

ANNALES

de la Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

30

2013



Anales de la Facultad de
DERECHO

Anales de la Facultad de
DERECHO
Universidad de La Laguna

DIRECTORA
María Victoria Sansón Rodríguez

SUBDIRECTOR
Francisco L. Hernández González

SECRETARIO DE LA REVISTA
Juan Antonio García García

CONSEJO DE REDACCIÓN
María Asunción Asín Cabrera (ULL), Marcel Bonnet Escuela (ULL),
Etelvina de las Casas León (ULL), Ulises Hernández Plasencia (ULL),
Francisco Clavijo Hernández (ULL), Tomás López-Fragoso Álvarez (ULL),
Margarita I. Ramos Quintana (ULL), María Elena Sánchez Jordán (ULL).

CONSEJO ASESOR
Andrea Bonomi (Université de Lausanne, Suiza), José Manuel Díaz Lema (Universidad de Valladolid), Martín Diego Farrell (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Antonio Fernández de Buján (Universidad Autónoma de Madrid), José Luis Goñi Sein (Universidad Pública de Navarra), Cesare Maioli (Università di Bologna, Italia), María Elvira Méndez Pinedo (University of Iceland, Islandia), Manuel Carlos Palomeque López (Universidad de Salamanca), María Ángeles Parra Lucán (Universidad de Zaragoza), Johann-Christian Pielow (Ruhr-Universität Bochum, Alemania), Carlos M.^a Romeo Casabona (Universidad del País Vasco), María del Carmen Sevilla González (Universidad de La Laguna), Esteban Sola Reche (Universidad de La Laguna), Rolando Tamayo Salmorán (Universidad Nacional Autónoma de México), Francisco José Villar Rojas (Universidad de La Laguna), Stefan Vogenauer (University of Oxford, Reino Unido).

EDITA
Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Laguna
Campus Central. 38200 La Laguna. Santa Cruz de Tenerife
Tel.: 34 922 31 91 98

DISEÑO EDITORIAL
Jaime H. Vera,
Javier Torres y Luis C. Espinosa

PREIMPRESIÓN
Servicio de Publicaciones

ISSN: 0075-773X
Depósito Legal: TF 734/81

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin permiso del editor.

Anales de la Facultad de
DERECHO

30

SERVICIO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA, 2013

ANALES de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna. —La Laguna: Universidad,
Servicio de Publicaciones, 1991—.

Anual

Es continuación de: Anales de la Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho.

ISSN 0075-773X

1. Derecho-Publicaciones periódicas I. Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho.
34(05)

La correspondencia relativa a intercambios debe dirigirse a:

Anales de la Facultad de Derecho

Servicio de Publicaciones

UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

Campus Central

38200 LA LAGUNA (TENERIFE, ESPAÑA)

SUMARIO/CONTENTS

ARTÍCULOS/ARTICLES

Coordinación e interoperabilidad en la información territorial/Coordination and interoperability in the territorial information field <i>Miguel Gómez Peral</i>	7
Sobre el estado del derecho. A propósito de algunas grietas en nuestro edificio normativo/Legal state. About certain cracks in our normative frame <i>Luis Fernando Prieto González</i>	31
La proyección universal del concepto de ciudadanía/The principle of universal citizenship <i>David E. Pérez González</i>	47
Singularidades del derecho de defensa en el régimen disciplinario castrense/Singularities in the right of defence in the military disciplinary framework <i>José Miguel González Reyes</i>	67
Discriminación por razón de edad, perspectiva de género y protección de los derechos colectivos laborales para adultos mayores, una visión mexicana/Discrimination on grounds of age, a gender and collective labour rights perspective a mexican <i>Juan Manuel Gómez Rodríguez</i>	89
La ejecución provisional de la pena sustituida por expulsión o derecho a la libertad del extranjero en prisión preventiva/Deportation as a substitute of preventive detention in the case of foreign detainees <i>Rodrigo González López</i>	103



ARTÍCULOS

COORDINACIÓN E INTEROPERABILIDAD EN LA INFORMACIÓN TERRITORIAL*

Miguel Gómez Perals

Profesor de Derecho Civil de la Universidad de La Laguna

RESUMEN

En la era de la Administración electrónica, la verdadera coordinación entre Catastro, notario y Registro de la Propiedad requiere interoperabilidad de la información geográfica, como señalan los textos jurídicos europeos y españoles. Los problemas necesitan enfoques equilibrados, rechazando posturas extremas. La jurisprudencia todavía no es firme, pero la doctrina debe ser rigurosa.

Ello no consiste en una fusión. Es la propia realidad, en sus dos vertientes física y jurídica, y la distinción entre registros jurídicos y administrativos lo que determina el respectivo alcance de los efectos jurídicos de protección del titular en aras de la seguridad jurídica preventiva.

PALABRAS CLAVE: Catastro, notario, Registro de la Propiedad, interoperabilidad, información territorial, seguridad jurídica preventiva.

ABSTRACT

In the e-Government era the coordination between Cadastre, Notary Public and Property Registry requires interoperability of geographic information, under European and Spanish legal texts. Problems require a balanced approach that rejects extreme positions. The Case Law is not yet solid, but the doctrine must be strict.

That does not consist in a merger. The single reality itself, in its two facets of physical reality and legal reality, and the distinction between legal registries and administrative registries is what determines their scope of legal effects, in regard to the protection to the title holders and the legal certainty.

KEY WORDS: Cadastre, Notary Public, Property Registry, Interoperability, Territorial Information, preventive legal certainty.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo trataremos de modo casi esquemático, dada la limitación de espacio y la complejidad de la materia, la relación entre la Administración electrónica, en su vertiente de interoperabilidad, especialmente respecto de la información geoespacial, y los problemas más frecuentes, y plantearemos alguna solución



mediante la aplicación de aquellas técnicas al ámbito de la coordinación entre los agentes notarial, registral y catastral.

Primeramente procede una matización terminológica: cooperación versus coordinación. A pesar de los perfiles poco nítidos entre colaboración, cooperación y coordinación, la jurisprudencia constitucional basa la cooperación en la voluntad de entes en plano de igualdad, mientras que refiere la coordinación a la fijación de medios y sistemas que posibiliten información recíproca, homogeneidad técnica y acción conjunta, incluso en un contexto de lealtad institucional y al margen de la distribución competencial, aunque conlleva un cierto poder de dirección¹.

Entre los títulos competenciales que afectan a esta materia se encuentran los del establecimiento de las condiciones básicas de igualdad de los españoles (149.1 CE) y de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (149.18 CE); y como principios que rigen el funcionamiento de la Administración pública, los de eficacia y coordinación (103 CE) y más concretamente el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (105 CE).

ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA, INTEROPERABILIDAD E INFORMACIÓN GEOGRÁFICA

En el contexto de la Administración electrónica, la Ley 11/2007, de 22 junio de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante LAE), establece su aplicación a las Administraciones públicas en general y a las relaciones entre ellas, así como a los ciudadanos en su relación con las mismas.

A continuación, dicha Ley establece un cierto paralelismo entre sus finalidades, principios generales y los derechos del ciudadano (arts. 3, 4 y 6 LAE), en especial el de relacionarse con las Administraciones públicas por medios electrónicos y su garantía. En este marco destacamos:

Art. 4 e) Principio de cooperación en la utilización de medios electrónicos por las Administraciones Públicas al objeto de garantizar tanto la interoperabilidad de los sistemas y soluciones adoptados por cada una de ellas como, en su caso, la prestación conjunta de servicios a los ciudadanos. En particular, se garantizará el reconocimiento mutuo de los documentos electrónicos y de los medios de identificación y autenticación que se ajusten a lo dispuesto en la presente Ley.

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación El Registro de la Propiedad como instrumento vertebrador de la información territorial: datos espaciales, metadatos y Directiva INSPIRE (II), DER2011-23321.

¹ Vid, por todas, stc 194/2004 (fto. 8), 10 noviembre; todo ello en el marco de un deber general de colaboración entre entidades públicas necesario para hacer compatibles los principios de unidad y autonomía (stc 214/1989, 21 diciembre, fto. 20).



En coherencia con el derecho del ciudadano a no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones públicas (6.2.b LAE), se regulan las condiciones para la transmisión de datos entre éstas (art. 9 LAE). Otros principios aluden a la integridad y eficacia de estos derechos: protección de datos, legalidad, igualdad, accesibilidad, comprensibilidad, seguridad, proporcionalidad, responsabilidad y calidad, simplificación (equivalencia de soportes), transparencia y publicidad. De especial interés a nuestros efectos es la neutralidad tecnológica y adaptabilidad (independencia en la elección por los ciudadanos, libertad de desarrollo, estándares abiertos o generalizados²).

Por interoperabilidad³ se entiende la capacidad de los sistemas de información, y por ende de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos. (Anexo, letra o, LAE)⁴.

Sin perjuicio de la aplicación de los principios generales de la Administración electrónica (art. 4 LAE), la normativa señala como principios específicos de la interoperabilidad su cualidad integral y carácter multidimensional, con enfoques multilaterales (art. 4 RD 4/2010, de 8 de enero, Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, en adelante ENI).

Precisamente dicho Esquema comprende los criterios y recomendaciones de seguridad, normalización y conservación de la información, de los formatos y de las aplicaciones que deberán ser tenidos en cuenta por las Administraciones públicas para asegurar un adecuado nivel de interoperabilidad organizativa, semántica y técnica de los datos, informaciones y servicios que gestionen en el ejercicio de sus competencias y para evitar la discriminación a los ciudadanos por razón de su elección tecnológica (art. 1.2 ENI)⁵.

La doctrina añade otros aspectos, como la llamada interoperabilidad jurídica, que en una acepción general se refiere a la necesaria sincronización de la

² En este sentido, las denominadas European Union Public Licence (EURL) son el prototipo de licencia de código de software libre, adoptada oficialmente por la Comisión Europea para refuerzo de la interoperabilidad legal como marco colectivo para la puesta en común de las aplicaciones del sector público (vid. anexo glosario de términos del ENI).

³ El término *interoperabilidad* no se incluye en el Diccionario de la RAE (22.^a ed., 2001) y presenta múltiples acepciones, sinónimos y otros afines (interoperatividad, interacción, interconexión, compatibilidad, etc.).

⁴ A juicio de BERNADÍ GIL, «La cooperación interadministrativa y la interoperabilidad», *Informe sobre la Administración electrónica local* (Dir. Cerrillo i Martínez y Galán Galán), Ed. Fundación Carles Pi y Sunyer, Barcelona, 2008, p. 312, la interoperabilidad constituye, a la vez, requisito y resultado de la cooperación en el ámbito de la Administración electrónica, siendo, por tanto, la columna vertebral de la cooperación electrónica maximizada.

⁵ Las aludidas dimensiones atienden a diferentes aspectos a considerar conjuntamente (anexo glosario de términos del ENI):

Organizativa: capacidad de las entidades y de los procesos a través de los cuales llevan a cabo sus actividades para colaborar y alcanzar logros mutuamente acordados relativos a los servicios que prestan. Semántica: la información intercambiada ha de ser interpretable de forma automática y reutilizable por aplicaciones que no intervinieron en su creación. Incluye metadatos (a partir de las descripciones



normativa aplicable, que es de gran complejidad por su contenido y de rango muy diverso. Esta dimensión se centra en la función del derecho, bien como motor y estímulo, bien como límite de la propia interoperabilidad. También función doble del derecho como presupuesto que hace posible y como regulador de los efectos de dicha interoperabilidad.

Como instrumentos principales de interconexión para el intercambio de información y servicios se establecen la **red de comunicaciones de las Administraciones públicas españolas (concretamente la Red SARA, art. 43 LAE)** y la **red integrada de atención al ciudadano (convenios para «ventanillas únicas», art. 44 LAE)**. Entre los criterios que coadyuvan a esta función están la **reutilización de sistemas y aplicaciones de propiedad de la Administración** (art 45 LAE, con su puesta a disposición, sin contraprestación) y la transferencia de tecnología entre Administraciones (art. 46 LAE: directorios de aplicaciones, Centro de Transferencia). En cualquier caso, es esencial la actualización permanente y tener en cuenta las Recomendaciones de la Unión Europea, la situación tecnológica de las diferentes Administraciones públicas y los servicios electrónicos ya existentes (art. 42.4 LAE)⁶.

El siguiente paso lo constituye el ámbito de la información geográfica. La Ley 14/2010, de 5 julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España (en adelante LISIGE), supone la transposición de la Directiva Inspire⁷ a nuestro ordenamiento. Se observa igualmente en esta materia una dimensión de coordinación entre diferentes niveles de autoridad y contenidos⁸. En esencia, esta normativa pivota sobre dos conceptos referidos a la información geográfica: la

de la información realizadas por los agentes productores), contextos multilingües y adaptabilidad a diferentes culturas (también jurídicas).

Técnica: relación entre sistemas y servicios de tecnologías de la información, incluyendo interfaces, interconexión e integración de datos y servicios, presentación de la información, accesibilidad y seguridad, u otros análogos.

Interoperabilidad en el tiempo: interacción entre elementos que corresponden a diversas oleadas tecnológicas (vg., conservación de la información en soporte electrónico).

⁶ Mención aparte merece el uso de las TIC en el ámbito de la Administración de Justicia, en el que se prevé la denominada *interoperabilidad judicial* en relación con la cooperación entre las Administraciones con competencias en esa materia y el correspondiente Esquema judicial de interoperabilidad y seguridad (arts. 46 y ss. Ley 18/2011, de 5 julio) a través de las plataformas establecidas por el Consejo General del Poder Judicial.

⁷ Directiva 2007/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2007, por la que se establece una Infraestructura de Información espacial en la Comunidad Europea. Actualmente puede entenderse superada la inicial justificación y contexto medioambiental. En ello coinciden VÁZQUEZ ASENJO, *Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 75; DÍAZ DÍAZ, «Interoperabilidad jurídica de la geoinformación», en <http://www.idee.es/resources/presentaciones/JIIDE12/miercoles/C18.Articulo.pdf>.

⁸ La LISIGE alude a la coordinación y dirección de la Infraestructura de Información Geográfica de España, por el Consejo Superior Geográfico (art. 4) y a la coordinación de la organización de los servicios de información geográfica y cartografía, por el Sistema Cartográfico Nacional (art. 17). Ello sin perjuicio de la aplicación de la legislación de contenidos concurrentes (e-Admón, reutilización y protección de datos, acceso a la justicia medioambiental, etc.).



infraestructura y la interoperabilidad, que exponemos condensadamente, según su concepto legal.

Por una parte, la Infraestructura de información geográfica (art. 3.a LISIGE) o de datos espaciales (IDE⁹) es aquella estructura virtual en red integrada por datos georreferenciados y servicios interoperables de información geográfica distribuidos en diferentes sistemas de información.

Se trata de una infraestructura accesible vía Internet (Geoportal¹⁰ IDEE¹¹) con un mínimo de protocolos y especificaciones normalizadas que, además de los datos, sus descripciones mediante metadatos y los servicios interoperables de información geográfica (vg., visualización, descarga, transformación, art. 11 LISIGE), incluya las tecnologías de búsqueda y acceso a dichos datos; las normas para su producción, gestión y difusión; los acuerdos sobre su puesta en común (reciprocidad, con/sin tasas, art. 8 LISIGE), acceso (remisión a LAE 1.4) y utilización entre sus productores y entre éstos y los usuarios; y los mecanismos, procesos y procedimientos de coordinación y seguimiento¹² establecidos y gestionados de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley.

Y por otra parte, esa infraestructura ha de gozar de interoperabilidad de servicios de información geográfica (art. 3.g): la capacidad, que proporcionan servicios y procedimientos especializados, de combinar conjuntos de datos geográficos y de facilitar la interacción de los servicios de información geográfica, sin intervención manual repetitiva, de forma que el resultado sea coherente y se aumente el valor añadido de los datos geográficos y servicios de información geográfica¹³.

La interoperabilidad jurídica en el ámbito geoespacial es definida por Díaz Díaz¹⁴ como la interacción entre los agentes jurídicos y operadores técnicos implicados en actuaciones, procesos y procedimientos administrativos, judiciales

⁹ A nivel estatal español (IDEE) puede verse <http://www.idee.es/>. Para una visión general y clarificadora es muy recomendable la obra de ZURITA ESPINOSA *La gestión del conocimiento territorial*, Ed. RA-MA, Madrid, 2011.

¹⁰ Art. 3, l) Geoportal: Sitio Internet o equivalente que proporciona acceso a servicios interoperables de información geográfica de varios órganos, organismos o entidades de una o varias Administraciones Públicas, e incorpora al menos un servicio que permita buscar y conocer los datos y servicios geográficos accesibles a través de él.

¹¹ Estructurada en grupos y subgrupos de trabajo, vg., el de Metadatos o el de Seguridad Jurídica en la Información Territorial).

¹² Vid. el aceptable nivel que revela la verificación del seguimiento español de estas cuestiones por el Observatorio de los Marcos Nacionales de Interoperatividad (NIFO). Vid. el Informe de seguimiento en relación con España, en <http://bit.ly/1t95DJO>.

¹³ Ello es coherente con la función a la que alude el Preámbulo de la LISIGE: hacer posible localizar los datos geográficos disponibles, evaluar su adecuación para un determinado propósito y conocer sus condiciones de uso, así como sus efectos jurídicos y técnicos de conformidad con el ordenamiento vigente.

¹⁴ DÍAZ DÍAZ, *op. cit.*, y consiguió que en el Preámbulo de la Ley se introdujera la referencia a que *las actuaciones llevadas a cabo por cualquier agente se integren en un ámbito más extenso, tanto temático como territorial, con pleno reconocimiento ante terceros interesados y con efectos jurídicos y técnicos de conformidad con la normativa aplicable.*



o extrajudiciales que, con soporte en sistemas de información interpretable de forma automática, comparten datos y servicios integrados, accesibles, fiables y sostenibles en el tiempo, e intercambian conocimientos para el objeto específico requerido por su actividad.

Puede decirse que la interoperabilidad jurídica es consecuencia de las demás dimensiones de la interoperabilidad¹⁵. Así, los datos espaciales representan los fenómenos del mundo real de forma abstracta, estructurados en modelos de datos que se integran en las IDE (de ahí su importancia). Como el éxito de una IDE estriba en su aceptación por los interesados, es esencial un modelo colaborativo que incorpore los necesarios procesos para construir un consenso técnico, semántico, organizativo y jurídico.

Aunque el deslinde entre una y otra dimensión no siempre es claro, es evidente que la mayor ventaja de la interoperabilidad geoespacial es la toma de decisiones más informadas sobre las implicaciones jurídicas relativas al espacio terrestre, marítimo y aéreo, que surgen en la actividad profesional, ciudadana o empresarial; en particular, el estudio técnico-jurídico de cuestiones sobre edificios, urbanismo, fincas rústicas, obras públicas, etc.

Personalmente considero que el Marco y Estrategia Europea de Interoperabilidad¹⁶ brinda un adecuado enfoque al enmarcar la información territorial en el contexto de la prestación eficiente de los servicios públicos europeos. El respeto de determinados principios y el conocimiento de las expectativas de los ciudadanos, las empresas y las administraciones públicas ayudan a construir un «modelo conceptual» centrado en unos servicios básicos¹⁷ que se puedan combinar para formar servicios agregados, incluso de alcance europeo en el futuro, facilitando la cooperación entre las Administraciones públicas mediante acuerdos de interoperabilidad, especificaciones formalizadas y especificaciones abiertas.

¹⁵ DÍAZ DÍAZ, «Claves de la interoperabilidad jurídica de la información geográfica», en <http://bit.ly/1juveLC>, op. cit., señala entre las ventajas de la interoperabilidad jurídica cuando la interoperabilidad técnica funciona correctamente: la reducción de tiempos de respuesta y la explotación de economías de escala, el alto grado de reutilización, la prevención de la obsolescencia tecnológica, el bajo coste de las migraciones de datos, etc.

¹⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Hacia la interoperabilidad de los servicios públicos europeos*, Comisión Europea Bruselas, 16.12.2010 COM(2010) 744 final.

¹⁷ Según este documento comunitario, relacionados estrechamente con los servicios básicos están los registros primarios que constituyen fuentes fiables de información básica sobre entidades tales como personas, compañías, vehículos, licencias, edificios, localizaciones y carreteras. Tales registros se encuentran bajo el control legal de las Administraciones públicas, que además los mantienen, pero la información debería ofrecerse para ser reutilizada de manera más amplia, sin perjuicio de las medidas adecuadas de seguridad y protección de la intimidad.



Particularizando estas consideraciones en el ámbito de la información espacial, la Directiva Inspire ha creado los órganos y desarrolla la normativa precisa¹⁸ para la consecución de sus objetivos¹⁹.

SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO HIPOTECARIO

Era clara la conveniencia de la plena aplicación de esta normativa a las cuestiones del Registro de la Propiedad. Para evitar saltos en el vacío tiene gran interés una afinada y meditada construcción doctrinal, quizá por síntesis de algunas otras, que permita adaptar conceptos registrales a categorías del siglo XXI respetando la esencia de principios hipotecarios del siglo XIX. Para empezar era necesario encontrar categorías que sirvieran de anclaje del derecho hipotecario en el entorno de la Directiva Inspire y sus anexos, algún paralelismo entre aquél y ésta²⁰.

Desde la práctica hipotecaria, Delgado Ramos²¹ reconoce la importancia de la interoperabilidad técnica entre los distintos portales o sistemas de información geográfica oficial. Por una parte, distintas Administraciones públicas con potestades normativas o de actuación singular sobre el territorio (Estado, comunidades autónomas, entidades locales) inciden simultáneamente en la regulación del contenido, límites y obligaciones inherentes al derecho de propiedad. Por otra, una institución específica (el Registro de la Propiedad) delimita y publica oficialmente derechos de propiedad sobre concretas fincas de ese mismo territorio. Por ello es aconsejable la efectiva interoperabilidad entre los respectivos sistemas

¹⁸ Vid. las Normas de Ejecución (con fuerza de Decisiones o Reglamentos comunitarios) y su implementación a través de Guías Técnicas o Directrices, la labor de Grupos Técnicos de Trabajo para cada apartado de los anexos de la Directiva; así como herramientas web (la propia de la Directiva, el geoportel para su infraestructura, el interesante foro, etc.).

¹⁹ Por ello es coherente que siga criterios parecidos a los señalados para la interoperabilidad genérica. Vid. el documento *Good practice in data and service sharing*, elaborado por el Grupo de trabajo sobre intercambio de datos y servicios (DT-DSS) en orden a determinar la bondad o no de determinadas prácticas, en <http://bit.ly/1jLMlmi>.

²⁰ Tales anclajes han sido, entre otros, la consideración del *distrito hipotecario* como «unidades administrativas...» (anexo I.4); y la *finca registral* como «parcelas catastrales, o áreas determinadas por registros catastrales o *equivalentes* (anexo I.6). Vid. VÁZQUEZ ASENJO, «Correspondencia registral de algunos conceptos básicos de la Directiva Inspire», *Revista Aranzadi de Nuevas tecnologías*, núm. 18, Navarra, 2008; y TRUJILLO CABRERA, «La Directiva Inspire en España: ¿Registro o Catastro?» en *Información territorial en el Registro de la Propiedad: la incidencia de la Directiva Inspire y de las bases gráficas registrales*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 25, pp. 51 a 84. Respecto a la LISIGE nos basamos en la referencia a la *cartografía específica* (anexo III. Datos temáticos generales, letra h): aquella que proporciona una imagen cartográfica de las características físicas, jurídicas, económicas, sanitarias, industriales, patrimoniales, culturales, turísticas, de transportes, ganaderas, sociales, o de la evolución histórica de un territorio, así como los mapas que reflejen una realidad específica conforme a la normativa vigente

²¹ DELGADO RAMOS, «Las bases gráficas registrales y la interoperabilidad geográfica al servicio de la seguridad jurídica» (abril de 2013), en <http://www.notariosyregistradores.com/TERITORIO/2013-bases-graficas-registrales.html>.



de información geográfica oficial. Así, cualquier Administración puede conocer cuáles son los derechos de propiedad y demás derechos reales jurídicamente existentes sobre el territorio que administran, y a la vez, en la calificación registral apreciar el régimen normativo aplicable a la finca concreta respecto de la cual se solicite la inscripción de cualquier acto.

Para Vázquez Asenjo el concepto interoperabilidad espacial tiene su traducción en el lenguaje hipotecario en la técnica jurídica llamada asociación gráfica registral que presenta grados (simple y compleja) con creciente eficacia hasta alcanzar la de la propia inscripción registral²².

SITUACIÓN DE PARTIDA. LOS PROBLEMAS

Se impone una reflexión sobre los problemas más frecuentes, especialmente para los particulares, en relación con la información territorial (vg., localización de finca, ejecución de embargos, cobro de indemnizaciones proporcionadas a la extensión real de la finca expropiada). Incluso la práctica demuestra que, en ocasiones, el efecto indeseable para el particular de las irregularidades no subsanadas es más efectivo que advertencias legales de posibles sanciones y notas negativas de calificación²³.

Un reciente informe del Defensor del Pueblo²⁴ analiza esta realidad: examina el objeto de las reclamaciones y sus posibles causas, sugiriendo algunas recomendaciones. Determina que la falta de exactitud de los datos y de concordancia entre representación gráfica y literal se debe fundamentalmente a que la mayoría de los procedimientos catastrales se realizan por medios telemáticos, sin control directo de los funcionarios técnicos y jurídicos del Catastro (vg., volcado de ficheros electrónicos especialmente en épocas de intensa dinámica inmobiliaria). Por esta razón la eficacia (presunción de certeza) de la información catastral puede ser dudosa, con la consiguiente vulneración de la seguridad jurídica y de los derechos de los interesados en los expedientes, amén de la carga que se impone al ciudadano de realizar la correspondiente rectificación. Informatización sí, pero con garantías, con información y tratamiento profesionalizado.

²² VÁZQUEZ ASENJO, «De la Asociación de datos de información territorial a la inscripción gráfica registral de Títulos de información territorial», en Blog *Auctoritas*, 7 marzo 2012.

²³ Según GUIRADO TORRES, «Catastro, Notarios, Registros y el art. 18.2 del TRLCI (Vicisitudes de Juan Español y sus propiedades)», Revista *CEMCI*, núm. 14 (enero-marzo 2012). Ante un panorama a veces caótico, de información dispersa y contradictoria, el particular se hace una pregunta muy común: ¿Qué es exactamente lo que he comprado? Los afectados por estas cuestiones propugnan la «utilización de una base de datos conjunta que *de alguna manera* fije correctamente las propiedades, al menos como *aspiración mínima (...)* que los que tienen competencia sobre una misma materia hablen el mismo lenguaje. Quizá en las palabras en cursiva está el reto y su planteamiento es lo que nos proponemos en este trabajo.

²⁴ *La realidad catastral en España, desde la perspectiva del Defensor del Pueblo (2012)*, en <http://bit.ly/S9CsJx>.



Otro factor de distorsión es la libertad de pruebas para la acreditación de la titularidad catastral (vg., por documentos privados, asignación en procesos colectivos de valoraciones) al margen de lo que conste en el Registro de la Propiedad. Se recomienda incluir esa información en la ficha catastral, evitando la manipulación de la presunción de veracidad por personas sin escrúpulos que despojen de sus bienes a sus propietarios legítimos²⁵.

