes líneas: a estudiar de manera somera el recorrido que ha descrito nuestro orde-

---

<sup>52</sup> El CGPJ tiene, por mandato de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) que «cuidar de la publicación oficial de las sentencias y demás resoluciones que se determinen» (art. 560.1.10.ª).

<sup>53</sup> En el número 45 de enero-marzo de 1985 de la *Revista de Administración Pública* encontramos ya referencias a un incipiente debate sobre las «bases de datos normativas» (SUÑÉ LLINÁS, 1985).



namiento hasta llegar a su configuración actual de preocupación por la calidad material de las normas, a rebufo, como se podrá comprobar, de los impulsos europeos.

Traigo a colación unas clarividentes palabras del maestro NIETO GARCÍA (1996, 203), sobre la importancia de garantizar la coherencia y calidad de nuestro sistema normativo:

*Las deficiencias y aberraciones del sistema jurídico son algo más (...) que una simple imperfección sectorial del Estado, puesto que afectan al nervio que actúa como timón de toda su actividad y, con el pretexto de la defensa de los derechos de determinados individuos, distorsionan todos los objetivos públicos y generales.*

Un *buen* Derecho no es garantía de nada. Pero un *mal* Derecho es, con gran probabilidad, sinónimo de deficiencias estructurales del sistema. Es verdad que se puede «ir tirando» —como el mismo autor señala— pero se *tirará, a pesar* del Derecho. Un Derecho de calidad responderá a una serie de principios (eficacia, eficiencia, proporcionalidad...) que garantizarán (o, al menos, maximizarán) los efectos positivos de tal regulación<sup>54</sup>.

### **a. El surgimiento de la preocupación por la calidad del Derecho: experiencia comparada y española**

Ya tuve ocasión de citar las corrientes desreguladoras que proliferaron hace unos años a raíz del aumento de presencia e influencia de perspectivas neoliberales<sup>55</sup> (las cuales, en su afán por suprimir cualquier barrera a la libre competencia —instaladas en el ideal de la perfección del mercado— propugnaban la necesidad de *adelgazar el Derecho*). Sin embargo, esta simplista visión fue, poco a poco, superada<sup>56</sup> por otra de mucho más interés, por su pragmatismo y realismo: la corriente de la *better regulation*.

Como recuerda CASADO CASADO (2017, 88) «la mejora de la calidad de las normas se ha convertido, en los últimos años, en una prioridad para los países

---

<sup>54</sup> Ahora bien, hago mía la precaución final de MONTOR CHINER (1985, 524): si bien es cierto que un Derecho de calidad es el presupuesto necesario para su eficacia, no podemos «caer en el optimismo de pensar que sometiendo a test los proyectos de ley se resuelven los problemas».

<sup>55</sup> Véase VIDA FERNÁNDEZ (2017, 471). Según este autor, aunque estos estudios «pueden tener una base empírica y objetiva, en su mayoría se encuentran sesgados por planteamientos neoliberales».

<sup>56</sup> Da cuenta de este cambio de rumbo, entre otros, BALDWIN (2006).

de nuestro entorno». Si bien parece una *moda* reciente —y digo moda porque no faltan críticos<sup>57</sup> y, sobre todo, escépticos a esta corriente—, sus orígenes se remontan, al menos, a hace unas décadas<sup>58</sup>.

Los antecedentes de la UE son los más relevantes a nuestros efectos. En concreto, ya en el año 2003 se aprueba el Acuerdo Interinstitucional «Legislar mejor», del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (2003/C 321/01). En él, las instituciones europeas se comprometen a «fomentar la sencillez, claridad y coherencia en la redacción de los textos legislativos» (*calidad formal*, apartado 2), a tener «debidamente en cuenta sus consecuencias financieras o administrativas» de acuerdo con los análisis de impacto, así como a «evitar cualquier inexactitud o incoherencia» (*calidad material*, apartados 27-28 y 31)<sup>59</sup>. No puedo detenerme en el análisis de todas las acciones emprendidas a partir de esta, pero son numerosas y en fechas recientes sigue presente la preocupación de la UE por la mejora del Derecho. Me centraré, a continuación, en el caso español.

Como dije en su momento, en nuestro país es posiblemente pionero el estudio de MONTORO CHINER (1985), quien ya propugnaba la necesidad —a ejemplo del modelo alemán— de realizar análisis y estudios previos a la adopción de normas jurídicas<sup>60</sup>. También se refiere esta autora a los distintos principios que han de regir toda la normativa (según su enumeración: economía, efectividad, eficiencia, aptitud y acercamiento a los afectados), sobre los que volveré pronto.

---

<sup>57</sup> Por ejemplo, SANTAMARÍA PASTOR (2016, 33) denuncia el «afán de insertar previsiones obvias en las leyes [lo que] conduce, en ocasiones, a equívocos».

<sup>58</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ (2009) realiza un pormenorizado análisis de la evolución de esta preocupación por la calidad del Derecho y su mejora. Es de destacar el caso del Reino Unido, que pudo inspirar, en alguna medida, la vertiente europea de la *better regulation*.

<sup>59</sup> También existe una previsión sobre la «simplificación y reducción del volumen de la legislación» (apartados 35 y 36). Ya dije en otro punto de este estudio que, si bien el volumen de la normativa no significa, *per se*, nada, es bastante posible —y una hipótesis falsable estadísticamente— que, a mayor volumen normativo, menor seguridad jurídica. En este sentido, no plantean las instituciones de la UE ninguna novedad más allá de la codificación y refundición de textos y derogación de los obsoletos, pero el calificativo que emplea es, cuanto menos, curioso: habla de «actos o disposiciones demasiado *farragosos*» (la cursiva es mía). El *mea culpa* es positivo, aunque los resultados puedan ser desiguales en estos tres lustros desde su aprobación.

<sup>60</sup> Según esta autora: «[Es necesario] buscar, analizar y estudiar sistemas de comprobación, prueba y valoración de las normas o preceptos, a ser posible antes de su entrada en vigor, de manera que se pongan a la vista los flancos débiles que esta muestra en cuanto al conocimiento de todos los supuestos de hecho a los que debe extenderse, a la necesidad de su propia existencia, a la aplicabilidad posterior de que goce, a los efectos complementarios que produzca y, especialmente, al coste que representa su introducción en el derecho positivo» (*ib.*, 512). Fue pionera también en dar cuenta de novedosas técnicas como la *sunset legislation*, el uso de técnicas (cuasi) experimentales para la adopción de normas o las *checklists*.

La CE no hace más referencia a esta materia que la previsión contenida en el art. 88, según la cual: «los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y *de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos*» (la cursiva es, obviamente, mía). Con la salvedad del informe preceptivo —aunque no siempre— del órgano consultivo correspondiente<sup>61</sup>, previo a la elaboración de las normas, poca o ninguna fue la preocupación en nuestro sistema por garantizar la calidad normativa hasta la aprobación de una serie de leyes.

En primer término, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que traspone la Directiva europea de servicios, supuso un precedente en lo atinente a la reducción de cargas administrativas (desde un punto de vista económico). Sin duda, este aspecto resulta —aun en la actualidad— relevante, pero no es más que un instrumento aislado y de corte, nuevamente, profundamente liberal en materia de mejora de la regulación (véase CANALS I AMETLLER 2009, para un análisis en detalle). No obstante, conviene destacar que la inclusión de los términos «restricciones no justificadas o proporcionadas» supuso un punto de inflexión hacia el nuevo marco normativo. El enfoque economicista —cuyas críticas se verán después— de esta norma tuvo continuidad en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. El art. 5.2 de esta norma dispone que: «cualquier límite o requisito establecido [a las actividades económicas o su ejercicio], deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador». Otro paso en la misma dirección, en esta ocasión ya con la positivación de la conocida como «alternativa cero».

El segundo hito lo constituyó la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, precedente inmediato de la normativa actualmente vigente. El Capítulo I del Título I de esta norma, por primera vez, vino a reglamentar la «mejora de la calidad de la regulación», y, en particular, los principios de buena regulación (a los que volveré enseguida). Como, en la actualidad, las normas que sobre esta cuestión preveía la Ley 2/2011 se encuentran derogadas e incorporadas a otras, haré mención a estas últimas.

Me refiero a las leyes del año 2015: la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y la

---

<sup>61</sup> También tiene su importancia el papel de los órganos consultivos en la elaboración de las normas jurídicas. Como advierte MONTORO CHINER (1990, 398), esta evaluación «cumple la tarea de inquirir sobre su calidad como norma». Esta misma autora da cuenta de un debate ya superado acerca de la posibilidad de que los órganos consultivos autonómicos emitan dictámenes sobre las normas propias de la Comunidad, sin necesidad de la intervención del Consejo de Estado.

Ley 40/2015, también de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) —que modifica, a su vez y entre otras, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LGob)—.

Estas normas diseñan tres planos, según GARCÍA LLOVET (2017, 174): i) racionalización del ejercicio de la potestad normativa; ii) disposiciones de procedimiento con especial énfasis en la información, transparencia y participación; y iii) principios de la potestad normativa. Según este autor, este «bloque normativo (...) comporta (...) la decantación final de una profunda transformación en el ejercicio del poder de normar o (...) potestad normocreadora». En efecto, ya indiqué que la LPAC recuperaba la previsión sobre el procedimiento de elaboración de normas de la LPA de 1958. No puedo entrar en un estudio detallado del régimen jurídico establecido en estas leyes<sup>62</sup>, pero sí es conveniente mencionar, a continuación, algunas de las características del sistema que se establece para el aseguramiento de un Derecho de calidad.

En concreto, analizaré —entre otros asuntos— qué se puede entender, precisamente, por calidad normativa desde el punto de vista material ya mencionado, cuáles son sus principios inspiradores, qué metodología ha empleado el legislador y algunos de las más interesantes críticas que ha recibido esta regulación. Procedo.

## **b. Principios de la política para la mejora del Derecho**

La mejora regulatoria<sup>63</sup> está ligada a una serie de principios —algunos de origen constitucional, otros de origen simplemente legal— que la dotan de fuerza y le otorgan la legitimidad suficiente, en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro, para gozar de cierta entidad.

Como apunta CASADO CASADO (2017, 88), «esta política de mejora de la regulación contempla la calidad del marco normativo como un factor estratégico para el desarrollo sostenible, el crecimiento económico y la competitividad». En efecto, así nace esta política, como se acaba de ver: de manos de corrientes liberales que pretenden, fundamentalmente, suprimir cargas y reglas que vendrían a

---

<sup>62</sup> Para un estudio sistemático de las novedades en materia de potestad reglamentaria, véanse, por todos, MORA RUIZ (2016) y PRIETO ROMERO (2016).

<sup>63</sup> ÁLVAREZ SUÁREZ (2017, 27) define la mejora de la regulación como el «conjunto de herramientas y principios de actuación en la intervención pública para garantizar que se cumplen los objetivos previstos [por la norma] al mínimo coste (eliminando los posibles “fallos de Estado” al reducir al mínimo el posible impacto negativo de la intervención pública)».

limitar la libertad de empresa. Es más, el sesgo economicista (que se analizará), es una de las principales críticas de este sistema<sup>64</sup>.

Pero esta vertiente de mejora de la *regulación* (en sentido técnico-jurídico) se torna en una mejora de la regulación entendida como *Derecho*. Ya no solo importará el Derecho *regulatorio*, sino todo el Derecho. Ese es el nuevo espíritu de las leyes de 2015.

El art. 129.1 LPAC dispone que la potestad normativa deberá desarrollarse de acuerdo con los principios de: necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia. Este artículo explica cada uno de ellos pero, a simple vista, se percibe ya que no todos ellos se fundamentan exclusivamente en postulados economicistas. En la misma línea, y con mayor profusión de trámites, se halla el art. 26 LGob, en su redacción dada por la LRJSP.

Dice BETANCOR RODRÍGUEZ (2016, 555) que «ya no es suficiente convencer; se necesita demostrar». La racionalidad como presupuesto de toda acción pública ha traído, como consecuencia casi lógica, que las normas deban ser analizadas con carácter previo a su adopción, aunque también con posterioridad<sup>65</sup>. El procedimiento de creación de normas, en su configuración actual —y, sobre todo, en la idea del legislador— vendría, de alguna manera, a invertir la carga de la prueba: debe ahora desarrollarse «una intensa actividad probatoria de la decisión normativa» (REVUELTA PÉREZ 2014, 123)<sup>66</sup>. Las normas deben obedecer a razones —¿si es que alguna vez no lo hicieron?— explícitas, claras, coherentes, justificadas, proporcionales, racionales...

En fin, todo el proceso de la *better regulation* pretende «disciplinar el proceso decisorio y hacerlo más analítico, transparente y participativo» (*ib.*, 84). Es más, hay quien sostiene que la corrupción sería consecuencia de inadecuados marcos normativos (DE BENEDETTO 2017, 71).

---

<sup>64</sup> Otros definirían esta política únicamente desde la vertiente económica: «las políticas de mejora de la legislación requieren actividades de simplificación de la regulación con el fin de reducir el número de reglas, sus costos y el tiempo conectado a los procedimientos. Si hay una reducción en el tiempo y los costos asociados con el cumplimiento normativo, las ganancias de eficiencia en la economía seguirán» (DE BENEDETTO 2017, 77).

<sup>65</sup> Para MONTORO CHINER (2000-2001, 156), «la vinculación de la Constitución a las futuras generaciones justifica la exigencia de calidad de la legislación y de la evaluación de las normas». Se aprecian reminiscencias de la teoría contractualista en esta afirmación.

<sup>66</sup> Sin embargo, en la práctica judicial española —como da cuenta VIDA FERNÁNDEZ (2017, 507)— la realidad es bien distinta: la carga de la prueba sigue recayendo en el recurrente que desea impugnar afirmaciones, incluso genéricas, de la Administración en uso de su potestad discrecional, particularmente la normativa.

Pero, si se ha percatado el lector, acabo de hablar de «proceso»; antes, de «política pública». Y es que, frente a las aproximaciones parciales previas, el actual sistema goza de una cierta coherencia y homogeneidad, se constituye en una aproximación holística que bien merece el nombre de política pública. Veamos la importancia de su configuración como tal.

### c. El ciclo normativo como política pública

Son, hasta la fecha —y, sobre todo, al tratarse de una perspectiva multidisciplinar— pocos los autores que se han referido al ciclo normativo como una «política pública». Por ejemplo, ÁLVAREZ SUÁREZ (2017), con un marcado carácter descriptivo<sup>67</sup>, analiza las distintas iniciativas desarrolladas en la materia (articuladas, todas ellas —como no podía ser de otra forma— a través de instrumentos jurídicos), partiendo de las creadas por las leyes administrativas de los años 90 del siglo pasado hasta la actualidad, configurada, como acabamos de ver, en las leyes de 2015.

Entender la mejora del Derecho como una política pública supone la consideración cíclica del sistema. En palabras de BETANCOR RODRÍGUEZ (2009, 274), estaríamos ante un «proceso circular (circuito) [en el que] la revisión provee de información a la siguiente fase de un proceso que está condenado a no finalizar nunca». En efecto, la retroalimentación del sistema propio de las políticas públicas es plenamente aplicable a esta realidad de la *better regulation*. Sin duda, es necesario un cambio de mentalidad: no puede seguirse (al menos a pies juntillas) ya el mito de la permanencia del ordenamiento. Es cierto que las normas, en aras a la seguridad jurídica, deben ser estables; pero dicha estabilidad no obsta para su evaluación permanente y, si resulta necesario, para su cambio<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> También CANALS I AMETLLER (2009, 44) califica de «política pública» al proceso de mejora normativa. Ahora bien, su aproximación no parece responder a un auténtico enfoque de *policy*, sino que describe con mayor detalle y desde un punto de vista estrictamente jurídico las instituciones propias de esta política, sin consideración hacia cuestiones capitales como la circularidad o retroalimentación del sistema. Sin embargo, en EMBID TELLO (2019, 10) sí se aprecia una clara visión de identidad entre el ciclo normativo y su consideración como política pública. Para MONTORO CHINER (2000-2001, 166) sería «la sostenibilidad de las políticas públicas [la que] puede llegar a ser motivo de evaluación de las normas».

<sup>68</sup> Ni que decir tiene que, para un adecuado análisis, el tiempo de vigencia de una norma —de forma que pueda desplegar adecuadamente sus efectos— es esencial. No se desarrollará bien dicho análisis si no se deja transcurrir un tiempo prudencial. No se aboga, pues, por un constante cambio, sino por un constante enjuiciamiento de su adecuación, aunque esto, en ocasiones, no sea materialmente posible. Como dice BETANCOR RODRÍGUEZ (2009, 291): «la mejora regulatoria es un proceso continuo que no termina nunca, máxime cuando la regulación pretende afrontar una demanda regulatoria que es necesariamente cambiante, como lo son las circunstancias que la alumbrá».

La teoría clásica de las políticas públicas distingue, al menos, cinco etapas: i) identificación del problema; ii) formulación de *una* solución (de entre las posibles); iii) toma de la decisión; iv) aplicación de la acción; y v) evaluación de los resultados (esquema clásico de JONES, MENY y THOENING, adaptado por FERNÁNDEZ PÉREZ, 1996, 469). Y vuelta a empezar. En la actualidad, este esquema es fácilmente reconocible en la política de producción normativa: i) el problema habría consistido en constatar que la regulación no siempre cumple parámetros de eficiencia, eficacia, proporcionalidad, necesidad, seguridad jurídica...; ii) para ello se habrían creado una serie de instrumentos que permitirían paliar dichas deficiencias normativas; iii) la plasmación en las leyes de 2015 habría sido la decisión; iv) distintas acciones específicas habrían venido aplicando estas reformas —sin mayor pena ni gloria, por desgracia, hasta la actualidad, con honrosas excepciones—; y v) debe evaluarse el propio sistema, punto al que, posiblemente, todavía no se haya llegado.

No resulta posible entrar a analizar el concreto régimen jurídico de este proceso de producción normativa que se ha instaurado en nuestro ordenamiento en fechas recientes, pero ello no obsta para que, de manera somera, sean presentados los trámites en la TABLA contenida en el ANEXO. En ella se aprecia la obligatoriedad o no de los mismos y su orden lógico, así como su concreto sustento normativo. Siguiendo las etapas del ciclo propuesto, tendríamos: i) como parte de la *identificación del problema*, el análisis *ex ante* y, aunque se sitúan en un punto posterior, podrían incluirse en esta fase tanto la consulta pública previa, como la audiencia e informaciones públicas; ii) la formulación de una solución vendría de la mano del Plan normativo<sup>69</sup>; iii) por su parte, la toma de la decisión sería el momento de mayor discrecionalidad y dependiente, en exclusiva, de la voluntad del órgano con potestad normativa, el cual se acompañaría, en esta fase, con el dictamen de los órganos consultivos y las demás memorias obligatorias; iv) la aplicación de la acción correspondería con el elemento ejecutivo de la misma; y

---

<sup>69</sup> No puedo extenderme sobre cada uno de estos instrumentos, pero respecto de los planes normativos, cuya eficacia jurídica es prácticamente nula, deben hacerse unas mínimas consideraciones. Quizás sería conveniente, para ser realistas, que estos planes fuesen aprobados al cabo de un tiempo después de la toma de posesión, o sea, al inicio de la legislatura y tuviesen como lapso de vigencia la misma legislatura, pues los periodos electorales son tiempo de parálisis y de incertidumbre generada por la posibilidad de salida —SANTAMARÍA PASTOR (1999, 550) ya hablaba del problema de los años electorales—. Pero un marco anual puede resultar también poco realista por precipitado. Es más: siguiendo a este mismo autor (2016, 39) estaríamos ante un «fenómeno difícilmente racionalizable en la mayor parte de sus manifestaciones concretas, por lo que su planificación anticipada solo puede abarcar un número de disposiciones bastante limitado».

finalmente, v) la evaluación de los resultados vendría de la mano del análisis *ex post*<sup>70</sup> que supondría, a su vez, el retorno al punto i). Sobre la cuestión de la evaluación y algunos de los problemas que puede presentar, volveré después.

La aplicación de la teoría del *public policy* a la mejora del Derecho tiene esta vertiente metarreguladora: debe evaluarse el acierto de la política de *better regulation* instaurada. Pero, si tiene que ser evaluada la propia normativa metajurídica de la mejora, es precisamente porque tal política de mejora regulatoria instaurada en dichas leyes así lo requiere para esta y el resto de normas.

Existe una manida expresión, la de la *mejora continua* que, sin embargo, ha querido instaurar el legislador respecto del ordenamiento jurídico. Sin duda, no es ni será fácil su adopción. Requerirá tiempo y cambio de actitudes y mentalidades<sup>71</sup>, pero, en mi opinión, representa el único futuro posible del Derecho. Por el momento, se critica como un elemento burocrático más, pero es imprescindible un cambio de concepción sobre este asunto y que empiece a ser tomado en serio.

Existe —posiblemente en todas las realidades, pero particularmente en la nuestra— una deficiencia estructural del sistema —ligada, aparentemente, a nuestra cultura política— advertida por el genio de NIETO GARCÍA (1996, 38), denominada por él mismo como «invertebración secuencial». Se trataría de la «tendencia (...) de los nuevos titulares de un cargo a interrumpir la acción de su predecesor, con la que nunca se solidarizaron». En efecto, si algo caracteriza a las políticas públicas y, por consiguiente, debiese también incluir en la mejora de la calidad del Derecho, es la necesidad del análisis continuado e ininterrumpido de la realidad objeto de estudio. Cuando ese ciclo sin fin se trunca por motivos políticos o administrativos ajenos al análisis técnico, estamos ante una rémora que impide realizar, en todo su potencial, esta mejora continua del ordenamiento.

Por otro lado, en este ciclo normativo, un aspecto importante a tener en cuenta es el de la participación y la transparencia. Como es de todos sabido, de

---

<sup>70</sup> Para una recopilación del marco jurídico regulador de la evaluación de políticas públicas, en general, con especial énfasis en la transparencia, véase PAJA FANO (2017). Para el análisis *ex post* de las normas jurídicas: DOMÉNECH PASCUAL (2005) y EMBID TELLO (2019, 24). Por cierto, téngase presente un dato muy relevante: para este autor (*ib.*, 13) «la evaluación de la normativa forma parte de la potestad normativa, (...) por lo tanto, evaluar y regular no son potestades diferenciadas» (opinión que emite con cita a la jurisprudencia del TC).

<sup>71</sup> Dice ÁLVAREZ SUÁREZ (2017, 36) que «es esencial que la “cultura” de la buena regulación sea conocida y compartida por empleados públicos y políticos encargados de su implementación para garantizar su efectiva asunción». Por su parte, EMBID TELLO (2019, 17) y VIDA FERNÁNDEZ (2017, 473), entre otros, hacen hincapié en el hecho de que, si no se toma en serio, no estaríamos más que ante requerimientos burocráticos de dudosa eficacia.



unos años a esta parte, la introducción de la buena administración como objetivo (o, incluso, derecho subjetivo) ha abierto nuevas ventanas de oportunidad a los distintos actores que participan del ciclo normativo. Este aspecto merece algunas consideraciones.

#### **d. Equilibrio entre participación, tecnocracia y captura del regulador en materia de mejora del Derecho**

Aunque «la consulta externa es tan antigua como la propia Administración» (NIETO GARCÍA 1996, 79) y, para el procedimiento de aprobación de disposiciones de carácter general, esta aparecía ya prevista en la LPA de 1958, las leyes de 2015 vienen a consolidar (incluso a «enmarañar»<sup>72</sup>) la participación ciudadana en el proceso de elaboración de normas.

El Reino de España forma parte de la Alianza para el Gobierno Abierto (OGP, de las siglas en inglés de *Open Government Partnership*). A raíz de los distintos planes de acción y de la creciente preocupación nacional e internacional por la transparencia y la participación públicas en todos los procesos (posibles) de los poderes públicos, la normativa que disciplina la creación de normas ha venido a incorporar una serie de elementos adicionales de apertura a la ciudadanía en tal proceso. Siguiendo con el marco teórico mencionado de las políticas públicas, se trataría de abrir de par en par —o, al menos, dotar de algo de luz— a la «caja negra»<sup>73</sup> del proceso decisorio.

El ciclo de producción normativa puede favorecer, en su configuración actual, el buen gobierno y la buena administración (PONCE SOLÉ 2016, 67), no solo porque —al menos, en teoría— las nuevas normas vayan a estar basadas en razones y evidencias y no solo en opiniones y suposiciones, sino porque la transparencia y la participación inherentes a este nuevo estado de cosas favorecerán un incremento de la legitimidad de aquellas (VIDA FERNÁNDEZ 2017, 474).

---

<sup>72</sup> DÍAZ GONZÁLEZ (2017, 75), a quien me remito, da cuenta de la aparente confusión de los trámites de consulta previa a la elaboración de normas en su configuración actual por parte de la LPAC y LGob. Téngase presente que habrá que articular, a veces, tanto una consulta previa, como periodo de audiencia y otro de información pública.

<sup>73</sup> El preámbulo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, recuerda que hay que someter a escrutinio la acción de los poderes públicos y «los ciudadanos [deben poder] conocer cómo se toman las decisiones que les afectan (...) o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones». El término «caja negra» —propio de la Ciencia Política, no así del Derecho— se refiere a tales procesos internos de decisión que, usualmente, quedan fuera del alcance de conocimiento de todo elemento ajeno a la organización.

La luz que ha de aportarse sobre la caja negra del «procedimiento decisorio» cobra especial relevancia en el ámbito de la Administración, o sea, del proceso de elaboración de reglamentos y otras disposiciones administrativas, pues «al no existir debate parlamentario, [este procedimiento] es más opaco y, por tanto, más permeable a la influencia de grupos de interés determinados en los órganos decisorios» (REVUELTA PÉREZ 2014, 91).

En efecto, la opacidad puede dar lugar a la captura del regulador, entendida como sometimiento de este a las presiones e intereses de una parte que influye en la toma de decisiones. De ahí la importancia mayúscula por reglamentar la participación de estos grupos, de los conocidos como *lobbies*<sup>74</sup>, en el proceso decisorio.

Esta apertura a la participación generalizada en la *better regulation* —y digo, generalizada porque participación de «camarillas» siempre ha habido— habría dado lugar, en palabras de MONTORO CHINER (2017, 32) a «un “co-laboratorio público-co-privado” cuyo éxito final va a hacerse depender de cómo se utilice». A pesar de ser todavía pronto para analizar los efectos de esta participación, ya se han presentado algunas propuestas de mejora. Por ejemplo, y de sumo interés: debería articularse una *web* centralizada, por ejemplo el propio Portal de Transparencia, para aglutinar las distintas consultas públicas por organismos, puesto que su inclusión en los portales de cada uno de ellos dificulta la participación, salvo para aquellos más próximos y atentos a la realidad objeto de futuros cambios normativos<sup>75</sup>.

Pero toda esta *democratización* del proceso decisorio no puede hacernos perder de vista el hecho de que «solo los poderes públicos reúnen las condiciones de objetividad e independencia necesarias para establecer una regulación comprensiva, que satisfaga el interés general, en todas sus dimensiones» (LAGUNA DE PAZ 2017, 549). Los poderes públicos, y especialmente la Administración, en tanto que servidora del interés general, *ex art.* 103 CE, debe proceder de forma racional y atendiendo a criterios técnicos; por supuesto, teniendo siempre en mente las aportaciones y los intereses de cuantos se vean afectados por las normas, pero sin olvidar a quién se sirve.

---

<sup>74</sup> La regulación de los *lobbies* y su incidencia en el proceso normativo ha sido objeto de especial interés por la literatura científica en fechas recientes. En nuestro país, por todos, véase: PONCE SOLÉ (2019).

<sup>75</sup> Esta interesante propuesta es formulada por ARROYO JIMÉNEZ (2017) en su estudio comparativo de la participación electrónica y creación de normas entre el caso español y estadounidense. Algunos problemas adicionales detectados serían: el incremento de alegaciones (con las consiguientes dificultades de gestión), o el uso de medios electrónicos (que puede implicar tanto una brecha, la digital, como una exigencia desproporcionada en caso de que sea obligatoria).

Esto me conduce a una de las críticas del sistema de la *better regulation* y del procedimiento de elaboración de normas como parte de esta corriente: su enfoque marcadamente *tecnocrático*.

A pesar de los esfuerzos por democratizar el sistema de creación de normas y de dotarlo de transparencia y oportunidades de participación, la confluencia en la técnica y la necesidad de contar con informes científicos y racionales que sustenten las decisiones normativas puede conducir a esta acusada tecnificación de la mejora del Derecho. Así, FERNÁNDEZ-CARNICERO (2010, 275) habla de un «secuestro por el decisionismo tecnocrático»; por su parte, EMBID TELLO (2019, 18) se refiere al problema de la «legitimidad de las normas técnicas». En efecto, el apoyo de los poderes normo-creadores en elementos técnicos puede ser contrario a la filosofía de participación pública. En mi opinión, sin embargo, existen personas expertas en la sociedad en cada una de dichas técnicas que pueden aportar, precisamente, su contribución a la participación, siempre que tales componentes técnicos gocen de la suficiente publicidad.

En todo caso, igual que hay un sector de la doctrina que critica esta realidad, también hay otro que, no sin razón, la defiende. Para VIDA FERNÁNDEZ (2017, 478) no se estarían sustituyendo las decisiones políticas, sino que estas se vendrían a tomar con mayor información (técnica). Lo mismo opina MONTORO CHINER (2000-2001, 170), para quien la perspectiva tecnocrática no tendría por qué ser una rémora: «la evaluación como finalidad tecnocrática puede ayudar a reforzar al acercamiento crítico a la legislación, lo que, en los momentos actuales, no resultaría desdeñable».

Me inclino por compartir esta postura pues, como recuerda PENDÁS GARCÍA (1990, 76), «la política prima sobre el Derecho en la realidad cotidiana de los Parlamentos —y, añado yo, de la Administración—, de tal modo que solo pueden prosperar (...) aquellas propuestas técnicas que no pongan en cuestión este dato irrefutable»<sup>76</sup>. Que sobre los elementos políticos —imprescindibles pues, además, negarlos no dejaría de representar una visión interesada y sesgada de la realidad— deban incluir razones, digamos, «objetivas», sometidas al examen de la Ciencia y a su método de contraste y falsación, no es tanto un obstáculo como

---

<sup>76</sup> A modo de ejemplo, valdría el equívoco del término «dictamen» de las comisiones parlamentarias en el procedimiento legislativo: en palabras de este mismo autor, estaríamos ante un documento de manifestación de voluntad, no de racionalidad alguna (*ib.*, 107).

una ventaja en esta nueva concepción del proceso de mejora del ordenamiento<sup>77</sup>. En fin, BETANCOR RODRÍGUEZ (2016, 566) lo deja claro: no se trata de imponer un proceso tecnocrático frente a uno democrático, sino que este «atienda a razones».

Pero desconocer el papel que las distintas ramas científicas ofrecen o pueden llegar a ofrecer al proceso de mejora de la calidad del Derecho —con el propósito, repetido, de hacerlo más racional— sería un error. A ello dedicaré las próximas líneas.

#### **e. Sobre el necesario auxilio de las Ciencias Sociales (entre otras) para la creación de un Derecho de calidad**

Si entendemos que un Derecho de calidad será aquel que obedezca a razones y no (al menos no exclusivamente) a opiniones, un análisis puramente jurídico, normativo, de las distintas reglas del ordenamiento en términos abstractos, difícilmente va a poder dar respuesta a las pretensiones de objetividad, racionalidad y justificación necesarias del Derecho.

En este sentido, el ciclo normativo no puede limitarse al estudio clásico del Derecho, entendido como un proceso racional y hermenéutico, desligado de todo aquello que no esté escrito y publicado en un diario oficial<sup>78</sup>. Al contrario, el Derecho, durante los procesos que se suceden en este ciclo, es altamente dinámico, maleable, elástico... más que en ningún otro momento. Podría decirse que,

---

<sup>77</sup> En esta discusión debería hacerse una consideración adicional acerca de las conocidas como normas técnicas privadas (por ejemplo, reglas de normalización, estandarización, parámetros técnicos, códigos técnicos, etc.). Cuando el ordenamiento público se retira y renuncia a reglamentar un aspecto concreto de la realidad —ya sea por su complejidad técnica, ya sea por su incapacidad para elaborar tal normativa, ya sea por su no voluntad de hacerlo— se estaría ante una remisión a normas técnicas privadas (ESTEVE PARDO 2002, 26), en la que la «pretendida *expertise* [de los reglamentadores técnicos privados] desplazaría a la regulación pública» (ib., 39). Pero existe un problema: es difícil establecer hasta qué punto se puede conflar en la regulación técnica privada y en la objetividad de esta. Aunque cuando se establece una regulación de carácter privado —si hay una remisión a ella por parte de los poderes públicos— debe entenderse que se respetan los principios de necesidad, objetividad, proporcionalidad, etc., no es menos cierto que solo la Administración debe servir con objetividad los intereses generales: los entes privados no están obligados a ello. Pero, si la Administración se remite a tales normas privadas, es evidente y necesario que exista un control público sobre ellas, en caso contrario, se estaría incumpliendo, por omisión, tal requisito constitucional.