La falta de coordinación con los datos registrales ocasiona perjuicios económicos y su subsanación no siempre es fácil o, al menos, rápida ni cómoda, tanto en las relaciones entre particulares como entre éstos y las administraciones públicas, con merma de los principios de eficacia y coordinación administrativa y de buena fe y confianza legítima con respecto al ciudadano (*ex art.* 103.1 CE y art. 3 de la Ley 30/1992, LRJPAC). El problema se agrava porque muchas veces estas discordancias afloran posteriormente, cuando, vg., el particular recibe una providencia de apremio de varios ejercicios del IBI, de los que no ha tenido conocimiento anterior²⁶.

Un supuesto típico es la discordancia respecto a la referencia catastral, sobre todo cuando se trata de vivienda habitual, pues tiene consecuencias negativas para el contribuyente en el IRPF. En definitiva, se trata de la coordinación y comunicación adecuada entre el Catastro y la Agencia Estatal de Administración Tributaria, órganos dependientes del mismo Ministerio²⁷.

La propia coordinación del Catastro con otros registros públicos, aun de tipo administrativo, tiene gran relevancia respecto a la gestión de determinadas cuestiones (vg., las ayudas a las explotaciones agropecuarias)²⁸.

Como soluciones se proponen la colaboración de los propios interesados y los acuerdos de cooperación entre las diferentes Administraciones implicadas (vg., ayuntamientos) y los fedatarios públicos. También se alude a la revalorización del

²⁵ Esto se acentúa respecto a los inmuebles rústicos referidos en escrituras públicas antiguas, cuya descripción no se corresponde con la que figura en el Catastro, lo que se debe a la variación, tanto en las propias parcelas como en herramientas para su representación, o en las renovaciones del Catastro de rústica (si no se guarda la información respecto a la numeración de polígonos y parcelas del Catastro anterior).

²⁶ En 2010 la Agencia Estatal de Administración Tributaria desarrolló una campaña para depurar la concordancia entre los datos incluidos en las declaraciones de IRPF sobre la titularidad de bienes inmuebles de los contribuyentes que consta en el Catastro. Algunos casos han sido de gran impacto mediático, como el caso del «DNI de la Infanta». Su realización por procedimientos automáticos-informáticos (vg., alertas), con las debidas garantías y ágiles mecanismos de subsanación, aligera la carga de trabajo que supone dicha coordinación.

²⁷ Vg., la alteración que se produce en fincas urbanas respecto de la titularidad, porque (todavía) está inscrita a nombre de una persona que (ya) no es su propietaria, o en relación con el objeto, porque se confieren al inmueble características que no posee.

²⁸ Vg., el Sistema de Información Geográfica de Parcelas Agrícolas español (SIGPAC), regulado por el Real Decreto 2128/2004, de 29 de octubre, es la base de referencia para la identificación de las parcelas agrícolas en el marco de la política agrícola común (PAC) y, por tanto, del control previo al abono por los organismos competentes de las ayudas correspondientes.



factor humano ante el empleo de medios electrónicos (vg., contacto con el titular y colindantes para la comprobación sobre el terreno)²⁹.

EN BUSCA DE ENFOQUES EQUILIBRADOS

El abordaje adecuado de la cuestión requiere una clara delimitación de las funciones y elementos que intervienen en este ámbito, principalmente el catastral, notarial y el registral.

Ni siquiera es fácil la exacta determinación del conflicto competencial de la identificación de las fincas. Podría pensarse en binomios enfrentados (notarios/registradores; Catastro/Registro, etc.)³⁰ pero la referida tríada delimita mejor un marco mínimo aunque relativamente completo.

La competencia en materia de identificación de fincas está claramente compartida. Por ello es necesaria la coordinación que se hace efectiva en materia de información territorial a través de su georreferenciación porque ésta permite su interoperabilidad técnica. Ello posibilita la interoperabilidad jurídica, desde su integración en una visión general hasta su concreción mediante la asociación a la finca de la oportuna información territorial.

Para ello nos será útil la expresión moderada de las legítimas opiniones corporativas, el rechazo a las posturas radicales y la referencia a algunos proyectos de solución.

En primer lugar conviene una revisión de principios y conceptos ambiguos (vg., seguridad del tráfico jurídico, buena fe). La misma contraposición (empleada tradicionalmente en este contexto) entre información alfanumérica o literaria (mediante palabras y números) y descripción gráfica (cuando se utilizan croquis o planos) también es equívoca: tan alfanumérica es la designación de los propietarios colindantes como la indicación de las coordenadas geográficas que permiten su localización. Por tanto, dicha distinción ha de referirse al contenido de la información y no tanto a la forma en que se expresa; quizá convendría sustituirla por la de información descriptiva e información gráfica. La cuestión importa porque sobre ella ha pivotado cada uno de los dos tipos de subsistemas de información territorial: registral y catastral

Un grupo de profesionales ha publicado su opinión al respecto. Unos describen cómo influyen las relaciones Catastro-Registro en la forma en que los notarios

²⁹ En este sentido, el Plan de Regularización Catastral 2013-2016 previsto en la Disposición adicional tercera Procedimiento de regularización catastral 2013-2016 Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.

³⁰ En efecto, no puede asentarse una regla absoluta, aunque normalmente se presenten alianzas coyunturales o estratégicas entre estos Cuerpos para afrontar cuestiones mal resueltas o no resueltas por la normativa aplicable o cuando ésta incide frontalmente con intereses o expectativas de alguno de dichos agentes.



se relacionan con dichas instituciones para ofrecer a la sociedad una base de datos compartida, completa e interoperable necesaria para el desarrollo de políticas públicas más eficaces y mejores servicios a los ciudadanos. Otros en la misma línea de deseable coordinación, aunque con un matiz autocrítico, dudan de la voluntad de estos agentes ante los espectaculares vaivenes en la reciente legislación catastral causada y reflejada al mismo tiempo en la disputa competencial respecto a la identificación de las fincas, entre funcionarios del Catastro, notarios y registradores³¹.

El enfoque comparado nos da cierta perspectiva. La mirada a Europa revela la importancia de la función de la agrimensura y la tendencia centralizadora de todas las bases de datos, estandarizando los procesos relativos a la verificación y digitalización de la documentación, los modelos de datos y su flujo para hacerlos interoperables, implementando las herramientas informáticas³². En particular, en la mayoría de los países que proceden de economías socialistas, el restablecimiento en los años noventa de la propiedad privada supuso la oportunidad de integrar el Catastro Inmobiliario multipropósito y el Registro de la Propiedad. Pero no podemos trasplantar soluciones de forma mecánica, pues se trata evidentemente de circunstancias políticas y jurídicas muy diferentes de las de nuestro país.

El problema fundamental es que el cambio sobrevenido de los propietarios colindantes da lugar a una progresiva desconexión de la finca con la realidad física, circunstancia que imposibilita establecer de forma sistemática la correspondencia de la finca registral con la finca existente en la base gráfica catastral. Pero es necesario descartar soluciones extremas como el cierre del registro³³, o el recurso sistemático a la vía judicial (al menos cuando no existe contienda sobre las propias circunstancias físicas de la finca ni titulares afectados por la nueva descripción). Pero también se rechaza la atribución exclusiva al registro de la facultad de decidir sobre la correspondencia entre la finca registral y la finca real sobre la base de la información que éste maneja, o la fusión Catastro-Registro³⁴.

Dependiendo de la forma en que se enfoque el problema, diversa será su solución. Si partimos del reconocimiento de la labor de los técnicos como imprescindible, como hoy se concibe, tiene sentido cohonestar el requerimiento de la realidad física de los bienes inmuebles con el juego del principio del consentimiento.

³¹ Vid. VELASCO MARTÍN-VARÉS, «Evolución de los mecanismos de coordinación entre los Notarios, las Instituciones Catastrales y los Registros de la Propiedad en los países Europeos»; DE LA HIGUERA, L. M.^a, «Catastro y Registro de la Propiedad, armonía y/o competencia»; y MARÍN, C., «La responsabilidad notarial en la coordinación catastral», todos ellos en una sección especial de *El Notario del siglo XXI*, núm. 39 (sept.-oct. 2011), *Catastro/Registro: ¿coordinación o integración?*

³² Vg., *Kadaster* de los Países Bajos o el principio de ventanilla única NETSVEP del Catastro-Registro de Lituania, realizando todos los trámites de la transacción de inmuebles desde la oficina del notario.

³³ Sin perjuicio de reconocer que las figuras tales como la inmatriculación y el exceso de cabida necesitan adaptarse a las TIC para mayor eficacia, agilidad y publicidad (vg., tablón de anuncios del Ayuntamiento, Boletín Oficial de la Provincia).

³⁴ JIMÉNEZ CLAR, «La coordinación catastro-registro desde una perspectiva internacional», *El Notario del siglo XXI*, núm. 39, *Catastro/Registro: ¿coordinación o integración?*



Si, por el contrario, la actuación del técnico se considera como un recurso externo al sistema, los efectos son indeseables (mayor coste y menor interés del particular en actualizar datos físicos)³⁵.

Otros trabajos plantean la posibilidad de mayor o menor coordinación. Jiménez Clar³⁶ explica la posición de partida. En la actualidad la información territorial está fragmentada en diversos subsistemas (principalmente dos) en atención a su función y origen histórico. Ello ha determinado su estructura y forma de organización interna, distinguiéndose entre sistemas de base geográfica y otros de base jurídica.

En los sistemas de base geográfica (vg. catastral) de finalidad tradicionalmente recaudatoria, el elemento estructural básico es el inmueble e imprescindible el manejo de la información sobre sus características físicas (vg., situación, dimensiones y uso) para determinar su valor (y por tanto la base imponible de los impuestos que gravan inmuebles). Por ello se apoyan en una base cartográfica. Por su parte, los sistemas de base jurídica (registros de títulos o derechos) tienen por finalidad la información sobre la titularidad, cargas y restricciones relativas a los bienes inmuebles. Su elemento estructural básico es el derecho real en cuanto modelo diseñado por cada sistema jurídico para la explotación económica de los bienes inmuebles, mientras que la base geográfica constituye un elemento secundario, tradicionalmente inexacto y a veces inexistente. El elevado nivel técnico de su gestión (calificación, prioridad) y la calidad de los datos que reciben (titulación pública de la adquisición derivativa) proporcionan un alto grado de exactitud jurídica, pero, en contrapartida, su carácter formal produce desde sus comienzos una desconexión sistemática y permanente con la realidad del territorio.

Así, lo que es realidad física o material para los registros catastrales es realidad formal o jurídica para los registros de derechos. Se produce una escisión entre estos dos aspectos de un mismo objeto, los bienes inmuebles, aspectos que quizá nunca se plantearon realmente como integrados. Cada aspecto justifica su propio estilo de información territorial.

Pero no solo una mera escisión sino un auténtico amurallamiento entre ellos. La endogamia estructural los va alejando gradualmente de una posibilidad efectiva de coordinación: no es posible el tratamiento conjunto, pues cada subsistema solo se interesa por la parte de información que constituye su objeto específico³⁷, ignorando el resto de la información. Esto supone el derroche de una gran cantidad de

³⁵ Dicho autor denuncia una posible perversión del sistema: dada esa correlación innegable de que tanto el territorio es objeto del derecho como el derecho es un atributo del territorio, es decir, si reconocemos que la modificación material de un inmueble puede tener relevancia para la suficiencia de una garantía hipotecaria y no hemos sido capaces de vincular el derecho inscrito con la finca real, no es improbable que las hipotecas empiecen a aparecer mencionadas en el Catastro.

³⁶ JIMÉNEZ CLAR, A., «La información territorial ¿es posible la unificación del catastro y del registro?», *El Notario del siglo XXI*, núm. 32 (julio-agosto 2010).

³⁷ Ello aumenta el coste de la información territorial (y de su calidad) incluyendo costes económicos y sociales, costes de transacción (vg., tiempo, previsibilidad), etc.



recursos cuyo aprovechamiento, sin coste adicional, permitiría una sensible mejora de la calidad de la información territorial.

Para superar estos inconvenientes se propone la construcción de un sistema de información territorial integral, que, partiendo del inmueble como objeto físico, tenga capacidad para almacenar y gestionar toda la información relativa a un territorio determinado. Aunque se parte de su carácter formal (no cabe la posibilidad de alterar la realidad a través de la información ni de convertir en realidad la propia información), el tratamiento conjunto de los datos sobre el territorio tiene una doble dimensión. Por una parte, el carácter horizontal o transversal (cualquier modificación del perímetro o de la extensión superficial de una parcela determinada afectará necesariamente a las colindantes) que exige la utilización de una cartografía única que haga posible la identificación geoespacial de cada inmueble. Por otra parte, en estructura vertical se asociará a cada inmueble el resto de la información (atributos) relativa al mismo (vg., ordenamiento del territorio, titularidad y cargas, componentes económicos de uso y valor, al impacto medioambiental, etc.).

En definitiva, la continuidad superficial (horizontal) y la diversidad temática (vertical) justifican la centralización de la información en lugar de su fragmentación en subsistemas de información cuya competencia está limitada por criterios territoriales (los datos se refieren solo a una parte del territorio) y funcionales (la información tiene por objeto solo aspectos determinados de los bienes inmuebles).

A su juicio, en muchos casos estas disfunciones podrían evitarse mediante la simple reordenación de los subsistemas existentes, definiendo de forma explícita sus competencias y funciones para evitar interferencias y multiplicar sinergias. Desde el punto de vista operativo, la migración hacia un futuro sistema integral depende del formato de la información territorial (descripción del inmueble) y de las posibilidades de coordinación de los subsistemas existentes en la actualidad³⁸. Nuevamente interoperabilidad y coordinación se muestran en estrecha conexión.

De lo contrario, debemos librarnos de perspectivas extremas, incluso agresivas o al menos inadecuadas por su forma. Alguna postura acusa la presencia de un fenómeno expansionista, el *panregistralismo*, como peligro de extralimitar el ámbito propio de los principios hipotecarios a cualquier contexto relativo a algún registro (al Registro Mercantil, Civil o incluso de tipo administrativo³⁹). Esta reacción pretende

³⁸ JIMÉNEZ CLAR, A. «La entropía como propiedad jurídica y su relación con los sistemas de información registral inmobiliaria», *Teorder*, 2011, núm. 10, pp. 189 a 212. Matiza entre coordinación material y coordinación funcional, pero finalmente prefiere el término de *coherencia de la información* en lugar de coordinación, ya que éste último es más proclive a interpretaciones o connotaciones uniformizadoras y no es lo mismo unidad que uniformidad. Lo que es evidente es que la mera coexistencia de datos en una base sin un tratamiento organizado de los mismos no se puede calificar como coordinación sino únicamente como amontonamiento de la información. Además, esta cuestión puede afectar a valores protegidos constitucionalmente (propiedad, protección de datos).

³⁹ Según el editorial «Catastro, registro y panregistralismo», *El Notario*, núm. 52, son manifestaciones de esta exagerada tendencia el (al parecer) frustrado proyecto de reestructuración del Registro Civil y algunos borradores, en concreto el relativo a la modificación de la normativa catastral e hipotecaria alentado por la Dirección General de los Registros, que con la apariencia y



que el Catastro se adapte a la realidad y el Registro al Catastro, y no, al contrario, el catastro al Registro. Ambas posturas son desacertadas a mi juicio. En definitiva, es evidente la conveniencia de que todos los organismos relacionados con la información territorial tiendan a adaptarse a la realidad y entre ellos.

Orillando la vehemencia, es preciso un análisis frío y con perspectiva, porque puede resultar perfectamente que lo criticado por unos no sea lo realmente deseado por los otros, lo que realmente revela los posibles puntos de acuerdo, al menos de principio.

La prueba es que algunos textos preparatorios o borradores han encontrado resistencia tanto entre notarios⁴⁰ como entre registradores⁴¹, al declarar la cartografía catastral como la única base sobre la que representar la finca registral. En este sentido se plantea el supuesto de que el Catastro publique una superficie diferente y demostradamente inexacta; no parece adecuado negarle al propietario la información real hasta que el Catastro reconozca la superficie más exacta.

Por ello es decisivo que se permita la utilización de cartografías alternativas para facilitar el examen de la corrección y coherencia de la información catastral antes de tomarla como base de representación gráfica de las fincas. Hay algunas patologías descriptivas (vg., contradicción entre la superficie gráfica y la alfanumérica, referencias catastrales incorrectas, descripciones desactualizadas) que de no ser analizadas y calificadas por el registrador pueden contaminar gravemente la descripción de las fincas⁴².

De ahí que, para algunos, el estado de coordinación entre finca y parcela admita varias categorías o estados, por lo que no puede limitarse a la mera coincidencia o no entre la descripción literaria de la finca y la representación gráfica de la parcela catastral. Se requiere la clave del arco: precisamente la construcción de las bases gráficas registrales, y su reflejo a través del Certificado gráfico de coordinación con Catastro⁴³.

excusa de crear un sistema de coordinación institucional configura un sistema contradictorio con todos los principios básicos de estas instituciones.

⁴⁰ Algunas posturas son muy contundentes, como la de MARTÍNEZ DEL MORAL, «De la conciliación catastral a la coordinación registral extraterrestre», *El Notario del siglo XXI*, núm. 52 (dic. 2013), al declarar que la reforma propuesta por la DGRN tiene como objetivo directo alterar ese orden natural para su patrimonialización exclusiva por el colectivo registral, generando una duplicidad de funciones con el objeto de refiscalizar registralmente las actuaciones desarrolladas previamente por los ciudadanos, los funcionarios del Catastro y los notarios.

⁴¹ VÁZQUEZ ASENJO, «Aspectos gráficos en otros dos borradores sobre la reforma integral de los registros», <http://bit.ly/11DRK1z>.

⁴² VÁZQUEZ ASENJO, «Tratamiento de la publicidad gráfica registral en el borrador de anteproyecto de reforma de la ley hipotecaria en materia de catastro», en <http://bit.ly/1vrOHAt>.

⁴³ Según VÁZQUEZ ASENJO, la coordinación entre una parcela catastral y la finca registral con la que se corresponde es algo conceptualmente muy complejo pero tecnológicamente muy sencillo. En esencia, requiere de un previo análisis de dicha posible coordinación para después poder determinar si existe convergencia o divergencia. Vid. «Análisis de convergencia previo análisis de coordinación registro y catastro», en <http://iterca.blogspot.com.es/2010/10/analisis-de-convergencia-previo.html>.



LOS INTENTOS DE SOLUCIÓN

En este proceso hay ensayos interesantes y aprovechables, pero el enfoque principal ha de estar bien orientado porque si no, por bienintencionados que sean dichos proyectos, acaban frustrándose. Destacamos algunos.

Un antecedente fue el Real Decreto 1030/1980, de 3 de mayo, al establecer que la coordinación del Mapa Topográfico Parcelario con el Registro de la Propiedad Inmobiliaria implicaría la conformidad de la Administración con los datos descriptivos de la misma contenidos en el folio registral a efectos de producir la triple coincidencia catastral, registral y fiscal en cuanto a los datos físicos y titulares de las fincas. Además, a los efectos del art. 38 LH, se presume, salvo prueba en contrario, que los datos descriptivos de la misma contenidos en el folio registral coinciden con la realidad física (Norma 9.^a Efectos de la coordinación).

Pero en la práctica esta iniciativa no fue efectiva por tratarse en realidad de una mera correspondencia que se limitaba al aspecto alfanumérico (mediante asignación de referencias catastrales), no una auténtica interoperabilidad geoespacial.

En general, la tradicional afirmación que presidía las relaciones entre Catastro y Registro de que el primero proporcionaría el aspecto descriptivo de las fincas y el segundo su titularidad jurídica era inexacta por simple y produjo un grave malentendido entre ellas. Ello no solo dificultó su coordinación sino que consolidó un estado de opinión que ha forjado mentalidades corporativas que los meros avances tecnológicos no bastan por sí solos para superar.

En el contexto catastral es paradigmático el caso navarro, que responde a ese esquema de intercambio (art. 50), incluyendo entre los medios utilizados para dicha coordinación los planos parcelarios junto con la documentación complementaria (art. 51). Se hará constar la coordinación en la inscripción cuando los datos del título coincidan con los de las cédulas parcelarias en él incorporadas, o se suspenderá la coordinación en caso contrario (art. 58, todos ellos de la Ley Foral 12/2006, de 21 de noviembre, sobre Registro de la Riqueza Territorial y de los Catastros de Navarra).

En el ámbito notarial el Proyecto Ramón Llull (y la aplicación informática del mismo nombre) dota a los notarios de una herramienta que les permite comprobar la geometría de las parcelas catastrales implicadas en diversos tipos de operaciones. Precisamente al hacer coincidir la actualización o modificación gráfica con el otorgamiento de la escritura pública, constará de forma fehaciente el consentimiento de los titulares afectados por la alteración, evitando que se produzcan posibles situaciones de indefensión. La intervención del notario permite, a su vez, dar fehaciencia a la coordinación entre la información gráfica y la jurídico-económica contenida en el mismo instrumento público⁴⁴.

⁴⁴ Una utilidad añadida es la incorporación de la información relativa a los datos técnicos y económicos utilizados por los sistemas de tasación hipotecaria y dar así mayor seguridad y transparencia tanto de los mercados primarios como de los secundarios.



De este modo, al incorporar los datos gráficos al contenido de cada instrumento público, la actualización de las bases gráficas se produce de forma constante pero puntual, sin necesidad de la remisión masiva de datos gráficos, al mismo tiempo que facilita la absorción de sus gastos en el seno de los costes de la transacción, evitando su duplicación⁴⁵.

Otra construcción se ofrece desde el ámbito registral. En concreto, Vázquez Asenjo propone un Sistema de Información Territorial Dominical como resultado de la interoperabilidad entre Catastro y Registro, sin mutua extinción de estos organismos, sino con mantenimiento de su respectiva función y procedimiento de trabajo. Consiste en una superestructura de valor añadido sobre las dos anteriores existentes, la cual se nutre de ellas sin alterarlas y vierte sus efectos sobre las mismas, haciéndolas más ricas y potentes. Ello se explica por la aparición de un nuevo tipo de información integral e integrada (referidas al llamado *predio integral*), con base en el lenguaje gráfico⁴⁶.

Se trata más bien de una técnica de armonización entre ambas instituciones, que presenta diversos grados y se irá reflejando en una *sobrelínea* a modo de metadato que informará de la convergencia o la divergencia entre finca y parcela. Y es aquí donde se propugna un cambio de mentalidad: delatar estas divergencias, si es que existen, no es un problema; conocerlas es una virtud y el primer paso para su solución, si procede. Además, este sistema proporciona mayor agilidad y seguridad en los procedimientos administrativos, incluso serviría de base efectiva y soporte de mercados territoriales.

En su estudio somete la relación finca-parcela a un prisma de siete facetas o dimensiones: conceptual, temporal, espacial, formal, voluntad del titular, finalidad perseguida y su respectivo valor jurídico), y las trabaja cuidadosamente proponiendo método de trabajo: desde un cuadro inicial o situación de partida, señala unos objetivos a lograr, traza el procedimiento para ello y lo remata con la propuesta de una *ficha de coordinación* en cada una de esas facetas. En dicha ficha indica los metadatos oportunos, el autor competente para los cambios necesarios y el procedimiento para ello, sin eludir la respuesta puntual y clara a las críticas que otros hacen a su construcción⁴⁷.

En definitiva, puede considerarse que la piedra angular de estas cuestiones es la extensión de los efectos publicitarios a los datos de hecho, cuestión tradicionalmente negada de modo absoluto y que modestamente he tratado de matizar⁴⁸. Precisamente la llamada *validación* es el presupuesto de la construcción y manteni-

⁴⁵ Un magnífico supuesto real de aplicación práctica llevada a cabo por un experto en Derecho Geoespacial es el que narra DÍAZ DÍAZ, «Alteración catastral telemática e inscripción registral», *El Notario del siglo XXI*, núm. 51, o con mayor detenimiento en <http://www.legaltoday.com/files/File/pdfs/alteracion-catastral.pdf>.

⁴⁶ VÁZQUEZ ASENJO, *Coordinación...*, pp. 77 y ss.

⁴⁷ VÁZQUEZ ASENJO, *Coordinación...*, pp. 109 y ss, y pp. 461 y ss.

⁴⁸ GÓMEZ PERALS, *Los datos de hecho y Registro de la Propiedad*, Colegio de Registradores, 2005, y «Las bases gráficas registrales y la inmatriculación», en la obra colectiva *La información*



miento (con diversos grados y efectos) de las bases gráficas registrales, mecanismo para de extender esa eficacia a los datos de hecho⁴⁹.

JURISPRUDENCIA

De esta cuestión se ha hecho eco la jurisprudencia⁵⁰, incluso menor. En nuestro ámbito geográfico son varias las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con una actitud diferente respecto a las bases gráficas registrales: SAP de 16 octubre (2013/224949) y 12 diciembre 2012 (RJ 2013/55302), ambas comentadas en su repercusión registral por Arrieta Sevilla⁵¹.

La primera (Fto. 4.º) reconoce el sistema de bases gráficas registrales como medio calificador del registrador cuya utilización le permite el art. 9 LH⁵², aunque en el caso ampliamente concebidas (la información esencial en el caso *llega a conocimiento del registrador por uno u otro medio, cuando consta que se encuentra entre los relacionados* en dicho precepto). Defiende este fallo el desarrollo expansivo de la función calificadora que, en virtud del principio de legalidad, debe contemplar la totalidad del ordenamiento jurídico y que, ante la ausencia de la oportuna anotación preventiva de expediente urbanístico por parte de la Administración, el registrador ha conocido la existencia de la correspondiente infracción por una vía diferente (en concreto, por la capa de información aportada por la Agencia de Protección del Medio Urbano y Rural) y, en consecuencia, no puede a ignorar este hecho.

territorial en el Registro de la Propiedad: la incidencia de la Directiva INSPIRE y de las Bases Gráficas Registrales, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial núm. 25, 2011.

⁴⁹ Algunas definiciones: *validación* es la operación de naturaleza registral en virtud de la cual el registrador afirma bajo su responsabilidad la correspondencia identificativa entre la base gráfica de una finca y la descripción literaria que de ella se realiza en el Registro de la Propiedad. *Base gráfica registral* de una finca es la traducción sobre imágenes del territorio de la descripción literaria que de la misma se hace en el Registro de la Propiedad.

⁵⁰ Las bases gráficas registrales han trascendido judicialmente el ámbito civil, hacia el laboral o el contencioso administrativo. Así, de forma tangencial a nuestro enfoque, la STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social) 28 julio 2011 (JUR\2011\330228) resuelve un caso de invalidez permanente en el desempeño de labores informatización de fincas mediante un programa novedoso llamado Geobase, considerando que la introducción de datos y digitalización de libros necesita una gran concentración y esfuerzo físico (bipedestación y manejo de los tomos registrales de un peso aproximado de 8 kilogramos). En la STS 3.ª 29 noviembre 2012 (RJ\2013\514) se plantea, aunque acaba rechazándose, la aplicación de la doctrina sobre revisión de sentencia basada en un documento recobrado (*ex art. 102.1 de la LRJCA*), al dictamen relativo a la base gráfica registral de la finca.

⁵¹ ARRIETA SEVILLA, L.J. «La calificación registral en el Registro de la Propiedad digital y gráfico», *RCDI*, nº 740, pp. 3.671 a 3.702.

⁵² Art. 9.1 LH, reglas 2.ª y 4.ª: «Podrá completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente (...) Los registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a éstas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente».



Por el contrario, la segunda sentencia (Fto. 5.º) niega la justificación legal del «Geobase»⁵³ y, mas aún, de la actuación unilateral del registrador. No puede fundarse el sistema Geobase en la Instrucción de la DGRN de 2 de marzo de 2000, sobre la implantación de la base gráfica en los Registros de la Propiedad, que carece de suficiente rango ni siquiera en el actual del 9.1 por Ley 24/2.001, de 27 de diciembre (D. A. 28.ª), que subsana ese defecto.

Por su parte, la DGRN resuelve casos en los que las bases gráficas pueden ser de utilidad; sobre algunos se ha manifestado en el ámbito isleño. Como muestra aleatoria citemos la RDGRN de 27 de enero de 2014 (JUR 2014\50243), que se refiere a un caso en que el solicitante de la inscripción pretende la modificación de la descripción de un local, errónea porque la ubicación de la puerta de acceso al mismo (referencia para la fijación de los linderos) no se corresponde con su ubicación real, ni con el plano incorporado al proyecto para el que se concedió la correspondiente licencia municipal. Se deniega correctamente la inscripción, pues no concurre más que el consentimiento del titular registral del local, pero no de los titulares de las fincas colindantes afectadas, ni consta autorización de la junta de propietarios del edificio en régimen de propiedad horizontal a la rectificación practicada.

En otro caso relacionado con una típica figura jurídica canaria, la serventía, la RDGRN de 16 diciembre 2010 (RJ\2011\1223) estima correcta la suspensión de la inscripción por existir dudas en cuanto a la identidad del exceso (art. 298-3 RH) de una finca que en el Catastro aparece como rústica (en tanto que la finca registral es urbana y con distinta ubicación, linderos y cierta desproporción entre la cabida inscrita y la que se pretende inscribir). No existe, por tanto, la necesaria correspondencia entre la finca registral y los datos catastrales.

En el fondo subyace el diferente grado de garantías jurídicas entre los procedimientos inmatriculadores. En el caso de la RDGRN 16 octubre 2012 (RJ\2012\10984), en que el escrito del recurrente denuncia además *dificultades para dar de alta la finca en Catastro*, se considera que la exigencia de plena coincidencia se limita a la descripción de la finca pero no se extiende a las titularidades catastrales respecto al expediente de dominio para inmatriculación de finca (a diferencia del procedimiento de doble titulación *ex art. 205 LH*). Por ello se resuelve que es admisible la discrepancia de titularidades existente entre el testimonio del auto y los certificados catastrales descriptivos y gráficos que se aportan (ya lo sean respecto a una cuota de la titularidad, ya en cuanto a la completa titularidad de la finca).

Incluso las resoluciones que admiten la justificación legal de la base gráfica registral han de ser coherentes, no descuidar el interés legítimo del usuario en el

⁵³ Actualmente Geobase ha sido mejorado y reemplazado por el programa TEMPLE SIG REG, producto de software libre encargado por una cooperativa de registradores (Registral de Servicios Tecnológicos S. Coop.).



caso concreto⁵⁴ ni levantar suspicacias corporativas. Así, Cabanas Trejo⁵⁵ muestra su preocupación si existen diferencias relevantes de la superficie de la finca a inscribir con relación a su superficie catastral, temiendo la necesidad de una regularización conjunta, referida a todas las fincas afectadas, incluso de las colindantes, pues a todas ellas se extiende el riesgo de doble inmatriculación.

Este temor se explica perfectamente y de forma natural por el carácter universal del Catastro, a diferencia del Registro. Y es que ésta es la línea de salida, pero ha costado décadas ubicarnos en ella y todavía no es ésta la mentalidad dominante. Solo entonces tiene sentido plantearse el contraste de recintos, esa convergencia a través de una línea (que bien podría ser la catastral) o esa divergencia que derivará en una armonización natural o en la resolución de divergencias patológicas a través de procedimientos de regularización⁵⁶.

El caldo de cultivo es fértil, germinan continuamente iniciativas. Es un sentir común entre los profesionales la necesidad de actualización normativa pero también son de todos conocidos los inconvenientes de la exclusividad de la vía reglamentaria (sin el necesario apoyo de rango legal necesario) y el peligro de su presentación como un modelo absolutamente nuevo, carente de experimentación alguna.

No se pueden extraer conclusiones del análisis, incluso detenido, de decisiones aisladas que resuelven casos diferentes; es preferible la construcción sosegada y contrastada de un cuerpo de doctrina, con informes de especialistas de los diversos sectores⁵⁷. Pero al mismo tiempo, de forma equilibrada es preciso abordar un nuevo aspecto de los principios hipotecarios, la dimensión gráfica, lo que requiere una reinterpretación del contenido clásico, para que mantengan su virtualidad en el tráfico

⁵⁴ En el caso que enseguida veremos, la propietaria de dos fincas tiene interés en inscribir un exceso de cabida y para ello solicita antes del registrador de la propiedad un informe sobre la manera de llevarlo a cabo que fue seguido por letrado de la usuaria y el notario autorizante de las actas recomendadas, con lo cual escasas dudas podía albergar el registrador. Ello sin perjuicio de los consentimientos precisos de los titulares afectados.

⁵⁵ CABANAS TREJO, «Salvar al soldado Geobase», *El Notario del siglo XXI*, núm. 49 (mayo-junio 2013), comentando la RDGRN de 4 abril 2013 (RJ\2013\3671), considera que quizá se actuase por reacción frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 12 de diciembre de 2012 que ha causado honda preocupación en el colectivo registral, pues son grandes los intereses económicos alrededor de este sistema

⁵⁶ VÁZQUEZ ASENJO, *Coordinación...*, p. 81 y ss., alude al contraste entre la identificación gráfica de la finca registralmente reconocida por el título registral y la descripción de la parcela refrendada por la autoridad competente. Y ello de forma que se permita la necesaria actualización, admitiendo la posibilidad de alterar la coincidencia para reflejo de situaciones de lógica no conflictiva pero impidiéndose si la alteración se debe a actuaciones irregulares o a la utilización de diferentes técnicas de representación, para no perder el ámbito de coordinación ganado.

⁵⁷ VÁZQUEZ ASENJO, *Coordinación...* cit., se refiere al «Informe Guimet» del Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, desarrollado en pp. 211 y ss., o el Proyecto Castellbisbal, explicado en pp. 238 y ss.



moderno, especialmente los de calificación, inscripción y publicidad, proyectándose hacia el futuro a través del folio real electrónico⁵⁸.

CONCLUSIÓN

No debemos olvidar viejos proyectos, las ilusiones que suscitaron y su escasa virtualidad. No es inoportuno recordar que hace un siglo la Ley Catastral de 23 de marzo de 1906 fracasó en su intento coordinador con el Registro porque quiso atribuir a la cédula catastral el valor jurídico de un título real con plenos efectos civiles en cuanto a la titularidad dominical de las parcelas catastrales, bajo el presupuesto de implantar el sistema registral australiano, lo que no pudo hacerse precisamente por la falta de un Catastro adecuado. Hoy la tecnología permite afrontar retos impensables hace un siglo, pero si el sistema jurídico no es sustancialmente distinto estaríamos casi en las mismas.

La verdadera coordinación entre ambas instituciones debe consistir en una ágil colaboración que permita un recíproco conocimiento de los aspectos que a cada una interesa del funcionamiento de la otra, mediante un continuo intercambio⁵⁹ de información constantemente actualizada mediante los sistemas informáticos adecuados. Y es que parcela catastral y finca registral, por definición, no son realidades homogéneas, por mucho que en la práctica frecuentemente coincidan en extensión y linderos. Por ello son paradójicas expresiones como certificación *catastral* descriptiva y gráfica *de la finca*, o la acreditativa del estado actual de la *finca en el Catastro Topográfico Parcelario*. Es más, Vázquez Asenjo⁶⁰ explica cómo la exigencia de concordancia entre ambas figuras —finca y parcela— para permitir la inmatriculación no solo es de imposible satisfacción en muchos casos sino altamente perjudicial en cuanto conduce a un forzamiento que lleva a la desfiguración y, por tanto, desnaturalización de una u otra de ellas, y de la consiguiente de información territorial.

Notarios, registradores de la Propiedad y Catastro están destinados inevitablemente a entenderse y a cooperar⁶¹. Sin negar recelos corporativos, se trata de posturas muchas veces solo aparentemente contrarias. Es más, algunos profesiona-

⁵⁸ VÁZQUEZ ASENJO, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, Ed. Bosch., Barcelona, 2010.

⁵⁹ Sigue existiendo un cruzamiento de información o, mejor, la información se completa con el cruzamiento de datos: la titularidad catastral interesa al Registro y la base gráfica registral interesa al Catastro.

⁶⁰ VÁZQUEZ ASENJO, «Nuevo marco de colaboración entre el Catastro y el Registro de la Propiedad», *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 134, pp. 1029 y 1030. Las características de la parcela catastral se refieren a la facticidad, la universalidad, la actualidad y su carácter necesario y de finalidad pública, frente a los rasgos de la finca registral.

⁶¹ Los registradores, en el ejercicio de su función pública, estarán obligados a colaborar entre sí, y con los órganos jurisdiccionales, las Administraciones públicas y los notarios (art. 222. 8 pfo. 2.º LH); al deber de colaboración de los notarios se refieren los arts. 17.2 y 24 Ley Notariado. La normativa catastral alude a este deber de notarios y registradores de la Propiedad (art. 36.3 y D.A.2.ª



les consideran que el Catastro no es consciente de las ventajas que la colaboración con el Registro le puede proporcionar, de donde se deduce que la mayoría de las resistencias a esa base común proceden de la ignorancia o comodidad, más que del recelo. En este sentido existe todavía una conciencia y una mecánica profesionales que dificultan, primero, la visualización de la situación como un verdadero problema, cuánto más la búsqueda de una solución o a su reconducción a procedimientos de mayor corrección y coherencia.

En definitiva, a las puertas de un cambio histórico en este ámbito se recomienda autocritica y sosiego, honestidad y humildad científica, investigación, verificación y aplicación efectiva normativa inspirada en el respeto a la esencia de los principios jurídicos para hacer realidad los beneficios de la Administración electrónica a través de la interoperabilidad de la información territorial.

TRLCI) y a la propia obligación del Catastro de suministro de información a otras Administraciones tributarias (art. 37 TRLCI).



SOBRE EL ESTADO DEL DERECHO. A PROPÓSITO DE ALGUNAS GRIETAS EN NUESTRO EDIFICIO NORMATIVO

Luis Fernando Prieto González*

RESUMEN

En este artículo se estudian las patologías (complejidad creciente e imparable del sistema normativo, su carácter pluricentral, la cada vez más dudosa vigencia del principio de separación de poderes y la escasa calidad de las normas), y problemas que aquejan a nuestro sistema normativo, en particular a la ley, elemento cardinal del mismo y reflejo, al menos en el plano teórico, de la primacía del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo (artículos 97 y 103.1 CE) y el Judicial (artículo 117 CE), sometidos ambos enteramente al primero

PALABRAS CLAVE: ley, ordenamiento jurídico, hipertrofia normativa, separación de poderes, primacía del Poder Legislativo, principio de legalidad.

ABSTRACT

This contribution is focused on the pathologies our legal framework suffers due to its complexity, the lack of a clear centrality and the enforcement of the separation of powers principle, and also the lack of quality of its norms; the problems are specially troubling with its characteristic product: the law.

KEY WORDS: law, legal framework, separation of powers principle, supremacy of the legislative power, rule of law.

I. INTRODUCCIÓN

Durante años, generaciones de juristas, entre los que me incluyo, estudiamos primero y explicamos después que el Derecho Administrativo es un producto histórico, fruto de la Revolución Francesa y consecuencia lógica de un modelo de Estado que se fundamenta básicamente en la lucha frente al absolutismo mediante la garantía de una esfera de actuación en libertad para los ciudadanos, el control del ejercicio de la autoridad mediante la separación de poderes y el sometimiento de todos ellos al imperio de la ley, verdadera clave de bóveda del sistema¹.

Así lo hemos aprendido y así lo hemos contado; adornándolo, claro está, con los pormenores de una historia que pasa del liberalismo más riguroso del siglo XIX —fruto de la desconfianza ante el poder— al intervencionismo paternalista del siglo



xx, y que confluye en este siglo, validando la lógica hegeliana, en una extraña síntesis liberal en lo económico e intervencionista en lo social.

De un tiempo a esta parte, sin embargo, no deja de inquietarme el hecho de que a este viejo edificio hayan empezado a crujirle las vigas. No hablemos ya del dogma de la voluntad general, distinta y superior a la de los ciudadanos y que justifica la no sujeción de sus representantes a mandato imperativo (artículo 67.2 CE), pero sí a la disciplina de partido; ni tampoco del control al Gobierno por parte del Poder Legislativo (artículo 66.2 CE), ejercida por parlamentarios compañeros de formación política; ni tampoco al fin, Dios me perdone, de un Poder Judicial sometido únicamente al imperio de la ley (artículo 117.1 CE), pero creador del Derecho.

Pero sí me preocupan, y mucho —y a eso vamos a dedicar las próximas páginas—, las patologías que aquejan a nuestro sistema normativo, particularmente a la ley, elemento cardinal del mismo y reflejo, al menos en el plano teórico, de la primacía del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo (artículos 97 y 103.1 CE) y el Judicial (artículo 117 CE), sometidos ambos enteramente al primero.

Creo no exagerar si digo que el sometimiento a la ley, el principio de legalidad en suma y los que sobre él se apoyan sustentan todo el edificio del Estado de Derecho. Ley es, en la primera acepción del *Diccionario de la Real Academia*, «norma constante e invariable de las cosas», en definitiva, seguridad, que como ha precisado el Tribunal Constitucional, «... es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad» (STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10).

II. LA COMPLEJIDAD DEL SISTEMA

Para empezar, el primer síntoma alarmante de las dolencias de nuestro sistema normativo es la extraordinaria complejidad del mismo². Ya tuvo ocasión el Tribunal Constitucional, precisamente en su Sentencia 46/1990, de 15 de marzo, que declaró

* Doctor en Derecho. Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna. Texto ampliado de la conferencia impartida en el Seminario de Derecho Administrativo de la ULL en mayo de 2013.

¹ El tema no es nuevo y sobre él se ha escrito ya mucho con mejor pluma que la mía. Por lo que se refiere a los principios políticos, tanto en el Antiguo Régimen como en el Estado de Derecho, sobre todo J. TOUCHARD, en su *Historia de las ideas políticas* (Tecnos, 2006), y el magnífico ensayo de B. MANIN sobre *Los principios del gobierno representativo* (Alianza, 1998), sin desdeñar las incisivas reflexiones de A. NIETO en *La organización del desgobierno* (Ariel, 1990).

² Sobre el sistema normativo en general, el segundo tomo de la monumental obra de S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (Iustel, 2006) resulta insustituible, como lo son también los Capítulos que J. A. SANTAMARÍA PASTOR dedica a las Fuentes del Derecho en *Fundamentos de Derecho Administrativo* (Ceura, 1988).

inconstitucionales, y por tanto nulas, varias disposiciones de las Leyes 14/1987, de 29 de diciembre, y 6/1989, de 22 de mayo, del Parlamento de Canarias, de explicar que «... la exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas...» (FJ 4).

2.1. MULTICENTRALIDAD DE LA PRODUCCIÓN NORMATIVA

En el Derecho Romano, por ejemplo, existía un único centro de producción normativa y una única dimensión de la norma: su dimensión temporal. Así, el magistrado que proponía la redacción de una ley, tras consultar el parecer del Senado, leía en público el proyecto (*promulgatio*), que conforme a la *lex Cecilia Didia* (655 a.u.c.) debía quedar expuesto al público durante tres jornadas de mercado (*nundinae*) antes de la votación. Aprobado el proyecto, los subjuntivos se convertían en imperativos, se redactaba la *praescriptio* y, conforme a la *lex Licinia Junia* (691 a.u.c.), se depositaba, grabado en bronce, en el *aerarium*, en el templo de Saturno, con lo que se garantizaba su certeza y durabilidad.

Y en cuanto a su vigencia temporal, una ley nueva sólo podía revocar en su totalidad otra precedente (*abrogatio*), sustituir algo de una ley anterior (*subrogatio*) o anular parte de la misma (*derogatio*).

Frente a esto, nuestro sistema actual presenta dos rasgos distintivos. El primero, y aunque parezca una antinomia, la multicentralidad de la producción normativa. Nótese que el propio artículo 66 de la CE, que encabeza el Título III de la misma, establece en su apartado segundo que las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa, pero añadiendo inmediatamente la expresión «del Estado», a la que hay que sumar las de las Asambleas Legislativas que el artículo 152.1 de la propia Constitución reconoce a las Comunidades que hayan accedido a su autonomía por el procedimiento del artículo 151 —vaya por Dios—, y que se extiende luego, vía Estatutos, a todas las Comunidades Autónomas, quedando reducidas las diferencias entre unas y otras a lo que se denominó «techo competencial» inicial.

Y por si esto fuera poco, aparece un tercer actor, el Gobierno «del Estado», que también puede ejercer competencias legislativas, bien como titular originario de dicha potestad en casos de extraordinaria y urgente necesidad (decretos-leyes, artículo 86 de la CE), bien como delegado de las Cortes Generales (decretos legislativos, artículos 82 y ss. CE).

Pero no queda ahí la cosa. Se reconocen también por vía estatutaria (legal al cabo, que no constitucional) potestades legislativas a los ejecutivos de las distintas



Comunidades Autónomas; a la mayoría de ellos en el caso de la legislación delegada, bien expresamente (artículos 63 del Estatuto de Autonomía [EA] de Cataluña, 10.1.a del de Galicia, 109 del de Andalucía, 24 bis del de Asturias, etc.), bien implícitamente (artículo 15.5 del EA de Canarias) y a otros incluso la posibilidad de dictar decretos-leyes (artículo 64 del EA de Cataluña, 110 del EA de Andalucía).

Finalmente, y para complicar un poco más las cosas, aun dejando a un lado los Tratados Internacionales que obligatoriamente deben ser incorporados al ordenamiento interno (96 CE), no podemos obviar la existencia de los reglamentos comunitarios, adoptados por el Parlamento y el Consejo a propuesta de la Comisión (289.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE), obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro (288.2 del TFUE) desde su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, capaces de desplazar a cualquier norma estatal, y que pueden ser alegados ante los tribunales nacionales. Y no sólo en el ámbito de las competencias ordinarias de la Unión, sino también en el marco de los poderes implícitos a que se refiere el artículo 352 del Tratado de Funcionamiento.

Téngase en cuenta, por cierto, que los reglamentos comunitarios tienen eficacia directa en los Estados miembros, por lo que deben ser aplicados como normas propias (STJCE *Van Gend-Loos*, de 5 de febrero de 1963), y prevalecen sobre cualquier norma interna, incluso las constitucionales (SS TJCE *Costa-ENEL*, de 15 de julio de 1964 y *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978).

2.2. PLURIDIMENSIONALIDAD DEL SISTEMA NORMATIVO

Además de lo dicho, frente a la dimensión lineal de las normas que se resumía en el viejo aforismo de *lex posterior derogat anterior*, y la regla de la prevalencia de la ley especial sobre la general en caso de conflicto, la aplicación efectiva de las leyes resulta ser una tarea extraordinariamente compleja, fruto de la pluridimensionalidad del sistema normativo.

a) *La dimensión temporal de las normas*

Hace referencia a la eficacia temporal de las mismas, y no es tan sencillo como en un primer momento pudiera parecer. El primer problema que se plantea es el de su entrada en vigor, que conforme al principio de publicidad de las normas (9.3 CE) se producirá normalmente a los veinte días de su completa publicación (en el Boletín Oficial que corresponda, claro), si en ellas no se dispone otra cosa (artículos 2.1 del CC y 297.2 del TFUE). El segundo problema hace referencia al término formal de su vigencia o derogación; y aquí la cosa ya no está tan clara como pudiera parecer, pues el artículo 2.2 del CC permite no sólo la derogación expresa («... tendrá el alcance que expresamente se disponga...») sino también la derogación genérica que «... se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior» y eso teniendo en cuenta que la eficacia derogatoria de una norma sólo alcanza a las del mismo o inferior rango de su propio subsistema normativo (europeo, estatal, autonómico).



Finalmente, el tercer problema se refiere a la posible extensión de los efectos de la norma a situaciones anteriores a su entrada en vigor. Sabido es que la Constitución prohíbe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (artículo 9.3), lo que deja abierta la posibilidad de la eficacia retroactiva de las normas favorables, no tanto a la denominada *de grado máximo*, que implica la aplicación de la nueva ley a relaciones y situaciones nacidas y agotadas en todos sus efectos conforme a la ley anterior, como a los casos que la doctrina y la jurisprudencia han denominado retroactividad *de grado medio*, en que la norma nueva se aplica a situaciones y efectos nacidos antes de su entrada en vigor, pero no agotados completamente, o a la retroactividad *de grado mínimo*, en que la nueva norma sólo tiene efectos de futuro (SS del TC 42/1986, de 10 de abril y 126/1987, de 16 de julio, entre otras).

b) *La dimensión espacial de las normas*

Si bien pudiera parecer que las leyes y las normas jurídicas, como reglas de comportamiento que pueden ser impuestas coactivamente, deberían aplicarse sólo en el ámbito territorial en que la autoridad que las impone ejerce su poder, la realidad es bien distinta. Regulada básicamente en los artículos 8 y ss. del CC, la dimensión espacial de las normas se puede reducir a las siguientes pautas: a las relaciones que tienen como sustrato el derecho de las personas, de familia o sucesiones, se les aplica la *ley personal*, determinada conforme a su nacionalidad (artículo 9); los derechos y deberes relativos a la posesión, la propiedad y demás derechos reales sobre los bienes se regirán por la ley del lugar donde se hallen, o *ley territorial* (artículo 10); las formas y solemnidades relativas a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos realizados por las personas se regirán normalmente por la ley del país en que se otorguen (en aplicación del principio *locus regis actum*), si bien podrán ser válidos también los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes (artículo 11.1); por último, las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español (artículo 8) y, para complicar más las cosas, según en qué casos, a los españoles y extranjeros por hechos cometidos dentro o fuera del territorio nacional (artículo 23 de la ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial).

c) *La dimensión vertical de las normas*

Hace referencia al principio de jerarquía normativa, aparentemente sencillo, que reconoce el artículo 9.3 de la CE y que aparece definido en el 1.2 del Código Civil («carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior») pero extraordinariamente complejo en realidad.

Lo cierto es que la única norma de superior jerarquía respecto a todas las demás es la Constitución (artículo 9.1), de tal manera que cualquier otra que la contravenga resultará nula, ya se trate de una norma con rango de ley (artículo 39.1 de



la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), ya se trate de una disposición reglamentaria, que también será nula si vulnera lo establecido en las leyes o en otras disposiciones de rango superior (artículos 51 y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común).

El problema de las relaciones jerárquicas entre leyes del mismo o de distinto subsistema normativo (estatal, autonómico) y de éstas respecto de los reglamentos es mucho más complejo. Por ejemplo, no existe relación de jerarquía entre leyes orgánicas y ordinarias, ni entre leyes estatales y autonómicas (salvo la subordinación de estas últimas a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía), como tampoco existe con carácter general entre leyes estatales y reglamentos autonómicos o viceversa; ni siquiera en el ámbito de las relaciones entre legislación básica y legislación de desarrollo, que sigue siendo una relación de especialidad partiendo de la noción material del carácter de básico (SS TC 32/1981, de 28 de julio; 1/1982, de 28 de enero y otras muchas, incluida la 69/1988, de 19 de abril y posteriores, que vienen exigiendo la indicación explícita del mismo).

d) *La dimensión horizontal de las normas*

Quizá la más difícil de entender, se refiere al principio de competencia, que supone la reserva de un ámbito de actuación exclusiva al legislador en función de las materias de que se trate y que, por no hablar de las competencias atribuidas a la Unión Europea (artículos 2 a 6 del TFUE), no se agota en el juego del 148 y 149 de la CE, que no es ni muchísimo menos un reparto de cartas entre dos jugadores pues, en primer lugar, la propia Constitución reconoce que las competencias exclusivas del Estado del 149 permiten la normación compartida (así, 149.1.1, 8, 11, 13, 16, 17, 18, 21, 23, 27, 30); en segundo lugar, que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias legislativas sobre otras materias no atribuidas expresamente al Estado por vía estatutaria (artículos 148.2 y 149.3); y en tercer lugar, que esta atribución competencial puede alcanzar a materias de competencia estatal, bien por vía de transferencia o delegación (artículo 150.2), bien en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal (artículo 150.1).

III. LA DUDOSA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

A la complejidad del sistema normativo, que por sí sola dificulta enormemente el conocimiento y la correcta aplicación de la norma aplicable, debemos añadir ahora algunas reflexiones sobre la vigencia de uno de los principios fundacionales del Estado de Derecho, como el de la separación de poderes, particularmente en lo que se refiere al ejercicio de la potestad de dictar leyes, exclusivamente reservada al Poder Legislativo en cuanto representante legítimo de la voluntad general.



3.1. LA USURPACIÓN DEL PODER LEGISLATIVO

Preocupa también, y mucho, la invasión de potestades legislativas por parte del Ejecutivo, que se manifiesta al menos en tres síntomas muy concretos. En primer lugar, en el monopolio de la iniciativa legislativa. Como sabemos, y dejando a un lado la que tienen atribuida las Comunidades Autónomas regulada en el artículo 87.2 de la Constitución, ésta puede proceder del Gobierno (proyecto de ley, artículo 88), de las propias Cámaras legislativas (proposiciones de ley, artículo 89) o de los ciudadanos (iniciativa legislativa popular, artículo 87.3 CE). Pues bien, en contra de lo que pudiera parecer, la mayor parte de las iniciativas, al menos de las iniciativas que prosperan y que acaban convirtiéndose en textos legislativos, proceden del Gobierno. A modo de ejemplo, en la actual legislatura (hasta enero de 2014) se han presentado en el Congreso de los Diputados 84 proposiciones de ley, 59 proyectos de ley y 22 iniciativas legislativas populares. De todas ellas, sólo los proyectos de ley han acabado (o acabarán convertidos en fechas próximas) en leyes que hemos visto o veremos publicadas en el Boletín Oficial del Estado. De las 84 proposiciones de ley registradas, 83 han sido inadmitidas a trámite, rechazadas o retiradas por sus proponentes, y sólo una ha sido aprobada con modificaciones, convertida en Ley 1/2013, de 14 de mayo; aunque, eso sí, subsumida en un proyecto de ley (de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios), procedente a su vez del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre. Y de las 22 iniciativas legislativas populares, sólo de una se puede decir que ha prosperado parcialmente (eso sí, subsumida también en el citado proyecto de ley de protección de los deudores hipotecarios) y tan desvirtuada, que difícilmente podemos decir que se trata de la misma iniciativa.

Pero esta usurpación de funciones del Parlamento por parte del Gobierno no sólo se manifiesta en el monopolio de hecho de la iniciativa legislativa, sino también, y sobre todo, en el uso y abuso de la potestad de dictar decretos-leyes (artículo 86 CE) «en caso de extraordinaria y urgente necesidad», expresión que, como ha recordado el TC, no es una cláusula «vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes...» (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3, que, por cierto, se refiere literalmente a la «invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución»).