<sup>78</sup> ESTEVE PARDO (2016, 2202), con cita a POSNER, «pone en cuestión la autonomía del Derecho —la idea del Derecho como una disciplina que puede ser estudiada y practicada sin un estudio sistemático de otros conocimientos—». Quizás esta opinión sea demasiado extrema. Creo que se puede hacer buen análisis jurídico *de lege lata* sin necesidad de acudir a ninguna ciencia auxiliar. Pero no *de lege ferenda*.

antes de su adopción, todavía no se ha cristalizado, no se ha solidificado, y las distintas perspectivas políticas que desean su adopción no han «ganado» todavía la «batalla regulatoria». Es evidente que, una vez adoptada una norma, su fuerza vinculante y el análisis dogmático y eminentemente jurídico cobra todo su sentido. Sin embargo, superada esa fase de aplicación —o, mejor, de manera paralela a ella—, ha de volver a realizarse un análisis sobre la adecuación de tal normativa, en la que el auxilio, como he dicho, de otras ciencias se hace imprescindible. Cualquier propuesta de cambio en la regulación que vaya más allá de posibles incoherencias estrictamente jurídicas entre normas y que se reflera a una realidad material, aprehensible, deberá tener un componente técnico mínimo si se desea emitir juicios normativos (del *deber ser*) flables.

Las presunciones en la ciencia jurídica son habituales. Como recuerda ESTEVE PARDO (2016, 2201), estas descansan sobre estadísticas, máximas de razón o presupuestos morales. Por lo tanto, la pretendida racionalidad y abstracción que manifiestan autores que huyen de cualquier auxilio externo a la dogmática jurídica —que es imprescindible, sin duda, como ya he dicho— no deja de ser una presunción, pero no basada en datos empíricos sino en presuposiciones personales. Estas consideraciones cobran especial relevancia cuando lo que se pretende no es el análisis *de lege lata*, sino *de lege ferenda*<sup>79</sup>.

Esta perspectiva no goza, todavía, de amplio calado entre nosotros, aunque la visión multidisciplinar de los nuevos y emergentes juristas está abriendo posibilidades de análisis. No sucede así en otros lares. Dice VELASCO CABALLERO (2018, 812) que «en el caso del Derecho norteamericano, el protagonismo científico de las ciencias políticas y económicas ha restado mucho espacio a la ciencia jurídica, solo presente en áreas muy vinculadas a la *judicial review*». Según VIDA FERNÁNDEZ (2017, 470), tendrían una visión más amplia, al atreverse a «experimentar con otras disciplinas y permit[ir] que economistas, sociólogos y demás cultivadores de las Ciencias Sociales se adentren en ámbitos jurídicos».

En el caso español sucedería, sin embargo, lo contrario, hasta el punto de que —en palabras de VIDA FERNÁNDEZ (2017, 469)— habría una «sorprendente desconexión con la realidad» por parte de la doctrina jurídica. La nueva confl-

---

<sup>79</sup> Todos sabemos que la *lingua franca* (valga la paradoja) en el ámbito jurídico ya no es el latín, sino el inglés. En esta lengua, a la legislación vigente se la conoce como «*regulatory stock*» mientras que el «*regulatory flow*» sería la legislación en curso de adopción (DE BENEDETTO 2017, 77). No tengo ninguna reticencia frente a la conveniencia de que el inglés sea tal lengua común, pero yo seguiré utilizando, principalmente, las expresiones en latín, por ser más próximas a nuestra cultura jurídica.

guración del procedimiento de elaboración de normas y otros instrumentos de la *better regulation* están llamados a cambiar las tornas en nuestro país.

Esta multidisciplinariedad, a mi juicio, resulta positiva para la sociedad a la que debe servir el Derecho. Comparto plenamente la idea de COGLIANESE (2002, 1113), a cuyo parecer «la investigación empírica puede contribuir a entender mejor el papel que el Derecho Administrativo puede jugar en la gobernanza democrática»<sup>80</sup>. En efecto, las propuestas *de lege ferenda* se verán sumamente beneficiadas por visiones alternativas de un mismo asunto.

Pero ¿qué pueden aportar las ciencias —naturales y sociales— que no pueda hacer el Derecho por sí solo? La respuesta es sencilla: predictibilidad. Como recuerda MONTORO CHINER (2017, 45), «la predictibilidad de las normas es el canon de lo racional». Las previsiones que, sobre todo en materia de regulaciones futuras, puedan hacer los juristas sin el apoyo de ninguna ciencia son endebles y están basadas en el propio sentido común. Este a veces acierta. Otras no. Es verdad que toda ciencia (no solo las sociales<sup>81</sup>) cuenta con el problema de la dificultad para predecir efectos y acontecimientos futuros. Lo mismo sucederá cuando este conocimiento científico se aplique al Derecho: «nadie puede ir más allá de lo predecible, ni está obligado a ello» (*ib.*).

Por no extenderme más sobre este asunto, citaré, simplemente a modo enunciativo, algunas experiencias de aplicación especialmente de las ciencias sociales al conocimiento jurídico y, en concreto, a la mejora de nuestro ordenamiento<sup>82</sup>.

Por un lado, la corriente del Análisis Económico del Derecho (AED) —entre nosotros estudiada por DOMÉNECH PASCUAL (2014)— vendría a plantear los problemas jurídicos como cuestiones económicas. Incluso los valores morales y aquellos no ligados a valores crematísticos pueden ser evaluados siguiendo dicha racionalidad económica. En contra, y especialmente de interés para el tema que

---

<sup>80</sup> El original, en inglés: «*Empirical research can contribute to a clearer understanding of the role that administrative law can play in democratic governance*». Constata también un «*increased use of empirical analysis to evaluate how well institutional procedures and designs achieve public goals*». La traducción es mía.

<sup>81</sup> Si no, piénsese en lo difícil que es predecir el tiempo, un terremoto o una epidemia con suficiente antelación.

<sup>82</sup> También las ciencias sociales se apoyan en otras disciplinas para realizar sus aportaciones. VIDA FERNÁNDEZ (2017, 471-472) recuerda que, actualmente, y con el *big data* «la evaluación normativa ya no se realiza de forma aproximativa, sino que es posible tener una noción mucho más exacta de las posibles consecuencias de las normas». El análisis del *big data* es una ciencia exacta que, aplicada sobre las sociales, expande sus posibilidades.

aquí nos importa, el de la calidad: EMBID TELLO (2019, 22). Según este último autor, «la calidad es un elemento inmaterial no mensurable ni científica ni estadísticamente» y, añade, la perspectiva usual del análisis coste-beneficio no es factible ni adecuada siempre. No estoy de acuerdo.

Todo es medible. Desde el momento en que se define —esfuerzo que he rehuido conscientemente y en todo momento en este trabajo, con la salvedad de unas breves pinceladas— de manera detallada qué ha de entenderse por calidad, por un Derecho de calidad<sup>83</sup>, se despliegan una serie de parámetros que pueden ser medidos y evaluados, ya sea con técnicas cuantitativas o cualitativas. Es verdad, como afirma MONTORO CHINER (2000-2001, 160) que «el cálculo es difícil, tanto de la ejecución como el de la inseguridad jurídica», entre otros factores, pero no imposible. En caso contrario, cualquier esfuerzo resultaría vano por determinar si existe o no tal calidad. La forma de medir el Derecho bien merecería otro estudio, más que interesante por cierto.

El segundo ejemplo: los experimentos y cuasi experimentos. La experimentación de distintas instituciones jurídicas y distintos marcos regulatorios puede resultar interesante<sup>84</sup> y, lo más importante, factible a nivel local o autonómico, donde la diversidad de regímenes permite comparar y experimentar con diferentes regulaciones sobre una misma cuestión para, así, seleccionar *a posteriori* la más adecuada<sup>85</sup>.

Pero es que, sin saberlo o pretenderlo, los juristas cuentan, desde hace mucho tiempo, con una herramienta cuasi experimental y que utilizan con profusión: el Derecho comparado. Cuando se utiliza esta técnica se está haciendo análisis social, de carácter muy básico (con excepciones), cualitativo y rudimentario. Pero, en fin, análisis social (no jurídico). Esta posibilidad es sumamente interesante para aquellas ocasiones en las que no es posible realizar experimentaciones. Es más, como recuerda VELASCO CABALLERO (2018, 809), «la Unión Europea (y

---

<sup>83</sup> Un ejemplo: la calidad semántica (formal) de las normas puede evaluarse, entre otros muchos modos, por el número de sílabas de las palabras utilizadas, por el número de palabras en cada proposición y por el *corpus* lingüístico utilizado (o sea, la frecuencia de usos y habitualidad de las palabras utilizadas en la norma con respecto a la lengua estándar). Pues bien, parámetros como los anteriores son mensurables, por ejemplo, por programas como *WordSmith*, por citar solo uno.

<sup>84</sup> La Constitución francesa de 1958 dispone, en su art. 37.1 que «la ley y el reglamento pueden contener disposiciones de carácter experimental para una duración y un fin determinados», dando carta de naturaleza a esta posibilidad. Misma previsión, para otros entes territoriales, contiene el art. 72, que permite la derogación *experimental* de normas.

<sup>85</sup> Un estudio pionero sobre la utilidad de los experimentos en el plano del Derecho, así como sus implicaciones sobre los derechos fundamentales, el de DOMÉNECH PASCUAL (2004).

seguramente occidente en general) es un *mercado de regulaciones jurídicas* al que acceden los operadores jurídicos estatales en busca de soluciones jurídicas a problemas o realidades existentes». En efecto, estas distintas regulaciones no solo favorecen el conocido como *dumping* regulatorio, sino que posibilitan un análisis objetivo y prospectivo sobre el Derecho propio.

En definitiva, ¿quiere decir todo lo aquí expresado que debemos abandonar el método hermenéutico propio de la dogmática jurídica, desterrar los análisis estrictamente jurídicos y basados exclusivamente en el análisis estricto del Derecho, la jurisprudencia y la doctrina? En absoluto. Lo que debe tenerse presente es que, las más de las veces —a salvo de la resolución, por ejemplo, de conflictos jurídicos— la doctrina puede (y debe) beneficiarse de lo que, sobre un asunto particular, tengan que decir otras ciencias.

Veamos cómo se conecta las anteriores consideraciones con la *better regulation* y qué implicaciones tiene este sesgo cuantitativo-economicista.

#### **f. Riesgo regulatorio y seguridad jurídica: el sesgo economicista**

La estabilidad de las normas, como se argumentó, es un factor esencial para considerar que existe seguridad jurídica en un ordenamiento. Como señala ARANA GARCÍA (2015, 67), «sin seguridad jurídica no hay actividad económica estable». De hecho, como es de todos conocido, uno de los indicadores que se suelen tener en cuenta cuando se han de realizar inversiones en el extranjero, es el de la seguridad jurídica del sistema en cuestión.

Como este mismo autor señala, en la doctrina del TC español, el *riesgo regulatorio* se habría convertido —en los conocidos como «sectores regulados», que es donde encuentra su razón de ser—, en una especie de deber jurídico de soportar los cambios normativos<sup>86</sup>, siempre que entren dentro del dúctil y maleable margen de discrecionalidad del poder normativo. La mejora de la calidad del Derecho y todo el proceso de la *better regulation* es una de las fórmulas para minimizar o, al menos, paliar en alguna medida, los efectos de tal riesgo regulatorio<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Cambios normativos que, como él mismo señala, no son incompatibles con la seguridad jurídica (ARANA GARCÍA 2015, 63). Como vengo sosteniendo, la normativa no es buena o mala por su cantidad, sino por su calidad. Es preciso crear tantas normas como sean precisas, pero no más (BETANCOR RODRÍGUEZ 2009, *passim*).

<sup>87</sup> En palabras de CASTILLO BLANCO (2017, 189): es «necesario armonizar las necesidades de cambio con la seguridad jurídica». En efecto, el Derecho está (y, podría decirse, hasta debería estar) en constante movimiento y adaptación a la realidad a la que debe servir. Pero ello no es óbice para que esta adaptación se haga racionalmente, con previsión, en fin, con sentido común.



Aunque parezca que este concepto es esencialmente aplicable al ámbito del *Derecho regulatorio* (en un sentido técnico-jurídico, como se indicó al principio de este estudio), en mi opinión es extensible a la mayoría de los ámbitos de nuestra vida que se ven regidos por el Derecho. Es posible que sea más difícil de cuantificar que en los términos estrictamente crematísticos que operan (por ejemplo) para las empresas, pero, sin duda, los cambios normativos afectan a las personas que entran dentro de su ámbito de aplicación y, por ello, cualquier reforma debe responder a los principios de la buena regulación<sup>88</sup>.

Reconocer la importancia de otro tipo de análisis no puede hacernos perder de vista las evidentes influencias de esta perspectiva. GUAYO CASTIELLA (2018, 1508) sostiene que, para la *regulación* —*stricto sensu*—, las referencias son exteriores al Derecho. Y lo son porque las corrientes neoliberales en que suelen apoyarse sus precursores también hacen uso de la economía como instrumento para justificar sus postulados. Pero es que, además, este enfoque economicista deriva, en buena medida, de uno de los propósitos últimos de la normativa que pretende regular la mejora del Derecho: la necesidad de garantizar la competitividad de la economía (PRIETO ROMERO 2016, 337). Ya expliqué el giro de las corrientes de la *better regulation*: en dicha dinámica se inserta todo este asunto.

Así como creo —como dije, con DOMÉNECH PASCUAL (2014)— que todo es reconducible a términos económicos, también sostengo la razonabilidad de la tesis de REVUELTA PÉREZ (2014, 97), según la cual este enfoque de la «eficiencia económica»<sup>89</sup> (...) no (...) deb[e] ser el único parámetro para medir su calidad ni (...) todas las decisiones reguladoras [tienen] que basarse o justificarse en este

---

<sup>88</sup> Como dice BETANCOR RODRÍGUEZ (2016, 542), «la mala calidad del texto normativo produce confusión, la cual genera duda que compromete la libertad de los agentes del mercado». Cuando la interpretación de una norma no es sencilla e inmediata, no solo se produce esa restricción a la libertad de los agentes del mercado, y ciudadanía en general, sino que se amplían las dificultades interpretativas requiriendo de terceros llamados a resolverlas, en particular, el Poder Judicial, con todas las consecuencias aparejadas a ello.

<sup>89</sup> El Foro Económico Mundial publica anualmente su informe: *The Global Competitiveness Report*. Si se echa un vistazo a las preguntas relativas a la regulación, se apreciará claramente que el componente economicista de estas es evidente: todas giran en torno a la facilidad o dificultad de los *negocios* para cumplir con las normas del Estado, para poner en entredicho las exigencias de los poderes públicos ante los tribunales, etc. En ocasiones, pues, se suele caer en el simplismo de identificar *mejora de la regulación* con *mejora de la regulación económica*, cuando debería interpretarse el término «regulación» —como vengo insistiendo— *lato sensu*.

factor». No debe confundirse evaluación en términos económicos con utilización de métodos económicos de análisis. Son cuestiones distintas<sup>90</sup>.

Todo puede medirse, pero no todo tiene por qué medirse —por simplificar— en *dinero*. Dicho de otra forma: no pueden considerarse exclusivamente los costes y beneficios *económicos* (crematísticos) de las distintas alternativas normativas; tienen que tenerse presentes también (como de hecho hacen algunos instrumentos de manera adecuada; por ejemplo, la Memoria de Análisis de Impacto Normativo<sup>91</sup>) otros costes y beneficios: los sociales, ambientales, etc.

### **g. Conclusión: de la burocracia, la lentitud y otros problemas del sistema**

Creo firmemente que la regulación contenida en las leyes de 2015 y que tiene por propósito mejorar la calidad del Derecho no es un compendio de buenas intenciones. Ello no obsta para que, siendo objetivos, no puedan exponerse algunos de los problemas que la doctrina, con acierto, ha destacado de esta normativa.

Por un lado, y como ha señalado PONCE SOLÉ (2017, 140), «la nueva regulación es excesivamente prolija», existen numerosos trámites e instrumentos todos ellos llamados a un mismo fin pero que, si se pierde la visión de conjunto y, sobre todo, si no se tiene el compromiso de los operadores jurídicos —y muy especialmente de los empleados públicos que deben aplicarlos— de desarrollarlos, no serán más que papel mojado.

Peor aún, no estaríamos sino ante mera burocracia innecesaria y contraproducente, ralentizadora de todo el proceso. Un observador atento podrá concluir, sin mayores esfuerzos, que el uso que se ha dado a algunos de estos instrumentos para la mejora del Derecho no ha sido adecuado y se ha convertido en una mera

---

<sup>90</sup> Creo que la confusión puede residir en las distintas acepciones que del término «economía» hacen uso los juristas. Cuando se habla de «análisis económico» o de «Economía» como disciplina, nos podríamos referir a la acepción del DLE que describiría esta palabra como: «Ciencia que estudia los *métodos más eficaces para satisfacer las necesidades humanas* materiales, mediante el empleo de bienes escasos» (la cursiva es mía). Mientras que la acepción «Conjunto de bienes y actividades que integran la *riqueza de una colectividad o un individuo*» estaría claramente referida al valor monetario de patrimonios. Son cuestiones distintas. La Economía como método y la economía como elemento ligado al patrimonio.

<sup>91</sup> Sobre el control judicial de esta Memoria, véase GARCÍA LLOVET (2017, 176-182).

rutina carente de cualquier contenido<sup>92</sup>. No obstante, el análisis de estos extremos debería ser objeto de otro estudio.

Por otro lado, podríamos asistir a lo que se ha venido en llamar «*osificación*»<sup>93</sup> del proceso regulatorio» (SHAPIRO, citado por BETANCOR RODRÍGUEZ [2009, 205]), esto es, la ralentización de todo el procedimiento pues, aunque solo sea para cumplir resignadamente los trámites, se requiere de tiempo. Algunos de los inconvenientes, apuntados por este autor, serían el eternizamiento de la toma de decisiones y la pérdida de flexibilidad. Y, al menos en el sistema americano, del que procede esta hipótesis, un inadecuado cumplimiento de dichos trámites implicaría un batacazo en sede judicial de la regulación en cuestión —sobre esto se volverá en el siguiente apartado—.

Finalmente, hay que ser consciente de que es imposible pretender evaluar *todo* el Derecho y, mucho menos, de manera permanente. Ni una legión de juristas junto a otros científicos sociales podría desarrollar tamaña tarea. Incluso si se dedicasen muchos esfuerzos, se produciría, posiblemente, una «*parálisis por análisis*» (PONCE SOLÉ 2017, 140). Los poderes públicos con capacidad normativa y, en particular, los organismos llamados a realizar esta evaluación —a la cuestión organizativa se volverá después— deben ser conscientes de sus limitaciones materiales y realizar una adecuada planificación de la evaluación. Ello es así porque, «resulta imposible estar evaluando *permanentemente* la información disponible (...); se corre el peligro de que esta nunca se lleve a cabo» (DOMÉNECH PASCUAL 2005, 139) y, sin duda, esa no es la finalidad de la norma.

En todo caso, he querido en este apartado hacer hincapié en que la multidisciplinareidad puede ser la base del éxito, el fundamento para un Derecho de calidad. BALDWIN (2005, 502) habla de «cómo combinar mejor diferentes instituciones y técnicas» para la mejora del Derecho<sup>94</sup>. A ello debe añadirse el hecho de que las posibilidades de intercambio de información gracias a las tecnologías de la información y la comunicación son gigantescas y han de servir también para este propósito de la mejora de la calidad de nuestro ordenamiento (CANALS I AMETLLER [2009, 60] y VIDA FERNÁNDEZ [2017, 471]).

---

<sup>92</sup> Estoy pensando, por ejemplo, en la consulta previa a la elaboración de normas, sobre la necesidad y oportunidad de esta frente a la alternativa cero. La mayoría —todavía no he visto ninguna bien hecha— se limitan en tres o cuatro páginas a reproducir, parafraseando, preceptos de las leyes que reglamentan tal consulta, sin aportar nada. Para este viaje no hacían falta semejantes alforjas.

<sup>93</sup> Para COGLIANESE (2002, 1130): «the *ossification* hypothesis [means that] agencies have to work harder to produce rules that will withstand judicial scrutiny».

<sup>94</sup> En el original: «(...) *how best to combine different institutions and techniques*». La traducción es mía.

## 6. EL CONTROL DE LA CALIDAD DEL DERECHO

Son numerosos los ¶ancos abiertos a lo largo de esta aproximación al estudio de la calidad del Derecho (y que quedan disponibles para ulteriores investigaciones), pero no podría concluir sin hacer una referencia a la vertiente del control de todo este arsenal que busca la garantía del mejor Derecho posible, ese andamiaje creado para su sostén.

Me reflero, por una parte, a las posibilidades que el ordenamiento ofrece para asegurar la efectividad de los esfuerzos realizados para garantizar ese *mejor* Derecho, ya sea por parte del Poder Judicial (o de la jurisdicción constitucional), ya sea por organismos creados *ad hoc*. La cuestión del rango, a la que ya hice referencia, cobrará una posición esencial de nuevo en este punto. También lo hará la interpretación que de estas normas del año 2015 ha hecho el TC, a la que haré una breve mención.

Por otra parte, y como paso previo, trataré de responder a la pregunta de si es posible mejorar, de alguna forma, el Derecho practicado<sup>95</sup>, el Derecho que materializan, en el caso concreto, los jueces y tribunales. Vayamos a ello.

### a. La mejora de la función jurisdiccional como pieza del puzle

En un sistema como el nuestro, en el que los jueces no crean Derecho, pero en el que la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, se hace imprescindible tener un conocimiento adecuado de tal doctrina. Lo mismo podría decirse de la jurisprudencia constitucional, esta sí con carácter de *legislación negativa*, como es mayoritariamente aceptado. Ya cité los meritorios avances realizados por el CENDOJ al poner a disposición del gran público útiles herramientas para la búsqueda de decisiones

---

<sup>95</sup> ¿Es Derecho solo el conjunto de normas escritas?: En mi opinión (y no solo la mía): no. «Lo que importa no es el Derecho escrito [entendido como *deber ser*] sino el Derecho practicado» (NIETO GARCÍA 1996, 176).

judiciales<sup>96</sup> o el conocido como *Libro de estilo de la Justicia*, que pretende mejorar la calidad formal de las resoluciones judiciales<sup>97</sup>.

Sin embargo, no puede omitirse si quiera sea una mera referencia a una disposición de nuestro ordenamiento de reciente factura (y desigual alcance) pero que, de consolidarse, está llamada a ser un importante instrumento para la seguridad jurídica. Me refiero a la previsión contenida en el art. 90.7 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, cuyo tenor es el siguiente:

*Los autos de admisión del recurso de casación se publicarán en la página web del Tribunal Supremo. Con periodicidad semestral, su Sala de lo Contencioso-administrativo hará público, en la mencionada página web y en el «Boletín Oficial del Estado», el listado de recursos de casación admitidos a trámite, con mención sucinta de la norma o normas que serán objeto de interpretación y de la programación para su resolución.*

Me interesa el último inciso (el resalte es mío). Esta previsibilidad, gracias a su planificación, de las posibles resoluciones que recaigan sobre normas en vigor y puedan afectar a su interpretación, como digo, puede redundar en un positivo incremento de la seguridad jurídica. Creo que bien debiese ampliarse esta previsión al resto de órdenes jurisdiccionales —sin perjuicio de que, posiblemente y como se viene sosteniendo en este estudio, tenga mayor sentido para la rama contencioso-administrativa— y muy especialmente a la jurisdicción constitucional,

---

<sup>96</sup> También resulta interesantísimo el instrumento creado por la UE y conocido como *Identificador Europeo de Jurisprudencia* (ECLI, por sus siglas en inglés de *European Case Law Identifier*). Del mismo modo que el proyecto ELI hacía para la legislación, el proyecto ECLI realiza una codificación —de nuevo, en el sentido técnico del término, no jurídico— de las distintas resoluciones judiciales, permitiendo su archivo y catalogación de forma mucho más sistemática y operativa a nivel de la Unión.

<sup>97</sup> Como anécdota, y para demostrar tanto la utilidad de las ciencias sociales para una mejor comprensión de la realidad jurídica como la importancia de cuestiones que, aparentemente, no afectan al fondo, puede destacarse el resultado de una investigación empírica desarrollada —en los EE. UU., cómo no— por LONG (2013, 25), según la cual, «*when (...) the legal writer (...) feels threatened with losing an appeal, or being on the dissenting side of a judicial opinion, the threatened legal writer will subconsciously resort to using more intensifiers, and maybe longer words and longer sentences, in an irrational attempt to “attack” the winning side, or to defeat the losing argument*». Parece ser que una inadecuada técnica o estilo no solo responden a una deficiente educación de quien escribe, sino que también puede traer causa del miedo a perder el argumento jurídico.

dada su especial naturaleza. Ahora bien, su aplicación hasta la fecha no parece haber sido exitosa<sup>98</sup>.

También el *big data* está llamado a mejorar la seguridad jurídica de este Derecho practicado. Es famoso el adagio popular de que «al juzgado sabes cómo entras, pero no cómo sales»<sup>99</sup> da cuenta de la incerteza que supone acudir a los tribunales de Justicia. Ya decía NIETO GARCÍA (1996, 178) que, «estadísticamente pierden el pleito la mitad de los abogados sea por ignorancia o por sacar los cuartos a su defendido»<sup>100</sup>. En efecto, en ocasiones la incertidumbre es mayúscula.

No puedo extenderme sobre este particular, pero sí deben aplaudirse también los avances de la técnica que permiten, con modernas herramientas de acumulación y análisis de datos ingentes de resoluciones judiciales pasadas, *predecir* (entendido como probabilidad), en alguna medida, distintos aspectos de la hipotética resolución futura, dando al operador jurídico herramientas adicionales para la decisión acerca de la viabilidad de los asuntos. También la Inteligencia Artificial puede ayudar a la aplicación del Derecho —como modernas corrientes así lo demuestran—.

En cualquier caso, estas técnicas no pueden sustituir al Derecho práctico, pero sí pueden servir de importante apoyo para la mejora, nuevamente, de la predecibilidad de su aplicación en la realidad y una mayor objetividad en la toma de decisiones.

## **b. A vueltas con el problema del rango de las normas metajurídicas**

Ya traté en un punto anterior (*supra*, 4.c) la problemática derivada de la naturaleza de las reglas o directrices de técnica normativa, aquellas que están pensadas para garantizar la calidad formal del Derecho. Sin embargo, ya entonces

---

<sup>98</sup> Con todo el acierto, APARICIO SANTAMARÍA (2019) critica la no aplicación de esta previsión, no solo sobre la base de su obligatoriedad en tanto que norma vigente, sino por tres motivos distintos: i) se fomentaría la suspensión y no judicialización de asuntos pendientes de resolución, ii) adecuado uso por parte de las AA. PP. de la suspensión del plazo máximo para resolver, por estar pendiente una resolución judicial; y iii) que se «puedan valorar, con datos, los tiempos de respuesta y el impacto que tienen en estos ciertas decisiones controvertidas como, por ejemplo, la admisión de recursos idénticos». Suscribo íntegramente su crítica y los motivos para su pronta aplicación. Como acabo de señalar, esta debería redundar en el incremento de la seguridad del tráfico jurídico de numerosos operadores con intereses económicos y no económicos (si es que algo pueda no serlo).

<sup>99</sup> O la famosa maldición gitana de «pleitos tengas y los ganes».

<sup>100</sup> Como señala MUÑOZ MACHADO (2015, 56), «es inexcusable evitar las contradicciones en que incurren los tribunales entre sí y los continuos cambios de orientación de su jurisprudencia», tarea nada sencilla.

advertí que debería volver sobre esta cuestión, que retomo ahora en sede del control de esta calidad. Ahora, sin embargo, me centraré en las normas que pretenden garantizar la calidad material del Derecho, su racionalidad sustantiva; en particular, las creadas en el año 2015 y a las que me he referido hace poco.

Recuérdese, en primer lugar, que las normas contenidas —para el caso estatal, aunque, con matices, lo dicho será también aplicable a las CC. AA.— en dichas leyes de 2015 gozan (valga la obviedad) de *rango legal*. Este dato es muy relevante. La LPAC contiene disposiciones que pretenden reglamentar «la iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones», mientras que la LGob lo hace, en término similares, respecto de «**la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria del Gobierno**». Se habla, como es natural, de la *iniciativa legislativa*, no de *potestad legislativa* o de *procedimiento legislativo*.

Es natural que así sea. Una norma con rango de ley —y, sobra decir, infraconstitucional— no podría, de ningún modo, vincular al legislador en el ejercicio de su potestad legislativa. Estas leyes no plantean ningún problema de rango respecto de la potestad reglamentaria: se trata de disposiciones metanormativas que pretenden inñuir en la creación de nuevo Derecho de rango inferior. Hasta ahí, sin problema. Las cuestiones emergen de la reglamentación de esa «iniciativa legislativa».

*A priori* podría pensarse que no hay más problemas. Sencillamente se está normando acerca de la actuación del Gobierno cuando ejerce esa iniciativa de proponer normas con rango de ley a las Cortes Generales. Debe seguirse todo el procedimiento, todo el ciclo normativo previo a su aprobación, con numerosos trámites e instrumentos que pretenden garantizar la calidad de las normas *in faciendo*. Imagínese el lector que llega al parlamento una norma técnicamente perfecta, en cuanto a su fondo y a su forma, justificada económica, social, ambientalmente... ¿Qué pasaría con dicha calidad? Sencillamente, que no habría forma de garantizar que tal calidad subsistiese tras pasar por las manos del legislador<sup>101</sup>.

Ello es así porque, como con acierto advierte DÍAZ GONZÁLEZ (2017, 74), «no parece admisible en términos democráticos la pretensión de orientar *materialmente* la actuación del Parlamento a través de una disposición de rango infra-

---

<sup>101</sup> No se me malinterprete: no estoy afirmando que sea una realidad, para el caso español, que las normas sean perfectas técnicamente cuando llegan del Gobierno y es el parlamento el que las enturbia. Más bien al contrario: suele suceder al revés; suele ser en trámite de enmienda, incluso en el denostado Senado, cuando se pulen técnicamente las normas, con carácter previo a su adopción.

constitucional». Los principios de la buena regulación contenidos en las leyes —leyes, por cierto, adoptadas en sede parlamentaria, como es natural— reglamentan cuestiones materiales, de fondo. Pero, me atrevo a incluir también las orientaciones formales: tampoco creo que puedan ser exigibles al legislador por mucho que se encuentren en una norma con rango de Ley. No hace falta argumentar que el legislador no queda sometido por sus propios actos previos y tiene libertad para modificarlos. Ahí está el *quid*.

¿Deberían tener algún rango especial estas normas metajurídicas? ¿Y las que establecen los elementos formales de entrada en vigor, publicación, etc.? ¿Y las reglas de técnica normativa? Si el objetivo, como sostiene BETANCOR RODRÍGUEZ (2016, 544) es que estos «principios [sean] también aplicables a la legislación vigente», entonces, el instrumento que deba contenerlos o su naturaleza jurídica deberían ser también especiales, no meras leyes.

La doctrina ha señalado ya con acierto que «por lo que respecta al legislador, parece extraño que se pueda condicionar[se] su voluntad a través de un instrumento como la EIN [Evaluación de Impacto Normativo], cuando sus decisiones se adoptan de forma abierta y deliberativa con el máximo margen de libertad política, dentro de lo dispuesto por la Constitución y el Derecho de la Unión Europea» (VIDA FERNÁNDEZ, 2017, pág. 474). Al menos en la actualidad no existen instrumentos capaces de limitar dicha libertad<sup>102</sup>. Una forma, quizás, de solventar el problema del rango vendría de la mano de la inclusión de estos principios en el canon de constitucionalidad de las normas, de forma que pueda ser enjuiciado adecuadamente por parte del TC, ya sea en la Ley Orgánica del TC (LOTIC), ya sea en los reglamentos de las Cámaras, o, en fin, en el propio texto constitucional —como PONCE SOLÉ (2017, 130) recuerda que sucedió en Francia<sup>103</sup>—. Estas propuestas merecerían un análisis en detalle de todas ellas que no puedo realizar en esta ocasión, pero no desearía dejar pasar la oportunidad de pincelar, en algunas pinceladas, los hipotéticos contornos de su configuración.

La primera opción plantea la posibilidad de incluir en la LOTIC la adecuación a los principios de la *better regulation*, del aseguramiento de la calidad del Dere-

---

<sup>102</sup> Lo recuerda PRIETO ROMERO (2016, 342): «en el caso de infracción de las disposiciones del título VI en los procedimientos de iniciativa legislativa no parece que ello vaya a acarrear la nulidad de la ley que se apruebe posteriormente, salvo que dicha infracción legal tenga relevancia para la formación de la voluntad legisladora, tal y como ha expresado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 84/2015».