Para ilustrar mejor el argumento, basta constatar que en el año 2012 se publicaron en el Boletín Oficial del Estado 8 leyes orgánicas, 17 leyes ordinarias (incluida la de Presupuestos Generales del Estado) y 29 reales decretos-leyes, algunos tan urgentes como el 15/2012, de 20 de abril, de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE, o el 8/2012, de 16 de marzo, sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico.

Por último, otro de los síntomas que pone de manifiesto el desplazamiento casi total de la función legislativa por parte del Gobierno es el de la superproducción de normas reglamentarias. Se calcula que aproximadamente el noventa y ocho por ciento de todas nuestras normas escritas proceden del Poder Ejecutivo por la vía del ejercicio de la potestad de dictar reglamentos, algo contra lo que lucharon los revolucionarios franceses —bien cierto que sin demasiado éxito, pues la Constitución del Año VIII (1799)



volvió a reconocerla—, que pretendieron para la Asamblea Nacional el monopolio de la producción normativa prohibiendo al Poder Ejecutivo dictar ninguna ley, salvo las denominadas «... proclamaciones de conformidad con las leyes para ordenar o recordar su observancia» (Constitución de 1791, Tít. III, Cap. IV, Secc. I, artículo 6). Igual que hicieron nuestras Cortes de Cádiz con el Decreto de 16 de enero de 1811, aunque también con resultados efímeros, pues el decreto de 26 de enero de 1812 ya permitía a la Regencia expedir «... los decretos, reglamentos e instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las leyes, oyendo antes al Consejo de Estado» (Cap. II, Art. V).

Nos basta con ojear cualquier Boletín Oficial (estatal, autonómico o provincial) para comprobar que, de entonces acá, el ejercicio de la potestad reglamentaria se ha ido multiplicando en la medida en que lo han hecho también los titulares de dicha potestad, que se reconoce no sólo al Gobierno (artículo 97.1 de la CE) sino a las Comunidades Autónomas y a las entidades que integran la Administración local (artículo 4.1.a de la Ley 7/1985, de 2 de abril).

3.2. LA PROGRESIVA REDUCCIÓN DE LA CAPACIDAD DE ACTUACIÓN DEL LEGISLADOR

Y no acaba aquí el declive del Poder Legislativo. Una de las características que siempre se ha reconocido a las leyes es la ilimitación de su ámbito material y contenido. Es conocida, y a todos nos resulta familiar, la cita de Jean-Louis de Lolme (1740-1806) según la cual «la ley lo puede todo, excepto convertir a una mujer en hombre o a un hombre en mujer» (cuestión hoy ya resuelta, por cierto, si se me permite la ironía).

Pues bien, en el momento actual, esta característica es otro de los mitos que se desvanecen. Para empezar, la ilimitación del ámbito material de la ley encuentra una barrera infranqueable en el sistema de distribución competencial entre los distintos poderes territoriales, de tal modo que el legislativo estatal no podrá regular materias que sean de la exclusiva competencia autonómica, ni los Parlamentos de las Comunidades Autónomas podrán invadir con sus leyes el ámbito competencial exclusivo del Estado. Bien claro lo dejó el Tribunal Constitucional, entre otras, en las conocidas sentencias 147/1991, de 4 de julio; 118/1996, de 27 de junio y 61/1997, de 20 de marzo.

Pero es que además el legislador está limitado también en cuanto al contenido de sus regulaciones. En primer lugar, por la propia Constitución, como norma de superior jerarquía, de tal modo que las leyes contrarias a ella serán anuladas por el Tribunal Constitucional (artículo 39 de su ley orgánica) y, en consecuencia, expulsadas del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, por el contenido esencial de los derechos y libertades (artículo 53.1 CE) que, según el TC, comprende por una parte «... aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así», y por otra, «...aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos» (sentencias 11/1981, de 8 de abril, FJ 8 y 37/1987, de 16 de noviembre, FJ 2, entre otras muchas).



Por último, no podemos olvidarnos tampoco de los límites que imponen al legislador las directivas comunitarias. Como instrumento de armonización de las legislaciones de los Estados miembros, las directivas obligan en cuanto al resultado, con independencia de los medios y las formas de llegar a él (artículo 288 del TFUE), lo que remite a la normativa interna de cada Estado en cuanto al reparto competencial, con lo que, en aquellas materias que exijan para su transposición una norma con rango de ley, el margen de actuación de los legisladores resulta seriamente comprometido.

IV. LA SUPERPRODUCCIÓN NORMATIVA

Complejidad del sistema, confinamiento del legislativo... Lo peor es que no son éstos los únicos males que aquejan a nuestro sistema normativo. Se atribuye a Napoleón la frase de que «hay tantas leyes que nadie está seguro de no ser colgado». Y éste es, en efecto, otro de los grandes problemas —junto con sus secuelas de inestabilidad— a los que nos enfrentamos día a día tanto los destinatarios de las normas como los profesionales del Derecho.

4.1. LA HIPERTROFIA DEL SISTEMA NORMATIVO

Existen demasiadas normas. Se producen demasiadas normas; no tanto de rango legal como reglamentario, pero para el caso lo mismo da. El artículo 9.1 de la CE nos declara sujetos «... a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», y eso tanto vale para una ley orgánica como para el más insignificante de los reglamentos del más pequeño de los municipios españoles.

Por ilustrar el argumento con datos concretos, el manuscrito que se conserva en la catedral de León de la *Lex Romana Visigothorum*, o Breviario de Alarico (siglo VI), quizá el texto más fiable de la recopilación del Derecho Romano postclásico que se conoce, vigente en un reino germánico, consta de 107 hojas. La Novísima Recopilación de las Leyes de España, mandada formar por el Señor Don Carlos IV (1805), está compuesta por doce libros que, con sus índices y suplementos, no superan las 1.200 páginas, siendo ésta toda la legislación vigente en nuestro país hace apenas dos siglos.

Hoy, los cálculos más prudentes estiman en cien mil (100.000) las leyes y reglamentos vigentes en España, y en más de novecientas mil (900.000) las páginas de Boletines Oficiales que se publican anualmente, buena parte de ellas conteniendo nuevas normas. El cálculo es bien sencillo, sólo el Boletín Oficial del Estado superó las sesenta mil páginas (60.000) en el año 2013.

Si ya en el siglo XVI decía Quevedo, a quien quisiera ser letrado almenuco, que «... a todas las cosas que te dijeren, di que hay ley expresa, que habla en propios términos... Y sabe cierto que no hay disparate en el mundo tan grande que no tenga ley que lo apoye...», imagínese hoy el lector en medio de la selva impenetrable de normas que acabamos de describir.



4.2. LA INESTABILIDAD DEL SISTEMA NORMATIVO

Y claro, el mayor problema de esta superabundancia de normas —consecuencia también de la ingente cantidad de poderes normativos, todo hay que decirlo— genera una enorme inestabilidad del sistema que se refleja en las siguientes manifestaciones:

a) *En la mutabilidad de las propias normas*

Si se me permite, lo peor de todo no es el fluir incesante de nuevas normas, sino la inseguridad que genera la continua modificación de las existentes, en un aluvión imposible de contener. Como no quiero que se me tache de hacer afirmaciones carentes de fundamento, voy a citar algunos ejemplos. Empezando por nuestra propia casa, el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación de Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, norma de especial trascendencia en nuestro ordenamiento, como bien se puede comprender, fue aprobado por un decreto legislativo, el 1/2000, de 8 de mayo, que entró en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma, el 15 de mayo. Pues bien, a fecha de hoy (31 de enero de 2014) ha sido modificado en dieciséis (16) ocasiones. La primera a escasos dos meses de su vigencia, por Ley 2/2000, de 17 de julio.

Otro ejemplo. La legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas. La Ley 13/1995, de 18 de mayo, fue modificada seis (6) veces —sin contar cuatro (4) actualizaciones más de cifras y cuantías—, hasta que se aprobó un texto refundido, por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, el cual fue objeto a su vez de doce (12) modificaciones más hasta la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, la más estable de todas, pues sólo se modificó en dos (2) ocasiones hasta la aprobación del nuevo texto refundido, por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que ha sido modificado ya, en apenas dos años de vigencia, en nueve (9) ocasiones más.

Y para el que siga sin creérselo del todo y piense que la volatilidad de las leyes afecta sólo al ámbito del Derecho Administrativo, un último dato espeluznante: el Código Penal, ni más ni menos que la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ha sido modificada en veintisiete (27) ocasiones, de las cuales, al menos en nueve (9) no se indica en el título de la norma que contiene una modificación del Código Penal. Sólo en el año 2000, se modificó en seis (6) ocasiones, por Leyes Orgánicas 2/2000, de 7 de enero; 3/2000, de 11 de enero; 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería; 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores; 7/2000, de 22 de diciembre y 8/2000, de 22 de diciembre. Sobra todo comentario.

b) *En los cambios en las instituciones y en las regulaciones*

Podría pensarse, sin embargo, que esta avalancha normativa es, con todo, un mal menor si a pesar de las transformaciones del Derecho positivo, los conceptos y las instituciones se mantuvieran, no inmutables, pero sí con un cimiento estable.



Pero eso tampoco ocurre. Fue Von Kirchmann (1802-1884) quien dijo que una palabra del legislador convertía en basura bibliotecas enteras, de tal forma que la labor del jurista, del que persigue los conceptos trascendiendo las normas, «... se parece al viajero en el desierto: divisa lejos opulentos jardines, camina todo el día y a la noche están tan alejados de él como por la mañana...».

Aunque me he resistido todos estos años, empiezo a creer que Von Kirchmann tenía un punto de razón. Por ejemplo, desde el Derecho Romano, el contrato, como acuerdo de voluntades, existe «... desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio» (artículo 1254 del CC), perfeccionándose por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el mismo (1262.1 del CC), lo que trasladado a los contratos públicos significaba (nótese el tiempo verbal) que el contrato se perfeccionaba con la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que fuese el procedimiento o la forma de adjudicación (artículo 27 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), de tal forma que a partir de ese momento surgían derechos y obligaciones recíprocos para las partes, entre otros, la obligación de formalizar el contrato (artículo 140.3), cuyo incumplimiento hacía incurrir al contratista en causa de resolución (artículo 206, apartado d).

Pues bien, la Ley 34/2010, de 5 de agosto modifica, a mi modo de ver sin una motivación convincente, la institución del contrato administrativo, de tal manera que a partir de entonces los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan «con su formalización».

Una palabra del legislador convirtiendo en papel mojado veinte siglos de teoría jurídica.

Pero tan grave como la transformación de los conceptos y las instituciones, y aún más, por los efectos directos que tiene sobre la vida diaria de los ciudadanos, son los cambios permanentes y continuos en la regulación de las cuestiones más ordinarias, más cotidianas, por decirlo de alguna manera. No podemos olvidar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, la seguridad jurídica es la suma de dos elementos, uno objetivo, en cuanto certeza de la norma aplicable, y otro subjetivo, en cuanto previsibilidad de los efectos de su aplicación, ya que dicho principio «protege la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles» STC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 6.º).

Por poner un ejemplo, la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo, dentro de la prohibición total de fumar en determinados centros y establecimientos (artículo 7), permitía la habilitación de ciertas zonas para fumadores en algunos de dichos lugares, previo cumplimiento de los requisitos que se establecían en la propia ley (artículo 8, apartados 1 y 2 respectivamente). Pues bien, los titulares de aquellos establecimientos que invirtieron en adaptar espacios conforme a las exigencias legales para permitir el uso del tabaco se encontraron tan sólo cinco años después con la prohibición absoluta de fumar en los mismos por una nueva ley, la 42/2010, de 30 de diciembre, que modificaba la anterior.

Lo propio ocurre en el sector de las energías renovables. Desde la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, los pequeños productores de energía podían



optar por participar en el mercado de electricidad, en determinadas condiciones, o por incorporar sus excedentes a la red, en cuyo caso percibirían el precio final del mercado más una prima, régimen que se pretende consolidar con el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, creando así un sistema estable y previsible, modificado luego por Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que establece unos límites máximos y mínimos (techo y suelo *cap & floor*) y por los Reales Decretos 1578/2008, de 26 de septiembre, y 6/2009, de 30 de abril. Pronto empiezan los recortes, que se materializan en el Boletín Oficial, algunos incluso con carácter retroactivo, mediante los Reales Decretos 1565/2010, de 19 de noviembre, y 1614/2010, de 7 de diciembre, además de en el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre. Tres cambios en el plazo de un mes. Pero lo peor estaba por llegar. Por Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero, se suprime el régimen económico regulado en el Real Decreto 661/2007, y por Real Decreto-Ley 2/2013, de 1 de febrero, se elimina la opción de venta al mercado más la prima y se modifica la metodología para el cálculo de la retribución de este tipo de energías. Falta el golpe de gracia, que se espera con la anunciada nueva ley del sector eléctrico y que, según parece, impondrá a los pequeños productores un «peaje» de acceso a la red.

c) *En el problema de las leyes ómnibus*

Contribuyen también —y no poco— a sembrar el caos en este desolador panorama normativo las denominadas «leyes ómnibus», que son aquéllas que modifican, en una sola disposición, decenas de normas de distintas materias. A mediados de la década de los ochenta, las leyes de Presupuestos empezaron a incorporar modificaciones de normas que nada tenían que ver con la materia presupuestaria, pero que aprovechaban la cobertura formal de dicha ley para agilizar los trámites parlamentarios que hubiera supuesto su debate y votación por separado, atendiendo a su contenido material. El Tribunal Constitucional hizo algunas advertencias al respecto (así, STC 126/1987, de 16 de julio) y a partir de la sentencia 76/1992, de 14 de mayo, aceptando la posibilidad de que las leyes anuales de Presupuestos puedan contener disposiciones de naturaleza no presupuestaria, señala que «este contenido eventual sólo tiene cabida dentro de límites estrictos y que ni tal inclusión puede desvirtuar el contenido primordial que caracteriza a dicha ley, ni de ella se sigue que dichas materias hayan de formar necesariamente parte de su contenido y no puedan ser reguladas por una ley ordinaria», estableciendo como condiciones para admitir la inclusión en las leyes de Presupuestos de las materias que no constituyen el núcleo esencial, mínimo e indisponible de las mismas «... la conexión de la materia con el contenido propio de este tipo de leyes y la justificación de la inclusión de esa materia conexas en la ley que aprueba anualmente los Presupuestos Generales» (FJ 4).

A partir de ahí, la solución consistió en aprobar anualmente, junto a la ley de Presupuestos de cada año, otra en la que se recogían las modificaciones normativas que no tuvieran cabida en aquélla por falta de conexión con la materia presupuestaria. La primera, Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, se dividía en tres títulos y contenía 43 artículos, 19 disposiciones adicionales, 4 transitorias,



1 derogatoria y 2 finales, modificándose con ella 13 leyes, 2 decretos legislativos y 1 decreto-ley. Aceptable para lo que vendría después. La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en tan sólo 11 artículos, 44 disposiciones adicionales —nótese la evolución de la técnica legislativa—, 17 transitorias, 7 derogatorias y 6 finales, modifica 89 disposiciones con rango de ley (76 leyes, 7 decretos legislativos y 6 decretos-leyes).

No hace falta recordar otros ejemplos, como el de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios, conocida y citada como «Ley ómnibus», que apenas modifica 50 normas de rango legal, o la 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, 56 más, que casi hubiera pasado desapercibida de no ser porque en su articulado proclama solemnemente que, a fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá «... de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible...» (artículo 4.4 LES) y que resulte «... lo más simplificado posible, fácilmente accesible por los ciudadanos y agentes económicos, posibilitando el conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación...» (artículo 4.9 de la propia ley 2/2011). Sin comentarios.

V. LA ESCASA O NULA CALIDAD DE LAS NORMAS

Por si lo dicho hasta ahora no ha sido suficiente, otro de los síntomas más preocupantes de nuestro sistema normativo es la escasa calidad formal de las normas. No debemos olvidar que una norma es un mensaje y, como tal, debe ser fácilmente entendible por su destinatario³.

Por ello, no dejo de preguntarme cada día si la fórmula de promulgación de las leyes es quizá la más adecuada: «A todos los que las presentes vieren y entendieren», no tanto por el escaso número de los que las ven como por el aún más escaso de los que las entienden.

5.1. LA NECESARIA CLARIDAD DEL MENSAJE NORMATIVO

Sin duda una de las cualidades que más se echa de menos en nuestro actual sistema normativo es la claridad del mismo. Suelo poner como ejemplo a mis alumnos, para ilustrar esta afirmación, la notable diferencia entre el artículo 613 del Código Civil, que dice aquello de que «las palomas, conejos y peces que de su

³ Sobre nomología, la Prof. P. GARCÍA-ESCUADERO ha publicado un excelente *Manual de Técnica Legislativa* (Civitas, 2011), y sobre las patologías y vicios que aquejan a nuestras leyes, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas* (Civitas, 2006), pero sobre todo, L. VANDELLI, *Trastornos de las instituciones políticas* (Trotta, 2007), en el que brilla con luz propia el *Prólogo para españoles* de F. SOSA WAGNER.



respectivo criadero pasaren a otro perteneciente a distinto dueño, serán propiedad de éste, siempre que no hayan sido atraídos por medio de algún fraude o artificio», y el artículo 60 del Texto Refundido de nuestra legislación urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, que regula el aprovechamiento medio y que, de sucumbir a la tentación de reproducirlo aquí, ocuparía casi dos páginas.

Lamentablemente, el lenguaje de nuestros Boletines Oficiales está plagado de vicios ortográficos, gramaticales y de estilo; de tecnicismos, de paráfrasis, de eufemismos, de expresiones vacías de contenido y de redundancias que hacen las normas virtualmente ininteligibles. Los ejemplos podrían multiplicarse, pero son tantos que casi carece de sentido destacar alguno. Basta con ojear el último Boletín y escoger entre los muchos que allí se ofrecen.

Por eso, no está de más recordar que el Fuero Juzgo (ya en el siglo XIII) decía que «el fazedor de las leyes debe hablar poco, e bien; é non deve dar iuyzio dubdoso, mas llano, é abierto, que todo lo que saliere de la ley, que lo entiendan luego todos los que lo oyeren, é que lo sepan sin toda dubda, é sin ninguna gravedumbre...» (Lib. I, Tit. I, VI).

5.2. LA ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LAS NORMAS, MANIFIESTAMENTE MEJORABLE

El problema no se reduce sin embargo a un mensaje difícilmente interpretable desde el punto de vista lingüístico, sino que alcanza a otros aspectos formales de las normas que coadyuvan —y mucho— a esta ceremonia de la confusión.

A la heterogeneidad del contenido de las normas ya nos hemos referido al tratar de las denominadas «leyes ómnibus», que, sin embargo, no dejan de tener la coherencia de lo que no tiene orden ni concierto, como las cajas de galletas o de caramelos surtidos. El problema verdadero lo encontramos en las normas intrusas, aquéllas que aparecen por sorpresa en una ley y que nada tienen que ven con el contenido real de la misma. Así, la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, esconde un conejo en su chistera: entre sus disposiciones adicionales, la primera de ellas modifica la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, y las siguientes dentro de la misma ley, las leyes de los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades.

A tales extremos ha llegado, que el Tribunal Constitucional ha tenido ya que pronunciarse, considerando contrario a la legalidad parlamentaria «... la más absoluta desconexión entre el proyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de arbitraje, cuya única finalidad era modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial para atribuir determinadas competencias en materia de arbitraje a los Juzgados de lo Mercantil y las enmiendas admitidas a trámite por la Mesa del Senado, cuyo objeto era modificar el Código penal añadiendo tres tipos penales relacionados con la convocatoria ilegal de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum y el allegar fondos o bienes de naturaleza pública, subvenciones o ayudas públicas a asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos así como a los partidos, entes o grupos parlamentarios que los sucedan,



cuestiones manifiestamente ajenas a la determinación de una competencia procesal en materia de arbitraje» (STC 119/2011, de 5 de julio, FJ 8.º).

A ello hemos de añadir la estructura ilógica de las normas, como la Ley 50/1998, ya citada (11 artículos, 44 adicionales, 17 transitorias, 7 derogatorias y 6 finales) y que podríamos calificar de *Ley cometa*, en el sentido de que su cola es mucho más visible que su núcleo; la abundancia de cláusulas derogatorias genéricas e implícitas, que esparcen una pesada neblina sobre el derecho hasta entonces vigente; las disposiciones transitorias que hacen inaplicable la norma vaciándola de contenido (2.ª de nuestra Ley 12/1990, de Aguas); las *normas placebo*, que alivian pero no solucionan nada, como la Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y cultura de la paz; o las *redundantes*, como el artículo 47 de la Ley 30/1992, que establece que «los plazos establecidos en ésta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados»; o las *ocurrencias legislativas*, como la Ley del Parlamento de Galicia 7/2013, de 13 de junio, de la galleguidad, entendida como «... el derecho de las comunidades gallegas asentadas fuera de Galicia a colaborar y compartir la vida social y cultural del pueblo gallego...» (artículo 2) o, en fin, las que insultan la inteligencia al declarar el derecho de los ciudadanos «a ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios...» (artículo 35, apartado i de la citada Ley 30/1992).

A MODO DE CONCLUSIÓN

Se atribuye al lexicógrafo francés Émile Littré (1801-1881) que, habiendo sido encontrado tonteando con la cocinera, su mujer exclamó: «Monsieur, me sorprende usted» (*vous me surprenez*), a lo que el aludido replicó: «No, señora, es usted quien me sorprende a mí en esta situación embarazosa. Yo a usted *la asombro*» (*je vous étonne*).

Y viene a cuento la anécdota porque, si con estas modestas reflexiones que acabo de hacer a vuelapluma sobre el penoso estado en que se encuentra nuestro sistema normativo, no he podido sorprender al lector —que presumo conocía ya los males que aquejan a nuestras leyes—, acaso haya podido asombrarlo con la contundencia de los ejemplos que los ilustran⁴.

⁴ Como las normas de edición de la revista no me permiten añadir una reseña bibliográfica, permítame al menos el lector el desahogo de dejar aquí constancia de otras aportaciones menores sobre el tema —en tamaño, que no en importancia—, como la de S. Martín Retortillo, sobre La doctrina del Ordenamiento Jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho Administrativo (RAP núm. 39, 1962), la de R. Gómez-Ferrer, sobre Relaciones entre leyes, competencia, jerarquía y función constitucional (RAP núm. 113, 1987), y la más refrescante, que no menos sería, de M. Fuertes, Once tesis y una premática para restablecer la dignidad de la Ley (RAP núm. 177, 2007).



LA PROYECCIÓN UNIVERSAL DEL CONCEPTO DE CIUDADANÍA

David E. Pérez González
Universidad de La Laguna

RESUMEN

El concepto de ciudadanía universal reclama un nuevo enfoque del problema de la realización de los derechos humanos. La generalización del fenómeno migratorio abre un relevante desafío a una visión anquilosada del problema, promoviendo una efectiva transformación de las estructuras estatales frente a la tendencia acomodaticia a preservar injustificadas situaciones de discriminación por razón del nacimiento. Las exigencias que impone el principio de universalidad de los derechos debiera imponerse frente a la consideración de las ventajas e inconvenientes que para la sociedad de acogida supone el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de desplazamiento. La superioridad moral de la perspectiva de la universalidad no admite otra modulación que la que puede imponer la prudencia para asegurar un mayor explayamiento.

PALABRAS CLAVE: migración, ciudadanía, derechos humanos, nación, igualdad.

ABSTRACT

The term «universal citizenship» demands a new approach to the matter of human rights's accomplishment. The spread of the migratory phenomenon raises a notable challenge for a stale viewpoint of this problem, thus promoting an effective transformation of the institutional structures, as opposed to the accommodating tendency to preserve unjustified situations of discrimination on the basis of birth. The requirements enforced by the the principle of universality of these rights should prevail over the acknowledgement of the advantages and disadvantages that the effective existence of freedom of displacement means for the host society. The moral superiority of this perspective of universality does not admit any other adjustment than the enforcement of prudence in order to guarantee its development in full length.

KEY WORDS: migration, citizenship, human rights, nation, equality.

1. EL CONCEPTO DE CIUDADANÍA UNIVERSAL

1.1. UNIVERSALIDAD Y GLOBALIZACIÓN

Las realidades políticas, sociales y económicas que en las últimas décadas del siglo XX parecían inamovibles han experimentado vertiginosas y cruciales transformaciones que hoy en día nadie discute en el nuevo siglo. La perspectiva que se tiene en la actualidad sobre el territorio propio y el sentimiento un tanto chovinista que en



ocasiones los nacionales de los países defienden redefinen su sentido. Las sociedades cada vez se interrelacionan en mayor medida relativizando la dimensión nacional del ejercicio y garantía de los derechos. En este sentido, al contraponer la estática normativa vigente sobre los movimientos de personas entre diferentes países con el sentimiento surgido de esta nueva realidad, se hace necesario que toda la comunidad nacional e internacional y, por supuesto, todos los organismos públicos y ciudadanos de a pie renueven su lucha en contra de las injusticias y discriminaciones, y a favor de una solución lo más efectiva posible a todos los atropellos que se están produciendo, y de los que son víctimas una gran parte de los ciudadanos del mundo, titulares de estos derechos de reconocimiento universal¹.

El fenómeno ya no tan reciente de la globalización es sin duda un elemento sin el cual ya no es posible entender las cuestiones que se suscitan en torno al tema de la universalidad de los derechos humanos. Coincide con esta idea Pérez Luño, al afirmar que las marcadas diferencias que existen entre los países del mundo hacen necesario resaltar uno de los elementos configuradores más significativos de los derechos humanos, la universalidad, ya que «nunca como hoy se había sentido tan intensamente la necesidad de concebir los valores y derechos de la persona como garantías universales, independientes de las contingencias de la raza, la lengua, el sexo, las religiones o las convicciones ideológicas»².

Cierto es que en materia de derechos fundamentales, se han alcanzado grandes logros desde su elucubración teórica en la Edad Moderna, pero la extrema diferencia existente hoy en día entre los países y el retraso que llevan muchos territorios para adaptarse a los nuevos tiempos implica que aún queda mucho trabajo por hacer, sin que se pueda hablar de culminación en su desarrollo³. Alcanzar la cima, tanto en su reconocimiento como en su efectividad y ejecución, implica un proceso de retroalimentación, entendiéndolo como el fenómeno mediante el cual los propios derechos se nutren a sí mismos, corrigiendo las disfuncionalidades hasta culminar su plenitud. En su contrapunto nos encontramos con una realidad palpable consistente en la adaptación de los mismos en función del lugar y momento en el que se ubiquen. La contextualización en la aplicación de los derechos de reconoci-

¹ Así, Javier de Lucas argumenta que es de resaltar «la puesta en marcha por la indiscutible conciencia común acerca de la universalidad de los derechos humanos, de una toma de conciencia mundial que se habría consolidado como consecuencia del fenómeno de globalización, entendido en un sentido muy positivo, como factor de aceleración de la universalidad de los derechos humanos», LUCAS, J., «Multiculturalismo y Derechos», en AA. VV. *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Seminario de Estudios sobre la Democracia, Universidad de Jaén, Dykinson, Madrid, 2000, p. 69.