<sup>103</sup> Téngase presente, además, que el art. 24 de la Constitución francesa de 1958 otorga al Parlamento, además de las clásicas potestades legislativas y de control al gobierno, la potestad de «evaluar las políticas públicas».



cho, como parámetro de constitucionalidad de las normas. Por supuesto, tampoco se ganaría en seguridad, dado que estos son, evidentemente, conceptos jurídicos indeterminados. Pero sí se posibilitaría que el intérprete máximo de la CE pudiese evaluar la oportunidad de la medida a la vista de las razones dadas por quien tiene la competencia para aprobarla. Cuenta con problemas como el hecho de que el TC vendría a emitir juicios de carácter político y, por lo tanto, contaría con detractores evidentes.

La segunda, a mi juicio mucho más factible, sería la inclusión en los reglamentos de las Cámaras, como si de trámites formales se tratase, de la necesidad de contar con razones manifestadas en los distintos instrumentos de elaboración normativa. No se trata de sustituir el ejercicio de la libertad normadora del parlamento por una suerte de discrecionalidad reglada, sino de que aquella responda a razones, no solo a opiniones y estas sean públicamente manifestadas. La elección última corresponderá al legislador, como es natural, pero la expresión de tales razones —con fundamentos suficientes— favorecería el control del ejercicio de esta potestad que, como todas, está sometida a los principios constitucionales de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad<sup>104</sup>.

La tercera, quizás de difícil factura, pero indudablemente mucho más sólida, implicaría una modificación constitucional para incluir en el seno del procedimiento legislativo (art. 66 CE) —e, incluso, en el ámbito de la potestad reglamentaria (art. 97 CE)— los principios que deban regir la aprobación de normas<sup>105</sup>. Podrían, por ejemplo, confluirse como parámetro de constitucionalidad de las normas (en línea con la primera de las alternativas propuestas).

En fin, no son más que ideas que necesitarán ulterior desarrollo y que vienen a constatar el «notable el déficit en este punto», el del cumplimiento de las normas de mejora de la calidad del Derecho. Concluyo, con una frase que no debe llevarnos, sin embargo, al desánimo, sino hacia la perseverancia hacia la conse-

---

<sup>104</sup> No se olvide que, en el ámbito administrativo, según lo dispuesto en el art. 35.1.i) la motivación de los «actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales» es imperativa. Esta motivación se cumpliría, para el supuesto de la creación de iniciativas normativas y de aprobación de reglamentos, con referencia a los motivos que llevaron a su adopción, recogidos en el expediente tramitado durante el ciclo normativo de elaboración de disposiciones a que aquí se ha hecho referencia reiterada.

<sup>105</sup> Es más, hay quien sostiene que el Título Preliminar del Código Civil, que contiene reglas sobre «las normas jurídicas, su aplicación y eficacia» debería ser sometido a disposiciones semejantes, pero propias del ordenamiento jurídico-público, de nueva factura (CASTILLO BLANCO 2017, 202). También podría pensarse que el lugar para estas disposiciones metarreguladoras podría, incluso, ser la Constitución.

cución de los objetivos propuestos: «se puede afirmar que esta deficiencia es la que pone en duda que estemos ante obligaciones jurídicas» (BETANCOR RODRÍGUEZ 2016, 550-551).

### **c. Control constitucional de la normativa metarreferencial: una cuestión de competencias a propósito de la STC 55/2018**

No se puede entrar en un detallado análisis de las —no tan numerosas— ocasiones en que el TC haya podido, tangencialmente y de manera incidental, tratar la cuestión de la calidad del ordenamiento, pero sí voy a hacer una mención somera a la cuestión competencial, después del problema del rango visto inmediatamente antes. ¿Cuál es el juicio de constitucionalidad que ha merecido la normativa de las leyes de 2015, en particular la regulación del ciclo normativo contenida en la LPAC?

La STC 55/2018, de 24 de mayo, enjuicia un recurso interpuesto por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña en relación con diversos preceptos de la LPAC; en concreto (y entre otros), contra los arts. 127-133, a la sazón los ya mencionados preceptos reguladores del aquí estudiado ciclo normativo y la mejora de la calidad del Derecho.

Sobre una base competencial, considera el TC que «el ejercicio de la iniciativa legislativa (...) queda por completo al margen del art. 149.1.18 CE» y, por lo tanto, no puede establecerse el carácter básico de tal regulación. Es por ello que considera no aplicables las previsiones contenidas en los arts. 129, 130, 132 y 133 a las CC. AA. y declara inconstitucionales los incisos relativos a las mismas (dejando subsistente tal regulación con carácter no básico para la Administración del Estado). Además, en cuanto a la regulación de la consulta previa de los arts. 132 y 133, se considera que la prolija regulación de detalle también invade competencias autonómicas y, con la excepción del inciso inicial que prevé la propia existencia de tal consulta, el resto del artículo tampoco tendrá carácter básico sino solamente de ley aplicable al Estado.

De nuevo, una regulación constitucional podría ayudar a fijar las bases para una consideración como básicos de estos principios. A mi juicio, resultaría conveniente la aplicación de un único marco regulatorio, homogéneo, para todas las Administraciones respecto de los procesos de creación de normas. Es cierto que, en la configuración actual, puede entenderse comprendido dentro de la autonomía de cada autonomía para regular las especialidades de sus procedimientos o su propia autoorganización, pero ello no obsta para señalar, *de lege ferenda*, que resultaría acertado —precisamente en el procedimiento de mejora de la calidad

del Derecho— la unificación de trámites en todo el país y para todas las Administraciones<sup>106</sup>.

#### **d. Control de la *better regulation*: posibilidades presentes y de futuro**

Se han analizado ya desde diversas perspectivas las dificultades que presenta el adecuado control la política de la mejora de la calidad del Derecho en su estado actual. Ya se sabe que un componente esencial de una norma, para serlo, es la sanción prevista por su incumplimiento. Calificar de normas *jurídicas* a aquellas que no tienen una sanción efectiva es poco menos que una quimera o una vana ilusión. Creo que las disposiciones que reglamentan la mejora del Derecho y, en general, el ciclo normativo, deberían tener efectividad jurídica plena para garantizar su eficacia<sup>107</sup>. De lo contrario, estas normas no serían más que «un brindis al sol» (MORA RUIZ 2016, 523).

Es cierto que los poderes públicos, en particular la Administración, gozan de una gran discrecionalidad para elegir entre diversas alternativas normativas. Pero dicha discrecionalidad debe obedecer a razones. Es complicado sostener que los tribunales tengan que entrar a valorar la adecuación de la decisión pública. Pero, como sostiene el maestro Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017, 33), «el control judicial de la Administración no puede limitarse a anular, sino que puede también exigir un buen proyecto y, quizás, incluso el mejor proyecto posible». Los medios para articular este control no resultarán sencillos. La mala calidad del Derecho puede desencadenar un juicio tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad por parte de los tribunales. Este será especialmente fácil de articular cuando ya hayan sido advertidos los defectos por parte de los organismos encargados de velar por la calidad del Derecho y el cumplimiento de los trámites del ciclo normativo.

Quiero decir que, en este estado de cosas, cobran especial relevancia las memorias, informes y dictámenes que puedan servir para la elaboración de las normas —tiene carácter privilegiado el informe jurídico del Consejo de Estado—. Si todos ellos se toman en serio y realizan un juicio adecuado sobre la calidad formal y material de tales normas, sobre su conveniencia, oportunidad y su condi-

---

<sup>106</sup> Incluidos los entes locales. Para un estudio doctrinal de esta STC, véanse las aportaciones de DÍAZ GONZÁLEZ (2018) o JIMÉNEZ ASENSIO (2018), este último con consideraciones interesantes sobre la incidencia de esta doctrina sobre la autonomía local.

<sup>107</sup> BETANCOR RODRÍGUEZ (2009, 298) considera «imprescindible que el administrador del castigo, los tribunales, desplieguen su función de castigo, en sentido genérico, frente a cualquier actividad de los reguladores en contra (...) de las exigencias de la PQR [Política de la Calidad de la Regulación]».

ción de mejor opción, entonces estarán en condiciones de ofrecer al juzgador elementos de juicio necesarios para saber si la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de su potestad normativa fue adecuada o devino en arbitrariedad.

En este ámbito judicial, aparentemente se estaría consolidando el control de la calidad de los reglamentos, al haberse establecido «un estándar *estricto o riguroso* de control procedimental y de motivación» (PONCE SOLÉ 2017, 121). Para el caso estadounidense, los tribunales habrían «entrado a analizar las memorias justificativas de la regulación» (VIDA FERNÁNDEZ 2017, 482), idea que acabo de sostener<sup>108</sup>.

Pero se han ofrecido otras alternativas distintas al control estrictamente jurisdiccional<sup>109</sup>. Por ejemplo, BETANCOR RODRÍGUEZ (2009, 225) propone una fiscalización por parte del Tribunal de Cuentas no de los ciclos y procedimientos concretos, sino del conjunto del sistema, del marco metajurídico que reglamenta todo el apartado de la mejora de la calidad del Derecho. Al depender de las Cortes Generales (art. 136 CE) gozaría de una legitimidad suficiente y, sobre todo, estaría próximo al poder legislativo que es, en última instancia, uno de los principales afectados por esta cuestión.

Hay, sin embargo, quien ha abogado por la creación de una autoridad centralizada, (MONTORO CHINER 2017, 55), una institución de nuevo cuño que asumiese tal papel de fiscalización. Esta propuesta no está exenta de interrogantes. A la vista de la actual doctrina del TC, me pregunto si necesitaríamos, entonces, una autoridad por cada ámbito territorial. También me cuestiono acerca de la posible naturaleza de dicha autoridad: ¿quizás una Autoridad Administrativa Independiente? Pero, además: ¿qué competencias tendría? ¿se evaluaría el sistema o cada una de las propuestas de producción o reforma de las normas? ¿Cuáles serían las consecuencias de la evaluación? ¿Qué responsabilidades surgirían? En fin, numerosas cuestiones que quedan planteadas<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Sin embargo, según VAQUER CABALLERÍA (2017, 177), el Tribunal Supremo se habría negado a considerar la existencia de alternativas regulatorias menos gravosas «por referirse esencialmente a los criterios de oportunidad y conveniencia en la elección del nuevo modelo [...], que no compete enjuiciar a [dicho] Tribunal». Está todavía por ver si asistimos, próximamente, a un cambio jurisdiccional que permita sostener que el control de la calidad del Derecho es efectivo en sede judicial.

<sup>109</sup> Los bienintencionados pueden rezar un réquiem por la desaparecida Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL), cuyas funciones pasó a asumir la Secretaría de Estado de Función Pública.

<sup>110</sup> Otra alternativa orgánica vendría de la mano de FERNÁNDEZ-CARNICERO (2010, 274), quien incluso se atreve a darle nombre: «Observatorio de Técnica y Evaluación Legislativa», y lo define como un «punto de encuentro interactivo, un sistema de evaluación flexible y permanente, confluente de modo descentralizado». La vinculatoriedad de las resoluciones que pudiesen emanar de un organismo denominado «observatorio» creo que podría ser más bien escasa.

En sentido opuesto, existen propuestas privatizadoras que propugnan una llamada a reguladores o agencias de estandarización para asegurar una normativa de calidad. En concreto, me refiero a los enfoques propios de las normas ISO 90000, que evalúan y certifican determinados parámetros de calidad en las organizaciones (véase PALACÍN SÁENZ 2017).

No puede concluirse sin una mención a la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa<sup>111</sup>, creada por Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, en tanto que «órgano de la Administración General del Estado encargado de promover la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno» (art. 1). La actividad de esta oficina, hasta donde tengo conocimiento, no ha sido demasiado prolija en cuanto a sus frutos, más allá de la coordinación de las distintas políticas (de los distintos instrumentos articulados) para la mejora de la calidad del Derecho a los que he hecho referencia (PAN, MAIN, inventario normativo del BOE, directrices de técnica normativa...). El tiempo dirá si satisfizo las funciones de coordinación que se le asignaron inicialmente.

## 7. CONCLUSIONES

Como adelanté en la introducción, es posible que quedasen, en ocasiones, más preguntas abiertas que plenamente cerradas. Estas reflexiones no han sido más que eso, una puesta a punto de un cúmulo de ideas en torno a una cuestión esencial para la garantía de nuestro Estado de Derecho.

He tratado de ofrecer una visión completa de la cuestión, desde todas las perspectivas posibles, siendo consciente de que quedan todavía puntos por analizar, pero tratando de permitir una visión de conjunto de todo el problema.

I. Porque sí, puede concluirse que cuando tenemos un ordenamiento inabarcable, extremadamente extenso, prolijo en regulaciones de la práctica totalidad de los aspectos de nuestras vidas, cuyas normas entran permanentemente en conflicto entre sí... en dichas condiciones, tenemos un problema. Y este problema afecta especialmente al ordenamiento jurídico-administrativo, por distintos motivos que he analizado en este ensayo.

II. Decía RODOTÀ (2010, 159) que «la regla es lo contrario a la casualidad, aunque la casualidad puede ser elevada a regla para reforzar su ser inmanente en

---

<sup>111</sup> También existe, desde hace ya tiempo, la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local, antigua Dirección General de Desarrollo Autonómico, que permite evitar numerosos conflictos en materia competencial y, por lo tanto, redundando indirectamente en la calidad del Derecho (véase MARTÍN REBOLLO 2017, 315).

todos los momentos de la existencia». Cuando una casualidad se eleva a regla tenemos, también, un problema. Porque dicha casualidad con rango de ley o reglamento no estará obedeciendo a la necesaria racionalidad que debe presidir esas construcciones sociales llamadas normas jurídicas que pretenden estructurar nuestra vida en sociedad. No solo eso, sino que tampoco sería coherente con el sistema jurídico en que se insertan, pues no satisfarían suficientemente los parámetros de la norma fundamente básica.

III. Se han constatado las dificultades para articular un sistema coherente donde las reglas metajurídicas estén adecuadamente situadas en el entramado normativo que, a su vez, están destinadas a regir. El problema recurrente de su rango es una cuestión que debe ser tratada seriamente por la doctrina. Quizás su constitucionalización o su traslación a los reglamentos parlamentarios puedan ofrecer una solución suficiente.

IV. El Derecho del siglo XXI, especialmente antes y durante su creación o reformulación, debe apoyarse en otros saberes científicos —especialmente los sociales, aunque no solo— para poder ofrecer razones y no meras pasiones. El análisis jurídico propio de la dogmática sigue teniendo plena vigencia, como no podría ser de otro modo, pero pierde peso —o debería perder, en mi opinión— cuando de lo que se trata es de establecer soluciones normativas, *de lege ferenda*. No significa que el jurista deba realizar las tareas de otros científicos, sino que debe perderse el miedo a la interdisciplinariedad y la colaboración entre profesionales diversos.

V. La calidad del Derecho —concepto que no he definido, y sobre el que solo he ofrecido algunas pinceladas— debe garantizarse de manera adecuada mediante distintos mecanismos formales e informales. La racionalización del procedimiento normativo y las distintas técnicas de control y evaluación *a posteriori* deberían permitir, siempre que se articulen de manera adecuada y contando con el apoyo de los operadores jurídicos, un avance de la sociedad que tal ordenamiento rige. Solo mediante un cambio cultural que se tome en serio la *better regulation* podremos pasar de meros requerimientos burocráticos a auténticas posibilidades de mejora.

VI. Deben articularse, en fin, mecanismos de control suficientes que permitan garantizar que todos estos esfuerzos no resulten en vano, ya sean jurisdiccionales o de otro calibre. El interés general que tutela el Derecho así lo requiere.

En la I. C. de Zaragoza, a 12 de octubre de 2019

Fiesta Nacional de España y de Ntra. Sra. la Virgen del Pilar

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ SUÁREZ, M. (2017). La mejora de la regulación en España como política pública: análisis y evolución. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* (17), 26-39.

ÁLVAREZ VELEZ, M. I. (2017). La potestad legislativa gubernamental: calidad de las normas y evaluación ex-ante. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid* (36), 39-62.

APARICIO SANTAMARÍA, E. (4 de enero de 2019). *La programación de la resolución de los recursos de casación*. Obtenido de In dubio, pro administrado: <https://indubioproadministrado.wordpress.com/2019/01/04/la-programacin-de-la-resolucion-de-los-recursos-de-casacin/>

ARANA GARCÍA, E. (2015). La nueva ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en apoyo a las energías renovables. En I. GONZÁLEZ RÍOS (Dir.), *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red* (págs. 51-69). Madrid: Dykinson.

ARIAS DÍAZ, I. (2002). Nomografía, directrices para legislar y otras cuestiones de técnica legislativa. *Revista Jurídica de Asturias* (26), 109-158.

ARROYO JIMÉNEZ, L. (2017). Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los Estados Unidos de América. En I. MARTÍN DELGADO (Dir.), *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho* (págs. 231-258). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

BALDWIN, R. (2005). Is better regulation smarter regulation? *Public Law* (3), 485-511.

BALDWIN, R. (2006). Better regulation in troubled times. *Health economics and law*, 1 (3), 203-207.

BASSOLS COMA, M. (2010). La elaboración de los reglamentos: su tramitación y aprobación. En P. GARCÍA MEXÍA, y J. RODRÍGUEZ-ARANA, *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia* (págs. 199-222). Madrid: CEU Ediciones.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2009). *Mejorar la regulación. Una guía de razones y medios*. Madrid: Marcial Pons.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2016). Calidad de la Ley: razonabilidad, arbitrariedad y control. En J. M. BAÑO LEÓN (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado* (págs. 535-569). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CALVO-SOTELO IBÁÑEZ-MARTÍN, L. (2010). La claridad en la elaboración de las normas. En P. GARCÍA MEXÍA, y J. RODRÍGUEZ-ARANA, *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia* (págs. 291-300). Madrid: CEU Ediciones.

CANALS I AMETLLER, D. (2009). Mejora normativa y reducción de cargas administrativas. *Informe Comunidades Autónomas* (2009), 43-67.

CARRETERO GONZÁLEZ, C. (2018). La importancia e influencia del uso del lenguaje claro en el ámbito jurídico. *Revista Pensamiento Penal*.

CASADO CASADO, L. (2017). La incidencia de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local. *Revista Vasca de Administración Pública*, 87-141.

CASTILLO BLANCO, F. A. (2017). ¿Es precisa una codificación de los nuevos paradigmas de interpretación del ordenamiento jurídico-público?: a propósito de la seguridad jurídica. En L. MÍGUEZ MACHO, y M. ALMEIDA CERREDA, *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado Autonomico* (págs. 187-202). Andavira: Fundación Democracia y Gobierno Local.

CLELAND, E. (1914). Bill Drafting. *The American Political Science Review*, 8(2), 244-251.

COGLIANESE, C. (2002). Empirical Analysis and Administrative Law. *Faculty Scholarship*, 1111-1137.

DE BENEDETTO, M. (2017). La comprensión y la prevención de la corrupción: un enfoque regulatorio. En J. PONCE SOLÉ, y A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción* (págs. 71-85). Madrid: INAP.

DÍAZ GONZÁLEZ, G. M. (2017). La reforma de las potestades normativas. *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho* (63), 70-78.

DÍAZ GONZÁLEZ, G. M. (2018). Las competencias exclusivas del Estado ex artículo 149.1.18 de la Constitución y la disciplina de la producción normativa. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (10), 80-95.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2004). Los experimentos jurídicos. *Revista de Administración Pública* (164), 145-187.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2005). El seguimiento de normas y actos jurídicos. *Revista de Administración Pública* (167), 97-145.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2014). Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho. *Revista de Administración Pública* (195), 99-133.



DOUGLASS BELLIS, M. (2001). Drafting in the U.S. Congress. *Statute Law Review*, 22 (1), 38-44.

EMBED TELLO, A. E. (2019). Calidad normativa y evaluación ex-post de las normas jurídicas. *Revista General de Derecho Administrativo* (50).

ESTEVE PARDO, J. (2002). *Autorregulación. Génesis y efectos*. Madrid: Aranzadi.

ESTEVE PARDO, J. (2016). De la Ciencia a la Literatura. El camino del Derecho ante la incertidumbre. En J. M. BAÑO LEÓN, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado* (págs. 2193-2205). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (1996). Las políticas públicas. En M. CAMINAL BADÍA, *Manual de Ciencia Política* (págs. 460-482). Madrid: Tecnos.

FERNÁNDEZ, T.-R. (2017). El control judicial del poder discrecional y el Derecho a una buena administración. En J. PONCE SOLÉ, y A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción* (págs. 31-37). Madrid: INAP.

FERNÁNDEZ-CARNICERO, C. (2010). La evaluación normativa. En P. GARCÍA MEXÍA, y RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia* (págs. 267-278). Madrid: CEU Ediciones.

GAMERO CASADO, E. (2015). *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*. Granada: Comares.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984). *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. (2017). *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Thomson Civitas.

GARCÍA LLOVET, E. (2017). Proporcionalidad y regulación: el juez ante la MAIN. En L. MÍGUEZ MACHO, y M. ALMEIDA CERREDA (Coords.), *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado Autonómico* (págs. 165-182). Andavira. Fundación Democracia y Gobierno Local.

GARCÍA MEXÍA, P., y RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2010). *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia*. Madrid: CEU Ediciones.

GRAEBER, D. (2015). *La utopía de las normas. De la tecnología, la estupidez y los secretos placeres de la burocracia*. Barcelona: Ariel.

GRETEL. Grupo de Estudios de Técnica Legislativa. (1989). *Curso de técnica legislativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GUAYO CASTIELLA, Í. (2018). La regulación y sus tareas. En M. VAQUER CABALLERÍA, Á. M. MORENO MOLINA, y A. DESCALZO GONZÁLEZ (Coords.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso* (págs. 1505-1526). Madrid: Tirant lo Blanch.

HART, G. E. (2016). State Legislative Drafting Manuals and Statutory Interpretation. *The Yale Law Journal* (126), 438-502.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2018). El procedimiento de elaboración de disposiciones normativas en la Ley 39/2015 tras la sentencia del Tribunal Constitucional. *La mirada institucional*.

LAGUNA DE PAZ, J. C. (2017). La regulación, sus fallos y alternativas. En L. MÍGUEZ MACHO, y M. ALMEIDA CERREDA (Coords.), *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado autonómico: estudios en homenaje al profesor José Luis Carro* (págs. 535-552). Andavira. Fundación Democracia y Gobierno Local.

LONG, L. N. (2013). When Justices (subconsciously) attack: the theory of argumentative threat and the Supreme Court. (S. U. Law, Ed.) *Legal Studies Research Paper Series*(7), 1-26.

LÓPEZ GUERRA, L. (2010). Pluralismo y técnica normativa. En P. GARCÍA MEXÍA, y J. RODRÍGUEZ-ARANA, *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia* (págs. 257-266). Madrid: CEU Ediciones.

MARTÍN REBOLLO, L. (2017). *40 años de Derecho Administrativo postconstitucional y otros ensayos rescatados*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

MONTORO CHINER, M. J. (1985). La calidad de las normas. ¿Desafío al Estado de Derecho? El test de los proyectos de ley como sistema para mejorar la calidad de las leyes. *Revista Española de Derecho Administrativo* (48), 507-524.

MONTORO CHINER, M. J. (1990). De nuevo sobre el procedimiento y seguridad jurídica: los órganos consultivos autonómicos. *Revista de Administración Pública* (122), 381-407.

MONTORO CHINER, M. J. (2000-2001). Técnica legislativa y evaluación de las normas. *Anuario Jurídico de la Rioja* (6-7), 155-171.

MONTORO CHINER, M. J. (2017). La sociedad requiere normas útiles. El esfuerzo por mejorar la legislación tras la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

PACAP. ¿Principios, reglas y directrices de técnica legislativa o núcleo esencial del procedimiento de elaboración de normas? *Revista Española de Derecho Administrativo* (182), 27-57.

MORA RUIZ, M. (2016). Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. En H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO (Dir.), *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común* (págs. 513-565). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer.

MORA-SANGUINETTI, J. S. (2019). La «complejidad» de la regulación española. ¿Cómo medirla? ¿Qué impacto económico tiene? *Información Comercial Española* (907), 147-162.

MUÑOZ MACHADO (Dir.), S. (2017). *Libro de estilo de la Justicia*. Madrid: Espasa.

MUÑOZ MACHADO, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general* (Vol. IV. El ordenamiento jurídico). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

NIETO GARCÍA, A. (1996). *La “nueva” organización del desgobierno*. Madrid: Tecnos.

PAJA FANO, M. (2017). Un nuevo marco legal para la evaluación. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* (17), 6-25.

PALACÍN SÁENZ, B. (2017). La calidad como herramienta para conseguir un modelo eficiente de gestión pública, socialmente responsable. En J. PINTOS SANTIAGO, *Calidad, transparencia y ética pública* (págs. 29-88). Madrid: INAP.

PAREJO ALFONSO, L. (2017). La nueva función pública de regulación. En L. PAREJO ALFONSO, y J. VIDA FERNÁNDEZ (Coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo* (págs. 1379-1412). Madrid: Tirant lo Blanch.

PASCUA MATEO, F. (2010). La técnica normativa en el Derecho comunitario europeo. En P. GARCÍA MEXÍA, y J. RODRÍGUEZ-ARANA, *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia* (págs. 43-93). Madrid: CEU Ediciones.

PENDÁS GARCÍA, B. (1990). Procedimiento legislativo y calidad de las leyes. *Revista Española de Derecho Constitucional* (28), 75-110.

PENDÁS GARCÍA, B. (2010). La calidad de las leyes: propuestas de reforma del procedimiento. En P. GARCÍA MEXÍA y J. RODRÍGUEZ-ARANA, *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia* (págs. 249-256). Madrid: CEU Ediciones.

PENDÁS GARCÍA, B. (2013-2014). La Ley contra el Derecho. Reflexiones sobre la calidad de las normas. *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (54), 59-75.

PINTOS SANTIAGO, J. (2017). *Calidad, transparencia y ética pública*. Madrid: INAP.

PONCE SOLÉ, J. (2016). La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración. *Revista Española de Derecho Administrativo* (175), 57-84.

PONCE SOLÉ, J. (2017). Innovación para la calidad normativa al servicio del buen gobierno y la buena administración. En J. PONCE SOLÉ, y A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción* (págs. 87-145). Madrid: INAP.

PONCE SOLÉ, J. (2019). *Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

PONCE SOLÉ, J., y CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2017). *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*. Madrid: INAP.

PRIETO ROMERO, C. (2016). El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria. *Revista de Administración Pública* (201), 335-372.

REVUELTA PÉREZ, I. (2014). Análisis de Impacto Normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria. *Revista de Administración Pública* (193), 83-126.

RODOTÀ, S. (2010). *La vida y las reglas*. Madrid: Trotta.

RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2010). La importancia de la técnica normativa en un Estado democrático de Derecho. En P. GARCÍA MEXÍA, y J. RODRÍGUEZ-ARANA, *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia* (págs. 17-40). Madrid: CEU Ediciones.

SÁINZ MORENO, F., y SILVA OCHOA, J. C. (Coords.) (1989). *La calidad de las leyes*. Vitoria-Gasteiz: Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2012). *Derecho Administrativo. Parte general*. Madrid: Tecnos.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1999). El sistema de fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la «Revista de Administración Pública». *Revista de Administración Pública* (150), 533-579.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2013). La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública. *Revista Española de Derecho Administrativo* (159), 25-36.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016). Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas. *Revista Española de Derecho Administrativo* (175), 31-55.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2018). *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid: iustel.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F. (2010). Técnica normativa estatal, en especial, las nuevas directrices del Consejo de Ministros. En P. GARCÍA MEXÍA, y P. RODRÍGUEZ-ARANA, *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia* (págs. 147-174). Madrid: CEU Ediciones.

SUÑÉ LLINÁS, E. (1985). Bases de datos normativas. *Revista de Administración Pública* (45), 85-110.

VAQUER CABALLERÍA, M. (2017). Auge y problemas de la metarregulación: la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria en la ley de procedimiento administrativo común. En J. PONCE SOLÉ, y A. CERRILLO MARTÍNEZ, *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción* (págs. 165-195). Madrid: INAP.

VAQUER CABALLERÍA, M. (2018). Un apunte sobre las disposiciones administrativas y e «soft law» tras la ley del procedimiento administrativo común. En F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID (Dir.) et. al., *Homenaje al profesor Ángel Menéndez Rexach* (págs. 793-804). Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.

VELASCO CABALLERO, F. (2018). Metodología de la recepción jurídica o «comparación unidireccional» en Derecho Administrativo. En F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID (Dir.) et al., *Homenaje al profesor Ángel Menéndez Rexach* (págs. 805-814). Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.

VIDA FERNÁNDEZ, J. (2017). La Evaluación de Impacto Normativo como instrumento para la mejora de la regulación. En L. PAREJO ALFONSO, y J. VIDA FERNÁNDEZ (Coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo* (págs. 467-509). Madrid: Tirant lo Blanch.

VILLAR EZCURRA, M. (2010). El caso de una rama del Derecho: la calidad de las leyes en el Derecho financiero y tributario. En P. GARCÍA MEXÍA, y J. RODRÍGUEZ-ARANA, *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia* (págs. 279-289). Madrid: CEU Ediciones.

## ANEXO

**Tabla — Trámites en el proceso de producción normativa**

Ámbito	Evaluación normativa <i>ex ante/ex post</i>	Plan normativo	Consulta pública previa	Audiencia	Información pública
<b>Estatal</b>	<b>Necesario</b> 130 LPAC 28 LGob	<b>Necesario</b> 132 LPAC 25 LGob	<b>Necesario</b> 133 LPAC. Aplicado íntegramente (STC 55/2018) 26 LGob		
<b>Autonómico</b>	<b>Necesario</b> 130 LPAC  No aplicable a iniciativas legislativas de CC. AA. por ser inconstitucional pero sí a la potestad reglamentaria (STC 55/2018)	<b>Depende</b> 132 LPAC  No aplicable a CC. AA. por exceder de contenido de las «bases». Se estará a regulación autonómica.  Podría argumentarse aplicación supletoria (149.3 <i>in fine</i> CE).  Cada C.A. podrá regular su propio Plan (habrá que estar a las leyes autonómicas).	<b>Necesario</b> 133 LPAC  Solo aplicable inciso inicial apartado 1 y primer párrafo apartado 4.  Normativa autonómica podrá desarrollar esta cuestión.	<b>Necesario</b>  No se aplica 133 LPAC (STC 55/2018), pero sí <i>ex art.</i> 105 CE y 82 LPAC (aunque este aplicable al procedimiento administrativo).  Normativa autonómica podrá desarrollar esta cuestión.  En caso de que no lo haga, dado que es un derecho ciudadano, podría entenderse aplicable supletoriamente la normativa estatal (149.3 <i>in fine</i> CE).	<b>Depende</b>  No se aplica 133 LPAC (STC 55/2018), pero sí <i>ex art.</i> 83 LPAC (aunque este aplicable al procedimiento administrativo).  Normativa autonómica podrá desarrollar esta cuestión.
<b>Local</b>	<b>Necesario</b> 130 LPAC	<b>Necesario</b> 132 LPAC  Aunque discutible, dado que se ha declarado no básico, pero solo en relación con las CC. AA., no con los EE. LL.	<b>Necesario</b> 133 LPAC  Cuestionable si puede aplicarse en toda su extensión o solo lo básico.  Procedimiento criticado por la doctrina por duplicidad con el ya existente (por todos, Menéndez, 2016).		

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de las normas vigentes en materia de producción normativa

<b>Dictamen de órgano consultivo</b>	<b>Memoria impacto género</b>	<b>Memoria impacto normativo</b>	<b>Otros trámites</b>
<p><b>Necesario</b> 5, 26 y 27 LGob Para Reales Decretos, 22.2 y 22.3 LOCdE</p>	<p><b>Necesario</b> 26.3.e) LGob. Forma parte de la MAIN</p>	<p><b>Necesario</b> 26.3 LGob</p>	<p><b>Análisis de coordinación y calidad</b> 26.9 LGob, desarrollado por Ministerio de Presidencia</p>
<p><b>Depende</b> Aunque es presumible que, las más de las veces, necesario. Se estará a las leyes autonómicas correspondientes en materia de Gobierno, Administración, y el correspondiente órgano consultivo.</p>	<p><b>Depende</b> Solo existe obligación, ex art. 129.2 LPAC, de justificar la iniciativa en virtud de los principios de necesidad y eficacia. Forma de cumplir con este requisito, a determinar por cada C.A.</p>		<p><b>Según normativa autonómica</b></p>
<p><b>Depende</b> Necesario para las ordenanzas fiscales: 137.1.b) LBRL, órgano de resoluciones económico administrativas. Resto de ordenanzas no, salvo que normativa autonómica o propio reglamento orgánico así lo prevean.</p>	<p><b>Depende</b> Solo existe obligación, ex art. 129.2 LPAC, de justificar la iniciativa en virtud de los principios de necesidad y eficacia. Forma de cumplir con este requisito, a determinar por cada C.A.</p>		<p><b>Audiencia tras aprobación inicial</b> 49 LBRL <b>Informe Comisiones Informativas y del Pleno</b> Necesario en Municipios de Gran Población 20.1.c), 32.2, y 122.4.a) LBRL.</p>

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de las normas vigentes en materia de producción normativa





# **PREMIOS DE LA ACADEMIA 2020**



**PREMIO DE DERECHO PRIVADO**  
**“CASTÁN TOBEÑAS”**



# MECANISMOS DEREVISIÓN CONTRACTUAL POR CAUSAS RELACIONADAS CON LA CRISIS DEL COVID-19S

Beatriz Alegre Villarroya

## 1. INTRODUCCIÓN

La crisis acaecida a consecuencia del COVID-19 ha conllevado, en el ámbito del Derecho Privado, la eclosión de una coyuntura económica y social a la que podría incluso hacerse referencia como una situación sin precedentes. Han sido numerosos los perjuicios causados a nivel sanitario, sociológico y psicológico, pero dichos daños todavía podrían verse más acuciados por la grave crisis económica que arrastra consigo la pandemia.