² PÉREZ LUÑO, A. E., «La universalidad de los derechos humanos», en AA. VV., *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Seminario de Estudios sobre la Democracia, Universidad de Jaén, Dykinson, Madrid, 2000, p. 54.

³ De ahí, y como comenta Peces-Barba, «la universalidad espacial se verá condicionada por el analfabetismo, la escasez, la pobreza, el hambre y desde luego por la inexistencia real de sistemas políticos democráticos únicos que asuman e impulsen la cultura de los derechos fundamentales», PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 309.





miento universal modula este elemento característico de los mismos, acomodándolo al ámbito de aplicación y, por lo tanto, desvirtuando en algún sentido ese carácter universalista. En esta línea, el componente cultural se convierte en un relevante parámetro contextualizador para el ejercicio de derechos en una sociedad u otra, al incorporarse principios de diferente perfil liberatorio o antiliberatorio en su sistema jurídico, tal y como ocurre por ejemplo en la cultura musulmana con respecto al principio a la igualdad de sexos.

Ante semejante situación es esencial introducir la idea de la universalidad como presupuesto para que se garantice un trato igualitario a una serie de individuos que por su razón de ser lo requieren, y ante la cual los Estados, organizaciones internacionales, instituciones públicas y privadas y, por supuesto, todos los ciudadanos del mundo deben sentirse comprometidos en el afán de conseguirla. En este sentido, Pérez Luño reitera que «la exigencia de la universalidad, en definitiva, es una condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de unos derechos inherentes a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión y más allá de cualquier discriminación»⁴. Esta idea de universalidad queda sin embargo desnaturalizada si no se pasa de la universalidad en el reconocimiento a la universalidad en la realización de derechos⁵.

En esta línea argumentativa se ha planteado la discusión acerca de las relaciones entre los conceptos *globalización* y *universalización*, que se presentan en muchas ocasiones como conceptos interconectados. Pero el estudio en profundidad de ambos conceptos nos induce a pensar todo lo contrario, puesto que, tal y como dice Lucas, «la ideología de la globalización, en lo relativo a los derechos, en lugar de ser un movimiento de universalización, se traduce en el progresivo condicionamiento de los mismos»⁶.

I.2. EL TRASFONDO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

El término *ciudadano universal* al que aquí nos referimos implica una *desnaturalización* del concepto de *ciudadano nacional*, tal y como viene configurado por los Estados nacionales soberanos. En nuestro sistema jurídico y otros de nuestro entorno se suele aludir indistintamente en ocasiones a los conceptos de ciudadanía y nacionalidad. No cabe duda que aunque efectivamente pueden guardar algún tipo de relación, no precisamente significan lo mismo. La nacionalidad comporta referencias implícitas a la población que participa de su historia, sus costumbres y cultura; en cambio, la ciudadanía se presenta vinculada al ejercicio de los derechos y

⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., «La universalidad de los derechos», *cit.*, p. 66.

⁵ La distinción entre universalidad en el reconocimiento y en la realización de los derechos, en ARA PINILLA, I., «El Estado constitucional ante el principio de universalidad de los derechos humanos», en AA. VV., *El horizonte constitucional. Ciencia jurídica. Derechos humanos y constitucionalismo cosmopolita*, (De Julios, A. Editor), Dykinson, Madrid, 2012.

⁶ LUCAS, J., «Multiculturalismo y Derechos», *cit.*, p. 74.

deberes políticos reconocidos tras cumplir unos requisitos establecidos en el sistema legal. Ambos conceptos tienen un significado preciso e independiente y se hace necesario plantear, en la perspectiva del ciudadano universal, la operatividad del libre desarrollo de la personalidad como instrumento normativo que denota la capacidad para elegir libremente los planes de vida. Nos planteamos en este sentido el problema de quienes adoptan una ciudadanía y no necesariamente adoptan una nacionalidad, accediendo a la sociedad receptora con sus propias costumbres, reclamando exigencias de respeto que se proyectan en comportamientos concretos que colisionan en ocasiones frontalmente con los valores prototípicos de la cultura dominante y con las propuestas que insisten en la necesaria integración de los individuos que conforman un mismo grupo social, entendida como *conditio sine qua nom*, para el desarrollo en armonía de una sociedad multicultural. Habría que asumir en este sentido que el presupuesto de esta situación (el acceso del individuo a una sociedad diferente a la originaria) se presenta precisamente como proyección inmediata del imperativo que representa el libre desarrollo de la personalidad⁷.

Sin duda, la aplicación del principio de universalidad en sus actuaciones deberá permitir desarrollar sus planes de vida con igual garantía que en sus países de origen. Esta tesis la defiende Peces-Barba al afirmar que «la universalidad se forma desde la vocación moral única de todos los hombres, que deben ser considerados como fines y no como medios y que deben tener unas condiciones de vida social que les permita libremente elegir sus planes de vida (su moralidad privada)»⁸.

Todo esto conlleva que hoy, más que nunca, el inmigrante sea considerado como un sujeto reivindicativo de gran relevancia en la esfera jurídica universal, ya que no va a ser un individuo que reclame sólo lo que le es legítimo ante su Administración pública nacional, sino que la capacidad legitimadora se hace extensiva hasta los límites que podemos llamar universales y que aglutinan tanto a todos los países del mundo como sujetos pasivos de la pretensión que ejercita ese ciudadano universal como a todos los organismos e instituciones internacionales⁹. Asumiendo, en este sentido, la condición de los inmigrantes como unos sujetos verdaderamente legitimados en el reconocimiento de derechos, es por lo que es necesario implantar un criterio básico para el buen desenvolvimiento de esos derechos, como es el establecimiento de igualdad de oportunidades a todos los individuos. Pero el reconocimiento de esta igualdad de oportunidades como derecho exigible por los inmigrantes está mediatizado. Mediatización materializada por los requisitos legales que la normativa de aplicación exija, siempre eso sí, que no conculquen las

⁷ ARA PINILLA, I., «El Estado constitucional ante el principio de universalidad de los derechos humanos», *cit.*

⁸ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, *cit.*, p. 311.

⁹ Floreciendo como expone Javier de Lucas «un nuevo sujeto social que pugna por romper el círculo cerrado de la ciudadanía entendida como fortaleza, por derribar un (pen)último muro, el de la negación de derechos y aun de la condición de sujeto de derechos a los extranjeros, el de su exclusión del espacio público (relegados sólo a lo privado, cuando no a lo clandestino)», LUCAS, J., «Multiculturalismo y Derechos», *cit.*, p. 79.



exigencias que impone el respeto a los derechos humanos. Se trataría así de evitar la inexorable barrera que para los inmigrantes supone la frontera de transformar a éstos de su condición de titulares de derechos a simples «aspirantes a los mismos»¹⁰, que reclaman su efectividad.

El concepto de legitimación aquí cobra especial relevancia, pues conlleva el reconocimiento de un derecho de exigencia que además coloca a este individuo en una posición jurídica de sujeto habilitado con capacidad reivindicativa de una serie de derechos que estima le corresponden. Hay que advertir que nos podemos encontrar con individuos que no cumplen los requisitos legales de residencia y estancia en un país y son considerados irregulares, pero en cambio sí están legitimados para reivindicar derechos como ciudadanos universales en iguales condiciones que los ciudadanos nacionales. Este debate nos obliga a profundizar un poco más sobre los términos referidos en el siguiente apartado.

1.3. BINOMIO CIUDADANÍA UNIVERSAL-CIUDADANÍA NACIONAL

El significado de la expresión *ciudadanía universal* a que se hace referencia es muy diferente al simple concepto de ciudadanía, ya que si éste segundo implica la pertenencia a una comunidad nacional, en cambio, el carácter universal conlleva la inexistencia de limitación fronteriza de los países, que es una condición según la cual, en materia de derechos humanos, todos los ciudadanos del mundo gozan de unas características comunes y, por tanto, deben recibir un trato igualitario, independientemente de la nacionalidad que posean¹¹. Desde luego éste es el *desiderátum* de todas las declaraciones programáticas de los derechos fundamentales, pero la realidad nos presenta una práctica desgraciadamente muy diferente.

El proyecto de universalidad del que estamos hablando se encuentra con muchos obstáculos en el camino que tiene trazado hasta conseguir su objetivo, que es precisamente, y como claramente refleja el término, aplicar un criterio general a toda una serie de individuos, en el que no existan diferencias de trato, ni de reconocimiento de derechos, y en el que se cumplan todas las exigencias que, en materia de derechos humanos, se reclaman. Esto que parece bastante inalcanzable no debe ser óbice para combatir en la medida de lo posible las injusticias del mundo.

¹⁰ SOLANES CORELLA, Á., «Una respuesta al rechazo racista de la inmigración: la interculturalidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo xv, 1998, p. 125.

¹¹ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 433, observa que «aquí la filosofía de los derechos humanos toma una serie de precauciones y reservas, sin justificación racional, aunque, sin duda, basadas en la razón del Estado. Se produce paradójicamente un nacionalismo y un relativismo cultural al revés. Así, éste supone que se establece una barrera hacia los derechos o hacia parte de ellos en nombre de las particularidades ideológicas o religiosas de los pueblos y de las naciones y en nombre de ese hecho diferencial se rechaza esta filosofía a la que se califica de occidental. No pueden los ciudadanos de esos pueblos (China o Irak, por ejemplo) ser titulares de los derechos humanos que obedecen a raíces ideológicas ajenas».



Al hilo de lo dicho, y si aceptamos como punto de partida la vinculación existente entre las nociones de ciudadanía y derechos humanos, se trataría de evitar situaciones aparentemente poco coherentes con este principio, pues en los supuestos que se alejan de los parámetros establecidos de igualdad de trato, al hablar del inmigrante irregular, nos encontramos ante una utilización perversa del concepto de ciudadanía, pues ello repercute, en lo que a sus intereses más directos concierne, como una «forma legal de exclusión»¹². En cambio, la consideración del concepto de ciudadanía universal excluiría la incidencia de elementos o requisitos establecidos por los Estados nacionales y por lo tanto excluyentes.

El criterio generalizador que se pretende se enfrenta al desafío que representa la diversidad cultural. Si lo que se intenta alcanzar es un trato lo más igualitario posible a través de la universalidad, se hace mucho más difícil cuando estamos hablando de una gran variedad de culturas y con unas enormes diferencias en sus normas y parámetros de conducta. Ello implica reconocer la existencia de una multiplicidad de formas de ver la vida, de afrontar problemas y, por lo tanto, actuar en consecuencia¹³. Pero sobre todo representa asumir el valor que cumple la identidad cultural de cada individuo como soporte de su propia personalidad¹⁴.

2. LA INTERNACIONALIZACIÓN

2.1. LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS COMO LÍMITE A LA INTERNACIONALIZACIÓN

Indiscutible es la prerrogativa que afirma que los Estados gozan de soberanía, entendiéndolo por ésta, y según las diferentes acepciones que encontramos en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *calidad de soberano; dignidad o autoridad suprema; calidad del poder político de un Estado u organismo que no está sometido al control de otro Estado u organismo*.

¹² SOLANES CORELLA, Á., «La situación jurídica del extranjero irregular en España», en AA. VV., *Inmigración y derecho*, Segundas Jornadas de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Natividad Fernández Sola-Manuel Calvo García Coordinadores), Editorial Mira, Zaragoza, 2001, p. 238.

¹³ De tal manera que vemos cómo la multiculturalidad, en ocasiones, se puede considerar como antagónica a universalidad o, cuando menos, como fenómeno que provoca cambios en este criterio de la universalidad, como acertadamente expone Javier de Lucas, cuando en su análisis sobre *Multiculturalismo y Derechos*, se plantea la duda de *¿qué universalidad de derechos hablamos en una sociedad multicultural?*; a lo que responde: «la multiculturalidad, cuyos agentes más importantes son las minorías y los nuevos movimientos migratorios, entre los que habría que incluir esa nueva modalidad de refugiados que son los desplazados forzosamente como consecuencia de las guerras locales, de los conflictos *civilizatorios* (étnicos, nacionales, religiosos), impone otros cambios en el imperativo de la universalidad. Hablo de transformaciones en las condiciones del reconocimiento de los derechos y de la ciudadanía en lo que se refiere a unas condiciones de la legitimidad democrática que menos hemos tomado en serio, el pluralismo», LUCAS, J., «Multiculturalismo y Derechos», *cit.*, p. 77.

¹⁴ ARA PINILLA, I., «El Estado constitucional ante el principio de universalidad de los derechos humanos», *cit.*



Nos vamos a quedar con la última de las definiciones, porque resulta ser la más acertada para analizar la específica materia que aquí nos proponemos. Es decir, mediante la soberanía los Estados organizan y dirigen el territorio que está bajo su jurisdicción y a todos sus nacionales o residentes con plena independencia, sin que se puedan inmiscuir en su actuación otros agentes externos a la esfera nacional, o (como en el RAE literalmente se dice, *calidad del poder político de un Estado*).

Pero, teniendo como base la anterior afirmación, sobre este asunto se nos plantean una serie de cuestiones como son: ¿qué ocurre cuando en su territorio hay individuos de otra nacionalidad o cuando sus nacionales salen fuera de sus fronteras?; ¿cómo se van a garantizar unos derechos si el Estado por sí solo no puede hacerlo?; ¿qué ocurre con los derechos que deben ser reconocidos en otro país?; ¿cómo regulan esto los diferentes países, incluidos los de corte autoritario?

Para resolver este tipo de cuestiones se hace necesario acudir a los derechos humanos y en concreto a un proceso que se ha dado en su evolución, el proceso de internacionalización. Efectivamente, desde el surgimiento de los derechos humanos, éstos han pasado por todo un desarrollo evolutivo, a través del cual han ido ganando terreno, hasta consolidarse y entenderlos como los tenemos hoy configurados.

El proceso histórico de los derechos humanos ha sido siempre una constante lucha en cada una de sus facetas y, en concreto, con respecto a la internacionalización de los mismos, que hay que ponerla en relación con la soberanía de los Estados. A este respecto, Peces-Barba ha manifestado que «el proceso de internacionalización de los derechos en cumplimiento con su vocación universalista y cosmopolita representa quizá la empresa más apasionante de su futura evolución, pero también, preciso es reconocerlo, una de las más difíciles porque apunta al corazón mismo de los Estados, que es su soberanía»¹⁵.

A este proceso de internacionalización se le han tratado de contraponer conceptos antagónicos tales como el nacionalismo, pero esto no es compartido por todos los analistas. Así, López Calera, en su artículo *Nacionalismo y Derechos Humanos*, incide en que «al nacionalismo no se le opone propiamente el internacionalismo. Lo que se opone al nacionalismo es más bien el cosmopolitismo. Ese cosmopolitismo se expresa hoy en la inevitable necesidad de los Estados de insertarse en unos procesos de globalización política y económica muy fuertes»¹⁶. Así, el nacionalismo como referente ideario de pertenencia a una nación está íntimamente conectado con términos como los de identidad cultural, pertenencia a una organización y a un territorio, legitimación política, entre otros. En relación con este último aspecto es imprescindible tomar en consideración el modelo de Estado existente, especialmente en sistemas democráticos como el nuestro, en el que, tal y como propugna la Constitución española, la soberanía nacional reside en el pueblo español, que da legitimidad a los

¹⁵ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 48.

¹⁶ LÓPEZ CALERA, N., «Nacionalismo y Derechos Humanos», en AA. VV., *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Seminario de Estudios sobre la Democracia, Universidad de Jaén, Dykinson, Madrid, 2000, p. 87.



poderes del Estado, constituyéndose en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. La democracia aquí juega un papel determinante en el sentimiento de *satisfacción* que tienen los nacionales, puesto que otorga un alto grado de participación activa en la estructura organizativa del país, convirtiéndose, a su vez, en el conducto *ideal* para el positivo tratamiento de derechos. En lo referente al nacionalismo, destacar también que, tal y como es aquí expuesto, no puede entenderse como un elemento limitador de la inevitable expansión que se produce en el mundo, encontrándonos ante una situación de interconexión entre las naciones, que traslada elementos *extranacionales* a la esfera interna de un país, todo ello consecuencia directa del ya tan manido fenómeno globalizador¹⁷.

2.2. LA DEMOCRACIA COMO VÍA IDÓNEA PARA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS

Todo este proceso de reconocimiento y tutela de los derechos es más sencillo y viable en los supuestos que plantean los Estados democráticos, los cuales reconocen unos derechos a los ciudadanos a través de un sistema de garantías establecido, siendo el primero de estos derechos el derecho a la democracia, entendida ésta como la capacidad de participar con libertad en las decisiones colectivas y en la organización de la convivencia.

La democracia es el sistema político por excelencia de los países occidentales. Es la mejor vía que en materia de derechos humanos se puede ofrecer, pues garantiza la participación de los ciudadanos en todas las cuestiones de Estado, involucrándose mediante el sistema de voto y dando fiel reflejo de la orientación ideológico-política preponderante en un Estado en un momento determinado.

En el nuevo panorama mundial la democracia ofrece soluciones a muchas de las cuestiones que se plantean como dudosas, pues por medio del sistema democrático los individuos forman parte activa de las decisiones que adoptan los órganos representativos de su territorio, otorgándoles legitimación política, dando fuerza y garantía al sistema ante los posibles avatares que, cada vez más hoy en día, hacen peligrar la pretendida solidez de un Estado soberano, en el que sus ciudadanos se sientan seguros y respaldados por una organización estable. Este semblante de protección tiene su acomodo en un sistema como el español, donde es indudable la postura asistencial que adopta el Estado para con sus nacionales, no sólo desde la perspectiva legislativa, como patrocinador de la incorporación al ordenamiento jurídico de disposiciones normativas con un claro carácter proteccionista, sino también de la adopción de medidas y políticas orientadas hacia un sistema de bienestar, en el que el Estado asuma la responsabilidad que le incumbe para garantizar unas

¹⁷ Hemos analizado esta cuestión en PÉREZ GONZÁLEZ, D. E., «Solidaridad y Globalización», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, núm. 7, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2002.

mínimas condiciones en las facetas en las que el individuo se puede sentir vulnerable: sociales, económicas, asistenciales, etc. En un sistema democrático lo decisivo es que el pueblo no sólo es el objetivo de gobierno, sino que también es el sujeto que gobierna. Al canalizar el poder por medio del pueblo como la única fuente que lo legitima y autoriza, se presupone el reconocimiento de los derechos humanos, puesto que en semejante sistema político ocupa un lugar preponderante su función como garantista de los mismos.

3. LA OTRA VERTIENTE: EL CIUDADANO EUROPEO

La Unión Europea ve el fenómeno de la inmigración desde un punto de vista muy cercano y de gran repercusión social. Se han diferenciado dos tipos de ciudadanos, los comunitarios y los extracomunitarios, circunstancia que ha sido determinante a la hora de dar un tratamiento diferente a ambos: así, el ciudadano comunitario va a tener reconocidos una serie de derechos por su pertenencia a la Unión, lo que en ocasiones conlleva que tenga asumidas una serie de prerrogativas que operan a su favor, que el extracomunitario no posee.

Aquí el concepto de ciudadanía universal tropieza con este nuevo concepto, el de ciudadano europeo, utilizado como barrera de acceso a unos derechos que en principio, y basándonos en las características de los derechos humanos, deben ser titularizados por todo ser humano, independientemente de su nacionalidad y, por supuesto, independientemente también de su pertenencia a una comunidad internacional como es la Unión Europea. El criterio aquí utilizado es el mismo que el de los Estados al limitar, a través de su soberanía, el acceso a una serie de derechos¹⁸. Lo que sucede aquí es que la limitación que se le impone al llamado ciudadano universal va a ser de carácter comunitario y no nacional, basada en todo un entramado normativo y en la correspondiente estructura organizativa comunitaria¹⁹. Se va a producir, por tanto, a la par una doble limitación de reconocimiento de derechos al ciudadano universal: la que proviene de la Unión Europea y la de cada uno de sus Estados miembros. Esta orientación hacia el cierre de fronteras en la Unión Europea

¹⁸ ZAPATA BARRERO, R., «El tratamiento de la Unión Europea de los inmigrantes extracomunitarios», *Inmigración y derecho*, Segundas Jornadas de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Natividad FERNÁNDEZ SOLA-Manuel CALVO GARCÍA Coordinadores), Editorial Mira, Zaragoza, 2001, p. 113: «Al examinar brevemente la forma en que se ha abordado la inmigración desde la lógica de la UE podremos constatar que se está perdiendo la oportunidad de crear una nueva estructura institucional básica adecuada para acomodar la diversidad cultural y la inmigración (...) se está gestionando el fenómeno desde una lógica estatal uniformadora».

¹⁹ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 672-673, a este respecto afirma que «la protección de los derechos humanos se convirtió progresivamente en un principio y objetivo fundamental de la política exterior europea, hasta que las prácticas protectoras recibieron constitucionalización en el Preámbulo del Acta Única y en la Declaración sobre los Derechos del Hombre de 21 de junio de 1986, que vinculaban tanto a los Estados, en la coordinación de sus políticas exteriores, como a las instituciones comunitarias, en sus relaciones exteriores».



tiene su origen en los propios Estados miembros, los cuales inciden en esta limitación de entrada de inmigrantes en el territorio comunitario (véase a este respecto la configuración del territorio Schengen).

Es evidente que estas políticas podrían ser tachadas de discriminatorias para algunos. Frente a esta visión, algunos autores como Peces-Barba intentan dar una solución que consideran la más idónea para luchar contra la discriminación y solucionar los problemas existentes. Aclara éste que «frente a esta situación se puede luchar mediante la adopción de medidas legislativas, con acciones coherentes e integradas que permitan solucionar las raíces del problema, con campañas educativas y de los medios de comunicación, con acciones en el ámbito de la política social, de la cooperación en asuntos de justicia e interior e, incluso, con la acción internacional europea»²⁰. En cierto modo vemos como estas limitaciones que se imponen a los inmigrantes son debidas a la enorme intensidad con que el proceso de la inmigración se ha dado en Europa, convirtiéndola en un auténtico «mosaico de identidades»²¹, y concretamente en España, sin que sea fácil desde luego encontrar una solución que satisfaga las pretensiones de todos los agentes implicados²².

4. ¿ESTÁN JUSTIFICADOS LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE DESPLAZAMIENTO?

La importancia que el tema de los derechos humanos posee ha motivado que haya sido analizado profusamente por diferentes autores. Tomando como punto de partida la opinión de Genaro R. Carrió, en su estudio sobre *Los Derechos Humanos y su protección*, se observa que analiza los distintos problemas que se pueden suscitar, destacando el «quinto y último foco: los problemas del subdesarrollo», donde expone claramente cómo las diferencias existentes entre los países del mundo hacen que la protección y defensa de los derechos humanos se convierta en una ardua tarea²³.

²⁰ *Ibidem*, p. 666.

²¹ ARROYABE, E., «Europa como mosaico de identidades: algunas reflexiones», en AA. VV., TURTON, D.-GONZÁLEZ, J., *Identidades culturales y minorías étnicas en Europa*, Universidad Deusto, Bilbao, 2001, pp. 23-36.

²² PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 666, proclama que «el incremento, en los últimos años, de los fenómenos migratorios y de los movimientos de población en Europa y en el mundo es un fenómeno desconocido en su carácter cuantitativo».

²³ Añade también: «(...) la protección de los derechos humanos se conecta con los problemas del subdesarrollo de muchas comunidades internacionales en su vinculación con la efectiva consagración y defensa de los derechos humanos (...)». Aquí, el autor plantea el problema de las limitaciones que tienen los Estados para garantizar estos derechos y explica «(...) que la eficaz tutela de los derechos de este tipo está estrechamente ligada con la posibilidad efectiva de que las comunidades estatales tienen de llevar a cabo una acción positiva que ponga a disposición de cada uno de sus miembros herramientas de desenvolvimiento individual, material y psíquico, que hagan de ellos hombres que puedan vivir su vida en plenitud. No todas las comunidades estatales están en condiciones de hacerlo. Para ello es necesario contar con los medios, principalmente económicos, que permitan crear efectivas condiciones de desarrollo. Aquí se advierte, con más claridad que en ningún otro campo de los que





Los derechos fundamentales tienen hoy en día una total aceptación y disfrutan de un universal reconocimiento. En este sentido, señala Ignacio Ara Pinilla que el reconocimiento de los derechos fundamentales en los textos constitucionales constituye en la actualidad un instrumento de autolegitimación democrática por parte de los Estados que los proclaman, influyendo, a su vez, esta consagración normativa sobre la actuación de los poderes públicos del propio país que en última instancia resultan en alguna medida condicionados por la profesión de fe democrática que conlleva la proclamación en disposiciones jurídicas (sobre todo si se trata de disposiciones constitucionales) de los derechos humanos²⁴. De alguna manera la lógica del reconocimiento de los derechos humanos implica el tránsito al plano de la ciudadanía universal. Son derechos de los que es titular el hombre, no porque lo disponga el derecho positivo, sino con anterioridad e independientemente de las normas que lo integran y sólo por el hecho de gozar de la naturaleza humana. Como consecuencia inmediata de lo anterior, tales derechos son poseídos por todo hombre, cualquiera que sea su edad, condición, raza, sexo o religión; encontrándonos aquí con el concepto de ciudadano universal que está más allá y por encima de todo tipo de circunstancias discriminatorias, tal y como establece el artículo 14 CE y los textos internacionales²⁵.

Es cierto que los derechos humanos no representan una realidad cuya consistencia sea comprendida en todos los casos de manera absolutamente equivalente, y constituye más bien una realidad «polivalente»²⁶, pero eso no supone que esa realidad de no uniforme discernimiento deba ser reconocida analógicamente a todos, posibilitando los ordenamientos jurídicos la puesta en práctica de los medios necesarios para hacer efectivo su reconocimiento. A propósito de esta afirmación, es común a las distintas definiciones que se han dado de los derechos humanos su caracterización como facultades o exigencias reconocidas al individuo con carácter universal, como proyección directa de su propia dignidad como ser humano, que, a su vez, han de orientar decisivamente la regulación de los distintos ordenamientos

hemos examinado, la importancia que para el desarrollo pleno de las comunidades estatales en vías de lograrlo tiene una acción internacional eficaz e inteligente», CARRIÓ, G. R. En las conferencias pronunciadas en agosto y septiembre de 1987, en el Instituto Interamericano de los Derechos Humanos de San José de Costa Rica y en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, y, posteriormente, impreso en Argentina, Buenos Aires, por ABELEDO-PERROT, en 1989, titulado «Los Derechos Humanos y su Protección», pp. 63-65.

²⁴ ARA PINILLA, I., «La semántica de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense*, núm. 6, Madrid, 1990, pp. 23 y ss.

²⁵ CARRIÓ, G. R. «Los Derechos Humanos y su Protección», *cit.*, p. 13, en la definición que da sobre los derechos humanos, Carrió, en su discusión sobre los cinco focos que somete a análisis, dedica el primero de ellos a los problemas conceptuales; para ello afirma que los titulares de los derechos humanos son todos los hombres. Sobre esta idea profundiza la suya haciendo también alusión a la constatación de la mera condición de ser hombre para poder invocarlos y ser titular de los mismos, independientemente de otro tipo de circunstancias existentes o diferenciadoras como pueden ser el sexo, la raza, la religión, el nivel económico y otras.

²⁶ CASTRO, B., «Consideraciones genéricas sobre los derechos humanos», en CASTRO CID, Benito, *El reconocimiento de los derechos humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1981, p. 23.

jurídicos positivos²⁷. Y es que si se reconoce a los derechos humanos como prerrogativas de que dispone el individuo en garantía de su condición, parece lógico deducir también que los mismos «han de estar fuertemente protegidos»²⁸.

La condición universal de los derechos exige un compromiso común de no discriminación en su reconocimiento y disfrute, asumiendo, tal como expone Imbert su general extensión «por todas partes, en todos los sectores, en todos los lugares»²⁹, de tal forma que los derechos humanos no pueden ser un concepto extraño o ajeno para cualquier habitante del planeta, sino que, al contrario, «para ningún país existe ya el *en otro lugar*, referido a los derechos humanos. O bien debe intervenir fuera de

²⁷ En este sentido, FERNÁNDEZ, E., «Concepto de derechos humanos y problemas actuales», *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, núm. 1, febrero-octubre, 1993, pp. 45-49, señala que los derechos humanos fundamentales «responden a necesidades humanas esenciales que se traducen en exigencias morales y pretenden ser reconocidas y garantizadas por el Derecho», p. 46, y son «pretensiones humanas legítimas originadas y conectadas con la idea de dignidad humana y los valores que la componen», (autonomía, seguridad, libertad, igualdad y solidaridad), y, al mismo tiempo, las condiciones mínimas del desarrollo de esa idea de dignidad», p. 48; PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 48, reconoce como derechos humanos al «conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana; las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional»; SORIANO, R., *Valores jurídicos y derechos fundamentales*, Editorial MAD, Sevilla, 1999, p. 137, los define como «las exigencias éticas de los pueblos, los grupos y los individuos que, como determinación de los valores de la seguridad, la libertad, la igualdad y la solidaridad, manifiestan una fuerte pretensión al reconocimiento positivo y reclaman su incorporación al ordenamiento de los Estados»; PRIETO SANCHÍS, L., «Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos», *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Seminario de Estudios sobre la Democracia, Universidad de Jaén, Dykinson, Madrid, 2000, p. 38, los define como «aquellas áreas de inmunidad, aquellas facultades de acción y aquellas exigencias de prestación reconocidas al individuo —o con pretensión de ser reconocidas por el Derecho Positivo— con carácter universal y frente a todos, en especial frente al poder». De manera más desarrollada señala PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales... cit.*, p. 469, que «los derechos fundamentales son el conjunto de normas de un ordenamiento jurídico, que forman un subsistema de éste, fundadas en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, expresión de la dignidad del hombre, que forman parte de la norma básica material de identificación del Ordenamiento, y constituyen un sector de la moralidad procedimental positivizada, que legitima al Estado Social y Democrático de Derecho. Desde el punto de vista subjetivo se les puede definir como aquellos derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades que el Ordenamiento positivo establece, de protección de la persona, en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción, a su seguridad, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o los grupos sociales, con posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación».

²⁸ GARCÍA SAN MIGUEL, L., «Qué son los derechos humanos», *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, núm. 2, octubre 1993 - marzo 1994, p. 260.

²⁹ IMBERT, P. H., «Los derechos humanos en la actualidad», *Los Derechos Humanos y el Constitucionalismo ante el Tercer Milenio, Monografías Jurídicas*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1996, p. 79.



sus fronteras o bien debe afrontar los problemas en su casa (extranjeros, minorías, pobreza, etc.)»³⁰, como de hecho así defiende la configuración de ciudadano universal.

Esta enorme vinculación y arraigo de los derechos humanos a la vida y actividad normal de todo ser humano implica una consecuencia sustancial, como de hecho expone previamente este autor, ya que «hay que abandonar la ilusión de que el respeto de los derechos humanos es competencia tan sólo del Derecho. Las violaciones de los derechos humanos no son sólo violaciones de la Ley. Y la Ley no es el único medio de asegurar el respeto de los derechos humanos ya que la Ley ordena, ante todo, lo que hay que hacer y lo que no hay que hacer»³¹, esclareciendo en este sentido la existencia o no de ciudadanía universal.

Efectivamente, es requisito indispensable en la protección de los derechos humanos la existencia de una normativa que sirva de base a la misma³², pero no es por supuesto el único requisito sino que, muy al contrario, se hace necesaria la configuración de todo un entramado de instrumentos, instituciones, procesos, organismos, etc., que garanticen su pleno ejercicio y disfrute³³ y que tengan, como establece Pablo Lucas Verdú, su base en la *humanidad*, al afirmar que «la humanidad fundamenta los derechos humanos. Ello entraña que cada hombre es miembro de esa idea y de ese hecho llamado Humanidad. En consecuencia, se basa en la fraternidad del género humano»³⁴.

Dentro de esta tutela y protección de los derechos humanos, hay que resaltar que «proteger los derechos humanos incumbe de manera especial a quienes detentan el poder del pueblo, puesto que tales derechos tienen una serie de dimensiones sociales, que suponen la tutela civil, a nivel de las relaciones de los ciudadanos entre sí, por una parte, y de éstos con el Estado, por otra»³⁵. A este respecto, Lucas Verdú insiste en la idea de que «la humanidad es un concepto y hecho universal. Abarca a sujetos de diversas especies: religión, cultura, educación, costumbres y tecnología. Cosa obvia. Hay dentro de ella variedad de pueblos de razas distintas, lenguas diferentes, etc.»³⁶. De esta manera, queda directamente enlazado el concepto de ciudadano universal con los movimientos

³⁰ *Ibidem*, p. 79.

³¹ *Ibidem*, p. 84.

³² Resulta conveniente que la regulación normativa de los derechos humanos se encuentre en los textos constitucionales, pero no es esto suficiente para que puedan considerarse jurídicamente protegidos. Véase RODRÍGUEZ CALERO, J., «Algunas consideraciones sobre la determinación jurídico práctica de los derechos fundamentales de la Constitución española», *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 16, Universidad de La Laguna, 1999, pp. 413-416.

³³ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, en Ferrajoli, L., (Edición de A. DE CABO y G. PISARELLO), Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 331, habla aquí de la existencia de una laguna jurídica en los casos en que estando reconocido un derecho el propio ordenamiento jurídico no dispone instrumentos adecuados para su garantía.

³⁴ LUCAS VERDÚ, P., «Humanidad y Derechos Humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 151.

³⁵ VERGÉS RAMÍREZ, S., *Derechos humanos: fundamentación*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 17.

³⁶ LUCAS VERDÚ, P., «Humanidad y Derechos Humanos», *cit.*, p. 137.



migratorios, pues las limitaciones a dichos flujos no puede venir de la mano de los valores fundamentales. Muy al contrario, en su esencia, e inspirándose en las directrices que los sustentan, obtendríamos un trato unificado a nivel mundial, o si se quiere decir, universal, que unido a otros elementos permiten vehicular el desarrollo pacífico de los mismos.

5. LA REGULACIÓN DE LA MIGRACIÓN EN TEXTOS JURÍDICOS

5.1. ALGUNAS RESOLUCIONES INTERNACIONALES SOBRE MIGRACIÓN

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948 proclama el derecho a la emigración. Sin embargo, si bien la libertad de movilidad en el interior de un país es algo en lo que todo el mundo está en principio de acuerdo, y es considerado un derecho consustancial a la libertad, la discrepancia se plantea en si ese derecho a la emigración implica también el de la movilidad a otro país, y la obligación de éste último de aceptarla, y si por otro lado los Estados pueden oponerse a ello basándose en la obligación que tienen de mirar por el bienestar de sus ciudadanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos dice en su artículo 13 apartado 1: Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Asimismo, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977, en su artículo 13 menciona a la figura del extranjero, pero especificando de un modo mucho más preciso un aspecto concreto, la expulsión. Así, proclama que: el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley. Este artículo, redactado hace ya más de treinta años, tiene una gran similitud en su espíritu con uno de los hitos normativos más recientes en la esfera jurídica interna de nuestro país; nos referimos, en buena lógica, a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En ella, al igual que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se utiliza la expresión *extranjero que se halle legalmente*.

La misma Declaración de 1948 referida proclama en su preámbulo que «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». Es éste, sin lugar a dudas, uno de los motivos que, junto con otros de igual repercusión, motivaron esta Declaración Universal *como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse*.

Es, precisamente, en este punto en el que centran las reivindicaciones los países del Tercer Mundo, los más perjudicados en materia de derechos humanos, encontrando su fundamento en las constantes violaciones que se producen, e intentando buscar, junto a las organizaciones internacionales, todos los mecanismos posibles para una defensa efectiva de derechos y un pleno ejercicio de los mismos.



De ahí que estos países tengan verdadero interés en conocer la situación de sus nacionales en los países receptores de inmigrantes, tal como asevera Casese, haciendo referencia a la resoluciones de la ONU: «la extensión de la temática de los derechos humanos —junto con la circunstancia que los Estados de Tercer Mundo, convertidos cada vez en países de emigración, han empezado a alimentar un fuerte interés por la protección de sus ciudadanos en el extranjero— (...)»³⁷.

5.2. LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA DESDE SU ORIGEN. EL DERECHO AL DESARROLLO DE PAÍSES DESFAVORECIDOS

De cualquier modo, el mejor mecanismo para reconocer el legítimo y pleno ejercicio de los derechos fundamentales es el desarrollo de los países pobres, ya que la mejor forma de atajar un problema es en su origen³⁸.

Parece evidente, como apunta Amartya Sen, que el término *derechos universales del hombre* cumple una función *unificadora o integradora*, ya que conlleva encuadrar dentro de un mismo catálogo a una multitud de individuos con características, circunstancias personales y condiciones sociales muy diferentes, los cuales, en principio, deben recibir un trato igualitario y unificador de manera que no haya diferencias a la hora de disfrutar de unos derechos, que se reconocen a unos sujetos por el simple hecho de gozar de la naturaleza humana³⁹.

³⁷ CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1991, p. 239.

³⁸ A este respecto, dice Peces-Barba que, «el derecho al desarrollo se plantea en ese sentido en el ámbito de la Comunidad internacional, en la dialéctica entre países ricos y países pobres, o en el de un Estado poco homogéneo, cuya descompensación entre regiones se traslada a su estructura jurídica como Estado federal, regional o de las autonomías. (...) podríamos decir que el derecho al desarrollo se descompone en tantos derechos como aquellos que aseguran a cada hombre una vida digna: vivienda, sanidad, seguridad social, educación, etc. Es el derecho colectivo de pueblos y naciones, que son sus titulares, y que contiene aquellos derechos del individuo que suponen una exigencia, normalmente, pero no exclusivamente, a los poderes públicos para que satisfagan las necesidades humanas básicas. Probablemente podríamos también basar, en parte, en esas reflexiones, los derechos de los emigrantes a gozar de los derechos humanos en los países que los reciban». Asimismo, el mismo autor intenta desgranar todos sus elementos, deteniéndose especialmente en el aspecto que se refiere a la titularidad y legitimación para exigir el derecho y ante quien se exige, llegando a la siguiente conclusión: «el derecho al desarrollo no es un derecho del hombre y del ciudadano en sentido abstracto en cuanto que racionalmente toda persona tiene igual derecho al desarrollo sino que sólo lo actúan los hombres que forman parte de grupos, pueblos o naciones subdesarrollados, precisamente frente a los desarrollados que serían los obligados», PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*. cit, pp. 188-189.

³⁹ Este hecho no siempre ocurre así, como destaca Sen en su trabajo, ya que «pese a su condición unificadora, lo cierto es que en torno a la temática de los derechos del hombre termina generándose con cierta frecuencia una serie de controversias en las que se enfrentan creencias diferentes, y en las que se ponen de manifiesto reivindicaciones de bien distinta naturaleza. (...) En este sentido, se viene sosteniendo repetidamente que mientras los países occidentales reconocen numerosos derechos humanos, y de manera especial el conjunto de aquellos derechos relacionados con las libertades públicas, en contraste los países asiáticos o no lo hacen, o lo hacen en una medida



Debemos insistir aquí en que la diferenciación cultural existente tenemos que enlazarla con un fenómeno de enorme importancia como es el multiculturalismo, ya que esta diversidad y variabilidad de tratamientos en la aplicación real de los derechos humanos no sólo se da entre los diferentes países, sino también en el interior de sus fronteras. Siguiendo las palabras de Sen se afirma que «hemos insistido en la necesidad de reconocer la diversidad, pero no se trata de reivindicar tan sólo a la diversidad existente *entre* las distintas naciones y culturas, sino también la diversidad existe en el *interior* de cada una de esas naciones y culturas»⁴⁰. Es evidente, sin embargo, que sobre la libertad de migración a escala internacional no pueden tomarse decisiones unilaterales o parciales. Las medidas sobre apertura de fronteras deberían adoptarse de forma general y simultánea por todos los países del mundo, lo que es prácticamente imposible e incluso una utopía. En caso contrario, se generarían graves problemas para aquéllos que aisladamente lo decidieran, y ello podría provocar enormes conflictos sociales como en la práctica se está vislumbrando en algunas regiones del mundo donde esa situación de apertura unilateral de fronteras o la incapacidad para controlarlas puede generar conflictos e injusticias para los ciudadanos del país receptor, problemática que cobra un matiz especialmente dramático en los territorios reducidos que tienen escaso margen de acción para asegurar el bienestar general de todos los individuos que en los mismos confluyen.

En muchas ocasiones se enfatiza la causa de traslado o fenómeno migratorio por circunstancias laborales, pero, como se podría observar en un estudio más pormenorizado, si bien es cierto que muchos de los movimientos migratorios tienen esta causa, no es la única.

Sobre esta base, este derecho a la migración tiene dos aspectos, los cuales requieren nuestra atención para entender todos los supuestos que se plantean: el derecho a la emigración es el derecho a salir del territorio y trasladarse a otro distinto; y el derecho a la inmigración es el derecho a entrar y establecerse en otro territorio. Pero no cabe hablar de un auténtico derecho a la emigración si no se facilita efectivamente la posibilidad de establecerse en otro país. Un derecho a la emigración no reversible como el derecho a la inmigración resultaría ser así un derecho vacío.

En los movimientos migratorios en su doble vertiente, tanto de entrada como de salida, destaca, como hemos dicho, el motivo laboral o de búsqueda de empleo como unas de las razones principales de los mismos. Este argumento es, sin lugar a duda, más que defendible, ya que la búsqueda de unas mejores condiciones de vida es consustancial a la dignidad del ser humano. Además, desarrolla una de las directrices que marcan todos los textos que se refieren a los derechos humanos, como queda nítidamente asegurado en el artículo 1.º de la Declaración de la ONU

infinitamente menor. Algunos intérpretes y analistas ven en esta circunstancia un importante factor de diferenciación cultural», SEN, A. K., «Democracia y desarrollo. Derechos del hombre y diferencias culturales», *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2000, pp. 369-370.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 385.



de 1948 que consagra que: todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y de conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Pero ante este reconocimiento de derechos, los grupos sociales políticamente organizados pueden poner límites a la movilidad de la población con el fin de defender el bienestar, la estabilidad, la identidad o la cohesión de sus ciudadanos. Esa tensión entre el derecho a buscar otros horizontes distintos a los del nacimiento y la imposibilidad de hacerlo, por las barreras jurídicas o sociales existentes, constituye uno de los graves conflictos morales de nuestros días. La solución dependerá del prisma con que se analice el problema. No es lo mismo asumir la perspectiva del bienestar de la sociedad receptora que la de las exigencias que impone el principio de universalidad de los derechos humanos. La primera perspectiva nos obligaría a valorar los posibles efectos reales que tendría, puesto que no está claro que la apertura de fronteras tenga necesariamente que generar más problemas que ventajas a la sociedad receptora. Se evitaría cualquier discusión al respecto al imponer el explayamiento universal del derecho al libre desplazamiento. Lo que en cualquier caso parece claro es la superioridad moral de esta segunda perspectiva, que no debiera ceder ante los intereses creados por el mantenimiento de una situación de ventaja por razón de nacimiento que carece desde luego de razonable justificación.

6. CONCLUSIÓN

La migración es un fenómeno que ha acontecido a lo largo de todos los tiempos en su doble versión, tanto de entrada de personas (inmigración) como de salida (emigración). De ahí que se haya estudiado a lo largo de la historia de una manera individualizada, teniendo en cada una de sus épocas unos matices específicos que la convierten en un tema atrayente para los analistas sociales en general y jurídicos en particular.

En la última década, el fenómeno migratorio experimentó un cambio de sentido en España, convirtiéndose en país receptor de inmigrantes, cuando aún no han desaparecido de la memoria colectiva los tiempos en que los españoles emigraban en busca de una vida mejor. Es precisamente por este cambio de orientación, de país emisor a receptor, por lo que ha adquirido una especial actualidad el tema en cuestión, suscitando polémicas y un intenso debate social, político y económico que intenta buscar soluciones a través de programas de actuación y regulaciones jurídicas en el que participan todos los agentes implicados y que pretenden dar una visión lo más unificadora posible al concepto de ciudadanía universal. Este fenómeno en los últimos años, y esencialmente motivado por la situación de crisis que asola a nuestro país, ha conllevado un cambio de perspectiva consistente en que muchos de los jóvenes con elevada formación académica se han visto obligados a emigrar al extranjero en búsqueda de un trabajo.

Desde luego, el lugar de nacimiento constituye, en muchas ocasiones, un elemento determinante que influye poderosamente en el destino de las personas. Los que nacen en países ricos y democráticos tendrán oportunidades diferentes a



los que nacen en países pobres o gobernados por dictaduras. Por este motivo, el derecho a la emigración debe aceptarse por razones de equidad, ya que las diferencias que hoy podemos encontrar entre algunos países son del tal magnitud que hacen imprescindible buscar vías de solución en un terreno en el que el abanico de soluciones está restringido por diferentes motivos, y que, por desgracia, las propuestas de solución al problema concreto quedan en la mayoría de las ocasiones en simples modelos teóricos sin aplicación práctica real. Esta controvertida cuestión es motivo de estudio en el análisis sobre los derechos humanos y más incisivamente en una de sus características, la universalidad.

Se resalta la enorme vinculación que tiene el, más o menos reciente, concepto de la globalización con el creciente aumento de movimientos migratorios, íntimamente conectado al tema de los derechos humanos. Ciertamente, el fenómeno migratorio ha variado, cambiando en toda su configuración con respecto al que antiguamente teníamos. La evolución y el desarrollo de las sociedades implica que, en la actualidad, las causas o motivaciones por las que multitud de personas salen de sus países son de muy variada índole, encontrando por tanto una multiplicidad de factores que los impulsan, siendo éstos diferentes en cada momento histórico.

La contradicción entre universalismo y restricción de derechos a los extranjeros es susceptible de crítica, aduciendo que los ordenamientos jurídicos de los Estados y los de las comunidades internacionales, en su espíritu y finalidad, están concebidos para ser utilizados por sus destinatarios como instrumento para alcanzar sus objetivos, no como simple aparato limitador de derechos. Es necesario para ello que los países subdesarrollados o en vías de desarrollo alcancen un nivel óptimo acorde con los tiempos actuales, erradicando todo tipo de actuación anacrónica y obsoleta en los aspectos y facetas de tipo social, político, económico, jurídico, etc., convirtiendo de esta forma a estos Estados en países desarrollados, alcanzando los parámetros establecidos en la cota media de un país occidental.

Por lo tanto, en esa misma línea se hace necesario marcar unas directrices correctoras a seguir para alcanzar la universalidad y el concepto de ciudadano universal cuando se produzcan algunos de los posibles tipos de disfunción que se pueden dar en el reconocimiento de derechos y que no sean acordes a las coordenadas de actuación que en todos los textos normativos que los regulan se pauten.

Por ello, resulta evidente que el primer garantista de los derechos humanos debe ser el Estado a través de todos los poderes públicos que conforman el organigrama de la Administración en sus diferentes niveles, pero no desde el punto de vista exclusivo de la defensa de su soberanía, sino, al contrario, en pro de la configuración y posterior materialización del ciudadano universal. De todas maneras, el Estado no es el único implicado, puesto que tanto los ciudadanos individualmente considerados, como los grupos y organizaciones que ellos mismos forman deben también garantizar el pleno ejercicio de derechos y el reconocimiento de lo que se puede considerar como unos mínimos de respeto, de tal manera que los países subdesarrollados puedan reclamar a los desarrollados la efectividad de este derecho, para poder salir de la situación en la que se encuentran a través de diferentes mecanismos. Se impone por tanto la necesidad de tomar medidas de corte económico como la



condonación de la deuda externa, la prestación de ayudas económicas específicas y otras de corte educativo que aseguren una mejor preparación de sus ciudadanos, etc., para salir del subdesarrollo y proclamar de una vez por todas la vigencia real del modelo de la ciudadanía universal.



SINGULARIDADES DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO CASTRENSE

José Miguel González Reyes*

RESUMEN

El presente trabajo tiene como presupuesto la especial naturaleza y estructura de la organización administrativa militar como basamento mediante el cual se organizan y vertebran nuestras Fuerzas Armadas. Desde esta perspectiva, la singular configuración de la organización administrativa militar determina que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en el seno castrense presente especiales características en el orden cualitativo respecto al régimen general de sanciones. Partiendo de ello, profundizaremos en el estudio de la manifestación del derecho de defensa y la asistencia técnica (por abogado o militar) en el ámbito castrense a partir de la recopilación y discusión de las teorías elaboradas por la doctrina y el análisis de la jurisprudencia existente en torno a este tema.

PALABRAS CLAVE: derecho militar, derecho disciplinario militar, derecho administrativo militar, ilícito administrativo militar.

ABSTRACT

The present work will take its roots from the special nature and structure of Military Regulatory Law, as the footing on which our Armed Forces are set up and cast. From this standpoint, the singular shaping of Military Regulatory Law settles down the wielding of the State's «*ius puniendi*» within the Armed Forces, showing specific features as to quality, regarding the overall repressive system. Footing on this, we will try to dive into deeper waters concerning the study of the right of defence and the right of assistance (by a counsel or an officer), within the fold of the armed forces, paying due heed to the recopilation and discussion of the theories brought about by the most renown scholars and including an analysis of the extant rulings of the judiciary in this field of knowledge.

KEY WORDS: military law, military disciplinary law, military regulatory law, disciplinary violation.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El desarrollo científico que la potestad sancionadora ha experimentado tras la CE de 1978 hace que cualquier espacio donde se pretenda hacer una exposición de sus principios encuentre estrecho margen, siendo la actual regulación sobre el asunto consecuencia de un profundo y lento proceso de conquista hacia los derechos del



administrado¹. Sin embargo, la constitucionalización de la potestad sancionadora de la Administración en distintos preceptos, entre ellos el art. 25.1 CE², no solucionó el debate sobre cuántos y cuáles son estos principios ni el interrogante sobre su encaje en el Derecho administrativo sancionador o no³.

El presente estudio tiene por objeto analizar las vicisitudes derivadas de la intervención de letrado o militar con ocasión de la tramitación de expedientes disciplinarios en el ámbito militar y de la Guardia Civil. El punto de partida se encuentra en el propio régimen sancionador positivo que ha contemplado esta posibilidad en la Ley Orgánica 8/1998 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LORDFAS)⁴ y en la Ley Orgánica 12/2007 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (LORDGC)⁵.

Esta previsión legislativa, que en lo disciplinario militar pudiera considerarse excepcional, se ha convertido en práctica habitual respecto del ámbito de la Guardia Civil.

La regulación del derecho de asistencia letrada, a la luz de la normativa referenciada, no está exenta de algunas cuestiones problemáticas en cuanto al alcance y

* Doctor en Derecho. Asesor jurídico de la Guardia Civil en Canarias.

¹ LÓPEZ MENUDO, F., «Principios del procedimiento sancionador», Documentación Administrativa núm. 280-281, págs. 159 y ss. Éste no es un defecto del Derecho militar en exclusiva, así García de Enterría puso de relieve que el Derecho administrativo sancionador históricamente adoleció de escasas garantías y que la responsabilidad objetiva, el desplazamiento de la prueba a cargo del reo, la inaplicación de técnicas correctivas habituales en Derecho penal (como las del concurso, las atenuantes, etc.) y desde luego los supuestos no tipificados eran defectos inherentes al Derecho administrativo sancionador, hasta el punto de que hasta tiempo reciente, éste ha sido un Derecho «prebaccariano», situación frente a la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 2 y 25 de marzo de 1972 y 16 de Junio de 1974) reaccionó en la década de los setenta con la doctrina siguiente: «(...) la inexistencia de una parte general en Derecho administrativo sancionador no supone una habilitación a la Administración para una aplicación arbitraria y grosera de sus facultades represivas, sino que se trata de una laguna jurídica que ha de colmarse necesariamente con las técnicas del Derecho penal ordinario» (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El problema jurídico de las sanciones administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 10, p. 409).

² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 29, p. 360.

³ En las SSTC 272/2006 y 316/2006 se ofrecen, no obstante, listados sobre tales derechos.

⁴ Según el art. 53.1 de la LORDFAS «El expedientado podrá contar en todas las actuaciones a que dé lugar el procedimiento sancionador con el asesoramiento del abogado o militar que designe al efecto».

⁵ Art. 42.2 de la LORDGC explicita que «el interesado podrá contar, en todas las actuaciones a que dé lugar cualquier procedimiento, con el asesoramiento y la asistencia de un abogado en ejercicio o de un guardia civil que elija al efecto. De optarse por esta segunda posibilidad, las autoridades y mandos correspondientes facilitarán, al designado, la asistencia a las comparecencias personales del interesado ante las autoridades disciplinarias o instructores de los expedientes, y su asesoramiento será siempre voluntario, sin que tal designación confiera derecho alguno al resarcimiento por los gastos que pudieran derivarse de la asistencia. Los honorarios del letrado designado serán por cuenta del interesado».

contenido de su ejercicio cuya dicción literal se nos antoja, en ocasiones, insuficiente; o, simplemente, guarda total silencio, en otras.

El análisis del derecho de asistencia técnica, en el procedimiento administrativo sancionador militar y en el régimen disciplinario del Cuerpo de la Guardia Civil, exige delimitar el contenido y alcance del mismo, así como su naturaleza y efectos. Para ello, es necesario proceder al análisis riguroso de los criterios jurisprudenciales establecidos tanto por el Tribunal Constitucional como por la Sala Quinta del Tribunal Supremo a partir del estudio sus pronunciamientos. De igual manera, no podríamos proceder a ello sin hacer referencia previa, siquiera sea sucintamente, a su raíz, el derecho de defensa, cuya proyección, la asistencia letrada, es sólo una de sus manifestaciones, y cuyo desarrollo deriva del ámbito procesal y, en concreto, del proceso penal militar⁶.