En particular, especial atención merece el análisis de las acciones de resolución y modificación de contratos privados. La existencia de riesgos derivados de la imposibilidad del cumplimiento total o parcial de determinados contratos ha abierto un debate en torno a cómo puede articularse una alteración contractual tomando como motivo de justificación la crisis COVID-19. Si bien es cierto que la doctrina ha reflexionado ampliamente al respecto, todavía no ha llegado a determinarse jurisprudencialmente qué postura debe adoptarse frente a este tipo de supuestos.

La crisis de la pandemia COVID-19 ha afectado gravemente y de forma generalizada a la sociedad y a la economía a escala internacional. Las restricciones impuestas han afectado a distintos sectores y han actuado en detrimento del tráfico económico, teniendo especial incidencia en determinadas tipologías contractuales. En este contexto, las medidas genéricas de negociación o reinterpretación de acuerdos resultan insuficientes, en tanto en cuanto cada situación tiene unas particularidades concretas. Para poder dar una respuesta adecuada a estos conflictos, debe atenderse al contrato en cuestión cuya revisión se haga necesaria (Martínez Pérez y Orquín Serrano, 2020).

En vista de esta situación, que todavía en la actualidad se mantiene presente, y con ánimo de contribuir a aportar claridad sobre la cuestión planteada, en el presente trabajo se analizarán algunas figuras jurídicas que pueden constituir vías jurídicamente válidas para afrontar las situaciones contractuales de imposibilidad

de cumplimiento o desequilibrio prestacional sobrevenido derivadas de la situación existente. La fuerza mayor, la cláusula *rebus sic stantibus* la interpretación de ciertas cláusulas contractuales resolutorias son las propuestas que van a examinarse a fin de determinar si son aplicables en estas circunstancias y si, efectivamente, permiten instar la acción de resolución o modificación de un contrato de Derecho Privado.

Teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial mantenido históricamente para situaciones en las que se perseguía el mismo objetivo de alteración contractual en el marco de una crisis, aun sin ser asimilables en su totalidad a la pandemia COVID-19, se hará una reflexión acerca de cuál es la solución que puede tener mayor encaje en el Derecho Español. Asimismo, atendiendo a los contratos que estén sujetos a Derecho Extranjero, se hará referencia a las diferentes posibilidades que se han planteado en otros ordenamientos jurídicos con respecto al ejercicio de la revisión contractual, tanto en Derecho Continental como en *Common Law*.

## 2. RIESGOS CONTRACTUALES CAUSADOS POR EL COVID-19

La pandemia no sólo está repercutiendo negativamente en el ámbito sanitario, también desde el punto de vista económico las restricciones para prevenir la expansión del coronavirus han causado graves perjuicios para la actividad económica (Cabrera Padrón, 2020). En el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19<sup>1</sup>, se estableció, entre otras cosas, la limitación de la actividad comercial a aquella dedicada a productos de primera necesidad hasta el comienzo de la desescalada. También han sido recurrentes las medidas relativas a la movilidad, la apertura y aforo de locales y la prohibición de determinadas actividades de ocio y celebraciones, entre otras. Estas restricciones han afectado a la economía con diferente intensidad, siendo su repercusión especialmente grave en algunos sectores como el turístico, el inmobiliario y el hostelero (Cerezal Borau, 2020).

La situación ha llevado a una coyuntura económica para la cual se ha llegado incluso a prever, según recientes estimaciones del Banco de España, una caída del producto interior bruto que podría ir desde el 7% al 14% (Cabrera Padrón, 2020). A pesar de los planes diseñados para paliar la ralentización económica pro-

---

<sup>1</sup> BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

vocada por el COVID-19, las repercusiones de la epidemia a escala global están conllevando un impacto directo sobre los volúmenes de producción, disrupciones y trastornos sobre las cadenas de suministro y distribución e impacto financiero en las empresas y los mercados de valores (Deloitte, 2020).

En el ámbito contractual ha sido determinante la adopción de medidas legislativas que suspenden o prohíben la producción o comercialización en determinados sectores. La crisis del coronavirus ha frustrado o diferido el cumplimiento de múltiples contratos por imposibilidad sobrevenida o cambio sustancial en la relación contractual. En los últimos meses han sido cancelados miles de vuelos y reservas hoteleras, han aumentado de forma considerable los impagos de arrendamiento y numerosas empresas se han visto forzadas a suspender su actividad de forma temporal o permanente (Pérez Marcos, 2020).

Las medidas introducidas por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19<sup>2</sup>, también han afectado a diversas relaciones contractuales. Fueron suspendidos los plazos de devolución de todas las compras y se impidió la paralización de los suministros de agua, energía y servicios de telecomunicaciones a consumidores vulnerables. También se flexibilizaron las condiciones de los contratos de préstamos hipotecarios debido a la moratoria establecida para los pagos de hipoteca y la suspensión de intereses en determinados supuestos.

Asimismo, fue establecida una moratoria temporal y excepcional para los contratos de arrendamiento tratando de reestablecer la equidad de la relación entre las partes en el Real Decreto-ley 15/2020<sup>3</sup>. La moratoria conlleva una suspensión del pago de la renta de la que podían beneficiarse los arrendatarios que fuesen autónomos o pymes que cumplieren determinados requisitos y hubiesen sufrido una reducción de la facturación en al menos un 75% con respecto a la situación precedente a la pandemia. Cabe señalar que este tipo de medidas no implican la exclusión de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para la revisión del contrato a posteriori, en tanto que obedecían a la situación transversal de limitación de la actividad económica en varios sectores durante el estado de alarma (Pertíñez Vélchez, 2020).

En este contexto, la revisión específica de la eficacia y validez de determinadas cláusulas contractuales ha cobrado gran importancia. Especial atención merecen las cláusulas resolutorias, de renegociación de condiciones o de distribución

---

<sup>2</sup> BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020.

<sup>3</sup> Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE núm. 112, de 22 de abril de 2020).

de riesgos contractuales, recurrentes durante este periodo para solucionar diferentes conflictos surgidos en el seno de la relación jurídica (Magro Servet, 2020). Debe atenderse a la naturaleza de cada contrato y a su contenido para determinar qué parte soporta determinados riesgos, lo cual puede resultar más difícil por la interpretación de disposiciones tácitas en el contrato, que como las recogidas de forma expresa obligan a las partes de conformidad con el artículo 1258 del Código civil<sup>4</sup>. Para determinar qué sujeto es responsable de una situación no prevista debe analizarse si el *aleas* está dentro o fuera de la base contractual, siendo trasladable a una de las partes (Fuentes-Lojo Rius, 2020).

Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento de un restaurante el desplome de la facturación por una crisis económica es un riesgo que se encuentra dentro de la esfera del arrendatario. En este caso el riesgo es ajeno al sinalagma contractual propio del arrendamiento de una finca urbana, ya que el arrendador tiene el deber de garantizar el goce pacífico del local cedido en virtud del artículo 1554.3º del Código civil, pero no se obliga a que la actividad se desarrolle de acuerdo con las expectativas económicas del arrendatario. Sin embargo, de haberse pactado algo distinto, podría entenderse que existe una voluntad contractual de hacer partícipe al arrendador de los riesgos de la actividad económica que se desarrolla en el local, pudiendo entonces pedirse una revisión de la cuota arrendataria ligada a la rentabilidad del negocio (SAP Valencia90/2010, de 17 de febrero).

Son numerosos los conflictos que han ido surgiendo en los últimos meses y que, como en el caso del arrendamiento, forman parte de una creciente casuística de riesgos que amenaza la estabilidad del tráfico jurídico. La incertidumbre que genera la evolución de la pandemia y la difícil situación económica que ya atraviesan muchas empresas hacen necesario un análisis en profundidad de los diferentes mecanismos existentes que permiten la adaptación de los contratos conforme a los progresos legislativos y económicos.

### **3. FIGURAS JURÍDICAS DEL DERECHO CIVIL APLICABLES A LA REVISIÓN CONTRACTUAL POR CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS Y EXTRAORDINARIAS**

El ordenamiento español da cabida a algunas instituciones jurídicas relativas a la revisión contractual en supuestos de cambio por circunstancias extraordinarias y sobrevenidas, como la fuerza mayor y la cláusula *rebus sic stantibus*.

---

<sup>4</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889).



No todas estas figuras están previstas en la normativa de forma expresa, pero a través de la jurisprudencia han sido reconocidas en determinados supuestos. Hasta el momento su aplicación quedaba restringida a casos muy concretos, pero la actual crisis del COVID-19 está impulsando a los órganos judiciales a aceptar las mismas con mayor flexibilidad. A continuación se analizarán brevemente los requisitos necesarios para su adopción, poniendo especial atención en aquellos aspectos que pueden verse afectados por la pandemia. Además, conviene estudiar la interpretación de las cláusulas de modificación y resolución generales que, a pesar de no hacer mención expresa del coronavirus, podrían servir como mecanismos de adaptación contractual para las partes.

### **3.1. Fuerza mayor**

Tradicionalmente se ha venido reconociendo en el Derecho la imposibilidad del deudor de cumplir un contrato debido a la existencia de determinadas circunstancias sobrevenidas. La doctrina ha contribuido a la elaboración de una definición de esta situación, entendiendo la institución de fuerza mayor como un acontecimiento extraordinario e imprevisible que se desata desde el exterior y que no hubiera sido posible evitar aun aplicando la mayor diligencia (Wolters Kluwer, 2020). La conceptualización de esta figura se completa con las notas características que el Tribunal Supremo exige para su reconocimiento, de manera que sólo puede apreciarse la concurrencia de fuerza mayor cuando el hecho que frustra el cumplimiento del contrato sea imprevisible, inevitable o irresistible (SSTS de 7 de abril de 1965 y de 14 de noviembre de 1998).

En el caso concreto de la pandemia se evidencia, en opinión del Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Vicente Magro Servet (2020), ese carácter imprevisible e inevitable. Dado que de ningún modo podía preverse la crisis sanitaria, y habiendo ocurrido ésta sin culpa de quien debía llevar a cabo su prestación, procede acudir a la fuerza mayor para conceder una suspensión del contrato. Dicha moratoria ofrece la posibilidad de cumplir una vez desaparezca la causa que la originó, permitiendo que la actividad económica se vea lo menos perjudicada posible.

Mientras que la suspensión por fuerza mayor es admitida de forma pacífica, mayor controversia genera la aplicación de esta figura con el fin de resolver el contrato. La falta de cumplimiento sobrevenida, como presupuesto básico de la fuerza mayor, se interpreta restrictivamente por el Alto Tribunal. En este sentido, la STS 597/2012, de 8 de octubre, señala que debe atenderse a los «casos y circunstancias particulares», no pudiendo apreciarse imposibilidad si la misma tiene

carácter coyuntural y no definitivo. Así, por ejemplo, no puede entenderse que el retraso en el cumplimiento pueda liberar al obligado o facultar al acreedor para resolver, tal y como apunta el Tribunal Supremo en su Sentencia 820/2013, de 17 de enero.

Lo anterior es especialmente relevante para el supuesto concreto de la pandemia, puesto que las dificultades que derivan del estado de alarma se corresponden en su mayoría con una imposibilidad sobrevenida temporal. Por tanto, no cabría aplicar la fuerza mayor para liberar al deudor ni flexibilizar la libre resolución contractual por parte del acreedor, sino que en todo caso puede aplazarse el pago por un periodo de tiempo razonable.

Si bien no hay discusión con respecto al carácter sobrevenido, imprevisible e inevitable de la epidemia COVID-19, éstos son requisitos necesarios pero no suficientes para considerar extinguida la obligación por aplicación de fuerza mayor (Álvarez, 2020). Para que la imposibilidad de cumplimiento tenga efectos extintivos debe estar objetivamente vinculada a la prestación debida, por lo que no basta la afección de la esfera subjetiva o económica del deudor (SSTS 820/2013, de 17 enero, y 266/2015, de 19 de mayo). Es por ello por lo que, independientemente de la diligencia del deudor, éste no quedará liberado de dicha obligación. Sin embargo, el artículo 1105 del Código civil permite la exoneración de indemnizar por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento haya causado a la contraparte (Fuentes-Lojo Rius, 2020).

La exigencia de esa objetividad en la imposibilidad de cumplimiento de la prestación supone que la invocación de la fuerza mayor únicamente sea posible en determinados contratos. La doctrina del Tribunal Supremo otorga a las obligaciones pecuniarias un estatus jurídico especial, diferenciándose de las obligaciones genéricas por su carácter *perpetuo obligationis* en el sistema de riesgos. En consecuencia, se niega la imposibilidad de cumplimiento, puesto que por ser el dinero un género que nunca perece, la obligación de pagar no desaparece (Álvarez, 2020). Por tanto, en los contratos donde la parte deudora está obligada al pago de una cuantía no cabe acudir a la fuerza mayor, sino a otros remedios para la revisión contractual como la cláusula *rebus sic stantibus*, que posteriormente será objeto de estudio (Blanco González y Durán Vargas, 2020; López Molina, 2020).

Sí cabe, sin embargo, acudir a la fuerza mayor en otros contratos en los que exista una obligación de dar no pecuniaria o de hacer, como puede ser un contrato de obras, la celebración de un espectáculo o un arrendamiento de local para el banquete de una boda. Bajo el presupuesto de concurrencia de los requisitos

necesarios para invocar esta institución jurídica, la problemática estriba en los efectos de su aplicación. De forma general, el efecto en obligaciones de hacer y de tracto sucesivo será la suspensión, en tanto que la imposibilidad es temporal y, una vez cese, el deudor debe cumplir con lo acordado, como sería el caso del contrato de obras. Los efectos de la suspensión derivan de la actuación de un tercero, siendo en este caso las decisiones del Gobierno y otros órganos del Ejecutivo las que han dado lugar a la situación de imposibilidad sobrevenida de determinadas actuaciones sin mediar culpa de las partes.

No obstante, las características de la prestación pueden hacer que el efecto procedente sea la extinción, por derivarse de la suspensión una situación de espera incierta excesivamente gravosa para la parte que espera el cumplimiento. En estos supuestos habrá que estar al art. 1184 del Código civil, que determina la liberación del deudor sin poder hablar de incumplimiento, a fin de mantener el equilibrio entre las partes y evitar que la situación se torne onerosa para una de ellas. Esto es lo que ha venido ocurriendo con contratos de celebraciones de espectáculos o fiestas, resueltos ante la incertidumbre de su realización durante un periodo de tiempo demasiado prolongado (Serrano de Nicolás, 2020).

Llegado este punto, es importante hacer una reflexión sobre la aplicación de la fuerza mayor, analizando quién puede invocarla y qué parte soporta los riesgos en determinadas prestaciones. Esta figura jurídica se ha venido planteando mayoritariamente por parte del deudor para así suspender o extinguir su obligación de pago. Sin embargo, las extraordinarias circunstancias que se han desarrollado debido a la crisis sanitaria han tenido como consecuencia la implantación de ciertas medidas que podrían llegar a invertir, en determinados supuestos, la situación jurídica en la que la parte obligada al pago de la contraprestación invoca la fuerza mayor para extinguir su deuda.

Este razonamiento puede aplicarse, por ejemplo, a un contrato de arrendamiento de un local para ejercer una actividad económica. El Real Decreto-ley 15/2020<sup>5</sup> que en abril impuso como medida urgente el cierre temporal de los locales impedía de forma directa que los mismos fueran utilizados para el fin con el que se habían arrendado. La frustración del uso comercial del inmueble alquilado tiene como consecuencia jurídica implícita el incumplimiento contractual por parte del arrendador, quien en calidad de tal tiene como deber garantizar el goce pacífico del local arrendado y realizar las obras necesarias para que el local

---

<sup>5</sup> Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE núm. 112, de 22 de abril de 2020).

pueda utilizarse para el uso convenido en el contrato. No habiéndose previsto en el contrato quien debe soportar el riesgo del cierre de locales cuyo negocio va dirigido al público, recae en el arrendador en este caso la imposibilidad objetiva de realizar la prestación a la que se había obligado, ya que no puede hacerse uso del inmueble según lo pactado. Como consecuencia de este incumplimiento, la contraparte no debe pagar la cuota de arrendamiento mientras se mantenga el cierre, a salvo de aquellas cantidades que respondan a un uso distinto del inmueble, como podría ser el almacenaje.

Lo mismo ocurriría cuando las medidas no imponen un cierre absoluto de los locales, sino una limitación de aforo. En este caso, el uso comercial se ve afectado directamente, aunque no sea en su totalidad. Si la limitación es del 50%, únicamente se está cumpliendo con la prestación al 50%. Para determinar si existe un incumplimiento por parte del arrendador habría que atender al carácter principal de la obligación, puesto que si bien podrían cumplirse las obligaciones accesorias de mantenimiento, reparación o seguridad, no se estaría dando fin a la obligación principal del contrato. En consecuencia, el arrendatario únicamente tendría el deber de pagar lo que corresponda por lo prestado, debiendo suspenderse total o parcialmente el abono de las cuotas de arrendamiento en función de las circunstancias concretas.

Otra de las interpretaciones respecto a la distribución de riesgos es la que hace el Juzgado de 1ª Instancia de Barakaldo nº 3 en sus Autos 220/2020, de 31 de agosto, y 221/2020, de 1 de septiembre, en los que recuerda que «en cuanto a la asignación de riesgos por la naturaleza del contrato, cada parte responde de lo que está en su ámbito de control, el propietario de su inmueble y el arrendatario del riesgo empresarial (en este sentido, las SSTS 19/2019, de 15 de enero, y 179/2018, de 3 de abril). Sin embargo, el cierre como consecuencia de una pandemia parece caer fuera del ámbito de ambos: no es algo inherente al inmueble (como su titularidad o conservación), ni tampoco un riesgo empresarial propiamente dicho pues es ajeno al desarrollo ordinario del negocio. El que no se pueda asignar el riesgo claramente a ninguna de las partes lleva justamente a que haya que aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* teniendo en cuenta las circunstancias del caso».

La fuerza mayor, desde cualquiera de los ángulos descritos, ha comenzado a aducirse en las diferentes demandas y solicitudes de medidas cautelares. Sin embargo, no habiéndose pronunciado todavía los tribunales sobre el fondo de estos asuntos, continúa la incertidumbre sobre el remedio más adecuado para la revisión contractual. Esto mismo apunta el Juzgado de 1ª Instancia de Madrid en su Auto 155/2020, de 30 de abril, que frente a la alegación por la parte actora de esta institución señala que «el hecho de estar en el marco de unas medidas caute-

lares determina que no sea conveniente analizar si concurren los requisitos para aplicar la fuerza mayor». Habrá que esperar a que los tribunales definan su criterio en la resolución de los asuntos que se han ido planteando a lo largo de 2020 para determinar si procede acudir a la fuerza mayor y bajo qué circunstancias.

### 3.2. Cláusula *rebus sic stantibus*

Tradicionalmente el Tribunal Supremo ha sido bastante reticente al considerar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (Cabrera Padrón, 2020; López Molina, 2020; Moll de Alba, 2020b). En sus SSTS de 14 de diciembre de 1940 y 17 de mayo de 1941 no negaba su aplicación a la revisión de un contrato por alteración de circunstancias, pero expresaba su temor a un efecto contagio que hiciese peligrar el contenido del principio *pacta sunt servanda*. En la STS de 17 de mayo de 1957 calificaba esta cláusula de «peligrosa», poniendo énfasis en que su admisión debía ser cautelosa. Poco después se aceptaba su aplicación, si bien únicamente para la modificación contractual y no para la extinción, diciendo: «ha obrado la moderna doctrina resucitando la cláusula romana *rebus sic stantibus*, sus teorías de estabilización tendentes a corregir y compensar las grandes diferencias que la inestabilidad de los cambios y las intensas fluctuaciones de las monedas de la mayor parte de los países originan en los negocios jurídicos, (...) que divorcian la voluntad originaria de los contratantes de la realidad efectiva al momento de su conservación» (STS de de 6 de junio de 1959).

En los últimos años la jurisprudencia ha flexibilizado progresivamente su postura con respecto a esta cláusula. En palabras de Javier Orduña Moreno, el Derecho moderno debe entenderse «como un proceso de cambio y de adaptación, y debe estar engrasado a través de mecanismos que permiten esa adaptación». Así, la cláusula *rebus sic stantibus* aparece como un mecanismo que deviene esencial en tiempos de crisis y que ejemplifica la capacidad evolutiva del Derecho. Lejos de entender la *rebus* como una figura extraordinaria, debe percibirse como una institución que está recogida en nuestro ordenamiento jurídico, habiendo sido admitida en reiteradas ocasiones por la vía jurisprudencial (Orduña Moreno, 2020b).

Las SSTS 333/2014, de 30 de junio; 591/2014, de 15 de octubre; y su complementaria 64/2015, de 24 de febrero, cambiaron el paradigma jurídico de la revisión contractual, haciendo más accesible esta cláusula. En estas resoluciones se persigue la configuración amplia de los nuevos fundamentos de la aplicación de la *rebus sic stantibus*, diferenciando esta institución de figuras próximas como la imposibilidad sobrevenida o los incumplimientos resolutorios. La primera

cuestiona la liberación del deudor por la imposibilidad subjetiva u objetiva del cumplimiento de la prestación y los segundos desembocan en la resolución del contrato, mientras que la *rebus* por lo general tiene como objetivo dar continuidad al acuerdo entre las partes mediante su revisión (Orduña Moreno, 2020a).

Su alcance es por tanto mayor, puesto que se presenta la posibilidad de adaptar el contrato mientras perdura la contingencia que ha alterado la base económica del mismo o ha incidido en una excesiva onerosidad para una de las partes (Orduña Moreno, 2020b). Progresivamente su aplicación se está normalizando, llegando a plantearse incluso en el Anteproyecto de Ley de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación, su formulación legal en el artículo 1213 como sigue: «si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato». La redacción de este precepto es ambiciosa, extendiendo los efectos de la *rebus sic stantibus* más allá de la revisión contractual, reconociendo en última instancia la resolución como alternativa a la alteración de la relación contractual (López Molina, 2020).

Para poder determinar si resulta de aplicación esta cláusula, deben examinarse los requisitos que se han establecido por la jurisprudencia teniendo en cuenta esta nueva tendencia. En primer lugar, debe existir una alteración extraordinaria de las circunstancias que, a tenor del criterio del Tribunal Supremo –véase la Sentencia 5/2019, de 9 de enero–, para «provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la propia finalidad del contrato». Lo anterior debe interpretarse entendiendo que las partes, de haber conocido las nuevas circunstancias, no habrían suscrito el contrato en los mismos términos (SSTS 455/2019, de 18 de julio, y 820/2013, de 17 de enero).

La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no procede si la ley o el contrato atribuyen el riesgo a una de las partes (STSS 214/2019, de 5 de abril; 333/2014, de 30 de junio; 64/2015, de 24 de febrero; y 477/2017, de 20 de julio). Parece razonable que, habiéndose asignado el riesgo de alguna forma en el contrato, en caso

de alteración sustancial no proceda acudir al remedio de la *rebusante* un cambio de circunstancias (Albiñana Cilveti, 2018; Mocholí, 2020). Los contratos suscritos con anterioridad a la pandemia en su mayoría no recogen este tipo de previsiones, si bien en el caso de existir una atribución a una de las partes de los riesgos que derivan de caso fortuito o fuerza mayor, podría discutirse la aplicación de la cláusula *rebus*. La asunción de riesgos podría ser también implícita, y así lo reconoce la STS333/2014, de 30 de junio, que se posiciona a favor de la exigencia de «un juicio de tipicidad contractual derivado de la base del negocio y especialmente del marco establecido respecto a la distribución del riesgo natural del contrato».

Por ejemplo, si una persona alquila un balcón para ver la procesión de Semana Santa y a causa del COVID-19 dicho evento se suspende, procede la resolución del contrato habiéndose frustrado la finalidad del mismo debido a circunstancias sobrevenidas e imprevisibles. Sin embargo, distinto sería el caso de una aerolínea que, debido a su insuficiencia de fondos por la paralización de la actividad aérea a causa de la crisis sanitaria, no puede hacer frente al pago de la cuota de un préstamo que había solicitado. Ciertamente puede ser imprevisible la causa por la cual la compañía no puede cumplir con su obligación contractual, pero a pesar de que el incumplimiento no le sea imputable, no se libera al deudor del cumplimiento de su obligación (Fuentes-Lojo Rius, 2020).

En este sentido, la jurisprudencia viene reconociendo que «como regla general, la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor, que no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales» (STS 447/2017, de 20 de julio; y, en idéntico sentido, STS 5/2019, de 9 de enero). Por tanto, parece concluirse que en los contratos que persiguen la obtención de un rendimiento económico, el riesgo de las pérdidas lo asume el inversor como contrapartida a la posible ganancia. A pesar de que la crisis actual se distingue de otras anteriores por tener un origen distinto y sectores más afectados, a priori podría entenderse que en este tipo de contratos se mantendría el rechazo de la aplicación de la *rebus* (Álvarez, 2020).

Un segundo requisito a tener en cuenta es la exigencia de que la circunstancia que sirve de justificación a la alteración contractual sea sobrevenida e imprevisible. La imprevisibilidad se da en el caso de que ninguna de las partes hubiese podido razonablemente prever la circunstancia en el momento de perfeccionarse el contrato. Asimismo, la alteración contractual no debe estar sujeta a control alguno, no pudiendo corregirse por el perjudicado aun habiendo actuado con la debida diligencia (Albiñana Cilveti, 2018). Corresponde acreditar debidamente a quien invoca la cláusula *rebus* que la dificultad de cumplir con las obligaciones se debe a la crisis provocada por el coronavirus.

Para el análisis de los presupuestos de imprevisibilidad y carácter sobrevenido debe además considerarse si existe una relación de causalidad directa entre la circunstancia extraordinaria y el incumplimiento. Como señala el Tribunal Supremo, «la aplicación de la cláusula *rebus* no se produce de forma generalizada ni de un modo automático pues resulta necesario examinar que el cambio operado comporte una significación jurídica digna de atención en los casos planteados» (STS 333/2014, de 30 de junio), siendo «del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate» (STS 214/2019, de 5 de abril).

Este es un aspecto fundamental para el estudio de la aplicación de la cláusula a los contratos cuyo cumplimiento se ha visto comprometido por la epidemia. La crisis sanitaria ha sido imprevisible y notoria, no únicamente de facto, sino bajo el reconocimiento normativo de dicha condición en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19<sup>6</sup> (Orduña Moreno, 2020a). Incluso cabría asimilar la situación de la pandemia con la referencia a la peste como caso fortuito recogido en el artículo 1575 del Código civil (Pertíñez Vilchez, 2020).

No obstante, a pesar de su carácter extraordinario debe examinarse la causalidad en función de las circunstancias concretas de cada caso, atendiendo a la diversidad de contratos y a la actuación del obligado para evitar el incumplimiento. Solamente si la alteración de circunstancias está conectada con la causa del contrato podrá desplazar la parte perjudicada el riesgo soportado a la otra parte contratante (Fuentes-Lojo Rius, 2020). Este fue precisamente el razonamiento del Tribunal Supremo en la STS 19/2019, de 15 de enero, inadmitiendo la analogía del COVID-19 con la peste por no existir un supuesto de caso fortuito extraordinario, pero especialmente por haber sido previsto el riesgo por las partes.

Por otra parte, el desequilibrio que surge entre las partes debe tornarse excesivamente oneroso. En este sentido, la jurisprudencia ha venido entendiendo que cuando se condiciona la aplicación de la fuerza mayor a la imposibilidad de cumplir con la obligación, ésta no debe interpretarse en términos absolutos (Mocholí, 2020). Basta la alteración sustancial de las circunstancias que torne inalcanzable la finalidad económica primordial del contrato, «aumentando extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o (...) frustrando el propio fin del contrato» (STS 5/2019, de 9 de enero, reiterativa de

---

<sup>6</sup> BOE núm. 91, de 1 de abril de 2020.



las SSTS 333/2014, de 30 de junio;591/2014, de 15 de octubre, y de 6 de noviembre de 1992).

El Tribunal Supremo entiende que esa excesiva onerosidad debe tener un carácter estrictamente objetivo, con independencia de las circunstancias particulares de la parte perjudicada y de su imprevisibilidad (Pertíñez Vélchez, 2020). El envilecimiento puede existir por la caída en el rendimiento de la actividad, siempre y cuando el descenso sea sectorial y no sólo particular del arrendatario (STS 64/2015, de 24 de febrero). Esto significa que el desequilibrio entre las partes debe producirse en el seno de la economía del propio contrato, siendo irrelevante la situación concreta del sujeto perjudicado. A modo de ejemplo, en la STS 19/2019, de 15 de enero, el Tribunal Supremo entendió que para revisar la economía de un contrato de arrendamiento hotelero debía tenerse en cuenta únicamente el perjuicio sufrido por la disminución de la rentabilidad del negocio del arrendatario, sin atender a la gestión de esta en calidad de titular de una cadena de hoteles.

Si bien es cierto que las restricciones impuestas por la crisis sanitaria del COVID-19 pueden causar en determinados contratos una alteración grave hasta el punto de hacer excesivamente oneroso el cumplimiento para una parte o, como apunta la STS 333/2014, de 30 de junio, producir un «envilecimiento» o extraordinaria pérdida de valor de lo recibido, hay que tener en cuenta que los efectos de la pandemia son temporales. En consecuencia, la relación jurídica entre las partes verá sustancialmente alterada en la medida en que se prolongue la situación excepcional de medidas restrictivas, salvo que se concreten efectos económicos mayores, los remedios a aplicar han de ser también de carácter temporal (Álvarez, 2020).

En muchos casos, por tanto, la alteración contractual inducida por la epidemia consistirá simplemente en la prórroga de los plazos de cumplimiento. En el caso de prestaciones sucesivas parece razonable abogar por un aplazamiento de las prestaciones a un momento adecuado para ambas partes, en la línea de lo propuesto por el Real Decreto-ley 10/2020 en relación con las prestaciones laborales<sup>7</sup>, que opta por otorgar al trabajador un permiso retribuido con recuperación de los días más adelante. En contratos en los que los riesgos son soportados expresamente por una de las partes, como determinados viajes o reservas, la otra parte debe adaptar

---

<sup>7</sup> Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19 (BOE núm. 87, de 29 de marzo de 2020).

la prestación a la nueva circunstancia según lo previsto en el Real Decreto-ley 11/2020<sup>8</sup>, por ejemplo, ofreciendo un cambio de fecha (Álvarez, 2020).

Con respecto a estos últimos, el artículo 36 del citado Real Decreto-ley prevé expresamente las distintas alternativas que se ponen a disposición de consumidores y usuarios en el caso de cambios y cancelaciones de sus reservas de vuelo. En concreto, se favorecen las propuestas de revisión que consisten en el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios al reembolso, reservando la resolución para aquellos supuestos en los que no quepa obtener de la propuesta de revisión una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato. Esta previsión legal contribuye al reconocimiento de la aplicación de la *rebus*, ya que toma como base el contenido de esta cláusula adaptándola al caso concreto de los contratos entre aerolíneas y consumidores (López Molina, 2020). En la práctica se ha aceptado recientemente esta solución normativa por parte de los tribunales, declarando el derecho del consumidor a recibir una compensación por el retraso o cancelación de vuelos a causa de las restricciones impuestas por el COVID-19 (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Badajoz 1661/2020, de 10 de agosto).

En el marco de los contratos de arrendamiento, ámbito en el que la crisis del coronavirus ha tenido gran repercusión, la parte afectada tiene derecho a que se aplique la cláusula *rebus sic stantibus* en cuanto las restricciones impuestas a los locales y la paralización ocasional de la actividad económica causan una excesiva onerosidad para el arrendatario. Éste debe comunicar al arrendador la modificación del contrato invocando la cláusula y, en caso de no existir acuerdo entre las partes, habría que acudir a la vía judicial para pedir una revisión del contrato hasta que finalizase la crisis.

Además de lo anterior hay que tener en cuenta que la alteración sustancial del contrato depende de cada caso. No es lo mismo un restaurante, que podría seguir prestando servicio a través del envío de comidas a domicilio, que una discoteca o club de noche, que se ve obligado a paralizar su actividad de forma total. Nuevamente acudiendo al artículo 1575 del Código civil, que habla de la pérdida de más de la mitad de la cosecha típicamente anual, y en concordancia con la postura de atender a la temporalidad de los efectos, puede ser discutible cuántos meses debe estar paralizada la actividad para que la alteración del contrato sea considerada sustancial (Álvarez, 2020; Pertíñez Vílchez, 2020).