II. DERECHO DE DEFENSA Y ASISTENCIA TÉCNICA

2.1. EL DERECHO DE DEFENSA A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y LA JURISPRUDENCIA: RECONOCIMIENTO Y PROCLAMACIÓN DE TAL GARANTÍA

El art. 24 de la CE contiene una relación de derechos dirigidos a asegurar la efectividad de la tutela judicial efectiva, plenamente vigente en el ámbito procesal, y que no tiene parangón en derecho comparado en el decir de Mozo Seoane⁷, y entre los cuales se encuentra el derecho de defensa, al declarar en su apartado primero que

⁶ La Ley procesal militar 2/1989 establece en sus arts. 125 a 127 las peculiaridades derivadas de la intervención del letrado en el procedimiento penal militar. De este modo, tan pronto como se comunique a una persona la existencia de un procedimiento del que pudiera derivarse responsabilidades penales en su contra, se le instruirá de su derecho a la asistencia letrada, y en todo caso, si hubiera sido acordada su detención, prisión u otra medida cautelar o se dictare contra la misma auto de procesamiento, será requerida para que designe abogado defensor o solicite su designación en turno de oficio, matizándose que podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar. Por su parte, el art. 463 del mismo texto legal establece para los procedimientos judiciales militares no penales que el demandante podrá conferir su representación a un procurador, valerse tan sólo de abogado con poder al efecto o comparecer por sí mismo asistido o no de abogado. Sobre la modulación del derecho defensa en el procedimiento penal militar puede verse ampliamente GARCÍA LOZANO, C. (Director), *Jurisdicción militar: aspectos panales y disciplinarios*, Estudios de Derecho Judicial 112, Madrid, 2006 y DE LEÓN VILLALBA, F. J. (Coordinador), *Derecho penal y disciplinario militar*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha-Tirant lo Blanch, La Mancha-Valencia, 2006.

⁷ MOZO SEOANE, A., «La asistencia letrada en expedientes judiciales del Código de Justicia Militar», en *Revista Jurídica Española «La Ley»*, núm. 3, pp. 955-964, en concreto p. 955. Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse ampliamente PÍCÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch Procesal, Barcelona, 2011.



«(...) todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado».

Aunque su ámbito se extienda a cualquier proceso judicial, su primer y más característico campo es, sin duda, el procedimiento penal⁸, donde su proyección es máxima, tal y como se evidencia en los tratados internacionales de derechos humanos⁹ que al referirse al derecho a la defensa (y por letrado) lo refieren específicamente al *acusado*¹⁰. En relación con ello, el art. 125 de la Ley procesal militar muestra menor precisión técnica que su análogo art. 118 de la LECrim (en el que sí se habla de derecho de defensa) y, en realidad, se refiere a una de sus manifestaciones: la asistencia letrada, de la que será ilustrado en unos casos el inculpado, y provisto obligatoriamente de ello en otros¹¹.

Para el supremo intérprete de la Carta Magna, con base en una interpretación finalista de la CE, explícita en la decisiva STC 18/1981, de 8 de junio¹², que

⁸ No obstante, se hace imperiosa la necesidad de aplicar prudentemente los principios y garantías penales al ámbito del procedimiento sancionador militar que se ve reforzada, además, en atención a la preservación de los valores de subordinación jerárquica y disciplina que, en palabras del Tribunal Constitucional en STC 14/1999, de 22 de febrero, constituyen valores primordiales. De ahí que esta sentencia recuerde que la presencia de esos valores «modula, en cierto modo, la regla general antes expuesta y por ello, con cita de la sentencia número 21/1981, hemos reiterado que si bien el procedimiento militar de carácter disciplinario ha de configurarse conforme a las exigencias del artículo 24 CE, no puede por su propia naturaleza, quedar sometido a todas y cada una de las garantías procesales que rigen el proceso penal».

⁹ En este sentido, el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama que toda persona acusada de un delito tendrá derecho a comunicarse con un defensor de su elección y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo. Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos viene a confirmar esta posición en el art. 6.3. c) que señala el derecho del interesado a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio cuando los intereses de la justicia lo exijan.

¹⁰ *Vid.* SSTC 42/1982, de 5 de julio, 74/1985, de 18 de junio y 104/2003, de 2 de junio, al señalar que el art. 24.2 de la CE obliga a considerarlo referido fundamentalmente al proceso penal matizando que «el derecho del art. 24 CE a la asistencia letrada debe referirse primordialmente al proceso penal, y también lo es que ese mismo derecho, tal como aparece reconocido en el art. 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha sido situado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito penal».

¹¹ *Vid.* la opinión de Moreno Catena en AA. VV., *Derecho Procesal*, El Proceso Penal (t.11), Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 161 y 737 y ss.

¹² La STC 18/1981, otorgó el amparo a cuatro funcionarios del Cuerpo de Correos, dirigentes de un sindicato independiente y delegados de personal, que habían sido sancionados en febrero de 1980 con sendas multas por haber participado en la huelga de aquel servicio. Así, en su FJ 3.º concreta el traslado las garantías procesales en los siguientes términos: «(...) ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Cuarta de 29 Sep., 4 y 10 Nov. 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por





los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la CE en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, *en la medida necesaria* para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la CE, tras lo cual concedió el amparo porque esos valores «no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración, por razones de orden público, puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno, y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de decisión, con la consiguiente carga de recurrir para evitar que tal acto se consolide y haga firme».

Así, aunque la CE no alude directamente a los principios de la potestad sancionadora de la Administración, sólo lo hace al proceso, el Tribunal Constitucional extendió rápidamente dichos principios al Derecho sancionador, cuyos pronunciamientos y resoluciones han hecho prácticamente pacífica en la doctrina¹³ la aplicación de los principios del Derecho procesal penal al ámbito del Derecho administrativo sancionador en «inveterada doctrina jurisprudencial»¹⁴.

Desde entonces, como dice en su STC 157/2000, de 12 de junio, el Tribunal Constitucional ha venido no sólo afirmando la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos del orden penal, sino también proyectando sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales contenidas en el artículo 24 de la CE¹⁵.

técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio art. 25.3, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad».

¹³ Vid. SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 39.

¹⁴ En este sentido, como pone de relieve la STC 7/1998, de 13 enero de 1998: «(...) conforme a lo dispuesto en los Art. 24 y 25.1 CE, y desde la STC 18/1981, este Tribunal ha venido declarando no sólo la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del Art. 25.1 CE considerando que «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado» (fundamento jurídico 2.º), sino que también ha proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales insitas en el Art. 24 CE, en sus dos apartados, no mediante una aplicación literal, sino «en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto» (fundamento jurídico 2.º). Ello, como ha podido afirmar la STC 120/1996, «constituye una inveterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal y, ya, postulado básico de la actividad sancionadora de la Administración en el Estado social y democrático de Derecho» (fundamento jurídico 5.º, que cita las SSTC 77/1983, 74/1985, 29/1989, 212/1990, 145/1993, 120/1994 y 197/1995). Acerca de esta traslación, por otra parte condicionada a que se trate de garantías que «resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador» (STC 197/1995).

¹⁵ CALVO CABELLO, J.L., «La traslación de las garantías procesales al Derecho sancionador militar», en AA. VV., *Derecho penal y disciplinario militar*, Tirant lo Blanch-Ediciones Universidad de Castilla La Mancha, Valencia, 2006, p. 109.

En definitiva, podemos decir que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo¹⁶ afirman que hoy en día los principios inspiradores del proceso penal son aplicables en el ámbito administrativo sancionador y que ello ha de ser así porque el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, donde el origen de dicha tesis se hallaría en la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo¹⁷.

En consonancia con ello, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la previsión del art. 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos viene a concretar y garantizar tres derechos del acusado en todo procedimiento penal: el derecho a defenderse a sí mismo y por sí mismo; el derecho a defenderse mediante la asistencia letrada de su elección; y, por último, el derecho a recibir asistencia letrada gratuita de acuerdo con determinadas condiciones¹⁸.

¹⁶ Por su parte, el Tribunal Supremo no ha sido ajeno a esta cuestión, y ha acogido plenamente la doctrina constitucional, si bien prefiere hablar de *principios inspiradores*, y de la que es buena muestra la STS de 5 octubre 1990, que autoriza expresamente la intrusión de las normas de Derecho penal en la esfera del Derecho administrativo sancionador, pero respetando siempre la autonomía relativa de éste en una tarea de integración, no de desplazamiento, como estable en su FJ 3.º: «(...) En Sentencias de 16 de diciembre de 1986 y 20 de enero de 1987, entre otras, se recordaba, una vez más, que la potestad sancionadora de la Administración, como instrumento de la función de 'policía' en el sentido clásico de la expresión, ofrece un talante intrínsecamente penal. Esta Sala así lo ha venido proclamando desde hace, al menos, quince años y ha obtenido en cada caso las consecuencias de tal premisa en orden a las diversas manifestaciones sustantivas o formales, desde la tipificación a la irretroactividad, desde el principio de legalidad a la prescripción, desde la audiencia del inculpaado a la proscripción de la '*reformatio in peius*'. En esta primera fase, la cobertura de esta identificación se encontró en el art. 27 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, interpretado con una perspectiva unitaria y estructural del ordenamiento jurídico, concepto incorporado por entonces a las Leyes maestras del sistema administrativo y, muy especialmente, a la reguladora del Orden Jurisdiccional en el cual nos encontramos ahora».

¹⁷ La jurisprudencia ha declarado la traslación de los principios inspiradores del orden penal al Derecho administrativo sancionador y, más concretamente, al Derecho disciplinario puesto que ambas esferas son manifestaciones del '*ius puniendi* del Estado' hasta el punto que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales porque ante una infracción, el Estado puede responder con una pena o con una sanción *v.gr.*, en la STS 25 de marzo de 1972 que señala: «(...) como se declaró en sentencia de 14 de junio de 1966, con otro criterio se reconocería a la Administración una facultad creadora; tipos de infracción y de correctivos analógicos, con evidente merma de las garantías jurídicas que al administrado reconoce el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico (...) más tarde, la sentencia de 12 de diciembre de 1977, citando las de 2 y 30 de septiembre de 1975, recuerda la necesidad de atenerse a los principios jurídicos que informan el Derecho penal en materia de imposición de sanciones administrativas, puesto que en todo caso, cualquiera que sea la naturaleza del órgano que se atribuya la función sancionadora, jurisdiccional o estrictamente administrativa, se actúa el *ius puniendi* del Estado».

¹⁸ *Vid.* SSTEDH de 25 de abril de 1983 (Pakelli contra Alemania), 24 noviembre de 1993 (Imbrioscia contra Suiza) y de 13 de mayo de 1980 (Ártico contra Italia). En las dos primeras se indica la conveniencia de que todo acusado que no desee defenderse por sí mismo debe ser capaz de recurrir a asistencia letrada de su elección. Por la última, además de lo anterior, se evidencia la obligación que incumbe al Estado de suministrar en ciertos casos —según el art. 6.3.c) del Convenio— «cuando los intereses de la justicia lo exijan» y siempre que el acusado no tenga medios para pagarlo una asistencia jurídica gratuita. Sobre esta cuestión véase los comentarios a los arts. 125 y 126 en AA.



Lamentablemente, el ámbito objetivo fijado en la Directiva 2013/48/UE (art. 1) así como la reserva de España a los arts. 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, hace muy difícil la extensión de las previsiones en ellas contenidas al procedimiento disciplinario que nos ocupa, y que como hemos dicho es netamente administrativo y no procesal penal¹⁹.

2.2. DERECHO DE DEFENSA Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Tras la promulgación de la CE no hay duda de la total vertebración del derecho de defensa en los procedimientos administrativos disciplinarios de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil²⁰.

Los derechos del art. 24.2 CE se aplican también en los procedimientos disciplinarios sancionadores (tratándose por igual de imponer castigos no hay ninguna razón para que sea de otra forma). Y los Tribunales no han hecho a este respecto distinciones de ningún tipo. Muy al contrario, los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplicando el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se refieren precisamente a personas sometidas a especiales relaciones de sujeción²¹.

Tampoco el Tribunal Constitucional, ni los demás tribunales españoles, han hecho diferenciaciones²². Es más, donde el Tribunal Constitucional ha alcanzado mayor precisión es precisamente en la enumeración y descripción de los derechos contenidos en el art. 24.2 CE en su aplicación al procedimiento punitivo administrativo; traspasando al ámbito propio de éste muchos de los principios del Derecho penal²³.

VV., *Comentarios a las Leyes procesales militares*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995, en concreto pp. 1328 a 1362. y ya en el ámbito del derecho comparado TRECSE, S., *Human rights in criminal proceedings*, Oxford University Press, Oxford, 2005, en relación con la exigencia de presencia o no del encartado en el procedimiento sancionador.

¹⁹ *Vid.* la crítica a la STC de 15 de junio de 1981 en Prieto Sanchos, I., «La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativa en el Estado de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, pp. 118 a 120.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 11.ª edición, vol. II, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 168,194-196, y 171.

²¹ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales* (Prólogo de Rebollo Puig). Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, p. 55.

²² En este sentido, la STC 22/1982, de 12 de mayo, sostiene que las garantías del art. 24 integran un proceso legal con todas las garantías jurídicas.

²³ Así, la STC 85/1995, de 6 de junio, y la STC 45/1997, de 11 de marzo, sostienen: «Es doctrina reiterada de este tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) la de que los principios y garantías constitucionales (...) del proceso penal han de observarse, con ciertos matices, en el procedimiento administrativo sancionado y así, entre aquellas garantías procesales hemos declarado aplicables el derecho de defensa y sus derechos instrumentales a ser informado de la acusación y utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, así como el derecho de presunción de inocencia». *Vid.*, también, la STC 4/1982, acerca del derecho a ser informado de la acusación SSTC



Por lo que respecta al ámbito castrense, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo es destacable por su aplicación de los derechos del art. 24.2 de la CE, y de ello daremos cuenta en este trabajo.

Desde esta perspectiva, los derechos del art. 24.2 CE no debieran dejar de ser aplicados a los procedimientos administrativos sancionadores (entre los que se encuentran los militares y de la Guardia Civil)²⁴, siendo las leyes disciplinarias las que deben articular las técnicas adecuadas para que la previsión constitucional sea realmente observada.

De ahí se colige, con claridad meridiana, que el interés del legislador constitucional ha sido poner en manos de los ciudadanos, y entre ellos del *ciudadano-soldado*, todos los medios necesarios para la debida protección y defensa de sus derechos e intereses legítimos.

El llamado derecho a la defensa puede contemplarse desde diversas perspectivas. En este sentido, es necesario distinguir entre el derecho general a la defensa en toda clase de procesos y el derecho a la defensa letrada, modalidad específica para coadyuvar a la tutela jurídica o derecho a la justicia. La precisión, entonces, es clara al emplearse las locuciones «defensa» y «asistencia de letrado» unidas por la conjunción copulativa «y» lo que permite establecer entre ambas una relación de género a especie²⁵.

2.3. EL DERECHO A LA ASISTENCIA TÉCNICA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMÚN. FORMULACIÓN DE LA REGLA GENERAL

Acabamos de analizar cómo el derecho de defensa y sus principales instrumentos han sido traspasados al ámbito del derecho administrativo sancionador²⁶. El problema es determinar si la manifestación instrumental de aquel derecho, que es la asistencia letrada, rige en el procedimiento sancionador, y en particular en el ámbito castrense.

En el procedimiento administrativo general la prescripción es clara: no existe un derecho fundamental del encartado a la asistencia letrada en los procedimientos

31/1986, 190/1987, 29/1989, y sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa SSTC 13/1982, 37/1985, 76/1990 y 138/1990, entre otras.

²⁴ Sólo excepcionalmente y con carácter reducido los tribunales para el ámbito castrense lo han admitido para el aseguramiento de la disciplina, pero como hemos dicho para algún aspecto muy concreto y ante una justificación especial, como la sanción de las faltas militares de carácter leve, pero nunca con carácter general.

²⁵ MOZO SEOANE, A., *loc. cit.*, p. 956.

²⁶ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 568. El Derecho Administrativo sancionador se separa del Derecho Penal configurando a aquél como una parte del Derecho administrativo donde el procedimiento siempre ha sido administrativo y contencioso-administrativa es la jurisdicción revisora.



administrativos sancionadores²⁷. Y ello porque el Tribunal Constitucional no ha concretado la traslación de este derecho a dicho ámbito y la interpretación finalística del art. 24.2 CE cierra los márgenes a una aplicación extensiva del mismo, rigiendo sólo para los tribunales pero no para la Administración pública, que ni siquiera lo contempla en las disposiciones que ordenan la regulación del procedimiento administrativo sancionador²⁸.

Ahora bien, el hecho de que no sea obligatoria no quiere decir que se deniegue de plano aquella posibilidad si el encartado en un procedimiento requiere tal acción. La defensa técnica del imputado es entonces posible, pero no imprescindible ni mucho menos gratuita²⁹.

De lo anterior se deduce una importante consecuencia práctica en orden a la tramitación de los expedientes disciplinarios: no corresponde a la Administración el deber de notificar al encartado la posibilidad que le asiste en su defensa de valerse de la oportuna asistencia técnica ni, en su caso, proponer como fundamento de su alegación que la carencia de letrado, en vía administrativa, le ha ocasionado indefensión manifiesta³⁰.

2.4. PECULIAR RECEPCIÓN DEL DERECHO DE ASISTENCIA TÉCNICA EN EL ÁMBITO CASTRENSE: EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL

No obstante, para la afirmación del apartado anterior existen dos excepciones a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Para el supremo intérprete de la Carta Magna, la defensa técnica —aunque no necesariamente por abogado— constituye un derecho fundamental del inculpado en dos ámbitos específicos del derecho administrativo sancionador: los procedimientos disciplinarios penitenciarios³¹ y los derivados del régimen disciplinario militar y de la Guardia Civil.

²⁷ La doctrina del Derecho administrativo se ha hecho firme defensora de los postulados del Tribunal Constitucional. Así, para GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., *Sanciones Administrativas*, Comares, Granada, 2002, p. 162, no es de aplicación a las sanciones administrativas el derecho de asistencia letrada, limitado a los procesos penales por delito. En el mismo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium, Madrid, 1989, p. 194 y ss. Para una visión amplia del derecho de asistencia letrada en expedientes administrativos *vid.* también CASTILLO BLANCO, F. A., *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, 1992, pp. 444-450.

²⁸ En efecto, los arts. 135 y 137 de la LRJ-PAC que enumeran los derechos de los encartados en el procedimiento administrativo sancionador no mencionan este derecho.

²⁹ STS de 17 de marzo de 2003.

³⁰ TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 84 y 85.

³¹ En este sentido, la proclamación de tal derecho en esta ámbito se reconoce determinando el alcance de su ejercicio, *v.gr.*, en la STC 161/93 de 17 de mayo, que señala: «... el ahora demandante de amparo fundamentó su recurso en un único motivo: la situación de indefensión de la que el actor estimaba haber sido objeto. Pese a la falta de precisión de aquel escrito (falta de precisión que no puede reprobarse a quien, no siendo experto en Derecho, podía legítimamente desconocer los exactos



No se trata sólo de una previsión por las normas legales específicas como se va a poner inmediatamente de relieve, sino que se trata de un derecho específicamente garantizado por la CE para el caso de que se pretenda imponer una sanción a quien se encuentra en una relación especial de sujeción³².

Partiendo de esta previsión, el artículo 53 de la LORDFAS y el 42 de la LORDGC vienen a disponer que el guardia civil o militar encartado en un procedimiento disciplinario podrá contar con el asesoramiento de un abogado o del militar que designe al efecto en todas las actuaciones que integren el procedimiento.

Del análisis sistemático de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los preceptos indicados se deduce con claridad que la percepción de este derecho fundamental a la asistencia letrada o militar ha de ser igualmente sentida para el ámbito castrense y de la Guardia Civil³³. Y las restricciones al ejercicio de tal derecho sólo resultarán admisibles en la medida en que ese ejercicio resulte incompatible con la finalidad del procedimiento disciplinario. Así lo dispone la STC 74/04, de 22 de abril, al señalar en su FJ 2.º y 6.º que «(...) el acto de los poderes públicos que en este proceso de amparo se impugna tiene su origen en el ejercicio de la potestad disciplinaria vigente en el seno de la Administración militar, cuya singularidad tiene reconocimiento constitucional ex art. 25.3 CE. Ahora bien, la extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la 'relación de sujeción especial' en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial (...). Por tanto, se hace preciso valorar si el modo en que el demandante pretendió contar con asistencia letrada resultaba incompatible con la necesidad de un pronto restablecimiento de la disciplina quebrantada (...). En consecuencia hemos de concluir que la finalidad del

límites de su derecho a obtener asesoramiento), resulta claro que atribuía esa situación de indefensión a que la Junta de Régimen y Administración no le *hubiera permitido contar con el asesoramiento técnico adecuado para preparar la defensa* que por sí mismo había de realizar en el expediente disciplinario, bien por medio de Abogado de oficio, bien por un funcionario del Centro Penitenciario que le orientara y asesorara, sin que hubiera recibido contestación a su petición ...». Acerca de la asistencia técnica en el ámbito penitenciario *vid.* ampliamente DUQUE VILLANUEVA, J. C., *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. IV, 1998, pp. 232-235; GARCÍA MORILLO, J., «Los derechos fundamentales de los internos», en *Poder Judicial*, núm. 47, pp. 48-49; y, DOMÍNGUEZ VILA, A., «Derecho a la asistencia de letrado en el ejercicio por la Administración de potestades sancionadoras», en *Actualidad Administrativa*, vol. 3, pp. 443-447.

³² Su fundamento al igual que ocurre para con el proceso penal parece encontrarse en la salvaguarda y protección del derecho a la libertad del encartado o a su restricción. *Vid.* opinión al respecto de LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 511-515. Y en el mismo sentido, las SSTC 74/1985, 27/2001 y 236/2002, donde la sanción disciplinaria en el ámbito penitenciario se presenta como una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena.

³³ Para ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *op. cit.*, p. 261, el uso de este derecho puede limitarse cuando su ejercicio resulte incompatible con las exigencias propias de la relación especial de sujeción que mantienen los militares con la Administración.



rápido restablecimiento de la disciplina militar, fundamento, como hemos dicho, del procedimiento oral (...), no resultaba comprometida, y que la restricción al derecho a la asistencia letrada careció de justificación desde la perspectiva constitucional».

De este modo, a diferencia de lo que ocurre en el régimen sancionador general, la manifestación del derecho de defensa, en su vertiente de derecho de asistencia técnica, tiene plena vigencia y aplicación en el ámbito castrense y en el Instituto armado.

Distinto es que la previsión del ejercicio de tal derecho sea preceptiva y, en su caso, gratuita, siendo necesaria la concreción del alcance y contenido de este derecho.

III. ALCANCE DEL DERECHO DE ASISTENCIA TÉCNICA EN EXPEDIENTES DISCIPLINARIOS CASTRENSES Y DE LA GUARDIA CIVIL

3.1. NATURALEZA JURÍDICA

El ejercicio del derecho a la defensa en su vertiente de asistencia letrada (o militar) en expedientes disciplinarios militares y de la Guardia Civil se nos presenta en su configuración jurídica como un *derecho-facultad*. Esto es, se establece la posibilidad de que el encartado en uno u otro procedimiento (en cumplimiento de la garantía prevista en el art. 24.2 CE) pueda contar con la asistencia de letrado o militar durante la instrucción del mismo. Aunque el derecho a la asistencia letrada sea de carácter fundamental, la intervención letrada no resulta preceptiva y «debe ser permitida en forma y grado estimables como proporcionados a la falta, a la sanción y al procedimiento»³⁴.

Tratándose entonces de una facultad, el interesado podrá desistir del ejercicio de tal derecho renunciando a él o no utilizándolo. No estamos entonces ante la presencia de un derecho-obligación a contar con asistencia letrada en la tramitación de dichos expedientes, más característico de lo que sucede en el procedimiento penal. Por consiguiente, no constituye una exigencia procedimental y, por ello, se concluye necesariamente que no existe obligación de asistir *de oficio* a los interesados en estos procedimientos por parte de los Colegios de Abogados³⁵ ni de los militares o guardias designados por el interesado para su asistencia de hacerse cargo de la misma³⁶.

³⁴ STS Sala de lo Militar de 3 de junio de 2002.

³⁵ La Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita no contempla esta posibilidad. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en la STC de 12 de julio de 1993 señalando que «la plena asistencia letrada sólo es exigible constitucionalmente en los procesos judiciales, y además, no en todos, sino sólo cuando los intereses de la justicia así lo requieran».

³⁶ Con la única excepción de la previsión contenida para los militares de reemplazo.



Para salvaguardar el ejercicio de tal derecho, esto es, la posibilidad de que el encartado pueda ser asistido durante el transcurso de un procedimiento de letrado o militar, bastaría con advertir al interesado de dicha posibilidad. Tal advertencia, en buena técnica jurídica, debiera practicarse en el mismo momento en que se notifica al presunto responsable la iniciación del procedimiento que contra él se ha incoado.

3.2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA TÉCNICA

La asistencia técnica puede serlo por letrado o guardia civil y militar señala la normativa arriba comentada, y constituye, sin duda, una singularidad del Derecho disciplinario castrense. Ello requiere la aclaración previa de qué vamos a entender por cada uno de estos conceptos a efectos de la normativa militar y de la Guardia Civil.

3.2.1. *Militar y guardia civil*

Por militar o guardia civil habrá de entenderse a los que adquieran tal condición de acuerdo con su respectiva normativa de personal, que para los militares es de la Ley 39/2007³⁷, de 19 de noviembre, de la Carrera militar en relación con la Ley 8/2006³⁸, de 4 de abril de Tropa y Marinería, mientras que para el Benemérito Instituto será necesario tener en cuenta las disposiciones de la Ley 42/1999³⁹, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

³⁷ Según el artículo 76 de la Ley 39/2007 «1. La condición de militar de carrera se adquiere al incorporarse a una escala de oficiales o de suboficiales con la obtención del primer empleo militar, una vez superado el plan de estudios correspondiente y obtenida la titulación exigida (...) 3. También adquieren la condición de militar de carrera los militares de tropa y marinería cuando, según lo previsto en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, accedan a una relación de servicios de carácter permanente»; para los militares de complemento, el artículo 77 determina que tal condición se adquiere al adscribirse a una escala y cuerpo mediante la superación del plan de estudios correspondiente y firmado el compromiso inicial; para los militares de tropa y marinería ha dispuesto el artículo 78 que tal condición «se adquiere al incorporarse a una escala una vez superado el periodo de formación determinado en la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a tal condición y firmado el compromiso inicial regulado en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, que establece las modalidades de relación, las renovaciones y ampliaciones y el compromiso de larga duración».

³⁸ Según su artículo 4, «la condición de militar profesional de tropa y marinería se adquiere al obtener el empleo de soldado o marinero concedido por el Jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente, una vez superado el periodo de formación general militar establecido en la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a tal condición y firmado el compromiso inicial (...) en cuya virtud quedará incluido en el Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas».

³⁹ El artículo 2.1. de la normativa que rige el régimen de personal del Benemérito Instituto señala que «son guardias civiles los españoles vinculados al Cuerpo de la Guardia Civil con una



En principio, para el ámbito exclusivamente militar los términos del propio art. 53.2 de la LORDFAS limitan la posibilidad de tal ejercicio únicamente a los oficiales y suboficiales cuando se trate de la solicitud de asistencia sin designación específica o no se prestare la conformidad por parte del interesado. De aquí, podemos deducir *a sensu contrario* que no puede operar limitación a la designación por parte del encartado de personal de tropa y marinería profesional para el desempeño de la asistencia técnica, siempre y cuando el designado, naturalmente, acepte⁴⁰.

Respecto a la LORDGC, no hay inconveniente alguno en que la función de asesoramiento y asistencia pueda ser desempeñada por quienes ostentan la categoría de guardias.