---

<sup>8</sup> Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE núm. 91, de 1 de abril de 2020).

Ello dificulta la aplicación de la *rebus* a contratos de tracto único, como puede ser el caso de un contrato de compraventa de local pactado antes de la pandemia. Así se está entendiendo por la jurisprudencia, como en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 156/2020, de 6 de marzo, que establece que «el cambio de estas características que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la *rebus sic stantibus* es más probable que se de en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato».

La justificación de la decisión del Tribunal ha generado discusión entre distintos sectores. Algunos consideran que la distinción que hace la STS 156/2020, de 6 de marzo, del contrato de larga y corta duración no deriva del término del contrato, sino de la difícil alegación de imprevisibilidad cuando el tiempo entre la perfección y la consumación del contrato es breve. Las particularidades de la crisis sanitaria hacen que la situación sea susceptible de cambiar radicalmente en apenas unos días. Por tanto, la imprevisibilidad tiene lugar en ese periodo en el que el contrato está vivo, existiendo un mayor riesgo de alteración de las circunstancias cuanto mayor sea la duración del contrato (Álvarez, 2020; Cabrera Padrón, 2020; Serrano de Nicolás, 2020; Mocholí, 2020).

Esta interpretación no sido, sin embargo, aceptada por toda la doctrina de forma pacífica. Javier Orduña Moreno, exmagistrado del Tribunal Supremo y ponente de dos de las tres sentencias que versaron sobre la aplicación de esta institución en 2014, señala la ambigüedad de esta tesis y critica la visión restrictiva que se plantea en la resolución citada al establecer la distinción entre contratos de larga y corta duración. En ninguna previsión de Derecho continental se tiene en cuenta la duración del contrato, sino que el aspecto que resulta determinante es la clasificación del contrato como sucesivo o de tracto único pero diferido, como los precontratos. En este sentido, parece que una parte mayoritaria de la doctrina defiende la distinción entre contratos de tracto sucesivo o único como criterio diferenciador para determinar si concurre aplicar la *rebus sic stantibus* (Orduña Moreno, 2020b; Blanco González y Durán Vargas, 2020; López Molina, 2020; Albiñana Cilveti, 2018). Este mismo razonamiento siguió el Alto Tribunal en las SSTS de 9 de mayo de 1983, de 6 de junio de 1959 y de 23 de noviembre de 1962, indicando que únicamente para este tipo de contratos —tracto sucesivo y único con ejecución diferida— resultaba aplicable la cláusula objeto de estudio.

Por último, no debe existir, además, ningún otro medio menos gravoso que permita reequilibrar la relación entre las partes. Como se apuntaba anteriormente y se expondrá a continuación, es importante revisar que no se hayan pactado en el

contrato excepciones en cuanto al cumplimiento de las obligaciones o especialidades en el régimen de responsabilidad por las partes, puesto que en ese supuesto no sería posible aplicar la cláusula (Albiñana Cilveti, 2018).

En cualquier caso, la revisión del contrato o el aplazamiento de las obligaciones no facultaría a las partes para resolver el contrato (art. 1124 del Código civil) si no se frustra totalmente la finalidad del mismo, lo que previsiblemente solo sucedería en supuestos muy excepcionales, tal y como se ha interpretado por la jurisprudencia (STSS 455/2019, de 18 de julio y 820/2013 de 17 de enero). Asimismo, al igual que sucede con la fuerza mayor, tampoco procede la reclamación por los daños y perjuicios que hayan derivado del retraso con base en el art. 1105 del Código civil (Serrano de Nicolás, 2020; Mocholí, 2020).

Sin perjuicio de todo lo visto hasta ahora, serán los tribunales quienes finalmente acuerden si procede o no invocar la cláusula *rebus sic stantibus* bajo qué condiciones. A lo largo de los últimos meses se han comenzado a interponer demandas por los sujetos que se han visto afectados por la pandemia, siendo muy numerosas las relativas a contratos de arrendamiento. Mientras que los arrendadores reclaman por lo general la acción de desahucio por falta de pago, los arrendatarios invocan la *rebus* con el fin de solicitar la revisión de la cuota arrendaticia.

Con carácter previo o coetáneo a estas segundas demandas, ha sido prolífera asimismo la solicitud de medidas cautelares de distinta naturaleza. Aunque todavía es pronto para conocer los pronunciamientos de los tribunales sobre el fondo de estos asuntos, ya han comenzado a dictarse los Autos que dan respuesta a las solicitudes de medidas cautelares (Auto 447/2020, de 25 de septiembre, del Juzgado de 1ª instancia nº 81 de Madrid; Auto 348/2020, de 21 de septiembre, del Juzgado de 1ª instancia nº 31 de Barcelona; Auto 299/2020, de 13 de agosto, del Juzgado de 1ª instancia nº 74 de Madrid; Auto 162/2020, de 7 de julio, del Juzgado de 1ª Instancia de Benidorm nº 2; Auto 256/2020, de 25 de junio, del Juzgado de 1ª Instancia de Valencia nº 1; Auto 155/2020, de 30 de abril, del Juzgado de 1ª Instancia de Madrid nº 60; Auto 124/2020, de 29 de abril, del Juzgado de 1ª Instancia de Zaragoza nº 3).

De entre las distintas medidas cautelares que pueden solicitarse, la mayoría van dirigidas a que se acuerde la suspensión de la ejecución de las garantías o la reducción o suspensión provisional del pago de la renta. Especialmente está proliferando la solicitud de esta segunda modalidad, de manera que ha comenzado a construirse un criterio común sobre este extremo. Relevante a este respecto resulta el Auto del Juzgado de 1ª instancia nº 81 de Madrid mencionado, que suscribiendo los intereses de la solicitante, acuerda como medida cautelar la suspensión del pago de la renta mientras no se pueda desarrollar la actividad en

el local del cual es arrendataria la solicitante, con obligación de abonar determinadas cantidades complementarias. Establece, no obstante, el deber de abonar el 50% de la renta cuando pueda reanudarse aquella, durante toda la tramitación del procedimiento y hasta que recaiga sentencia firme.

Conviene puntualizar que la apreciación en este caso de la viable aplicación de la *rebus* deriva de la naturaleza de la actividad llevada a cabo en el local y la tipología contractual. El negocio desarrollado en el local es el de un sala de fiestas, actividad especialmente afectada por la pandemia debido a la paralización absoluta de este sector. Por su parte, el contrato de arrendamiento cuya revisión se pretende es de tracto sucesivo. Se dan en este supuesto, por consiguiente, los presupuestos básicos para la aplicación de la *rebus sic stantibus*.

El Auto 124/2020, de 29 de abril, del Juzgado de 1ª Instancia de Zaragoza acordó como medida cautelar la suspensión de la ejecución de garantías por el impago de un contrato de franquicia. Se apunta en la resolución que dada la probabilidad de que «la situación económica derivada de las medidas de cierre de establecimientos abiertos al público haya tenido incidencia notoria en el desarrollo de la relación contractual existente entre las partes», debe suspenderse la ejecución con ánimo de salvaguardar la continuidad de la actividad del franquiciado.

Por su parte, el Auto 348/2020, de 21 de septiembre, del Juzgado de 1ª instancia nº 31 de Barcelona desestima la adopción de la medida cautelar de suspensión del pago de la cuota de arrendamiento por la falta de acreditación de la grave situación económica alegada por el inquilino del local. Esta resolución recuerda la necesidad de justificar la excesiva onerosidad en el marco de cumplimiento del contrato para una de las partes, en este caso el arrendatario. Por tanto, es preciso que dicha situación, lejos de darse por hecho debido a la generalizada crisis económica causada por el COVID-19, se acredite mediante un riguroso Informe técnico que ponga de manifiesto el precario estado financiero de la parte que solicita la medida (Torres López, 2020).

Todo apunta hacia la unificación de los distintos criterios jurisprudenciales que se han ido sucediendo en los últimos meses, con ánimo de dar una respuesta uniforme a los conflictos jurídicos originados por el COVID-19. En atención a los artículos 6:111 PECL<sup>9</sup> y 1:110 DCFR<sup>10</sup>, el ajuste de la renta debería hacerse en términos equitativos y razonables, teniendo el juzgador un amplio margen para valorar la situación económica y financiera de ambas partes (Pertíñez Vilchez,

---

<sup>9</sup> Principios del Derecho Contractual Europeo, 2000.

<sup>10</sup> Reglas del Marco Común de Referencia, 2008.

2020). También resultan representativos los acuerdos alcanzados por los Juzgados de 1ª Instancia de Barcelona el 12 de noviembre de 2020 en lo relativo a la tramitación de desahucios por impago de la renta, especialmente en el caso de locales de negocio que se han visto afectados por restricciones de apertura (ICAB, 2020).

En dichos acuerdos se ha señalado el carácter excepcional del desahucio, existiendo la opción por parte del arrendatario de enervar la acción mediante el abono del 50% de las mensualidades en las que se haya visto suspendida la actividad en el local arrendado, o el porcentaje que corresponda en caso de restricción parcial del aprovechamiento del inmueble, conforme al Decreto Ley 34/2020, de 20 de octubre, del Gobierno de la Generalitat de Cataluña. Se hace hincapié, además, en la diferenciación entre el procedimiento verbal de desahucio y el procedimiento ordinario declarativo de revisión de la renta, pudiendo invocarse la cláusula *rebus sic stantibus* bien como motivo de oposición por imposibilidad de pago de las rentas, o bien para acreditar la necesidad de modificación contractual, respectivamente. A pesar de que los mismos no tienen carácter vinculante, sirven como guía al recoger el parecer mayoritario de los Juzgados de 1ª Instancia de Barcelona, a los efectos de reducir la litigiosidad y dotar de mayor seguridad al tráfico jurídico en un panorama tan atípico como el actual.

La vía judicial puede, sin embargo, no ser la solución inmediata más adecuada para la revisión contractual. Debe considerarse la dicotomía temporal que existe entre la evolución de la crisis del COVID-19, tanto desde una perspectiva sanitaria como económica, frente al ritmo de resolución de asuntos judiciales de los tribunales. La Comisión permanente del Consejo General del Poder judicial acordó el 13 de marzo de 2020<sup>11</sup> la suspensión de todas las vistas y juicios que no fuesen urgentes. Esto agravó la ya considerable saturación de la Administración de Justicia, haciéndose necesario buscar otros mecanismos de resolución de los conflictos alternativos como la mediación, la negociación o el arbitraje. Así, la opción de acudir a los tribunales mantiene su eficacia principalmente para aquellos asuntos cuya controversia no puede resolverse a través de estas otras vías (Pérez Marcos, 2020).

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que para la mayoría de los contratos cuya revisión se pretende, una sentencia podría tener únicamente aquellos efectos retroactivos que todavía sean realizables. La delicada coyuntura económica extrema la tensión entre las partes afectadas por las consecuencias negativas

---

<sup>11</sup> Acuerdos de la Comisión Permanente del CGPJ de 13 de marzo de 2020 (Sesión extraordinaria).

de la pandemia, lo que en no pocas ocasiones puede desembocar en situaciones irreversibles. Volviendo al ejemplo del contrato del arrendamiento, para cuando la resolución judicial de respuesta al conflicto entre las partes, el arrendatario puede haber cesado en su actividad y el arrendador puede haber ejercitado la acción de desahucio (Pertíñez Vilchez, 2020).

La novación temporal del contrato a través de un acuerdo alcanzado extrajudicialmente se plantea entonces como una opción con ventajas considerables para ambas partes. Una adaptación de las condiciones contractuales posibilita la subsistencia del negocio que subyace al contrato y, por tanto, se mantienen los beneficios que se esperaban obtener del mismo, aunque diferidos en el tiempo. No obstante, en la renegociación del nuevo marco contractual fundamental utilizar las resoluciones que aplican la cláusula *rebus sic stantibus* como elemento legitimador de las modificaciones pretendidas.

No sólo por parte de la jurisprudencia existe una tendencia a la incorporación de esta cláusula a nuestro ordenamiento jurídico. Una de las principales novedades de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia<sup>12</sup>, era el emplazamiento del Gobierno a presentar en el Congreso de los Diputados dentro de un plazo de tres meses un análisis y estudio sobre las alternativas jurídicas para incorporar el principio del *rebus sic stantibus* en el régimen de obligaciones y contratos (Manzano Durán, 2020). La Disposición Adicional 7ª refleja la intención del legislador de alinearse con países europeos de nuestro entorno como Francia, Italia, Alemania, Holanda y Portugal, que ya han incluido en su normativa esta cláusula como mecanismo de revisión ante el impacto de la crisis del COVID-19 en el ámbito económico (Mocholí, 2020).

Mientras el Ejecutivo estudia esta posibilidad, la Generalitat de Cataluña ha anunciado paralelamente la modificación de su Código civil, con intención de recoger expresamente la *rebus sic stantibus* (Berbell, 2020). En este contexto, la búsqueda de una solución armonizada de las Autonomías con el Ministerio de Justicia es necesaria a fin de evitar la inseguridad jurídica que actualmente provoca la ausencia de su regulación (Manzano Durán, 2020).

Se espera que la normalización de la cláusula *rebus sic stantibus* traiga consigo una «cultura de la renegociación como elemento imprescindible para la recuperación económica», sirviendo el reconocimiento de este deber de las partes

---

<sup>12</sup> Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE núm. 250, de 19/09/2020).

como mecanismo para la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias (Orduña Moreno, 2020a). Previsiblemente dicha solución se articularía mediante el cauce de la jurisdicción voluntaria, reservando la vía judicial para los casos en los que dicha negociación fracasase otorgando entonces al juez amplias facultades para revisar el contrato (Berbell, 2020).

La progresiva aceptación de esta cláusula por la doctrina y la jurisprudencia facilita su aplicación a supuestos de alteración del marco contractual. Su previsión normativa a través de la aprobación de la Propuesta mencionada reafirmaría esa tendencia, configurándose así la *rebus sic stantibus* como uno de los mecanismos más eficaces para la modificación y resolución de contratos. Esta figura jurídica supone a partir de este planteamiento un instrumento técnico idóneo de revisión contractual para paliar los perjuicios económicos causados por la crisis del COVID-19.

### **3.3. Cláusulas contractuales de modificación o resolución**

La modificación o resolución contractual por el cambio sobrevenido de circunstancias puede venir dada, además de por las figuras jurídicas estudiadas, por las estipulaciones que las partes libremente hayan pactado en el contrato. Es necesario revisar de forma pormenorizada cada contrato, pues determinadas cláusulas pueden impedir la invocación de doctrinas como la fuerza mayor o la *rebus sic stantibus* (Albiñana Cilveti, 2018).

Si el contrato contiene estipulaciones de estabilización o actualización del precio, regulaciones de renta fija o variable, o determinadas condiciones resolutorias, se excluye la aplicación de la doctrina *rebus* y la fuerza mayor. Lo mismo ocurriría en el caso de previsiones concretas ante la existencia de circunstancias extraordinarias o fuerza mayor, así como cláusulas de desistimiento unilateral que facultan a una o ambas partes a terminar el contrato sin necesidad de alegar causa alguna. En estos casos, la circunstancia que determina la aplicación de tal pacto ya no puede calificarse de imprevisible al haberse recogido una disposición expresa en el contrato para esas situaciones, desplazando así la aplicación subsidiaria de los otros mecanismos de revisión (SSTS 243/2012, de 27 de abril, y 333/2014, 30 de junio).

Sin embargo, la cláusula que prevea esta situación ha de ir más allá de una previsión abstracta en atención a meros riesgos ordinarios. En este sentido, el Juzgado de 1ª Instancia de Valencia nº 1 (Auto 256/2020, de 25 de junio) acuerda las medidas cautelares solicitadas por la arrendataria de un hotel que invoca en su demanda la *rebus sic stantibus* a pesar de haberse recogido en el contrato un pacto



de renta mínima: «si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el desarrollo de la figura, concluye en que si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida (...), ello, sin embargo, no significa que el mero hecho de establecer una renta mínima suponga implícitamente la asunción por parte del arrendatario de cualquier riesgo, sea de la naturaleza y consecuencias que sean. Evidentemente, la referida distinción implica la asunción tácita de los riesgos ordinarios del negocio, incluso, llegando al extremo, de los derivados de las crisis generadas por los distintos ciclos periódicos económicos, pero en cualquiera de los casos, en ningún momento, al tiempo de contratar, previó o pudo prever, en orden a tal asunción, tal riesgo generado por una pandemia mundial de la magnitud y virulencia generada, con confinamiento general de las personas».

Las partes pueden además acordar un rango y un límite para las modificaciones que un juez o árbitro puede razonablemente hacer en aplicación de este tipo de cláusulas, estableciendo ciertos requisitos que actúan como condición *sine qua non* para activar el contenido de las mismas. Quedaría así reservada la revisión contractual para supuestos en los que el desequilibrio alcanzado sea suficientemente elevado, por ejemplo fijando ciertos ratios o porcentajes. Incluso podría aceptarse un pacto por el que, en caso de resultar aplicable la cláusula *rebus*, la única alternativa posible sea la resolución, sin posibilidad de que el juez ajuste o modifique el acuerdo (Carrasco Perera, 2015).

Debe recordarse que la exclusión expresa de la *rebus sic stantibus* no impide de forma absoluta la aplicación de esta figura, puesto que si bien no ostenta carácter imperativo, la propia cláusula de exclusión estaría sujeta a la *rebus*. Por tanto, a pesar de que en teoría la exclusión es válida, las partes deben declarar explícitamente a qué renuncian, especialmente si hacen referencia a los riesgos materiales que se encuentran dentro del ámbito empresarial intrínseco de su actividad. Otra posibilidad es que la cláusula de exclusión enumere *a sensu contrariol* una casuística concreta que admite la aplicación de la cláusula *rebus*, como es el caso de las cláusulas MAC (*Material Adverse Change*). A través de estas estipulaciones se asignan los riesgos relevantes del contrato, de manera que, si se hace de forma correcta, no procede aplicar la cláusula *rebus* (Carrasco Perera, 2015).

En la línea de lo anterior, las SSTS 591/2014, de 15 de octubre, y 333/2014, de 30 de junio, han rechazado la exclusión de la cláusula cuando en el contrato se incluye una previsión de fuerza mayor. La interpretación correcta en estos supuestos no es considerar que las partes han desplazado otras cláusulas de asig-

nación de riesgo, sino invocar la institución que corresponda en función de las circunstancias concretas (Carrasco Perera, 2015).

Teniendo en cuenta la grave crisis causada por la pandemia, cabe la posibilidad de que devenga frecuente la incorporación de cláusulas reguladoras del cese de actividad por causa no imputable a la parte que sufre las consecuencias de la situación causada por el COVID-19. Los contratos que contengan esta disposición estarán cubiertos frente a los riesgos que deriven de nuevas medidas restrictivas, si bien cabe la posibilidad de acudir a la fuerza mayor o la *rebus* en el caso de que existan nuevos cambios que requieran de mayor interpretación.

#### **4. FIGURAS DEL DERECHO COMPARADO PARA LA REVISIÓN CONTRACTUAL**

Las relaciones comerciales entre sujetos de distintos países se han intensificado en las últimas décadas, contribuyendo a la creación de un panorama contractual caracterizado por la proliferación de relaciones jurídicas entre sujetos internacionales (Rodríguez Weil, 2013). El Derecho que rige estos contratos determina qué figuras jurídicas pueden utilizarse en caso de conflicto y cuál es la postura jurisprudencial de los órganos judiciales que conocerán de los asuntos que surjan a partir del contrato en particular. En el contexto actual de la pandemia, la urgente elaboración de normativa acentúa la sistematización de este tipo de acuerdos, que ya *per se* sufren ocasionalmente de dificultades en cuanto a la determinación de un régimen aplicable o la interpretación de ciertas cláusulas contractuales.

Dada la asimetría de la incidencia del COVID-19 en distintas regiones geográficas y las medidas de contención adoptadas por cada país, el derecho aplicable y la jurisdicción a la que se han sometido las partes son dos aspectos especialmente relevantes. Esa heterogeneidad es especialmente reseñable en el marco de la Unión Europea, siendo las normativas de emergencia a nivel nacional presentadas por los Estados miembros muy diversas, tanto atendiendo a la clase de transacciones sobre las que se proyectan, como en términos del régimen de acciones de modificación y resolución contractual (De Miguel Asensio, 2020).

La complejidad de los contratos transfronterizos actuales hace necesario el estudio de los mecanismos de revisión previstos en otros ordenamientos para buscar una solución equilibrada cuando, debido a acontecimientos imprevisibles como la crisis sanitaria del COVID-19, puede darse una alteración sustancial de la relación jurídica entre las partes (López Molina, 2020). Además, considerando el eventual colapso de los tribunales por la pandemia, podría resultar interesante

incorporar una cláusula de arbitraje o mediación, de cara a buscar un cauce de resolución de conflictos más ágil y flexible.

Generalmente son dos las aproximaciones doctrinales que se han venido defendiendo mayoritariamente en el Derecho comparado. La postura más conservadora es rígida en cuanto a la modificación y terminación de los contratos salvo que medien causas de nulidad como el error en el consentimiento. De otro lado, la corriente doctrinal más amplia en los ordenamientos europeos supera esa visión convencional y deflende la aplicación de alternativas que posibilitan la adaptación del contrato o su resolución bajo la producción de circunstancias extraordinarias (López Molina, 2020).

La fuerza mayor y la cláusula *rebus sic stantibus* son figuras jurídicas comúnmente aceptadas en otros Estados. Países como Francia —*force majeure* en el artículo 1218 y *rebus* en el 1195 del Código civil francés<sup>13</sup>—, Alemania —*geshäftsgrundlage* en el artículo 313 BGB<sup>14</sup>—, Italia —*eccesiva onerosità so-pravenuta* en el artículo 1467 del Código civil italiano<sup>15</sup>—, Reino Unido —*frustration* o *hardship* del derecho anglosajón— u Holanda —6:258 del Código civil holandés<sup>16</sup>— han admitido en sus ordenamientos jurídicos esta posibilidad de revisión contractual y sus tribunales la han aplicado con mayor flexibilidad que los órganos judiciales españoles (Mocholí, 2020). También son varios los países latinoamericanos que contemplan esta cláusula en sus respectivos Códigos civiles, sirviendo como ejemplos México —arts. 1796 y 1796 bis del Código civil Federal de México de 1928<sup>17</sup>—, Argentina —arts. 1730 y ss. del Código civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014—, y Paraguay —art. 672 del Código civil paraguayo de 1985—.

El delicado equilibrio entre el principio de *pacta sunt servanda* y la *rebus sic stantibus* genera un debate que se extiende a través de las distintas normativas

---

<sup>13</sup> *Code civil des Français*, 1804.

<sup>14</sup> *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1896.

<sup>15</sup> *Codice Civile Italiano*, 1942.

<sup>16</sup> *Burgerlijk Wetboek*, 1838.

<sup>17</sup> El art. 1796 del Código civil Federal de México no recogía expresamente la cláusula *rebus sic stantibus*. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo mexicano de octubre de 1980 interpretó dicho precepto considerando que, de existir «circunstancias imprevistas que alteren fundamentalmente las circunstancias económicas de un determinado grupo social, los términos contractuales pueden modificarse mediante disposiciones generales». Con la reforma del Código en 2015 se modificó el art. 1796 y se incluyeron los artículos 1796 bis y ter, dando cabida finalmente a la *rebus* en su normativa.

nacionales, especialmente en momentos de grave crisis económica, de manera que cada ordenamiento regula esta cláusula con sus respectivas particularidades y con una interpretación propia (López Molina, 2020). Acudiendo a la legislación de Derecho comparado o a los textos de *softlaw* que recientemente han positivizado la *rebus* se observa que, si bien todos ellos parten de la alteración sustancial de la relación jurídica entre las partes como presupuesto básico, la valoración de otros aspectos como la equidad o la proporcionalidad difieren en cierta medida.

El Código civil italiano distingue para la fuerza mayor entre contratos traslativos y constitutivos, y tiene en cuenta el carácter parcial o temporal de la imposibilidad sobrevenida, siendo la regla general la resolución del contrato si se dan los presupuestos para su aplicación. Por el contrario, para la excesiva onerosidad de la *rebus* se diferencian las alteraciones de carácter singular de aquellas que afectan a toda la sociedad o a grandes sectores, englobando en esta segunda categoría la crisis del COVID-19, y se aboga por la búsqueda de una solución que garantice la equidad dejando a un lado la resolución, acudiendo a un mecanismo de revisión para eliminar la desproporción que exceda de lo que sería el alea contractual (Serrano de Nicolás, 2020).

En Francia, la cláusula *rebus sic stantibus* es aplicable a toda tipología contractual si se cumplen los requisitos de imprevisibilidad, superando así la limitación impuesta por otras jurisdicciones con respecto a los contratos de tracto único. Además, no se exige que las circunstancias sean extraordinarias, lo que extiende el ámbito de aplicación de la cláusula a cambios que, a pesar de tener menor envergadura, pueden provocar un desequilibrio prestacional.

Asimismo, una previsión importante de este ordenamiento es la facultad que se otorga al Juez para revisar el contrato y fijar la fecha de eficacia de las posibles modificaciones, pudiendo incluso las mismas tener carácter retroactivo. Este aspecto presenta un incentivo para que las partes renegocien el contrato, ya que la vía judicial no implica necesariamente una dilación en el inicio de los efectos de la revisión contractual. La comparativa de la normativa francesa frente a la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos español pone de manifiesto una visión común y moderna de la institución a salvo de las diferencias mencionadas, acorde con la línea que siguen el resto de los ordenamientos europeos (Moll de Alba Lacuve, 2020a).

La doctrina de la frustración contractual del *CommonLaw* prevé la liberación de las partes de sus obligaciones exclusivamente para los supuestos de accidentes o sucesos considerados como radicalmente imprevisibles (López Molina, 2020). El Derecho anglosajón acepta abiertamente la adaptación contractual en

el caso de circunstancias extraordinarias que causen un perjuicio en la relación contractual entre las partes. Las cláusulas *Hardship* MAC —acrónimo de *Material Adverse Change*— prevén la posibilidad de modificación o resolución de un acuerdo cuando se produce un cambio sustancial adverso o negativo en el ámbito contractual<sup>18</sup> (Mesa Molina, 2020).

Las cláusulas MAC se han incorporado progresivamente a la práctica jurídica de otros ordenamientos, en tanto que presentaban una mejor alternativa con respecto a la invocación de la *rebus sic stantibus*. La suscripción de una cláusula MAC constituye un pacto contractual expreso y vinculante para las partes, que de haberse realizado correctamente resulta directamente aplicable. La *rebus*, sin embargo, ha sido hasta el momento reconocida en casos muy concretos dado el restrictivo criterio del Tribunal Supremo hasta 2014. Esta diferenciación explica la gran acogida de esta tradicional figura jurídica del *Common Law* en el Derecho español.

Por su parte, el ordenamiento alemán exige en el precepto 313 BGB tener en cuenta todas las circunstancias del caso específico —*unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls*—, y si bien no aparece expresamente la nota de la imprevisibilidad, dicha característica se infiere de los textos internacionales y de armonización (Serrano de Nicolás, 2020). El artículo 6:111 PECL se refiere a la distribución de «forma equitativa y justa» de las pérdidas y ganancias y los artículos 1:110 DCFR y 6.2.3 de los Principios Unidroit<sup>19</sup> aluden a una variación de la obligación «razonable y equitativa» (Pertíñez Vilchez). En términos similares, el Proyecto de la Compraventa Europea se refiere a un cambio que «no se tuvo en cuenta y no pueda esperarse que se tuviese en cuenta» (Serrano de Nicolás, 2020).

El Derecho español en otras ocasiones ya ha tomado como referencia la doctrina de origen germánico sobre la frustración del fin del contrato (SSTS de 23 de noviembre de 1962, de 15 de marzo de 1972, de 10 de diciembre de 1990, de 29

---

<sup>18</sup> La diferenciación entre las cláusulas *Hardship* y las MACes controvertida, existiendo principalmente dos posiciones doctrinales enfrentadas. Mientras que una corriente sostiene que las cláusulas MAC son un tipo de cláusula *Hardship*, otra parte defiende que ambas cláusulas tienen naturaleza distinta. Para este segundo sector, las MAC suelen incluirse en contratos de tracto único, mientras que las cláusulas *Hardship* están pensadas para pactar la asignación de riesgos en contratos de tracto sucesivo. Ello supone que sus efectos sean distintos, puesto que las primeras tienen como finalidad principal la terminación del contrato y, en contraposición, las segundas están destinadas a la renegociación de sus términos para asegurar su continuidad (García, 2020).

<sup>19</sup> UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*, 2016.

de mayo de 1996 y de 14 de octubre de 1999, entre otras), o el principio *hardship* o de excesiva onerosidad de los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales. Avanzando hacia esta dirección, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos expresamente alude a «la distribución contractual o legal de los riesgos» (Serrano de Nicolás, 2020).

Es importante tener en cuenta las diferencias normativas que existen en las distintas jurisdicciones, a los efectos de conocer cuáles son los mecanismos de revisión contractual a los que puede acudir cuando la ley aplicable al contrato no es la española. Si bien la situación actual ha contribuido a la aceptación de cláusulas de modificación y resolución del contrato por la mayoría de los ordenamientos, hay que estar a la regulación concreta de cada país y a lo previsto expresamente en el contrato. La interpretación del sentido de determinadas disposiciones y la exclusión de las figuras jurídicas reconocidas legalmente viene determinada por la norma pactada por las partes, pasando a ser fundamental no sólo el conocimiento del Derecho español, sino también del Derecho comparado.

## 5. CONCLUSIÓN

El impacto del COVID-19 está causando repercusiones a nivel internacional en el ámbito sanitario, económico, sociológico y jurídico, entre otros. Todavía lejos de entender esta crisis como un evento puntual que llega a su fin, la lucha contra el coronavirus se sigue viviendo cada día en hospitales, en los negocios y en el ámbito personal y profesional de la vida diaria de las personas. Debe adoptarse conjuntamente una postura prudente que persiga alcanzar la estabilidad en todos los aspectos, tratando de minimizar la incidencia de la pandemia en la salud sin olvidar la necesidad de ser indulgentes con la actividad económica a fin de conseguir que la crisis en este sector sea lo más moderada posible.

Como consecuencia de todo ello, la normativa ha comenzado a ofrecer respuestas para paliar una situación tan extraordinaria, prácticamente imposible de prever a medio y largo plazo. Asimismo, en los últimos meses se ha observado una tendencia por parte de los tribunales a abandonar su tradicional reticencia a la aplicación de figuras jurídicas previstas para este tipo de escenarios. La interpretación extensiva de la fuerza mayor y la *rebus sic stantibus*, así como la aplicación de determinadas cláusulas de modificación y resolución, abren la puerta a la revisión contractual, teniendo como fin la redefinición de un nuevo equilibrio entre las partes.

Del estudio de estas figuras jurídicas puede observarse que su distinta conceptualización da razón a dos supuestos distintos, debiendo alegarse una u otra

en función de la finalidad que pretenda alcanzarse. La fuerza mayor está pensada para mantener el contrato en los mismos términos, pero la imposibilidad sobrevenida hace que deba diferirse su ejecución o resolverlo ante la frustración definitiva de realizar la prestación. Sin embargo, la *rebus* consiste precisamente en cambiar los términos contractuales, dando la posibilidad a las partes de continuar su relación gracias a la renegociación del equilibrio prestacional. En cualquier caso, habrá que estar a lo pactado si algo ha sido previsto en el contrato, por lo que debe ponerse especial atención a la posible exclusión de estos mecanismos de revisión por la existencia de cláusulas de modificación o resolución contractual.

A pesar de que todavía se desconoce en qué sentido fallarán los tribunales españoles en determinados supuestos, las resoluciones de medidas cautelares indican que el criterio mayoritario responde a esta reinterpretación flexible de conceptos y figuras jurídicas que actúan ante la eventual producción de circunstancias extraordinarias y sobrevenidas. Mientras tanto, en el Derecho comparado el reconocimiento de alternativas de revisión contractual es todavía mayor, siendo previstos no únicamente por acuerdo de las partes a través de cláusulas, sino también en su propia normativa. La agitación de la comunidad jurídica internacional perfila así una nueva etapa que se caracterizará por una exigente necesidad de adaptación a los cambios que recientemente se suceden de forma constante e imprevisible.

En este contexto, la apuesta por mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la negociación, la mediación o el arbitraje es cada vez más frecuente. El colapso de los órganos judiciales se ha agravado por la crisis del COVID-19, haciéndose necesario acudir a otras vías que permitan dar una respuesta rápida y eficaz a los conflictos existentes y a aquellos que irán surgiendo en los próximos meses (Pérez Marcos, 2020). Es momento de flexibilizar y agilizar nuestro sistema jurídico para minimizar las consecuencias de la pandemia y asegurar el buen curso de las relaciones contractuales a través de su modificación o, llegado el caso, su resolución.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ALBIÑANA CILVETI, I. «La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias». Actualidad Jurídica Uría Menéndez, ISSN: 2174-0828 / 49-2018 / 115-140, 2018.

ÁLVAREZ, S. «Pandemia, fuerza mayor y cláusula *rebus sic stantibus* a la luz de la Jurisprudencia». Diario La Ley, N° 9619, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, 2020.

BERBELL, C. *La «rebus sic stantibus» será incluida en el Código Civil catalán, ha anunciado la Generalitat*. Conflegal (online), 2020, disponible en <<https://conflegal.com/20201015-la-rebus-sic-stantibus-sera-incluida-en-el-codigo-civil-catalan-ha-anunciado-la-generalitat/>>. Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2020.

BLANCO GONZÁLEZ, G. y DURÁN VARGAS, M.S. «Las relaciones contractuales en los tiempos del «COVID-19». Incidencia de la cláusula rebus sic stantibus en los contratos tras el impacto de la pandemia y el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo». *Actualidad Civil*, N° 4, Wolters Kluwer, 2020.

CABRERA PADRÓN, C. «El arrendamiento de los locales de negocio en la crisis del coronavirus: “La cláusula rebus sic stantibus un invitado que ha llegado para quedarse”». *Aranzadi digital* num.1/2020 parte Estudios y comentarios, 2020.

CARRASCO PERERA, A. *Contractstrategiesagainsttherecent ‘disturbing’judicial doctrine regarding rebus sic stantibus1 clauses*. Gómez-Acebo&Pombo, 2015, disponible en <<https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/contract-strategies-against-the-recent-disturbing-judicial-dctrine-regarding-rebus-sic-stantibus-clauses.pdf>>. Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2020.

CEREZAL BORAU, P. *Cuáles son los sectores más y menos afectados laboralmente por la crisis del coronavirus*. *Expansión* (online), 2020, disponible en <<https://www.expansion.com/economia/2020/05/08/5eb47395e5fdea-d6458b45d1.html>>. Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020.

DELOITTE. *El impacto económico del COVID-19: Los efectos económicos del COVID-19 y los posibles escenarios globales en función de su desarrollo*. Deloitte (online), 2020, disponible en <<https://www2.deloitte.com/es/es/pages/about-deloitte/articulos/impacto-economico-del-covid19.html>>. Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2020.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A. *Medidas de emergencia y contratos internacionales*. Blogger (online), 2020, disponible en <<https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/04/medidas-de-emergencia-y-contratos.html>>. Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2020.

EQUIPO EDITORIAL DE WOLTERS KLUWER. *Fuerza mayor*. Wolters Kluwer (online), 2020, disponible en <[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUM-jc3NDtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA-4q2LTjUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUM-jc3NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA-4q2LTjUAAAA=WKE)>. Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2020.



FUENTES-LOJO RIUS, A. «Alteración de circunstancias e incumplimiento de obligaciones contractuales. Algunos conceptos clave». Diario La Ley, N° 9658, Sección Tribunal, Wolters Kluwer, 2020.

GARCÍA, L.M. *Consideraciones sobre las Cláusulas de Efecto Material Adverso*. Asuntos legales (online), 2020, disponible en <<https://www.asuntos-legales.com.co/consultorio/consideraciones-sobre-las-clausulas-de-efecto-material-adverso-3058587>>. Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2020.

LÓPEZ MOLINA, M. «Lidiando con lo imprevisible. Consecuencias jurídicas, contractuales, de acontecimientos inesperados y posibles soluciones legales». Diario La Ley, N° 9630, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 2020.

MAGRO SERVET, V. «La crisis del coronavirus y la aplicación de las cláusulas “rebus sic stantibus” en los contratos». El Derecho, Lefebvre (online), 2020, disponible en <<https://elderecho.com/la-tesis-del-coronavirus-la-aplicacion-las-clausulas-rebus-sic-stantibus-los-contratos>>. Fecha de consulta: 14 de diciembre de 2020.

MANZANO DURÁN, M. *La cláusula rebus sic stantibus ha venido para quedarse*. Bufete Barrilero y Asociados Newsletter (online), 2020, disponible en <<https://www.barrilero.com/la-clausula-rebus-sic-stantibus-ha-venido-para-que-darse/>>. Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2020.

MARTÍNEZ PÉREZ, D. y ORQUÍN SERRANO, J.J. «Guía práctica para gestionar una contratación en estado de alarma (COVID-19) y salir airoso». El Consultor de los Ayuntamientos, N° II, Sección A Fondo, Wolters Kluwer, 2020.

MESA MOLINA, J.M. «Las cláusulas MAC o “material adverse change”». Mariscal&Abogados, 2020, disponible en <<https://www.mariscal-abogados.es/las-clausulas-mac-o-material-adverse-change/>>. Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2020.

MOCHOLÍ, E. «Análisis de la evolución jurisprudencial de la cláusula rebus sic stantibus. Su posible aplicación tras la pandemia COVID-19». Actualidad Civil, N° 5, Sección Derecho de los contratos / A fondo, Wolters Kluwer, 2020.

MOLL DE ALBA LACUVE, C. «El moderno derecho civil francés como modelo para la regulación de la cláusula rebus en España». Diario La Ley, N° 9634, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 2020a.

MOLL DE ALBA LACUVE, C. «¿Es la cláusula «rebus sic stantibus» la solución a todos los problemas jurídicos del Covid-19?». Diario La Ley, N° 9668, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 2020b.

ORDUÑA MORENO, J. «La cláusula “rebus sic stantibus” y la crisis derivada del coronavirus». Aranzadi digital num.1/2020 parte Estudios y comentarios, 2020a.

ORDUÑA MORENO, J. *Webinar “La Rebus en tiempos de crisis”*. Canal de YoutubeVLex, 2020b, disponible en <<https://www.youtube.com/watch?v=T-gQP7iEGVo&feature=youtu.be>>. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2020.

PÉREZ MARCOS, E. «Métodos alternativos de resolución de conflictos en tiempos de COVID-19: la gran oportunidad de la mediación». Lefebvre, Revista de Derecho de Familia, N° 89, 2020.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. «Cláusula rebus de necesidad y Cláusula rebus de estabilización: un análisis en el ejemplo de los locales de arrendamiento de local de negocio y de industria». Diario La Ley, N° 9668, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, 2020.

RODRÍGUEZ WEIL, E. «El *rebus sic stantibus* en la contratación internacional». Rev. Bol. Der. (online), N° 16, pp. 42-63, 2013, disponible en: <[http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2070-81572013000200003&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572013000200003&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 2070-8157>. Fecha de consulta: 18 de diciembre de 2020.

SERRANO DE NICOLÁS, A. «Fuerza mayor y clausula rebus sic stantibus entre la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad por el confinamiento derivado del Covid-19». Diario La Ley, N° 9625, Sección Tribunal, Wolters Kluwer, 2020.

TORRES LÓPEZ, A. *Primeros Autos de Medidas cautelares en aplicación de la cláusula rebus sic stantibus en los arrendamientos de local de negocio*. Editorial Jurídica Sepín (online), 2020, disponible en <<https://blog.sepin.es/2020/10/autos-medidas-cautelares-rebus-sic-stantibus-locales-negocio/>>. Fecha de consulta: 3 de diciembre de 2020.

## 7. DOCUMENTACIÓN

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE BARCELONA (ICAB). *Acuerdos de unificación de criterios de los Juzgados de Primera Instancia De Barcelona*. ICAB (online), 2020, disponible en <<https://www.icab.cat/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/ACUERDO-UNIFICACION-DE-CRITERIOS-PRIMERA-INSTANCIA-BCN-Desahucios-y-Rebus-sic-stantibus-12112020.pdf>>. Fecha de consulta: 7 de diciembre de 2020.

**PREMIO DE DERECHO PÚBLICO**  
**“GASCÓN Y MARÍN”**



# DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS AMBIENTALES EN AMÉRICA LATINA: INVISIBLES AL PODER E IMPRESCINDIBLES PARA LA TIERRA

Miriam Jiménez Martínez

## I. INTRODUCCIÓN

América Latina es una región muy importante por su elevada concentración de recursos naturales, convirtiéndose así en la zona con mayor diversidad biológica en el planeta, llegando a albergar varios de los países llamados “megadiversos” por sus ecosistemas privilegiados. Además, posee casi un tercio del agua dulce del mundo, la mitad de los bosques tropicales, el 68% de las reservas de litio, el 43% de cobre y el 20% del petróleo a nivel global<sup>1</sup>. En los últimos años, ha aumentado el número de empresas, nacionales e internacionales, inversoras en energías renovables a gran escala, no sólo de fuentes de hidroelectricidad, sino también a partir del viento, el sol y la biomasa<sup>2</sup>.

Ahora bien, para una adecuada gestión de los recursos naturales es vital encontrar el equilibrio entre economía y desarrollo sostenible, no hacerlo ocasiona los problemas y conflictos tratados a lo largo de este Trabajo. Debe generarse debate social no sólo sobre la importancia de exportar materias primas sino también, de poder transformar parte de ellas en el lugar, siempre con respeto a los estándares ambientales, y de conservar otra parte para la subsistencia de la cultura originaria del continente.

La evolución muestra como en América Latina predomina el modelo económico extractivista<sup>3</sup> con una elevada Inversión Extranjera Directa (IED, en adelante), que en poco o nada ha mejorado la situación monetaria de la mayoría de la población pero que ha dotado de cronicidad la violencia ejercida contra los defensores de derechos humanos ambientales.

---

<sup>1</sup> Vid. “América Latina y el Caribe requiere una adecuada gobernanza de sus recursos naturales para avanzar hacia la transformación productiva”, *CEPAL*, Comunicado de prensa 15 septiembre de 2017.

<sup>2</sup> Cfr. IRENA, “Plan de Acción Regional: Acelerando el despliegue de energía renovable en América Latina”, 2019.

<sup>3</sup> GUDYNAS, E., Memoria seminario internacional “Extractivismo en América Latina... agua que no has de beber”. Santiago de Chile, OLCA y OCMAL, 2014, p.12 y ss.

Las dos grandes categorías de defensores de los derechos ambientales y defensores de los derechos sobre la tierra suelen definirse bajo las expresiones “defensores de los derechos ambientales y sobre la tierra”, “defensores de los derechos ambientales” o simplemente “activistas ambientales”. Así, se usa el término “defensores de derechos humanos ambientales”, de manera que se incluye a todas estas personas<sup>4</sup>. Todas ellas, independientemente de su denominación, tratan de evitar la desposesión de sus tierras ancestrales, la contaminación de sus cultivos, la falta de agua potable y que las empresas transnacionales ubiquen las operaciones más contaminantes en aquellos países con regulaciones ambientales menos estrictas.

La hipótesis del refugio para contaminadores (*pollution heaven hypothesis*), ocupa un lugar importante en América Latina puesto que casi la mitad de la IED en los sectores contaminantes es producto de los flujos que van desde países desarrollados a países en desarrollo. La minería, los hidrocarburos y otros sectores primarios como el forestal tienen un importante impacto medioambiental y en muchos países estos sectores se han desarrollado gracias a las inversiones extranjeras. Mientras se mantenga una estructura productiva con predominio de las industrias extractivas, la inversión extranjera (y nacional) seguirá teniendo un impacto ambiental muy elevado.

Para ilustrar adecuadamente el alcance de la IED en los últimos años en la región, sin ánimo de criminalizarla, vemos como las entradas de IED crecieron desde menos de 50.000 millones de dólares en 2003 hasta un máximo histórico de 189.951 millones en 2013 (en términos nominales) gracias a los altos precios de los productos básicos, que provocaron el incremento de la IED en recursos naturales<sup>5</sup>. Después de la tendencia decreciente de los últimos años, en 2018 las entradas de IED se mantuvieron en 184.287 millones de dólares en América Latina y el Caribe.

Los cinco países con mayores inversiones fueron Brasil, México, seguidos con mucha diferencia de Argentina, Colombia y Panamá. Debemos ser conscientes de que la mayor parte del capital que ingresó en América Latina provino de Europa y los Estados Unidos, aunque China ha aumentado su inversión considerablemente. Mientras Panamá consiguió consolidarse como principal receptor de IED de Centroamérica<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> A lo largo de este Trabajo se utilizará de manera generalizada el término “defensores de derechos humanos ambientales”.

<sup>5</sup> Cfr. CEPAL, Informe Anual 2015, “*La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*”, 2015, pp.19 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. CEPAL, Informe Anual 2019, “*La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*”, 2019, pp. 27 y ss.

Teniendo en cuenta los datos anteriores, es sencillo entender la envergadura de los proyectos que se desarrollan en América Latina gracias a la IED y por tanto, de lo difícil que resulta velar por la conservación de la biodiversidad originaria entre tantos intereses económicos.

Como prueba de ello, tenemos el preocupante aviso que ha emitido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, en adelante) al Estado de Guatemala este 2020 con respecto a la situación de violencia padecida por las personas defensoras de derechos humanos integrantes de organizaciones indígenas y defensores de la tierra y el territorio<sup>7</sup>, instando al Gobierno de dicho país a defender e investigar los asesinatos ocurridos en el primer semestre del año. El testimonio de Joel Raymundo, integrante del movimiento local conservacionista Resistencia Pacífica de la Microrregión de Ixquisis (Guatemala), revela el foco del problema: “Dicen que somos terroristas, delincuentes, asesinos y que tenemos grupos armados aquí; pero en realidad sólo nos están matando”<sup>8</sup>.

Esta campaña de criminalización que relata Joel Raymundo no sólo se da en Guatemala, hablamos de una lacra global que altos dirigentes fomentan con sus discursos y sus falsos juicios mediáticos. En este año convulso, hemos podido escuchar al presidente de Brasil, Jair Bolsonaro, atribuir los incendios en el Amazonas a las ONG ambientalistas que trabajan allí e incluso expresar que: “No consigo matar ese cáncer que son las ONG”<sup>9</sup>. Ataque público que manifiesta el dirigente de un país cuya tasa de mortalidad de personas defensoras de derechos humanos ambientales se sitúa en tercera posición en 2019, sólo por detrás de Colombia y Filipinas<sup>10</sup>.

Tampoco podemos obviar las desafortunadas palabras del presidente mexicano, Andrés Manuel López Obrador, quien recientemente acusó y estigmatizó a las instituciones y organizaciones ambientalistas mexicanas de estar en contra del desarrollo del país tras su férrea oposición al megaproyecto del Tren Maya<sup>11</sup>, que recorrerá la Península del Yucatán con un gran impacto ambiental en territorio indígena.

---

<sup>7</sup> Cfr. CIDH, Comunicado de Prensa No 101.20, “La CIDH condena asesinatos y agresiones contra personas defensoras en Guatemala”, 11 de septiembre de 2020.

<sup>8</sup> Cfr. GLOBAL WITNESS, Informe Anual “¿Enemigos del Estado?”, 2019, p.23. Puede consultarse en [www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/enemies-state/](http://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/enemies-state/).

<sup>9</sup> Vid. “Bolsonaro, sobre la Amazonía: “No consigo matar ese cáncer que son las ONG”, *La Vanguardia*, 4 de septiembre de 2020.

<sup>10</sup> Según datos de la Organización Global Witness en 2020.

<sup>11</sup> Vid. “Ongs rechazan recibir financiamiento internacional para oponerse al Tren Maya”, *La Jornada*, 31 agosto de 2020.

Fruto de la combinación entre intereses económicos y falso desarrollismo, la organización Global Witness estima que en 2019 más de 200 personas<sup>12</sup> fueron asesinadas en el mundo por tratar de defender su tierra, su patrimonio, nuestra vida. Personas que luchan por el derecho a un medio ambiente adecuado, a la conservación de sus tierras y a la protección de sus costumbres. Pelean ante el poder, aun sabiendo que ya están muertos porque su identidad se lo exige.

Aproximadamente, aunque los datos varían por la ausencia de registros estatales, dos tercios de las personas defensoras del medio ambiente asesinadas el año pasado, lo fueron en América Latina<sup>13</sup>. Colombia, Brasil y México ocupan el deshonroso pódium en esta situación consentida. En el resto del mundo, Filipinas constituye el lugar más peligroso para defender los derechos humanos ambientales y en África se torna complicado obtener datos reales.

No obstante, tal y como trataremos en el presente Trabajo existen otras formas de criminalización hacia este colectivo, además de la privación de la vida.

Mención especial haremos a la población indígena, la gran sufridora de esta barbarie, ya que el año pasado, pese a que representan sólo el 5% de la población mundial, el 40% de los asesinados por defender la tierra pertenecían a comunidades indígenas. No sólo no se respeta su identidad sino que se encuentran desposeídos de sus tierras ancestrales por un supuesto desarrollo que no les tiene en cuenta.

Analizaremos los mecanismos de prevención y protección que amparan a los defensores ambientales, desde el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, en adelante) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 hasta el presente Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, conocido como Acuerdo de Escazú.

Las razones que me han llevado a elegir este tema se centran en reconocer la importantísima labor que desempeñan los defensores ambientales en la actualidad como garantes de los derechos de los ciudadanos no escuchados; y plasmar las problemáticas de este grupo vulnerable, más allá de un titular periodístico o de un informe de recuento, intentando concienciar y divulgar que muchas veces bajo la falsa etiqueta verde que se nos vende en Europa, se encuentra la mancha roja en América Latina.

---

<sup>12</sup> Cfr. GLOBAL WITNESS, Informe Anual, “Defender el mañana”, 2020, p.8.

<sup>13</sup> Cfr. *Ibidem*, p.10.



## II. DERECHO A DEFENDER UN MEDIO AMBIENTE SALUDABLE

Los seres humanos somos parte de la naturaleza y nuestros derechos humanos están interrelacionados con el entorno en que vivimos. Los daños ambientales interfieren en el disfrute de los derechos humanos y el ejercicio de esos derechos contribuye a proteger el medio ambiente y promover el desarrollo equilibrado<sup>14</sup>.

Los Estados tienen obligación de respetar los derechos humanos ambientales, protegerlos frente a injerencias perjudiciales y hacerlos cumplir esforzándose para darles plena efectividad. Por consiguiente deben abstenerse de vulnerarlos causando o permitiendo que se causen daños ambientales; protegerlos frente a injerencias perjudiciales en el medio ambiente procedentes de otras fuentes, como las empresas, otros agentes privados y causas naturales; y adoptar medidas efectivas para garantizar la conservación y el uso sostenible de los ecosistemas y la diversidad biológica, de los que depende el pleno disfrute de los derechos humanos<sup>15</sup>.

Sin embargo, parafraseando a Tirso de Molina, existen grandes diferencias entre lo vivo y lo pintado.

Desde Naciones Unidas se ha alertado del aumento de casos de violencia contra las personas que defienden el medio ambiente y los derechos ambientales. Esta situación de gravedad y vulnerabilidad es padecida por un grupo de personas bastante heterogéneo. Incluye defensores<sup>16</sup>, que llevan a cabo una amplia gama de actividades relacionadas con la tierra y el medio ambiente, también los que trabajan en temas relacionados con las industrias extractivas y proyectos de construcción; los que trabajan por los derechos de las comunidades indígenas y de las minorías; periodistas y abogados<sup>17</sup>.

En palabras del Relator Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos: “El asesinato de defensores de los derechos humanos ambientales

---

<sup>14</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, A/HRC/37/59, 24 de enero de 2018.

<sup>15</sup> El Principio Marco 2 sobre los derechos humanos y el medio ambiente así lo establece: “Los Estados deben respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos con el fin de garantizar un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible”.

<sup>16</sup> Entiéndase la referencia ‘defensores’ en toda la obra sin discriminación de género.

<sup>17</sup> Cfr. BORRÀS PENTINAT, S.: “Defensa y resistencia: las personas defensoras de los derechos humanos ambientales”, Tarragona, Thomson Reuters, 2019, Cap.I, Sub.III. La categorización de las personas defensoras de derechos ambientales.

es sólo parte de la violencia generalizada a la cual se enfrentan. Las comunicaciones recibidas por el Relator Especial muestran que los defensores de los derechos humanos ambientales afrontan numerosas amenazas y violaciones incluyendo ataques violentos y amenazas a sus familias, desapariciones forzadas, vigilancia ilícita, prohibiciones de viajar, chantajes, acoso sexual y judicial, y el uso de la fuerza para disipar protestas pacíficas”<sup>18</sup>.

Su situación en América Latina es especialmente alarmante, y es que el aumento de la competencia por la tierra y los recursos constituye la base del incremento de la violencia. Todo ciudadano que muestra su oposición a estos procesos e intenta defender sus derechos y los de su comunidad resulta acosado, criminalizado y caricaturizado. Además, la violación general de derechos fundamentales conñuye con la violación específica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en razón a su especial vinculación a territorios tradicionales y recursos.

En 2011, la CIDH publicó su Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos en las Américas, dejando reflejado el continuo hostigamiento que sufren estos defensores de derechos humanos en la región, tanto de medios de comunicación como de autoridades públicas que los califican como “enemigos del desarrollo”, “atrasa pueblos” o “ecoterroristas”, pronunciamientos que deslegitiman la labor desempeñada por este colectivo y generan un contexto adverso para la defensa de los derechos<sup>19</sup>. Hablaremos del término *racismo ambiental* para describir este contexto en el que siempre resulta perjudicado aquel contemplado como diferente, bien por raza, origen o situación económica<sup>20</sup>.

Las amenazas contra la vida del defensor de derechos humanos ambientales (o la de su familia), su seguridad o su movilidad provienen de múltiples actores como empresas, fuerzas militares, delincuencia, grupos paramilitares o incluso,

---

<sup>18</sup> Cfr. ASAMBLEA GENERAL NACIONES UNIDAS, Informe Relator Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos, A/71/281, 3 de agosto de 2016, párr.30.

<sup>19</sup> “De acuerdo a la información recibida por la Comisión durante el paro petrolero ocurrido en la provincia amazónica de Orellana, parroquia Dayuma, el Presidente de Ecuador, Rafael Correa, el 4 de diciembre de 2007 expresó en su discurso las siguientes afirmaciones “los ecologistas son extorsionadores”, “las comunidades no son las que protestan, sino un grupo de terroristas”; “los ambientalistas románticos y los ecologistas infantiles son los que quieren desestabilizar al gobierno”. Cfr. CIDH, “Segundo Informe sobre la situación de las y los defensores de derechos humanos en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 66, 2011, párr. 321.

<sup>20</sup> Vid. “El racismo ambiental y los daños diferenciados de la pandemia”, *AIDA*, 7 de septiembre de 2020.

miembros de las propias comunidades afines a los proyectos. Si bien los Estados están obligados por el derecho internacional a respetar los derechos humanos, las empresas transnacionales y otras empresas deben respetar los derechos humanos, de conformidad con lo establecido en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos.

Hay informes que indican que algunas empresas han estado involucradas en violaciones de los derechos humanos, que van desde la restricción de las actividades legítimas de los defensores para limitar el ejercicio de sus derechos hasta agresiones perpetradas por empresas de seguridad privadas en nombre de otras empresas. En casi todos los países afectados de América Latina, el Gobierno y los agentes empresariales están involucrados en los asesinatos de defensores de los derechos humanos ambientales, ocasionando que una abrumadora mayoría de las violaciones de derechos humanos permanezcan en la impunidad<sup>21</sup>.

Para el Relator Especial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ello es motivo de extrema preocupación debido al impacto negativo que ocasiona, no sólo a la víctima, al impedirle acceder a la justicia, sino también al movimiento organizativo al que pertenece (ya que se debilita, y se evita la participación de otras personas en este), y a la sociedad misma (por cuanto se le impide conocer la verdad y tomar medidas para evitar la repetición de estos hechos)<sup>22</sup>.

De tal manera que los defensores de los derechos humanos ambientales no confían en el sistema de justicia a la hora de solicitar reparaciones por violaciones<sup>23</sup>.

La consecuencia de lo expuesto es la situación de doble vulnerabilidad a la que se enfrentan los defensores de derechos humanos ambientales: por un lado, frente a los poderes de las grandes corporaciones, que buscan tener acceso a los recursos naturales a costa de las comunidades locales; y por otro, frente al propio Estado, que, como cómplice de las empresas, contribuye a incrementar la vulnerabilidad y la indefensión no sólo de los defensores, sino también de toda la población afectada.

Por el contrario, tienen que lidiar con asesinatos; ejecuciones extrajudiciales; desapariciones forzadas; tortura; tratos crueles, inhumanos o degradantes;

---

<sup>21</sup> Cfr. ASAMBLEA GENERAL NACIONES UNIDAS, Informe Relatora Especial A/71/281, de 3 de agosto de 2016, párr.18, 29 y 45.

<sup>22</sup> Cfr. ASAMBLEA GENERAL NACIONES UNIDAS, Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, A/74/159, de 15 de julio de 2019, párr.23.

<sup>23</sup> Cfr. OBS/FIDH, Informe Anual “No tenemos miedo”, 2014.

detenciones arbitrarias; amenazas físicas y digitales; criminalización; desplazamiento forzado; hostigamiento; estigmatización; ataques digitales; restricciones para intervenir ante órganos internacionales y limitaciones administrativas para convocar manifestaciones y para funcionar.

No se trata de hechos esporádicos o aislados, sino que forman parte de patrones reiterados cuyo propósito es intimidar y eliminar las voces críticas, debilitar su acción e impedir a otras personas desempeñar esta labor<sup>24</sup>. Pero, ¿están haciendo algo ilegal?

## **A) MARCO NORMATIVO DE RECONOCIMIENTO DEL DERECHO**

El primer texto internacional en reconocer los derechos fundamentales del ser humano es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, estableciendo una serie de derechos y libertades básicas propias a nuestra condición de seres humanos, cuya responsabilidad de respeto y garantía es ejercida por los Estados, por ejemplo, el derecho a la vida (art.3), el derecho a no sufrir torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5), el derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales competentes, que nos ampare contra actos que violen nuestros derechos reconocidos por la Constitución o por la ley (art.8).

Además, nadie puede ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (art. 9) y toda persona, según su artículo 10, tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con garantías jurídicas por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. Asimismo, toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público garantizado (art. 11). En sus artículos 19, 20 y 28 se proclaman, los derechos básicos de quienes defienden los derechos humanos, el derecho a la libertad de opinión y de expresión, el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, y el derecho al establecimiento de un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en ella se hagan plenamente efectivos<sup>25</sup>.

Considerando la importancia vital de la labor de los defensores, tanto en el ámbito nacional como internacional, se ha reconocido la existencia de un dere-

---

<sup>24</sup> Cfr. ASAMBLEA GENERAL NACIONES UNIDAS, Resolución A/74/159, de 15 de julio de 2019, párr.15 y 16.

<sup>25</sup> Cfr. BORRÀS PENTINAT, S.: “Defensa y resistencia...”, 2019, Cap.III, Sub. I. Reconocimiento y protección en el ámbito universal.

cho a defender los derechos humanos. Este reconocimiento fue incorporado en la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (Declaración sobre Defensores de Derechos Humanos, en adelante), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1998, la cual en su artículo 1 establece que “toda persona tiene derecho individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional”.

No siendo un instrumento vinculante, la Declaración de Defensores de Derechos Humanos contiene una serie de derechos y principios que basan y reflejan los estándares, jurídicamente vinculantes de protección de los derechos humanos. En el preámbulo de la Declaración se reconoce la legitimidad de las actividades de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales al reconocerse “la valiosa labor que llevan a cabo los individuos, los grupos y las instituciones” en la eliminación de las violaciones, incluidas las derivadas de “la negativa a reconocer el derecho de los pueblos a la libre determinación y el derecho de todos los pueblos a ejercer plena soberanía sobre su riqueza y sus recursos naturales”. Consigue así ser el primer texto internacional en reconocer la necesidad de proteger a los defensores ambientales.

Así, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, de acuerdo con su artículo 5, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en el plano nacional e internacional a: a) reunirse o manifestarse pacíficamente; b) formar organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales, y a afiliarse a ellos o a participar en ellos; c) comunicarse con las organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales. En los artículos 6 y 8 se reconocen los derechos de acceso a la información sobre todos los derechos humanos y libertades fundamentales; y a participar en el gobierno de su país y en la gestión de los asuntos públicos. El artículo 9 reconoce que toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, entre otras cosas, a: denunciar las políticas y acciones de los funcionarios y órganos gubernamentales en relación con violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales mediante peticiones u otros medios adecuados ante las autoridades judiciales, administrativas o legislativas internas del Estado, las cuales deben emitir su decisión sobre la denuncia sin demora indebida. Y el artículo 12 fija que el Estado garantizará la protección por las autoridades competentes de toda persona, individual o colectivamente, frente a toda violencia, amenaza, represalia, discriminación, negativa de hecho o de derecho, presión o cualquier otra acción arbitraria resultante del ejercicio legítimo de los derechos mencionados en la presente Declaración.

Eso sí, el defensor de derechos humanos debe cumplir tres requisitos ineludibles: defender, promover o proteger los derechos humanos; desarrollar su labor de defensa desde la no violencia y aceptar el carácter universal de los derechos humanos<sup>26</sup>.

El reconocimiento del derecho a defender los derechos humanos se ha consolidado a nivel internacional en los sistemas europeo, africano y americano. En el caso de Europa, las Directrices de la Unión Europea sobre los Defensores de Derechos Humanos aprobadas en 2004, incluyen dentro de su objeto “apoyar y reforzar la labor de promoción y estímulo del respeto del derecho a defender los derechos humanos que realiza la Unión<sup>27</sup>”.

A su vez, en el caso de África en 1999, la Unión Africana adoptó la Declaración de Grand Bay reconociendo la Declaración sobre Defensores de Naciones Unidas y la importancia del desarrollo de la sociedad civil como elementos fundamentales en el proceso de creación de un entorno favorable a los derechos humanos en África<sup>28</sup>.

En las Américas, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA, en adelante) ha reconocido el derecho a defender los derechos y su importancia en diversas resoluciones a partir de 1999. Al respecto, en su Resolución 1671 de 7 de junio de 1999 la Asamblea General<sup>29</sup>, tomando en cuenta los principios establecidos en la Declaración sobre los Defensores, exhortó a los Estados miembros “a continuar sus esfuerzos tendentes a otorgar a los defensores de derechos humanos las garantías y facilidades necesarias a fin de seguir ejerciendo libremente sus tareas de promoción y protección de los derechos humanos, en el plano nacional y regional, de conformidad con los principios y acuerdos reconocidos internacionalmente”.

En el caso del sistema interamericano, el derecho a defender los derechos humanos ha sido reconocido tanto por la Comisión como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en adelante). La CIDH ha precisado

---

<sup>26</sup> Cfr. MARTÍN QUINTANA, M., EGUREN FERNÁNDEZ, E.: “Protección de defensores de derechos humanos: buenas prácticas y lecciones a partir de la experiencia”, Bruselas, Protection International, 2011.

<sup>27</sup> Pueden verse en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGIS-SUM%3A133601>

<sup>28</sup> Puede consultarse en: <http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/flcha.php?entidad=Textos&id=4121>

<sup>29</sup> Puede comprobarse en: <http://www.oas.org>

el alcance del derecho a defender los derechos humanos indicando que su ejercicio no puede estar sujeto a restricciones geográficas e implica la posibilidad de promover y defender libre y efectivamente cualquier derecho cuya aceptación es indiscutida<sup>30</sup>.

Por su parte, la Corte IDH es el único tribunal internacional que ha señalado que la labor de los defensores es fundamental para la implementación universal de los derechos humanos, así como para la existencia plena de la democracia y el Estado de Derecho<sup>31</sup>.

Los defensores de derechos humanos son personas que promueven o procuran de cualquier forma la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos a nivel nacional o internacional, incluidos los defensores ambientales. El criterio identificador de quien debe ser considerado defensor de derechos humanos es la actividad desarrollada por la persona y no otros factores como la constancia, el recibir remuneración por su labor, o el pertenecer a una organización civil o no. Todas las personas pueden ejercer este derecho, independientemente de su raza, color, sexo<sup>32</sup>, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, ya que lo importante es la actividad que se realiza<sup>33</sup>. Son un pilar esencial para el fortalecimiento y la consolidación de las democracias, ya que el fin que motiva la labor que desempeñan tiene repercusiones en la sociedad en general, y busca el beneficio de la misma<sup>34</sup>.

Precisamente, la relación entre defensa ambiental y protección de los derechos humanos, que manifiestan los defensores ambientales, ha sido reconocida por Hina Jilani, Representante Especial de Naciones Unidas para los Defensores de Derechos Humanos, según la cual el término defensores de derechos humanos reconoce a aquéllos que luchan por la promoción, protección, e implementación de los derechos sociales económicos y culturales. En consecuencia, aquéllos que

---

<sup>30</sup> Cfr. CIDH, Informe Anual “Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/15, 2016, párr.26.

<sup>31</sup> Cfr. BORRÀS PENTINAT, S., “La contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la protección de los defensores ambientales” en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 9, octubre 2015-marzo 2016, pp. 3-25.

<sup>32</sup> En América Latina, por ejemplo, las defensoras se encuentran entre los defensores de los derechos humanos ambientales más amenazados, debido a la naturaleza de la labor que desempeñan en materia de derechos humanos y a su género (A/71/281).

<sup>33</sup> Cfr. ASAMBLEA GENERAL NACIONES UNIDAS, Resolución A/74/159..., párr.6

<sup>34</sup> Cfr. CIDH, Informe Anual “Criminalización de defensoras...”, 2016, párr.29.

defienden el derecho a un medio ambiente sano, o que promueven los derechos de los pueblos indígenas se encuentran sin duda alguna dentro de la definición de defensores de derechos humanos<sup>35</sup>. De esta manera se considera que los derechos humanos y el medio ambiente son interdependientes.

También la Asamblea General de la OEA, en su Resolución AG/RES 1819 de 2001, ha destacado la importancia de estudiar la relación que pueda existir entre el medio ambiente y los derechos humanos, reconociendo la necesidad de promover la protección del medio ambiente y el pleno disfrute de todos los derechos humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos no hace referencia expresa al medio ambiente pero podemos encontrar una base jurídica en la que establecer el derecho a un medio ambiente saludable, en su artículo 25, que dice “toda persona tiene el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...”.

Debido a la alarmante situación de los defensores de derechos humanos ambientales en todo el mundo, Naciones Unidas intenta eliminar los vacíos legales y ampliar la protección reconocida a este colectivo instando a los Estados a reconocer plenamente la importante labor llevada a cabo por los defensores que trabajan en cuestiones ambientales y relativas a la tierra, buscando un equilibrio entre el desarrollo económico y el respeto al medio ambiente.

Por su parte, el Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos en su Informe ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de agosto de 2016, establecía que el Estado tiene el deber de respetar el derecho de toda persona a promover y proteger un medio ambiente sin riesgos, limpio, sano y sostenible, que es vital para el disfrute del amplio abanico de derechos humanos. Asimismo, tiene el deber paralelo de proteger a los defensores de los derechos humanos ambientales frente a las violaciones cometidas por agentes estatales y no estatales. Es fundamental proteger a los defensores de los derechos humanos ambientales para proteger el medio ambiente y los derechos humanos que de él dependen<sup>36</sup>.

A los defensores de los derechos humanos ambientales les define, como hemos mencionado anteriormente, su actividad, aquello que hacen. Siempre que

---

<sup>35</sup> Cfr. BORRÀS PENTINAT, S., “La contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...” en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 9.

<sup>36</sup> Cfr. ASAMBLEA GENERAL NACIONES UNIDAS, Informe Relatora Especial A/71/281, 3 de agosto de 2016, párr. 4.



protejan los derechos ambientales y los derechos sobre la tierra, da igual si trabajan como periodistas, activistas o abogados; si viven en aldeas, bosques o montañas, o si representan a comunidades indígenas; mientras denuncien y se opongan a la destrucción de la biodiversidad de su entorno o la usurpación territorial, serán defensores de derechos humanos ambientales. Con carácter general, actúan sin saber que les ampara la normativa internacional pero lo cierto es que, tienen reconocidos todos los derechos y medios de protección establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos. Los Estados tienen la obligación de proteger esos derechos, así como el derecho a defender los derechos humanos y el derecho a la vida, la libertad y la seguridad, estableciendo un entorno seguro y propicio para que los defensores actúen sin amenazas, hostigamiento, intimidación ni violencia. Pese a la transparencia del derecho internacional de los derechos humanos a este respecto, el aumento de la violencia, incluidos asesinatos, contra defensores de los derechos humanos ambientales en todo el mundo indica una situación de crisis mundial.

Muestra de la envergadura del problema es que hayan aumentado las represalias ejercidas contra los defensores de los derechos humanos ambientales que protestan contra los daños ambientales ocasionados por proyectos financiados por instituciones financieras internacionales. Existe una brecha abismal entre los compromisos de participación y rendición de cuentas contraídos y la situación sobre el terreno. Según recogía el Relator Especial de Derechos Humanos en 2016<sup>37</sup>, los detractores de proyectos financiados por el Banco Mundial han sido objeto de amenazas, tácticas intimidatorias e imputaciones penales infundadas.

En esta dispersión y falta de voluntad política a la hora de “saber” proteger a los que nos protegen, se perflaron las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible<sup>38</sup>.

Sin embargo, para dar un cumplimiento óptimo en la práctica a dichas obligaciones, en 2018 el Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, presentó en su Informe ante el Consejo de Dere-

---

<sup>37</sup> Vid. “Bajo su propia responsabilidad: represalias contra detractores de proyectos del Banco Mundial”, *Human Rights Watch*, 2015.

<sup>38</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe Experto Independiente A/HRC/25/53, 30 de diciembre de 2013, párr.15.

chos Humanos, los Principios Marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente<sup>39</sup>, concretando de esta manera el contenido del derecho humano al medio ambiente saludable.

Los Principio Marco establecen la necesidad de que los Estados garanticen de manera efectiva los derechos humanos para que se pueda conservar y mantener un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible al más alto nivel posible. Se reitera que no cabe la discriminación pero si surge algún caso, la protección frente a ella será igual de efectiva para todos. Por supuesto, resulta de extraordinaria importancia la consecución por parte de los Estados, de un entorno seguro en el que se respeten la libertad de expresión, reunión y manifestación en cuestiones ambientales, educando a la sociedad en el respeto al medio ambiente.

Con el impacto de los Principios Marco y debido a la emergencia climática en la que nos encontramos, el 21 de marzo de 2019 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó en su 40° período de sesiones, la Resolución de Reconocimiento de la contribución que hacen los defensores de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente al disfrute de los derechos humanos, la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible (A/HRC/RES/40/11).

Admitió la importante y legítima contribución que desempeñan los defensores de los derechos humanos relativos al disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, mostrándose profundamente preocupado por el enorme riesgo y exposición al que están sometidos y por la ausencia de mecanismos de protección reales con los que los defensores puedan hacer frente a la utilización de leyes con ánimo de obstaculizar o limitar su labor y puesto en peligro su seguridad infringiendo el Derecho Internacional. Condena enérgicamente las represalias, los actos de violencia, los ataques selectivos, las medidas de criminalización, las intimidaciones, las detenciones arbitrarias, las torturas, las desapariciones y los asesinatos cometidos contra defensores de los derechos humanos y otras personas por promover dichos derechos, presentar denuncias y recabar información sobre violaciones y vulneraciones de los derechos humanos o cooperar con mecanismos nacionales, regionales e internacionales.

Por ello, exhorta de nuevo a los Estados a que adopten todas las medidas necesarias para garantizar los derechos, la protección y la seguridad de todas las personas, incluidos los defensores de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente, que ejercen, tanto en el entorno virtual como fuera de él, derechos como los relativos a las libertades de opinión, de expresión, de reunión

---

<sup>39</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe Relator Especial A/HRC/37/59, de 24 de enero de 2018.

pacífica y de asociación, que son esenciales para la promoción y protección de los derechos humanos y la protección y conservación del medio ambiente; a velar por que la promoción y la protección de los derechos humanos no sean perseguidas penalmente ni se impida a los defensores de dichos derechos disfrutar de los derechos humanos universales por razón de su labor, tanto si actúan individual como colectivamente, y a que impidan y erradiquen la detención y reclusión arbitraria contra este colectivo.

En esa dirección se ha encaminado América Latina y el Caribe con el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, también llamado Acuerdo de Escazú, adoptado el 4 de marzo de 2018, en San José, Costa Rica y que es especialmente relevante para salvaguardar los derechos de los defensores y defensoras. En este sentido, este Acuerdo representa la adopción del único acuerdo jurídicamente vinculante derivado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), el primer tratado sobre asuntos ambientales de la región y el primero en el mundo que incluye disposiciones sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales<sup>40</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto más adelante, este tratado tiene por objeto luchar contra la desigualdad y la discriminación y garantizar los derechos de todas las personas a un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible, dedicando especial atención a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad y colocando la igualdad en el centro del desarrollo sostenible. Así, según establece su artículo 1, su objetivo principal es “garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible”.

Constituye el impulso definitivo para empoderar y proteger a este colectivo tan castigado a nivel global, así como volver a demostrar la urgencia de reconocer expresamente el derecho humano a un medio ambiente saludable en un texto internacional<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Cfr. BORRÀS PENTINAT, S.: “Defensa y resistencia...”, 2019, Cap.III, Sub. II. Los instrumentos jurídicos de ámbito regional.

<sup>41</sup> Vid. ENVIRONMENT-RIGHTS, Carta sobre el Derecho al Medio ambiente, 2020. Puede leerse en: <https://environment-rights.org/es/carta-sobre-el-derecho-al-medio-ambiente/>

## **B) LOS DERECHOS HUMANOS AMBIENTALES**

El deterioro o la pérdida ambiental del hábitat derivada de las industrias extractivas, de la sobreexplotación de las tierras o de la tala ilegal y la deforestación, impactan sobre las condiciones de vida, sobre la salud y la autonomía en la alimentación y la degradación de los recursos naturales.

Cuando hablamos de la interdependencia entre derechos humanos y medio ambiente nos estamos refiriendo a que la aparición de daños ambientales puede afectar a todos los derechos humanos. Sin un medio idóneo no podemos disfrutar plenamente de todos los derechos básicos del ser humano. Como ha declarado el propio Consejo de Derechos Humanos en su Resolución 16/11, “los daños ambientales pueden tener consecuencias negativas, tanto directas como indirectas, en el disfrute efectivo de los derechos humanos”.

No obstante, algunos derechos humanos son más susceptibles que otros ante determinado tipo de daño ambiental. Asimismo, también hay grupos especialmente vulnerables (ej. pueblos indígenas<sup>42</sup>, niños/as, personas con capacidades diferentes, mujeres,...) en los que los daños ambientales “se dejarán sentir con más fuerza”, ante lo cual “los Estados están jurídicamente obligados a hacer frente a estas vulnerabilidades, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación”<sup>43</sup>.

Los derechos humanos ambientales se han clasificado en dos grupos<sup>44</sup>:

- aquellos cuyo disfrute es particularmente vulnerable ante la degradación del medio ambiente, también denominados derechos sustantivos (por ej. el derecho a vivir en un ambiente sano, derecho a la salud y a un nivel de vida digno, incluyendo el derecho a la alimentación, a la tierra y el territorio);

- y aquellos con cuyo ejercicio se configura una mejor formulación de políticas ambientales, también identificados como derechos procedimentales o instrumentales (por ej. derechos a la libertad de expresión, asociación y reunión

---

<sup>42</sup> “Los pueblos indígenas son particularmente vulnerables a la degradación del medio ambiente no solo por su especial relación espiritual y cultural con sus territorios ancestrales, sino también en razón de su dependencia económica de los recursos ambientales y porque “a menudo viven en tierras marginales y ecosistemas frágiles que son particularmente sensibles a las alteraciones en el medio ambiente físico”. Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, A/HRC/10/61, 15 de enero de 2009, párr. 51.

<sup>43</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe del Relator Especial, A/HRC/31/52, 1 de febrero de 2016, párr. 81.

<sup>44</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe preliminar del Experto independiente John H. Knox, A/HRC/22/43, 24 de diciembre de 2012, párr. 17.

pacífica, acceso a la información ambiental, participación pública y acceso a la justicia o el derecho a la consulta previa y consentimiento libre).

A continuación, una breve reseña de cada uno de estos derechos.

a) El derecho a vivir en un medio ambiente sano;

Empezando por los derechos sustantivos, en primer lugar, tenemos el derecho a vivir en un medio ambiente sano. Se trata de un derecho con marcado reconocimiento en el Derecho internacional, tanto en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (1972), “el hombre tiene el derecho fundamental a [...] el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras<sup>45</sup>”; como en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), la cual en su Principio 1 prevé que “los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible”, y que estos “tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007 recoge en su artículo 29, su derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Cada vez es más evidente que los daños ambientales afectan más a las personas y los grupos en desventaja, ya que son más vulnerables a las enfermedades surgidas por el deterioro ambiental –por ej. contaminación del aire y del agua–, o a los desastres extremos ocasionados por el cambio climático, a la feroz urbanización, entre otros. No obstante, cuando el mismo patrón se repite con asiduidad y siempre resulta afectado aquel vulnerable, términos como *racismo ambiental*<sup>46</sup> enmarcan la pobreza como sinónimo de perjudicado ambiental. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar la conservación y protección, sin discriminación alguna.

---

<sup>45</sup> Cfr. United Nations. Report of the United Nations Conference on the Human Environment. Stockholm, 5-16, June 1972, p. 5.

<sup>46</sup> El concepto de racismo ambiental fue acuñado por el reverendo e investigador Benjamin Chavis en el marco de luchas por la justicia ambiental durante la década de 1980 en relación con la desigual exposición a riesgos ambientales y sus impactos, que afectaba de manera negativa a comunidades de color en Estados Unidos. Según Chavis, el racismo ambiental es «la discriminación racial en la elaboración de la política ambiental y en la aplicación de las leyes y reglamentos, la elección deliberada de comunidades de gente de color para colocar vertederos de residuos tóxicos, la aprobación oficial de la presencia de venenos y contaminantes en nuestras comunidades, y la historia de exclusión de la gente de color del liderazgo del movimiento ambiental» (Grossman, 1992).

En las Américas, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, prevé que “toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano”. Ahora bien, se presentan cinco obligaciones exigibles a los Estados y que determinan la efectividad de este derecho: en primer lugar, garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, un medio ambiente sano para vivir; en segundo lugar, garantizar a toda persona, servicios públicos básicos; en tercer caso, promover la protección del medio ambiente; en cuarto lugar, promover la preservación del medio ambiente y, en quinto lugar, promover la mejora del medio ambiente<sup>47</sup>.

Según fija el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el reciente Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible (A/HRC/43/53, 30 diciembre de 2019), dicho derecho está expresamente garantizado en los tratados regionales ratificados por 129 Estados. Esto incluye 52 Estados que son partes en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 45 Estados que son parte en el Convenio de Aarhus, 16 Estados que son parte en el Protocolo de San Salvador y 16 Estados que son parte en la Carta Árabe de Derechos Humanos. A 5 de noviembre de 2020, 11 Estados han ratificado el Acuerdo de Escazú de América Latina y el Caribe, debiendo seguir a partir de ahora las instrucciones marcadas para su entrada en vigor.

En la actualidad, como ya se ha mencionado anteriormente, son muchos los países que garantizan a sus ciudadanos el derecho constitucional a un medio ambiente saludable, sin embargo, en muchos de ellos falta efectividad para aplicarlo.

b) El derecho a la salud y a un nivel de vida digno;

Otro de los derechos ambientales que atañe a la labor de los defensores es el derecho a la salud y a la vida digna, que también juega un papel importante en el Derecho internacional. Por un lado, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estima en su artículo 10, que “toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

Por otra parte, la CIDH ha vinculado la tutela del derecho a la salud y a un nivel de vida digno con la protección del medio ambiente y de los recursos naturales que lo integran. Si una actividad contamina el entorno y diversidad bio-

---

<sup>47</sup> Cfr. BORRÀS PENTINAT, S., “Defensa y resistencia...”, 2019, Cap.II, Sub.II.1 Los derechos ambientales de carácter sustantivo.

lógica que algún ciudadano utiliza para vivir y desarrollarse, estaremos ante una violación al derecho a la salud y la vida digna<sup>48</sup>.

De esta forma podemos incluir en este apartado el violentado derecho a la tierra y el territorio, vulnerado reiteradamente por el acaparamiento de tierras y con consecuencias nefastas, tales como el desplazamiento forzoso de la población. La Convención Americana sobre Derechos Humanos tutela el derecho a gozar de la propiedad al disponer que “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”.

Respecto de este derecho a la tierra, además de contar con una dimensión individual, la jurisprudencia de la Corte IDH ha confirmado la dimensión colectiva de este derecho y su aplicabilidad a las tierras y territorios tanto de pueblos indígenas como de comunidades locales, campesinos y otros grupos que se encuentran directamente asociados con su medio ambiente como fuente de sustento y cultura<sup>49</sup>.

Además, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 11 que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

De esta forma incluye también dentro del derecho a la salud y a un nivel de vida digno, el derecho a la alimentación reconocido en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual estableció el derecho a la alimentación adecuada y el derecho de vivir sin hambre. De acuerdo con el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, este incluye la obligación de asegurar el “acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra por dinero, a una alimentación... adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales... y garantice una vida psíquica y física... libre de angustias, satisfactoria y digna”<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr. CANÇADO TRINDADE, A.A., “The Contribution of International Human Rights Law to Environmental Protection, with Special Reference to Global Environmental Change”, en *Environmental Change and International Law*, Edith Brown Weiss, Ed., 1992, p. 274.

<sup>49</sup> Cfr. CORTE IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 118.

<sup>50</sup> Cfr. OLIVER DE SCHUTTER, “Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, adecuada”, Folleto Informativo N° 27, 2008.

Cabe destacar que la salud requiere una serie de garantías para conseguir una vida saludable, así se relaciona el acceso a la alimentación y al agua. La Corte IDH ha señalado que la salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedades.

El acceso al agua, a la alimentación y la salud son obligaciones de realización progresiva, sin embargo, los Estados tienen obligaciones inmediatas, como garantizarlos sin discriminación y adoptar medidas para lograr su plena realización.

c) Los derechos a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica;

Estos derechos ambientales de carácter instrumental no sólo permiten una mejor formulación de políticas ambientales, sino que son los que permiten a las personas defensoras de derechos ambientales ejercer su actividad de defensa. De ahí, que, a pesar de su carácter procedimental o intermediario se consideran “derechos vitales”.

Se encuentran regulados en numerosos tratados de protección de los derechos humanos, principalmente, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 7, 8, 19, 20 y 21) y se desarrollan más extensamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, 19, 21, 22 y 25).

Este conjunto de derechos es vulnerado cada vez que una persona defensora de derechos ambientales es violentada o la asociación a la que pertenece. Las asociaciones ambientalistas tienen una posición difícil y arriesgada, siendo disueltas<sup>51</sup> u objeto de agresiones, amenazas, sabotajes o suspendidas de sus actividades, por oponerse a determinadas actividades de explotación de los recursos naturales.

La obligación de los Estados es proteger y facilitar los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación en el contexto de la defensa del medio ambiente, y procurar porque los intereses económicos no vulneren esos derechos.

Los artículos 5 y 7 de la Declaración sobre los Defensores de Derechos Humanos dicen que “a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en el plano nacional e internacional... a reunirse o manifestarse pacíficamente y a formar organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales, y a afiliarse a ellos o a participar en ellos” y que “toda persona tiene derecho, individual o

---

<sup>51</sup> Vid. “Ecuador: Decisión arbitraria de disolución de la ONG Acción Ecológica”, *FIDH*, 21 diciembre 2016.



colectivamente, a desarrollar y debatir ideas y principios nuevos relacionados con los derechos humanos, y a preconizar su aceptación”.

Sobre el derecho de reunión pacífica, la Relatora Especial para los defensores de los derechos humanos ha mencionado que: “el derecho a reunirse pacíficamente es esencial para los defensores de los derechos humanos; sin la garantía de este derecho y protección contra su violación por funcionarios del Estado y entidades no estatales, la capacidad de los defensores de desempeñar su función de protección y promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales queda sumamente restringida”<sup>52</sup>.

El derecho de asociación es, de manera similar, fundamental para el trabajo de los defensores de derechos humanos ambientales y el derecho a manifestarse, igualmente, es instrumental para lograr la participación en una sociedad democrática.

Así, los Estados tienen la obligación de proteger el ejercicio de los derechos a la reunión, a la asociación y a la protesta, inclusive cuando es en contra de las empresas y de otros actores no estatales.

d) El derecho de acceso a la información ambiental, participación pública y a la justicia;

En la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19) se afirma que el derecho a la libertad de expresión incluye la libertad de “buscar, recibir y difundir informaciones”. El derecho a la información también resulta de vital importancia para el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la participación<sup>53</sup>. En palabras del entonces Relator Especial sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, “el derecho a la información y la participación no solo es un derecho en sí mismo, sino que además es esencial para el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la vida, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y el derecho a una alimentación adecuada, entre otros” (A/HRC/7/21, 18 febrero 2008, pág. 2).

Los derechos de acceso a la información, de participación pública y a la justicia en asuntos ambientales constituyen un vínculo muy importante en la relación

---

<sup>52</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos, A/HRC/19/55, 21 diciembre 2011.

<sup>53</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe Experto Independiente A/HRC/25/53, 30 de diciembre de 2013, párr. 15.

entre el medio ambiente y los derechos humanos, en la medida que son la base de la democracia ambiental y la buena gobernanza<sup>54</sup>.

El Principio 10 de la Declaración de Río (1992) se sustenta en tres derechos interdependientes: el derecho a acceder en forma oportuna y efectiva a la información ambiental; el derecho a participar en la toma de decisiones que afecten el medio ambiente, y el derecho a acceder a la justicia para asegurar el cumplimiento de las leyes y derechos ambientales o el resarcimiento por daños. Garantizar a todas las personas estos derechos es un elemento central para combatir la desigualdad y avanzar hacia la sostenibilidad ambiental del desarrollo<sup>55</sup>. Estos derechos no sólo aseguran el tratamiento de los problemas ambientales que afectan señaladamente a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad, sino que además garantizan que las necesidades de estos grupos sean adecuadamente tomadas en cuenta.

El acceso a la información es un derecho humano ampliamente reconocido, esencial para que las personas puedan proteger y defender sus derechos humanos de un impacto ambiental potencialmente perjudicial. El acceso público a la información ambiental permite una mayor transparencia en la toma de decisiones y contribuye a forjar la confianza con las autoridades, facilita que los individuos comprendan en qué medida el daño ambiental puede menoscabar sus derechos, incluidos sus derechos a la vida y la salud, capacita para plantear soluciones alternativas, aumenta la eficiencia y eficacia de las políticas y regulaciones ambientales y sirve de apoyo al ejercicio de otros derechos, como los derechos de expresión, asociación, participación y reparación.

Este derecho permite a su vez la participación pública en los temas ambientales, en la medida que una participación informada permite integrar todas las perspectivas y preocupaciones en el proceso de adopción de las decisiones ambientales, a la vez que incentiva el diálogo y aumenta la capacidad de los gobiernos para responder a las inquietudes y demandas públicas de manera oportuna, construir consensos y mejorar la aceptación y el cumplimiento de las decisiones ambientales, contribuyendo a prevenir futuros conflictos socio ambientales. Los derechos de información y de participación pública en los temas ambientales son dos pilares fundamentales para la actividad desarrollada por los defensores ambientales.

---

<sup>54</sup> Cfr. UNEP, Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, Adoptadas por el Consejo de UNEP en la Decisión SS. XI/5, parte A de 26 de febrero de 2010.

<sup>55</sup> Cfr. CEPAL, Informe Anual “Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe”, 2018, p.9.

El derecho de toda persona a participar en forma individual o colectiva en la toma de decisiones que afecten al medio ambiente se refiere a la posibilidad de los ciudadanos de proporcionar sugerencias cuando todas las opciones y soluciones aún son posibles, y de incidir en las decisiones respecto de normas, políticas o estrategias susceptibles de causar un impacto ambiental<sup>56</sup>. Asimismo, de acuerdo con la evidencia acumulada, la participación ciudadana en la toma de decisiones puede mejorar la calidad y la aceptación de las decisiones resultantes de procedimientos en asuntos ambientales y es una herramienta para la reducción de la desigualdad y la pobreza.

Entre los tratados relativos al medio ambiente que prevén la participación pública figuran el Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes (art. 10), el Convenio sobre la Diversidad Biológica (art. 14, párr. 1), la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación (arts. 3 y 5) y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (art. 6 a)<sup>57</sup>.

En este contexto, el Acuerdo de Escazú, junto con el Convenio de Aarhus son los dos acuerdos jurídicos internacionales de ámbito regional, que regulan y refuerzan de forma específica estos derechos. En concreto, el Convenio de Aarhus establece que cada Parte los garantizará, de conformidad con las disposiciones del Convenio, “a fin de contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar” (art. 1). Y el Acuerdo de Escazú, también en su primer artículo, regula estos derechos con el fin de contribuir “a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible”.

Sin embargo pese a su reconocimiento constitucional e internacional, hay veces que el derecho a la participación pública se limita a cumplir con los requerimientos formales poniendo demasiados obstáculos o se articula tarde, con lo cual no se garantiza su plena efectividad. Constituye un desafío establecer una calidad estándar que resulte satisfactoria.

Por último, respecto al derecho de acceso a la justicia todos los acuerdos de derechos humanos desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, han establecido que los Estados deben prever “recursos efectivos” en caso de viola-

---

<sup>56</sup> Cfr. *Ibidem*, p.14.

<sup>57</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe Experto Independiente A/HRC/25/53, 30 de diciembre de 2013, párr.38.

ción de los derechos que en ellos se protegen, incluyendo los derechos humanos vulnerados por daños ambientales.

El Principio 10 de la Declaración de Río establece: “Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”. Concretamente, los Estados están obligados a: a) adoptar y aplicar marcos jurídicos para proteger contra daños ambientales que puedan vulnerar los derechos humanos, y b) regular a los agentes privados para proteger contra esos daños.

El acceso a la justicia es fundamental para los defensores de derechos humanos ambientales, pues facilita la capacidad del público para hacer valer su derecho a participar, ser informado y responsabilizar a los reguladores y contaminadores por los daños ambientales.

Tal y como se expuso en epígrafes anteriores, el artículo 9 de la Declaración sobre los Defensores de Derechos Humanos establece que: “Toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido presuntamente violados tiene el derecho, bien por sí misma o por conducto de un representante legalmente autorizado, a presentar una denuncia ante una autoridad judicial independiente, imparcial y competente o cualquier otra autoridad establecida por la ley y a que esa denuncia sea examinada rápidamente en audiencia pública, y a obtener de esa autoridad una decisión, de conformidad con la ley, que disponga la reparación, incluida la indemnización que corresponda, cuando se hayan violado los derechos o libertades de esa persona, así como a obtener la ejecución de la eventual decisión y sentencia, todo ello sin demora indebida”.

Para establecer recursos efectivos, los Estados deben velar por que los particulares tengan acceso a procedimientos judiciales y administrativos que se ajusten a requisitos básicos, entre ellos que los procedimientos: a) sean imparciales, independientes, asequibles, transparentes y justos; b) sirvan para examinar reclamaciones de manera oportuna; c) dispongan de la competencia técnica y los recursos necesarios; d) incluyan un derecho de apelación a un órgano superior; y e) emitan decisiones vinculantes, particularmente en relación con la adopción de medidas provisionales, las indemnizaciones, las restituciones y las reparaciones en la medida necesaria para ofrecer recursos efectivos por las violaciones<sup>58</sup>.

Además, las buenas prácticas relacionadas con el acceso a la justicia y a los recursos efectivos tienen a menudo por objeto superar tres grandes obstáculos: la

---

<sup>58</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe Relator Especial A/HRC/37/59, de 24 de enero de 2018, párr. 29.

legitimación para presentar demandas, las barreras económicas y la falta de experiencia judicial en cuestiones medioambientales<sup>59</sup>. En la mayoría de los Estados en los que su Constitución reconoce el derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, los particulares y las organizaciones no gubernamentales están facultados para entablar acciones judiciales por la vulneración de este derecho o de las leyes medioambientales.

Los Estados deben garantizar que los individuos tengan acceso a recursos, sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal mediante una legitimación activa amplia; a mecanismos de asistencia para eliminar o reducir los obstáculos financieros para impugnar cualquier norma, decisión, acto u omisión de las autoridades públicas que contraviene o puede contravenir las obligaciones de derecho ambiental; a mecanismos oportunos y efectivos de ejecución de las decisiones, así como medidas cautelares y de reparación, y a asegurar la plena realización de los demás derechos de procedimiento, es decir, el derecho al acceso a la información y la participación pública para remediar cualquier violación de sus derechos, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones de derecho ambiental.

e) El derecho a la consulta previa y consentimiento libre e informado;

La OIT reconoce en el Convenio 169 por primera vez los derechos colectivos de los pueblos indígenas no siendo hasta la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007 cuando se reconoce internacionalmente su derecho a la libre determinación. Los Estados están obligados a respetar los derechos de los pueblos indígenas divididos en cinco: el derecho a la no discriminación; el derecho al desarrollo y el bienestar social; el derecho a la integridad cultural; el derecho a la propiedad, acceso, uso y control de las tierras, territorios y recursos naturales; y el derecho a la participación política y al consentimiento libre, previo e informado<sup>60</sup>.

Los derechos de procedimiento de los pueblos indígenas han recibido un reconocimiento especial, en concreto, el llamado consentimiento libre, previo e informado. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 señala que “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

---

<sup>59</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe del Relator Especial, Derecho a un medio ambiente saludable, A/HRC/43/53 de 30 diciembre de 2019, párr. 30.

<sup>60</sup> Cfr. CEPAL, Informe Anual “Acceso a la información...”, 2018, p. 99.

En la medida que muchas personas defensoras de derechos humanos ambientales pertenecen y defienden los derechos de comunidades indígenas, este derecho procedimental se convierte en fundamental. No se trata de una mera consulta, sino que este derecho es vinculante para el Estado o empresa que pretende promover un proyecto o actividad sobre territorio indígena.

Este consentimiento debe cumplir tres requisitos: en primer lugar, darse con libertad, sin presiones ni manipulaciones por parte del Estado o empresas implicadas; en segundo lugar, debe ser previo, es decir, en la fase inicial o incluso antes del proyecto. Las comunidades deben tener tiempo para decidir, votar y elegir según su organización interna. Y en tercer lugar, debe ser un consentimiento informado, de manera precisa, entendible y con todas las garantías, nada de información velada o no afín a la realidad del proyecto.

La Corte IDH ha ampliado la comprensión del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas. En el caso del pueblo indígena Saramaka contra el Estado de Surinam, la Corte consideró que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrán un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también de obtener su consentimiento libre, previo e informado, según sus costumbres y tradiciones.

### **III. AMÉRICA LATINA: SITUACIÓN ACTUAL Y OPORTUNIDADES ANHELADAS**

#### **A) LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS DERECHOS SOBRE EL TERRITORIO**

La mayor parte de los conflictos existentes en la actualidad en relación con los pueblos indígenas tiene su origen en problemas enquistados durante largo tiempo a los que no se ha aportado una solución satisfactoria –pensemos en Chiapas, México; los yanomamis de Brasil o los wayuú en Colombia, entre otros-, y desafortunadamente el listado sigue creciendo<sup>61</sup>.

El origen de la discriminación de la que son objeto se remonta a los procesos colonizadores aunque su situación tampoco mejoró con los movimientos

---

<sup>61</sup> Cfr. TORRECUADRA GARCÍA-LOZANO, S., “Los Tratados Internacionales y Pueblos Indígenas” en *Los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid, 2001, p. 22

independentistas, pues los nuevos Estados defendían la preservación de las fronteras heredadas del colonizador. Esto supuso, en primer lugar, la negación o la ignorancia de la realidad multicultural que proporcionaba la presencia indígena y, en segundo término, la aparición de pueblos indígenas fronterizos, habitando a un lado y otro de aquel límite ficticio que dividía su territorio originario. Sin embargo, a pesar de las negativas recibidas a sus reivindicaciones a lo largo de más de cinco siglos, han mantenido su identidad cultural única fundamentada en su estrecha relación con la tierra, aquella que no es susceptible de apropiación personal por su naturaleza colectiva, y con cuya privación puede llegar a vulnerarse su derecho a la vida<sup>62</sup>.

Como ha señalado la CIDH “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”<sup>63</sup>.

Los pueblos indígenas son grupos humanos diferenciados del resto de la población, que cuentan con una estructura social distinta de la establecida en su entorno, poseen unos rasgos culturales propios (lengua, religión...) y sobreviven, desde la perspectiva no indígena, en unas situaciones económicas difíciles y complicadas. En la actualidad, su vulnerabilidad es preocupante, en unos casos, debido al cambio climático, en otros por la afectación de sus tierras como consecuencia de los daños colaterales producidos por otro tipo de actividades<sup>64</sup> o por la declaración de sus hábitats como área natural protegida. Situaciones que provocan la alteración de los elementos básicos de sus dietas ancestrales o el desplazamiento de sus territorios para buscar su sustento.

---

<sup>62</sup> Cfr. TORRECUADRA GARCÍA-LOZANO, S., «Identidad indígena» en “*Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid n° 17: Identidad, derecho y política*”, 2013, p.529-560.

<sup>63</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 124, 131. CORTE IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85.

<sup>64</sup> «Our data furthermore evidence that Indigenous environmental defenders are significantly more susceptible to various forms of violence. While assassinations occur in 8% of cases when Indigenous people are not involved, killings rise dramatically to 19% when Indigenous people are part of the mobilizations», Cfr. GLOBAL ENVIRONMENTAL CHANGE, “Environmental conflicts and defenders: A global overview”, 2020.

Si bien ni los instrumentos interamericanos de derechos humanos ni la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección han determinado con exactitud una definición de “pueblo indígena”, existen elementos esenciales que componen la identidad indígena:

- la continuidad histórica con los pobladores originarios de los territorios que fueron ocupados o colonizados por grupos humanos culturalmente diferentes, siempre que conserven (total o parcialmente) sus rasgos culturales, políticos, económicos y sociales desde aquellas culturas originarias<sup>65</sup>;

- su nivel de desarrollo –social y económico–, les individualiza frente a otros sectores de la colectividad nacional; no hablamos sólo de una estructura social edificada sobre un matriarcado o, en su inmensa mayoría, un patriarcado sino muy especialmente, teniendo en cuenta nuestros parámetros, la situación en la que se contextualiza su subsistencia debido a una espiral de pobreza y falta de medios socio-sanitarios, que es más que difícil abandonar<sup>66</sup>;

- su organización con normas diferentes a la del resto de la población están regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

- la autoidentificación (tanto individual –del propio individuo respecto del grupo– como colectivo –establecer las características determinantes de su pertenencia-); se ha reconocido como derecho de los pueblos indígenas en el artículo 33.1 de la Declaración de Naciones Unidas de 2007, que establece: “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”;

- especial relación con el territorio; responde a un concepto muy diferente al de las civilizaciones no indígenas (para las que cuenta con un interés meramente económico) mientras aquellos lo consideran la fuente de la vida y la espiritualidad, unido a su deseo de conservación y transmisión a sus descendientes, al menos en idénticas condiciones a las que los recibieron.

Los pueblos indígenas han sido los grandes olvidados en la construcción de las actuales sociedades estatales pero en la actualidad, el reconocimiento de sus

---

<sup>65</sup> Cfr. Artículo 1.1 del Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), sobre los pueblos indígenas y tribales en los Estados independientes: “a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

<sup>66</sup> Cfr. TORRECUADRA GARCÍA-LOZANO, S., “Identidad indígena...”, 2013, p.538.



derechos se ha perfilado como destacado componente del derecho y las políticas internacionales gracias a un movimiento impulsado a escala nacional, regional e internacional por pueblos indígenas, la sociedad civil, mecanismos internacionales y Estados<sup>67</sup>. Atrás deben quedar aquellos tratados históricos celebrados entre los pueblos indígenas y los Estados colonizadores, enmascarados de paz, amistad y comercio pero donde el error o dolo por una de las partes, se utilizó para desposeer a los pueblos indígenas de sus atributos soberanos en relación con los territorios en los que tradicionalmente se asentaban<sup>68</sup>.

A pesar de la invisibilidad de los pueblos indígenas durante siglos, la OIT siempre ha intentado promover y proteger sus derechos. Cuando a principios del siglo XX, la entonces Sociedad de Naciones, hizo caso omiso a la difícil situación por la que atravesaban estos pueblos, la OIT se interesó por ellos<sup>69</sup>. Los Convenios más relevantes son el 107 y el 169; el primero de ellos, aprobado en 1957, define junto a los derechos de carácter laboral, otros de los que son titulares estos grupos humanos (como los derechos sobre las tierras, la formación profesional, la protección de artesanía y de las industrias rurales, la seguridad social y la salud o la educación y los medios de información). Años más tarde, en 1989 y fruto de la revisión del Convenio 107, se logró un nuevo texto sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, el 169, un tratado internacional que enuncia los derechos básicos de estos grupos e incorpora obligaciones de resultado dirigidas a los Estados partes<sup>70</sup>. En la actualidad, ambos Convenios están vigentes, ya que son tratados sucesivos sobre la misma materia. A pesar de los avances que supusieron estos Convenios, carecen de sistemas específicos de control de cumplimiento.

Para la CIDH, el Convenio 169 de la OIT “es el instrumento internacional de derechos humanos específico más relevante para los derechos de los indígenas”<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> Cfr. NACIONES UNIDAS, DERECHOS HUMANOS, OFICINA DEL ALTO COMISIÓNADO, “Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas”, Folleto informativo nº 9, 2013.

<sup>68</sup> Cfr. TORRECUADRA GARCÍA-LOZANO, S., “Los Tratados Internacionales y Pueblos Indígenas...”, 2001, p.11.

<sup>69</sup> Cfr. TORRECUADRA GARCÍA-LOZANO, S., “La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas: antecedentes, consecuencias y perspectivas”, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 2010, pp. 10 y ss.

<sup>70</sup> El Convenio 169 se aprobó el 27 de junio de 1989, y su texto está en vigor desde el 5 de septiembre de 1991.

<sup>71</sup> Cfr. CIDH, “Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay”, OEA/Ser.L/VII.110, 2001, párr. 12.

En los últimos treinta años, la actual Organización de las Naciones Unidas ha advertido la vulnerabilidad de los pueblos indígenas, de tal forma que la Asamblea General proclamó en diciembre de 1993 el Primer Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo, a partir del 10 de diciembre de 1994, comenzando el segundo de los Decenios en enero de 2005. Uno de los objetivos perseguidos tanto por las Naciones Unidas como por la OEA era la definición de los derechos de los que son titulares los pueblos indígenas, adoptándose para ello en 2007 la Declaración elaborada en el seno de la organización universal.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es el instrumento más amplio relativo a los derechos de los pueblos indígenas existente en el ámbito del derecho y las políticas internacionales, figuran normas mínimas en materia de reconocimiento, protección y promoción de estos derechos. Además orienta normalmente a los Estados y a los pueblos indígenas en la elaboración de las leyes y políticas que repercuten en estos pueblos, en concreto en el establecimiento de medios para atender mejor las reclamaciones que presentan. Aunque no tiene carácter formalmente vinculante, en ella figuran derechos y libertades, como la libre determinación y la no discriminación, que se enuncian en el derecho convencional internacional de derechos humanos y en algunos casos cabe considerar parte del derecho internacional consuetudinario. En ella se relacionan los derechos humanos con los pueblos indígenas y sus situaciones concretas, lo cual contribuye a enmendar su exclusión histórica del sistema jurídico internacional.

Tal y como se ha indicado anteriormente, el objetivo de la Declaración era albergar en un texto normativo de aplicación internacional el catálogo de derechos que asisten a los pueblos indígenas y así evitar que quedaran dispersos en varios tratados, perdiendo con ello practicidad y aplicación efectiva. El resultado fue la incorporación de dicha declaración en una Resolución de la Asamblea General, con carácter no vinculante pero con la confluencia de que con el transcurso del tiempo se convirtiera en una norma general (como ocurrió antes con la Declaración Universal de Derechos Humanos). Sin embargo, para ello era preciso la ausencia de votos en contra o que, de existir, fueran poco relevantes. Desgraciadamente no fue así porque aunque las oposiciones no fueron muy numerosas (sólo 4 de los 158 votos emitidos), sí que es de entidad que voten negativamente aquellos países con más población indígena, Estados Unidos, Australia, Canadá y Nueva Zelanda.

Siendo un instrumento jurídico-internacional tan necesario para paliar las vulneraciones de derechos padecidas por este grupo humano durante siglos y en el momento presente, los Estados opositores motivaron su negativa, en la excesiva amplitud de derechos que se reconocen a los pueblos indígenas en ella.

Conviene destacar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ya hacían referencia indirecta al derecho humano a un medio ambiente saludable y a la defensa del territorio en su artículo 1, en el que, entre otras cosas, se dispone que “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”.

En la actualidad, distintos tratados también reconocen la propiedad colectiva de los territorios ancestrales indígenas. El primero en hacerlo de forma ambigua fue el Convenio 107 de la OIT, en su artículo 11, al proclamar aquella propiedad como un derecho de ejercicio individual de los miembros del grupo, a diferencia de lo que ocurrió treinta años más tarde, cuando el Convenio 169 añadía a ese reconocimiento (en su artículo 14.1) la necesaria adopción de medidas estatales para garantizar (reñejando la percepción indígena en cuanto a su alcance colectivo y no como suma de individualidades) la utilización de las tierras “que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”.

La principal reivindicación indígena siempre ha sido el reconocimiento de derechos particulares sobre sus territorios. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas proclama, en su artículo 26, que “los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido”, junto con el de “poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”; lo que supondría la práctica totalidad de Nueva Zelanda, por ejemplo. Por otra parte, se reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas no sólo sobre las tierras con el mismo alcance que para el resto de los propietarios individuales, sino también sobre los posibles recursos que puedan encontrarse en ellas, lo que contradice a la mayoría de las Constituciones estatales que establecen la propiedad estatal sobre estos recursos<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Cfr. *Ibidem*, p.19.

Aunque resulta evidente que, atendiendo a sus características y prácticas culturales, la propiedad de los territorios indígenas ha de ir unida a la de los recursos que se encuentran en aquellos, puesto que no se puede disfrutar de la primera si el Estado mantiene la propiedad sobre los últimos y otorga concesiones de explotación que pueden perjudicar la pacífica tenencia de las tierras. Los Estados no quieren perder su hegemonía sobre el subsuelo, porque ello sería renunciar a ingresos económicos muy elevados.

Para ello, el Convenio 169 de la OIT contempla dos posibles escenarios: uno, la regla general, que sería la propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos existentes en sus territorios, en cuyo caso, los Estados partes deberán garantizar la eficacia de este reconocimiento (artículo 15.1); y, dos, la excepción a lo anterior, cuando la propiedad de aquellos recursos es estatal, supuesto en el que el Estado está obligado (según lo previsto por el artículo 16.2) a “establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender cualquier programa de prospección explotación de los recursos existentes en sus tierras”. Se trata de ponderar los intereses en presencia y proteger a las partes afectadas valorando adecuadamente la legalidad, la necesidad, la proporcionalidad, la protección de la parte más débil a la hora de ver qué derecho prevalece, la propiedad privada de unos o el derecho a las tierras tradicionales de otros.

Para la CIDH, “la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”. La Corte IDH, a su vez, ha subrayado que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan con “el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida”<sup>73</sup>.

El derecho al consentimiento libre, previo e informado implica participar plenamente en las consultas en torno a las propuestas de proyectos que puedan afectar a sus tierras y medios de vida<sup>74</sup>. El Estado debe garantizar los derechos

---

<sup>73</sup> Cfr. CIDH “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”, OEA/Ser.L/V/II, Doc.56/09,2009, párr. 3.

<sup>74</sup> Cfr. ASAMBLEA GENERAL NACIONES UNIDAS, Informe Relatora Especial A/71/281, 3 de agosto de 2016, párr. 42.

de consulta y participación en todas las fases de planeación e implementación de un proyecto o medida que pueda afectar el territorio de una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, de conformidad con sus costumbres y tradiciones. Ello significa que además de aceptar y brindar información, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan opinar sobre cualquier proyecto que pueda afectar su territorio dentro de un proceso de consulta con conocimiento y de forma voluntaria<sup>75</sup>.

Por su estrecha relación con la naturaleza, los pueblos indígenas pueden ser especialmente vulnerables a la degradación del medio ambiente. El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ha declarado que, salvo excepciones muy específicas, la regla general es que “no deben realizarse actividades extractivas dentro de los territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”<sup>76</sup>.

La Declaración de Naciones Unidas de 2007 indica en su artículo 19, “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”, es decir, mantiene el valor instrumental de la consulta para la adopción y aplicación de cualquier tipo de medidas que puedan afectar a estos grupos, sin distinguir entre afectación directa o indirecta, por lo que en ambos casos se requerirá el consentimiento expresado mediante consulta; en segundo término, se precisa de la expresión del consentimiento y por último, la consulta deberá producirse de conformidad con el derecho indígena, que será el único que pueda determinar a los participantes y la modalidad de expresión de la voluntad dentro del propio grupo.

Por eso, la Resolución del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/40/11 de 2 de abril de 2019 en la que se reconoce la contribución de los defensores de derechos humanos relacionados con el medio ambiente, insta a los Estados a que tengan presente la importancia del empoderamiento y el fomento de la capacidad de los pueblos indígenas, incluida su participación plena y efectiva en los proce-

---

<sup>75</sup> Cfr. CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia, p.63.

<sup>76</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/24/41, 1 julio 2013, párr. 27.

sos de adopción de decisiones sobre los asuntos que les conciernan directamente, y de las consultas para obtener su consentimiento libre, previo e informado, y el importante papel que desempeñan a este respecto los defensores indígenas de los derechos humanos, alienta a los Estados a que trabajen para lograr los fines de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>77</sup>.

Además, los Principios Marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente<sup>78</sup> definidos por el Relator Especial, John H. Knox en 2018 corroboran esta llamada de atención a los Estados. El Principio Marco n° 14 promulga que “los Estados deben adoptar medidas adicionales para proteger los derechos de quienes sean más vulnerables al daño ambiental o se encuentren en una situación de especial riesgo al respecto, teniendo en cuenta sus necesidades, riesgos y capacidades”, entendiéndose incluidos los pueblos indígenas y otras comunidades que dependen de sus territorios ancestrales para su existencia material y cultural. Por su parte, el Principio Marco n° 15 está diseñado en exclusiva para hacer cumplir a los Estados sus obligaciones para con los pueblos indígenas y los miembros de las comunidades tradicionales, incluyendo reconocer los derechos de sus tierras y recursos tradicionalmente poseídas, ocupadas o utilizadas y la consulta previa, libre e informada sobre decisiones o proyectos que les afecten, entre otros.

A pesar de las diversas legislaciones internacionales, regionales y nacionales que recogen tales derechos, estos no suelen hacerse efectivos o las empresas simplemente los pasan por alto con la complicidad de los gobiernos.

En la actualidad, la posesión de territorios y el reconocimiento de su propiedad, aún los demarcados y registrados, dista de ser pacífica al verse amenazada por grandes proyectos, ya sea debido a la extracción de minerales u otras riquezas, por la construcción de megapresas en sus territorios en aras al interés general del que los grupos afectados no van a beneficiarse, o por las carreteras u otras construcciones interesantes para los sectores no indígenas de la población, que entorpecen el ejercicio de los derechos de los que son titulares los pueblos indígenas<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Cfr. CONSEJO DE LOS DERECHOS HUMANOS, Resolución de Reconocimiento de la contribución de los defensores de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente (...), A/HRC/RES/40/11, 2 abril de 2019, párr. 16.

<sup>78</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Resolución A/HRC/37/59, 24 de enero de 2018.

<sup>79</sup> Cfr. TORRECUADRA GARCÍA-LOZANO, S., “Identidad indígena...”, 2013, p.552.

Los obstáculos más frecuentes para el uso tradicional de las tierras por los pueblos indígenas son aquellos vinculados con los procesos extractivos, los cuales más allá del enorme impacto ambiental de su ejecución suelen coincidir íntegramente con los territorios indígenas.

En el caso de la minería, los impactos más frecuentemente reportados se refieren a la destrucción de ecosistemas donde se ubican las canteras, la remoción física de rocas, la afectación del sistema hidrológico, la contaminación del agua, explosiones, emisiones de polvo, entre otros. Así, la contaminación por mercurio es una preocupación importante en la minería a pequeña escala; mientras que el uso de cianuro en el proceso de lixiviación en pilas lo es en la minería de oro a gran escala. Adicionalmente, existen problemas con el desmantelamiento de minas y la remediación ambiental<sup>80</sup>.

En materia de infraestructuras, la CIDH recibió información sobre el programa de Infraestructura de Integración Regional de Suramérica (IIRSA), que estaría conformado por diez ejes de integración continentales y abarcaría más de 500 proyectos priorizados a nivel sudamericano. Parte del plan IIRSA, actualmente es denominado “Corazón energético de Sudamérica” en Bolivia, y constaría de mega hidroeléctricas, energía nuclear y termoeléctricas con un gran impacto en territorios de pueblos indígenas, incluyendo pueblos en aislamiento y contacto inicial. Vinculado a ello, el Estado boliviano habría planificado, sin consulta previa, la construcción de la carretera Villa Tunari–San Ignacio de Moxos, que atravesaría el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécuré (TIPNIS) en sus tres tramos<sup>81</sup>.

Respecto a los proyectos hidroeléctricos, son un tipo de proyecto de infraestructuras que hacen imposible el retorno de los pueblos a sus territorios ancestrales. En los últimos años, la CIDH ha recibido información sobre afectaciones a los derechos territoriales indígenas por la construcción de la hidroeléctrica Belo Monte en Brasil, no habiendo iniciado el Estado brasileño los procesos demarcatorios de las tierras indígenas ni respetado las que sí estaban, con la consiguiente reducción del nivel del agua de los ríos próximos a las comunidades locales<sup>82</sup>.

De otro lado, la explotación de hidrocarburos implica la apertura de trochas, las evaluaciones sísmicas, y la contaminación por derrames o pérdidas en

---

<sup>80</sup> Cfr. CIDH, “Pueblos indígenas, Comunidades afrodescendientes, Industrias Extractivas”, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 47/15, 2015, párr.17.

<sup>81</sup> Cfr. CIDH, “Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 176, 2019, párr. 77.

<sup>82</sup> Cfr. *Ibidem*, párr. 83.

la extracción. Estos emprendimientos, además de las obras para la extracción de los recursos naturales, requieren otras obras asociadas, como caminos o carreteras para asegurar el acceso. Los monocultivos tienen también efectos ambientales agudos como la pérdida de la biodiversidad y la seguridad alimentaria, el aumento del uso de agroquímicos, el avance de la frontera agrícola sobre áreas naturales, entre otros. La minería informal genera un intenso ritmo de deforestación y contaminación de suelos y aguas.

Esta situación pone en riesgo la existencia misma de tales pueblos por su afectación a la alimentación basada en la subsistencia y sus graves deterioros de salud por la presión en sus territorios o la contaminación de los ríos, implicando además, la pérdida de la cultura y el conocimiento que tales pueblos han venido recreando y manteniendo a lo largo de la historia<sup>83</sup>.

Los asesinatos, agresiones y amenazas sufridas por los integrantes de pueblos indígenas van en aumento con la intención de reducir las actividades de defensa y protección de territorios y recursos naturales, así como del derecho a la autonomía e identidad cultural. Además las imputaciones penales traen como consecuencia detenciones, encarcelamientos y el uso de la prisión preventiva por periodos que sobrepasan el plazo razonable y sin mediar las debidas garantías.

Una sociedad que no conoce su historia está condenada a repetirla. La reproducción de los errores cometidos en el pasado pone de relieve la más absoluta incapacidad para enfrentarse al futuro de manera prudente. En la actualidad, no se puede despojar a los pueblos indígenas de más tierras, sólo nos resta resolver los problemas, si cometemos los mismos errores lo único que conseguiremos será agravar la situación actual<sup>84</sup>.

## **B) DEBER DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LOS DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS AMBIENTALES. ACUERDO DE ESCAZÚ**

Los tratados, constituciones y leyes no deben quedarse en el papel, sino que deben ser implementados en la práctica, más aun con la actual situación de emergencia ambiental mundial. La diferencia entre la teoría (legislación) y la práctica (implementación) no sólo es fuente de preocupación, sino que, además, demues-

---

<sup>83</sup> Cfr. CIDH, “Pueblos indígenas, Comunidades afrodescendientes, Industrias Extractivas”, 2015, párr.169.

<sup>84</sup> Cfr. TORRECUADRA GARCÍA-LOZANO, S., “Los Tratados Internacionales y Pueblos Indígenas...”, 2001, p.30.



tra la falta de recursos para su aplicación y la renuncia a hacer cumplir las leyes cuando ello podría afectar negativamente a intereses económicos. En algunos Estados supone un verdadero desafío llevar a cabo el cumplimiento de la normativa, bien por tratarse de leyes ineficaces, complejas e incompletas, bien por funcionarios que carecen de aptitudes, capacitación y recursos o por el contexto sociopolítico inestable<sup>85</sup>.

Además, la ausencia de voluntad política para construir entornos seguros en donde las personas defensoras de los derechos humanos ambientales puedan desempeñar sus funciones, y la falta de reconocimiento estatal de la importante labor que llevan a cabo las personas defensoras, hacen vital la instauración de una política de protección integral con mecanismos eficaces de ayuda y prevención a los defensores ambientales.

En 2017 la CIDH<sup>86</sup> destacó que cualquier esfuerzo para adoptar medidas integrales de protección debe ser apoyado por recursos económicos y humanos apropiados para la consecución de sus objetivos. Corresponde a los Estados promover una cultura de derechos humanos y un ambiente seguro para personas defensoras de derechos humanos, tomando iniciativas para combatir las raíces que causan violencia y luchar contra el problema de la impunidad por los crímenes cometidos contra personas defensoras de derechos humanos.

De acuerdo con los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la protección establecida en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los Estados deben respetar y garantizar el ejercicio y disfrute de todos los derechos a todas las personas, incluyendo defensores de derechos humanos (ambientales). Ambas reconocen derechos como la vida, integridad personal, libertad de expresión, de asociación, garantías judiciales y protección judicial que, en su conjunto, permiten un ejercicio libre de las actividades de defensa y promoción de los derechos humanos.

Sin embargo, muchos de los mecanismos o políticas llevadas a cabo para la protección de personas defensoras deben ser mejorados ante el aumento de la vulnerabilidad a la que se enfrenta este colectivo en los países de la región. Colombia, Brasil, México, Guatemala y Honduras cuentan con mecanismos de protección

---

<sup>85</sup> Cfr. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Buenas prácticas de los Estados en los planos nacional y regional respecto de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente, A/HRC/43/54, 23 de enero de 2020.

<sup>86</sup> Cfr. CIDH, Informe Anual “Políticas Integrales de protección de personas defensoras”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 207/17, 29 diciembre 2017, párr. 10.

para los activistas ambientales pero son algunos de los países más peligrosos del planeta para la defensa de los derechos humanos. Las medidas de seguridad física si bien constituyen una respuesta urgente y necesaria para la inmediata protección de personas defensoras de derechos humanos ambientales, por sí solas, no son suficientes para garantizar de manera adecuada y efectiva su seguridad.

Por ello cabe referenciar que una política integral de protección, extiende los sistemas de protección física ante situaciones de riesgo, implementa políticas públicas y medidas encaminadas a cumplir con estas cuatro obligaciones:

- Respetar los derechos de las personas defensoras. Para ello deben evitarse manipulaciones por parte de las autoridades o de la Justicia; evitar injerencias arbitrarias y adoptar prácticas en contra del uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes estatales en manifestaciones públicas pacíficas.

- Prevenir violaciones a los derechos de las personas defensoras. Se debe promover un ambiente seguro mediante el empoderamiento de su trabajo en la sociedad.

- Proteger y garantizar los derechos fundamentales de dichas personas cuando se encuentren frente a una situación de riesgo. Ello requiere la adopción de mecanismos especializados, legislación y políticas urgentes, siguiendo el contexto en el cual trabajan y su ubicación geográfica.

- Investigar, juzgar y sancionar de manera rápida, imparcial, transparente y diligente las violaciones a las personas defensoras, combatiendo la impunidad. El mejor medio para proteger es sancionando a los responsables de los actos cometidos. Las investigaciones deben empezarse, desarrollarse y llegar a término, cumpliendo todas las garantías procedimentales, logrando prevenir adecuadamente agresiones, hostigamientos o ataques futuros. Las personas defensoras del medio ambiente se ven desprotegidas ante conductas violatorias que no tienen consecuencias punibles o en las que sólo se determina el autor material pero no intelectual (por ej. ataques perpetrados por empresa multinacionales)<sup>87</sup>.

En ese afán por una nueva gobernanza en asuntos ambientales, y de desarrollo, participativa y democrática se instala en 2018 el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, también llamado Acuerdo de Escazú.

---

<sup>87</sup> Cfr. ASAMBLEA GENERAL NACIONES UNIDAS, Informe del Relator Especial..., A/74/159, de 15 de julio de 2019, párr.59.

Representa una oportunidad histórica para la materialización de la democracia ambiental y la consolidación de la ciudadanía, especialmente de aquellos grupos que han sido histórica y sistemáticamente discriminados, como los pueblos indígenas.

Sin embargo, la implementación de dicha aspiración es un reto a medio y largo plazo.

El acceso a la información en proyectos de alto impacto ambiental, en particular aquellos en industrias extractivas o en infraestructuras, se ha visto negativamente afectado por problemas de implementación y por los costos asociados a la solicitud de información (por ejemplo, tasas administrativas)<sup>88</sup>; así que para garantizar la efectiva participación pública, sea a través de consultas o seguimientos de compromisos, es importante que la ciudadanía sea incluida desde la fase previa del proyecto en cuestión.

El Acuerdo de Escazú ha significado un hito importante gracias a la colaboración entre Estados, sociedad civil y grupos vulnerables, no obstante, será importante contar con entidades públicas que gocen de independencia, tanto legal como política, para la realización de las modificaciones y adecuaciones normativas y políticas necesarias para lograr los estándares de Escazú, así como ejercer el control sobre las recomendaciones que se lleven a cabo bajo su amparo.

#### IV. CONCLUSIONES

Desde el principio se presenta un Trabajo centrado en definir el derecho que nos ampara a defender un medio ambiente sano, con especial mención a las mejoras contempladas en el Acuerdo de Escazú.

La interdependencia entre derechos humanos y medio ambiente queda patente entre el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la vida. Los daños ambientales ocasionan la pérdida o deterioro de nuestros derechos básicos, por ej. a una vida digna, a la salud o al acceso al agua, entre otros.

Los Estados deben cumplir su obligación de respetar y proteger los derechos humanos ambientales, así como a sus defensores, tanto de injerencias internas como externas, agentes estatales o no estatales. Se pueden resumir en cuatro: 1) obligación de procurar un entorno propicio y seguro para las actividades de las

---

<sup>88</sup> Cfr. DERECHO, AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES, “La Senda de Sociedad Civil hacia el Acuerdo de Escazú en América Latina y el Caribe”, 2019.

personas defensoras; 2) obligación de evitar y sancionar la criminalización de las personas defensoras; 3) obligación de establecer medidas de protección integral para este colectivo; y 4) obligación de acabar con la impunidad que rodea a la práctica totalidad de ataques a defensores ambientales.

Analizando el marco normativo regional e internacional que reconoce el derecho a defender un medio ambiente sano junto a su labor legítima, hemos acotado la definición de persona defensora de derechos humanos, destacando la importancia clave de la actividad desempeñada, y dejando otras características menos relevantes en segundo plano.

Respecto a los derechos a proteger, podemos observar una clasificación detallada de los derechos humanos ambientales afectados por los daños ambientales o por ciertas conductas colusorias padecidas por las personas defensoras. La organización más consensuada es aquella que diferencia entre derechos sustantivos, siendo los más dañados frente a un impacto ambiental, y derechos procedimentales, que sirven como instrumento para proyectar políticas ambientales adecuadas a un desarrollo equilibrado.

El ejercicio del derecho a defender los derechos humanos queda amparado en la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica pero también debe otorgarse la garantía de buscar, recibir y dar información veraz para un mejor conocimiento de la población. Los derechos de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia constituyen los tres pilares fundamentales para la democracia ambiental.

Los derechos de procedimiento de los pueblos indígenas han recibido un reconocimiento especial, en concreto, el llamado consentimiento libre, previo e informado, establecido, entre otros, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

La pluralidad de identidades que acoge América Latina nos lleva a incluir un epígrafe en el que exponer el contexto actual de los pueblos indígenas y sus derechos al territorio. Tras siglos de invisibilidad frente al poder, los pueblos indígenas siguen reivindicando la titularidad de sus tierras ancestrales y su derecho a disfrutar de los recursos del territorio que habitan. Concretadas las características que los definen y el papel fundamental que han desempeñado la OIT y más tarde, las Naciones Unidas en su protección, se explica con más detenimiento la esencialidad del derecho al consentimiento libre, previo e informado y la necesaria participación efectiva en las consultas en torno a las propuestas de proyectos que puedan afectar a sus tierras y medios de vida. En la actualidad, debido a la falta de voluntad política, muchos conflictos socio ambientales se han originado por

no hacerse eficazmente o bien por omitir este derecho en los procesos de autorización de proyectos.

En un último epígrafe abarcamos el deber de proteger a los defensores de derechos humanos ambientales que corresponde a los Estados y que a veces parece ocupar sólo papeles mojados, lejos de servir para actuar. El Acuerdo de Escazú tiene como objetivo garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo equilibrado. Tratándose de un acuerdo para beneficiar al ciudadano ante una situación convulsa que debe finalizar, al cierre de este Trabajo se encuentra pendiente de entrar en vigor tras haber conseguido la undécima ratificación necesaria, en este caso por el Estado mexicano.

Finalmente, expuestos los conceptos y otorgado el lugar que les corresponde a las personas defensoras de los derechos humanos ambientales, conviene recordar que el mundo cambia si tú lo cambias, cualquier persona puede defender sus derechos fundamentales pero ninguno debe morir por ello.

## BIBLIOGRAFÍA

BORRÀS PENTINAT, S., “El derecho a defender el medio ambiente: la protección de los defensores y defensoras ambientales” en *Revista Derecho PUCP* de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú, n° 70, 2013, pp. 291-324.

BORRÀS PENTINAT, S., “La contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la protección de los defensores ambientales” en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 9, octubre 2015-marzo 2016.

BORRÀS PENTINAT, S.: “*Defensa y resistencia: las personas defensoras de los derechos humanos ambientales*”, Tarragona, Thomson Reuters, 2019.

CANÇADO TRINDADE, A.A., “The Contribution of International Human Rights Law to Environmental Protection, with Special Reference to Global Environmental Change”, en *Environmental Change and International Law*, Edith Brown Weiss, Ed., 1992.

DERECHO, AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES, “La Senda de Sociedad Civil hacia el Acuerdo de Escazú en América Latina y el Caribe”, 2019.

GLOBAL WITNESS, Informe Anual “¿Enemigos del Estado?”, 2019.

GLOBAL WITNESS, Informe Anual “Defender el mañana”, 2020.

GUDYNAS, E., Memoria seminario internacional “Extractivismo en América Latina: Agua que no has de beber”. Santiago de Chile, Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA) y Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina (OCMAL), 2014.

MARTÍN QUINTANA, M., EGUREN FERNÁNDEZ, E.: *Protección de defensores de derechos humanos: buenas prácticas y lecciones a partir de la experiencia*, Bruselas, Protection International, 2011.

OBS, FIDH y Organización Mundial contra la Tortura, Informe Anual “No tenemos miedo” Defensores del derecho a la tierra: atacados por enfrentarse al desarrollo desenfrenado, 2014.

TORRECUADRA GARCÍA-LOZANO, S., “Los Tratados Internacionales y Pueblos Indígenas en *“Los derechos de los pueblos indígenas en el orden internacional”*”, Madrid, Dykinson, 2001.

TORRECUADRA GARCÍA-LOZANO, S., “La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas: antecedentes, consecuencias y perspectivas”, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 2010.

TORRECUADRA GARCÍA-LOZANO, S., “Identidad indígena” en *“Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid n° 17: Identidad, derecho y política”*, 2013, p.529-560.

### **Documentos oficiales**

ASAMBLEA GENERAL NACIONES UNIDAS, Informe Relator Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos, A/71/281, 3 de agosto de 2016.

ASAMBLEA GENERAL NACIONES UNIDAS, Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, A/74/159, 15 de julio de 2019.

CEPAL, Informe Anual “La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe”, 2015.

CEPAL, Informe Anual “Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe”, 2018.

CEPAL, Informe Anual “La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe”, 2019.

CIDH, “Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay”, OEA/Ser.L/VII.110, 2001.

CIDH “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”, OEA/Ser.L/V/II, Doc.56/09, 2009.

CIDH, “Segundo Informe sobre la situación de las y los defensores de derechos humanos en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 66, 2011.

CIDH, “Pueblos indígenas, Comunidades afrodescendientes, Industrias Extractivas”, OEA/ Ser.L/V/II., Doc. 47/15, 2015.

CIDH, Informe Anual “Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 49/15, 2016.

CIDH, Informe Anual “Políticas Integrales de protección de personas defensoras”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 207/17, 29 diciembre 2017.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, A/HRC/10/61, 15 de enero de 2009.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos, A/HRC/19/55, 21 diciembre 2011.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe preliminar del Experto independiente John H. Knox, A/HRC/22/43, 24 de diciembre de 2012.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/24/41, 1 julio 2013.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe Experto Independiente John H. Knox, A/HRC/25/53, 30 de diciembre de 2013.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, A/HRC/31/52, 1 de febrero de 2016.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, A/HRC/37/59, 24 de enero de 2018.

CONSEJO DE LOS DERECHOS HUMANOS, Resolución de Reconocimiento de la contribución de los defensores de los derechos humanos relaciona-

dos con el medio ambiente al disfrute de los derechos humanos, la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible, A/HRC/RES/40/11, 2 abril 2019.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe del Relator Especial, Derecho a un medio ambiente saludable, A/HRC/43/53 de 30 diciembre de 2019.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Buenas prácticas de los Estados en los planos nacional y regional respecto de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente, A/HRC/43/54, 23 de enero de 2020.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directrices de la Unión Europea sobre Defensores de los Derechos Humanos, 2004.

IRENA, “Plan de Acción Regional: Acelerando el despliegue de energía renovable en América Latina”, 2019.

UNEP, Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, Adoptadas por el Consejo de UNEP en la Decisión SS. XI/5, parte A de 26 de febrero de 2010.

UNITED NATIONS, Report of the United Nations Conference on the Human Environment. Stockholm, 5-16, June 1972.