3.2.2. *Modulación del concepto de interesado*

Por interesado a efectos del procedimiento disciplinario en el ámbito de la LORDFAS y la LORDGC habrá que entender a la persona contra la que el procedimiento se dirige, genéricamente designado mediante la referencia al *sancionado, infractor, responsable, expedientado, autor, inculpado o encartado*, que son los términos sinónimos que de ordinario utilizan ambas normativas para referirse a éste.

Esto supone una variación respecto de la definición contenida en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues en nuestro ámbito el único legitimado para intervenir en el procedimiento (o en vía de revisión) es la persona contra la que el mismo se dirige, no existiendo como se dijo al principio la actuación mediante representación. No es de aplicación entonces, al menos en su totalidad, la previsión del art. 31 de la citada norma⁴¹. Todo ahonda en la idea de que el letrado no tiene que ser necesariamente militar.

relación de servicios profesionales de carácter permanente y, dada la naturaleza militar del Instituto en el que se integran, son militares de carrera de la Guardia Civil».

⁴⁰ Parece que la interpretación extensiva debiera imponerse en este caso en aras de la salvaguarda de los derechos fundamentales. No permitir tal posibilidad podría atentar contra el propio derecho de defensa del encartado. Piénsese, por ejemplo, que entre los miembros de tropa y marinería pudiera encontrarse personal con mejor formación jurídica que en los cuadros de Mando o con los que el encartado mantenga relación de confianza que justifica la elección del mismo para su asistencia y asesoramiento.

⁴¹ Sobre los interesados en el procedimiento trata el Título III de la Ley 30/1992 (arts. 30 al 34, ambos inclusive). El art. 31 LRJ-PAC establece el concepto de interesado, disponiendo: «1. Se considera interesados en el procedimiento administrativo: a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. c) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. 2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca. 3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal



3.2.3. Letrado

Finalmente, por letrado o abogado tendrá que considerarse al licenciado en derecho que, colegiado, ejerce libremente su profesión⁴². En España la actividad profesional del abogado se regula en el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, cuyo artículo 6 contempla que «corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico», añadiendo su artículo 9.1 que «son abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos y privados».

Por su parte, el art. 2 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre acceso a las profesiones de abogado y procurador, determina que para adquirir tal condición además del correspondiente título universitario se requiera haber acreditado su capacitación profesional mediante la superación de la formación especializada a través de cursos en centros universitarios o escuelas de práctica jurídica con su correspondiente ciclo de prácticas externas que culmina con un proceso de evaluación de aptitud profesional.

En cualquier caso, la condición de letrado y militar o Guardia Civil debe quedar acreditada en el procedimiento. Ello pudiera realizarse mediante la incorporación de fotocopia adverada por el secretario de la tarjeta de identidad profesional (TIP), tarjeta de identidad militar (TIM), documento nacional de identidad (DNI) tratándose de profesionales del las FAS o el Instituto Armado, o el carné profesional o número de colegiado en el caso de los letrados.

condición cualquiera que sea el estado del procedimiento». Sobre el concepto de interesado puede verse GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común*, t. 1, Thomson-Civitas, 3.ª edición, Madrid, 2003, pp. 909-940.

⁴² Del latín *advocatus* (llamado en auxilio), es aquella persona que ejerce profesionalmente la dirección y defensa en toda clase de procesos judiciales y administrativos y que, además, asesora y da consejo en materias jurídicas a sus patrocinados. Genéricamente se puede definir el término *abogado* como la persona con título de grado habilitado conforme a la legislación de cada país, que ejerce el Derecho, en asistencia de terceras personas, siendo un auxiliar activo e indispensable en la administración de la Justicia de un país. Sobre esta cuestión, *vid.* AA. VV, (Coord. J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO), *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil (Ley Orgánica 11/1991)*, *Comentarios y Jurisprudencia*, t. 1, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 2001, p. 269.



3.3. CONTENIDO Y LIMITACIONES EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ASISTENCIA TÉCNICA

Del análisis de la normativa disciplinaria militar y de la de la Guardia Civil se desprende que el ejercicio y concreción del derecho de asistencia técnica en este tipo de expedientes debe limitarse a dos actuaciones concretas como son el asesoramiento y la asistencia.

El asesoramiento implica la acción de tomar consejo por parte del encartado respecto a la manifestación de conocimiento dada de aquellos versados en leyes o que *legos* en derecho tienen la condición de militares o guardias civiles, es decir, el mero consejo. La asistencia queda concretada en la presencia física y acompañamiento de quien ejerce el asesoramiento del encartado en todas las actuaciones a que el procedimiento da lugar.

Lo que en ningún caso comprende el derecho de asistencia letrada en expedientes disciplinarios es la representación o postulación procesal (ni en principio la participación en el mismo procedimiento)⁴³. Las facultades del expedientado están taxativamente determinadas sin que quepa una interpretación extensiva de la misma que permita ampliar aquéllas a capricho del encartado⁴⁴.

En este contexto se trae a colación la STC 74/1985 de 18 de junio⁴⁵, que nos ayuda a perfilar el contenido concreto del derecho a la defensa: «La posibilidad de asesorarse por su Abogado ‘durante la tramitación del expediente’ le permite redactar su contestación al pliego de cargos bajo la dirección de Letrado, así como aconsejarse de éste para proponer pruebas (...). Pero la limitación del asesoramiento o asistencia de su Abogado, implícita en la negación de su presencia no puede considerarse contraria en este caso al artículo 24.2 de la CE (...) pues en efecto, la eficacia de la asistencia técnica no queda sustancialmente disminuida por la falta de presencia física del Letrado, ya que su asesoramiento está previsto que se produzca en momento oportuno,

⁴³ El procedimiento sancionador se dirige directamente contra los interesados o encartados cuya intervención en el procedimiento es personal y directa no admitiendo la ley la posibilidad de que aquellos se hagan representar por otra persona

⁴⁴ De modo ejemplificativo, la STS Sala Quinta de 10 de marzo 1999 FD 1.^a señala: «(...) para que no le quede duda alguna al recurrente sobre lo desacertado de dicha alegación, bastará con recordarle la doctrina jurisprudencial de la Sala —mencionada expresamente por la Abogacía del Estado en su escrito impugnatorio—, de la que resulta, que no son equiparables en forma alguna los procedimientos disciplinarios a los procesos jurisdiccionales, dado que los segundos constituyen una revisión judicial de los actos y decisiones administrativas, y el principio de contradicción que se presume vulnerado por el recurrente en la actuación administrativa tiene un contenido limitado a los actos en que se da traslado al expedientado para alegar, impugnar y proponer prueba, dentro del trámite administrativo, sin que sea posible convertir ese trámite en un procedimiento sumarial penal, como confunde la parte recurrente».

⁴⁵ También la STC 190/87 de 1 de diciembre y 192/1987, de 2 de diciembre. Si bien referida al ámbito penitenciario no hay ningún inconveniente en hacerlo extensivo al régimen disciplinario sancionador militar y de la Guardia Civil. Por parte la Sala Quinta del Tribunal Supremo ha prestado atención a la delimitación del contenido del derecho de asistencia técnica en las Sentencias de 1 de octubre de 1997 y 4 de noviembre de 1998.



puede versar tanto sobre el pliego de cargos como sobre la prueba, y puede dar lugar a una contestación de descargo técnicamente preparada, sobre todo en el caso de la contestación por escrito de modo directo por el Abogado del interno».

La posibilidad de asesorar y asistir al patrocinado no comprende en ningún caso que se interrumpa o se emita protesta al instructor o secretario, ya que como se ha dicho no tiene el letrado o militar la representación o consideración de «defensor de parte», ni mucho menos la de interesado. Deberá el letrado (o militar y guardia civil) limitarse a recomendar a su patrocinado sobre la conveniencia de declarar o no, o el sentido en que ha de producirse su declaración. No teniendo el instructor por qué admitir —al menos desde el plano teórico— la formulación de preguntas directas al encartado o cualquier persona que intervenga en calidad de testigos o peritos en el procedimiento⁴⁶.

3.4. VARIACIÓN EN LA PERCEPCIÓN DE LA INTENSIDAD DE ESTE DERECHO SEGÚN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCEDIMIENTO

En el procedimiento disciplinario militar y de la Guardia Civil se distinguen dos fases claras y determinadas en orden a la eventual desvirtualización de la presunción de inocencia: la fase de instrucción, donde el instructor investiga los hechos que presuntamente han dado lugar a la comisión de la infracción disciplinaria, y la acusación formal que, plasmada en el pliego de cargos⁴⁷, viene a determinar la convicción del instructor sobre la responsabilidad del encartado de acuerdo con la instrucción realizada.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha perfilado con claridad la no obligación por parte del instructor de tolerar la presencia de letrado durante la práctica de las pruebas en la fase investigadora, sin que la falta de notificación de la misma vicie o invalide prueba alguna⁴⁸.

De lo anterior se deduce que el momento apropiado para convenir la participación del letrado en el procedimiento sea a partir de la formalización de la acusación con la emisión del oportuno pliego de cargos. No obstante, ello no significa que haya que notificarse al letrado la citación a cualesquiera trámites al mismo, sino

⁴⁶ Distinto es que por cuestiones de economía procedimental sea práctica habitual que instructor y secretario acepten la intervención directa del letrado tras el trámite de preguntas en la audiencia. Cuestión que por otra parte es paradójica, pues todo aquello que el letrado o militar pretendía poner de manifiesto y relevancia emergería del propio encartado toda vez que éste se haya valido del asesoramiento del letrado acompañante. De esta manera, entendemos que también se refuerza y garantiza el derecho de defensa eliminando los peligros de una eventual limitación del mismo, cuya consecuencia última podría ser la nulidad de las actuaciones por la eventual indefensión que al encartado pudiera irrogársele.

⁴⁷ En caso de tratarse de faltas leves de la LORDGC a partir del momento en que se declara admitida la prueba.

⁴⁸ STS Sala de lo Militar de 10 de marzo de 1999, FD 1.º.



que a partir de ese momento habría de admitir su presencia, únicamente, para la asistencia y asesoramiento de su patrocinado⁴⁹.

3.5. EXTENSIÓN DEL DERECHO DE ASISTENCIA TÉCNICA A TODA CLASE DE FALTAS

Toca ahora preguntarse si el derecho a la asistencia letrada se predica sólo de las faltas graves o muy graves o es posible su extensión, también, al ámbito de las faltas leves. Aquí es preciso hacer un inciso entre el régimen militar y el derivado de la Guardia Civil.

3.5.1. Regulación en la LORDFAS

Los artículos 53 y 64⁵⁰ de la LORDFAS disponen que el militar expedientado podrá contar con el asesoramiento de un abogado o militar que designe al efecto en todas las actuaciones que integran el procedimiento disciplinario por faltas graves y muy graves que se dirija contra él, guardando silencio con respecto a las faltas leves. No habiendo manifestación expresa de la Ley, el problema se plantea respecto a la posibilidad de que tal derecho pueda ser contemplado y ejercido o no en el ámbito del procedimiento por falta leve.

En la práctica, no suele formularse pretensión alguna al respecto dado el carácter dinámico del procedimiento oral. Pero esta circunstancia no obsta a que, en ocasiones, pudieran plantearse supuestos problemáticos, toda vez que la reclamación del derecho de defensa, por parte del encartado, reclamando la asistencia técnica puede suponer un enfrentamiento entre dos posiciones opuestas. De un lado, el interés del encartado por hacer valer su derecho de defensa a través del derecho de asistencia técnica; de otro, la eventual frustración del fundamento último del procedimiento en faltas leves, cual es la inmediata reparación de la disciplina, englobado dentro de un procedimiento preferentemente oral y sumario⁵¹.

⁴⁹ Vid. arts. 38 y 42 LORDGC.

⁵⁰ Los arts. 64 y ss. de la LORDFAS regulan la tramitación de los Expedientes Gubernativos.

⁵¹ Sobre la asistencia letrada en el procedimiento oral *vid.* CALVO CABELLO, J. L., «La traslación de las garantías procesales al Derecho sancionador militar. Valoración de la prueba», en *Derecho penal y disciplinario militar, op. cit.*, pp. 105-131, en concreto p. 116; y FORTÚN ESQUIFINO, R., *Comentarios a la ley disciplinaria de las Fuerzas Armadas*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, Madrid, 2000, pp. 932 y 933; ESQUIVIAS LÓPEZ-CUERVO, A., JOLY PALOMINO, F., y MARTÍN VICENTE, M. A., *Comentarios a la Ley Disciplinaria Militar*, Ingrasa, Cádiz, 2000, pp. 252 y 253; y RODRÍGUEZ TEN, J., *Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 200 y 201.



En relación con esta cuestión, el TS ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones declarando que en el procedimiento disciplinario militar por faltas leves no es aplicable el derecho fundamental a la asistencia letrada⁵².

Sin embargo, la interpretación constitucional ha dado lugar a una aplicación extensiva del reconocimiento del derecho que estamos analizando a partir de la STC 74/2004 de 22 de abril, perfilando el criterio anterior, al entender aplicable también la posibilidad de ejercer el derecho de asistencia letrada —como manifestación del derecho de defensa—, pero sujetándolo a ciertas consideraciones⁵³. De ahí que para su aplicación se constriña a dos reglas esenciales: por un lado, el derecho fundamental a la asistencia letrada es aplicable en cualquier procedimiento disciplinario militar; por otro, la restricción del ejercicio de este derecho fundamental sólo resulta admisible si deviene indispensable para garantizar la finalidad que persigue el procedimiento, esto es, la inmediata reparación de la disciplina.

3.5.2. Regulación en la LORDGC

Respecto al ámbito de la Guardia Civil, a diferencia de lo que ocurría con la LORDGC de 1991, que lo restringía sólo a los derivados de la comisión de la falta grave o muy grave⁵⁴, la promulgación de la LORDGC de 2007 ha despejado cualquier duda sobre la extensión de la aplicación de este derecho proyectándolo a la configuración del mismo respecto de todos los procedimientos, no sólo en los casos de falta grave o muy grave, sino también de falta leve⁵⁵.

3.6. UNA NOTA ACERCA DE LA DESIGNACIÓN DE OFICIO DE MILITARES

El art. 53 de la LORDFAS en su apartado segundo sólo prevé la asistencia de oficio a los militares de reemplazo⁵⁶. De esta manera, desde el momento en que el militar manifiesta su interés en ser asesorado o no de cuenta de la persona concreta

⁵² V.gr., SSTS de 8 de febrero de 1999 y de 3 de junio de 2002, Sala de lo Militar.

⁵³ La mentada STC parece modificar el criterio contenido en la STC 23/1995, en la que se declaraba que «la garantía de la asistencia letrada, como garantía constitucional conectada al derecho de defensa, no despliega su eficacia sobre los procedimientos administrativos, implicando la nulidad inconstitucional de lo en ellas actuado».

⁵⁴ Sobre el tratamiento jurídico en la regulación anterior *vid.* FORTÚN ESQUIFINO, R., *Comentarios a la Ley disciplinaria de la Guardia Civil (LO 11/1991) Comentarios y Jurisprudencia*, t. 1, Ministerio del Interior -Secretaría General Técnica 3.ª edición, Madrid, 2001, p. 969. Véase también MILLÁN GARRIDO, A., *Régimen disciplinario de la Guardia Civil*, Trotta, Madrid, 1992, p. 120.

⁵⁵ Así lo dispone el art. 42.1 LORDGC al señalar que «en el momento en que se notifique la apertura del procedimiento, se informará al interesado del derecho que le asiste a no declarar, a no hacerlo contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia».

⁵⁶ Incorporado a partir del art. 12 del Reglamento del servicio militar, aprobado por RD 1410/1994, de 25 de junio que establece «a los efectos de facilitar su asesoramiento en el expediente



que ha de hacerse cargo de la misma, o la persona designada no quiera aceptar esta responsabilidad, será asistido por el oficial o suboficial designado por el jefe de la unidad de la que dependa.

Esta forma de asistencia —que se aproxima a un asesoramiento militar de oficio— ha perdido relevancia toda vez que la figura del militar de reemplazo ha dejado de existir en nuestros ejércitos con la profesionalización del mismo y la desaparición del servicio militar.

Habría que preguntarse hasta qué punto, y dado que inspiró la norma, no sería deseable su extensión a los militares profesionales de tropa y marinería. Circunstancia que, en principio, parece inviable (lamentablemente).

Por lo que respecta al ámbito de la Guardia Civil, la dicción literal del art. 42.2 LORDGC determina el carácter voluntario de la designación, lo que hace inviable la *designación de oficio* para el desempeño de las funciones de asistencia técnica a los miembros del Benemérito Instituto, posibilidad que está prevista únicamente para el ámbito de las FAS y exclusivamente para los militares de reemplazo.

Por otro lado, en caso de optarse en la elección de la defensa técnica por persona que no sea letrado en el ámbito de la LORDGC, el apartado segundo del art. 42 cierra la posibilidad de que se designe a persona ajena al Instituto armado ya que explícitamente señala que sólo podrá recaer tal responsabilidad en un guardia civil⁵⁷.

3.7. RESARCIMIENTO Y ABONO

Es necesario reflexionar acerca del eventual resarcimiento y abono por parte de abogado o persona que al encartado asista y en su caso, si al igual que ocurre con otros procedimientos, puede éste beneficiarse de las ventajas del derecho de asistencia jurídica gratuita.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este asunto, especialmente con ocasión del procedimiento disciplinario penitenciario. Así, las SSTC 2/1987, de 21 de enero, y 229/1993, de 12 de julio, que señalan y precisan sobre el ejercicio del derecho de asistencia técnica que «no se trata de un derecho a la asistencia letrada (...) incluyendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad si se carece de los medios suficientes para ello». En consecuencia, nada hay que reprochar constitucionalmente a la negativa a designar un letrado de oficio.

disciplinario por falta grave que se le instruya a un militar de reemplazo, podrá contar, desde el inicio del procedimiento, con el del letrado que estime conveniente. No obstante, se le ofrecerá ser asesorado por un oficial o suboficial de su unidad. Si manifestare su voluntad de ser asistido por un asesor militar, no señalando persona en concreto, le será asignado de oficio por el jefe de la unidad».

⁵⁷ De esta manera, entendemos que se cierra la posibilidad de que la función de asistencia técnica sea desarrollada por militares que destinados y encuadrados orgánicamente en unidades de la Guardia Civil, *v.gr.*, suboficiales armeros u oficiales especialistas o de Cuerpos Comunes, pudieran eventualmente desempeñar aquellas funciones en el caso de que para las mismas fueran designados.



Por su parte, las SSTC 128/1996, de 9 de julio, y 83/1997, de 22 de abril, declaran que el supremo interprete de la Carta Magna ha concretado el contenido del mencionado derecho fundamental (a la asistencia letrada) en el sentido de que no implica el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita durante el procedimiento administrativo, lo que no contradice el art. 24.2 CE, pues no resulta del art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal derecho a la gratuidad sólo existe claramente en los procesos judiciales y, además, no en todos, sino sólo en aquéllos respecto de los que la preservación del derecho de defensa y los intereses de la justicia así lo requieran. Y, con mayor claridad, las SSTC 116/2002, de 20 de mayo y 104/2003, de 2 de junio, determinan que: «(...) aunque el derecho a asesorarse durante la tramitación del expediente constituye una de las garantías procesables aplicables, no implica (...) el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita».

Tal doctrina la entendemos perfectamente aplicable al régimen castrense, por ser éste también un ámbito donde las relaciones especiales de sujeción se vuelven extremas.

Otra cuestión que se suscita es la extensión o no del beneficio de la justicia gratuita al campo del Derecho administrativo sancionador castrense y sus efectos si los hubiera. Del análisis de la doctrina constitucional expuesta, podemos concluir, contundentemente, que el derecho a la asistencia de letrado o militar en los procedimientos disciplinarios militares y de la Guardia Civil no supone que los encartados en cualquiera de ellos puedan beneficiarse del reconocimiento del derecho de asistencia gratuita.

Así las cosas, los gastos ocasionados por el asesoramiento legal en vía de recurso no pueden, tampoco, considerarse como daño o perjuicio derivado de la sanción disciplinaria indebidamente impuesta ya que nada que ver tienen los conceptos de costa procesal y responsabilidad patrimonial. Como argumento complementario, el art. 463 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar permite que sea el propio interesado el que comparezca en esta vía sin necesidad de asistencia o postulación procesal, lo que implica que el gasto por los servicios del letrado no son inexcusablemente necesarios, sino potestativos por el recurrente⁵⁸.

Más claramente, en el ámbito de la Guardia Civil el art. 42.2 LORDGC ha establecido que el asesoramiento será siempre voluntario, sin que tal designación confiera derecho alguno al resarcimiento por los gastos que pudieran derivarse de la asistencia. Los honorarios del letrado designado serán por cuenta del interesado.

De aquí se deduce que el ejercicio de tal derecho no genera indemnización alguna por razón del servicio ni tampoco sirve como causa de exención legítima

⁵⁸ Vid. AA. VV. (Coord. Nicolás MARCHAL ESCALONA), *Manual de derecho disciplinario de la Guardia Civil*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 595. Por su parte, el art. 463 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar señala que, «el demandante podrá conferir su representación a un Procurador, valerse tan sólo de Abogado con poder al efecto, o comparecer por sí mismo asistido o no de Abogado. No obstante, para que el demandante pueda interponer y sustanciar los recursos de casación y revisión, será necesario que comparezca asistido y, en su caso, representado por Letrado».



del servicio nombrado⁵⁹. En cuanto a los honorarios, los mismos serán de cuenta del interesado⁶⁰.

IV. CONCLUSIONES

1.^a. El derecho de defensa internacionalmente proclamado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos queda reconocido e integrado en el ordenamiento jurídico español a la luz del art. 24.2 de la CE a través de una enumeración pormenorizada de los medios para hacer efectivo el mismo. Entre estos medios se encuentra el derecho a la asistencia letrada o técnica como manifestación instrumental de aquel derecho. Respetando su *contenido esencial*, la ley (disciplinaria) podrá vertebrar los cauces y técnicas adecuadas para que ese derecho fundamental sea realmente observado.

2.^a. A pesar de su vocación eminentemente penal, se traslada y reconoce al ámbito del Derecho Administrativo sancionador el derecho de defensa, si bien se establece como regla general el carácter no preceptivo de la asistencia letrada o técnica. Y, aunque su intervención se presenta como posible (al menos la del letrado), no es imprescindible ni gratuita.

3.^a. Como excepción a esta regla general, el Tribunal Constitucional ha permitido trasladar el derecho de asistencia técnica, como manifestación concreta del derecho de defensa, al ámbito penitenciario y al castrense y de la Guardia Civil. Su fundamento parece encontrarse en las relaciones de especial sujeción que los sujetos sometidos a sus respectivos regímenes disciplinarios mantienen con la Administración.

4.^a. El contenido del derecho de asistencia técnica en el ámbito militar y del Benemérito Instituto se concreta en la posibilidad de asesorar y asistir al encartado. En ningún caso tendrá el letrado o persona que le asista la consideración de parte o la representación del encartado sin que tampoco exista obligación por parte del instructor del expediente de notificar a alguno de éstos cualesquiera trámites procedimentales.

5.^a. En su configuración jurídica la asistencia técnica en el procedimiento disciplinario castrense se presenta como un *derecho-facultad* al que el encartado puede renunciar voluntariamente o dejar de ser utilizado por el interesado, no aconteciendo quebranto alguno al derecho de defensa cuando el encartado, pudiendo hacerlo, comparece sin su asesor a la audiencia. En relación con ello, en el ámbito procesal

⁵⁹ Circunstancia distinta es que de ordinario se permita al designado para prestar la asistencia técnica diferir el cumplimiento de sus obligaciones o anticiparlos en el tiempo, para precisamente poder cumplir con la función de asistencia encomendada, siempre, claro, que no sea incompatible con las necesidades del servicio.

⁶⁰ Así lo establece el art. 42.2 LORDGC para el ámbito de la Guardia Civil, criterio que es lógicamente extensible al ámbito de las LORDFAS en ausencia de manifestación expresa de aquélla sobre esta cuestión.



militar penal se posibilita la defensa por el propio inculpado condicionada a que sea licenciado en Derecho y, en casos excepcionales, la defensa por quien no es ni abogado ni licenciado en Derecho: el oficial al que se designa para desempeñar el cargo de defensor militar⁶¹.

6.^a No existe un derecho a la defensa técnica de oficio en el ámbito del derecho disciplinario castrense y de la Guardia Civil, salvo lo que se dijo para los militares de reemplazo en los términos que señala la normativa del servicio militar y con los matices indicados.

7.^a El derecho a la asistencia letrada tanto en el ámbito militar como en el de la Guardia Civil se extiende en toda clase de procedimientos, ya sean leves, graves o muy graves.

8.^a Finalmente, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede decirse que no existe un derecho a la gratuidad de la asistencia técnica, debiendo correr los gastos que se ocasionen como consecuencia de dicha asistencia por cuenta del encartado, sin que tampoco se genere por quien la preste derecho a indemnización alguna o exención de servicios.



⁶¹ Art. 104 Ley Orgánica 4/1987, e 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar.

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD, PERSPECTIVA DE GÉNERO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS LABORALES PARA ADULTOS MAYORES, UNA VISIÓN MEXICANA

Juan Manuel Gómez Rodríguez*

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto analizar la discriminación por razón de edad que sobrellevan los adultos mayores, desde su análisis en el derecho internacional, el estudio del principio de igualdad en sus relaciones y el tratamiento de sus diferencias en el ámbito laboral. Nuestra premisa es que pese a la tendencia reciente de aplicar el enfoque de los derechos humanos al tratamiento de los adultos mayores y hacer visibles las desigualdades de trato que sufren en sus relaciones sociales, se requieren medidas adicionales que colmen la deficiencia que se observa en su tratamiento desde la perspectiva de género, en particular en el ámbito de sus derechos colectivos.

PALABRAS CLAVE: discriminación, igualdad, diferencias, perspectiva de género, adultos mayores.

ABSTRACT

This article aims to analyze age discrimination endured by older adults, since their analysis in international law, the study of the principle of equality in their relationships, and treatment differences in the workplace, our premise is that despite the recent trend of applying human rights approach to the treatment of the elderly and make visible the unequal treatment suffered in their social relationships, additional measures to fill the deficiency observed in treatment since the required gender perspective. Particularly in the area of collective rights

KEY WORDS: discrimination, equality, differences, gender perspective, seniors.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno del envejecimiento poblacional a nivel global es uno de los factores que más han contribuido en hacer visibles los problemas que enfrentan las personas adultas mayores, para la igualdad en la protección y el ejercicio de sus derechos frente a los demás grupos sociales.

El cambio demográfico en los últimos años ha sido como una revolución silenciosa cuyas consecuencias aún son imprevisibles y cuyos efectos apenas co-



mienzan a generar conciencia de la importancia de su tratamiento en los ámbitos académico e institucional. Datos de Naciones Unidas reflejan que el envejecimiento de la población mundial se ha acelerado en los últimos veinte años¹.

El número total de personas mayores de 60 años ha pasado de 400 millones en 1982 a 660 millones en el año 2005, y se tiene la expectativa de que alcance la cifra de 1.200 millones de personas en 2025. Los últimos datos revelan que en el mundo desarrollado actualmente hay 287 millones de personas adultas mayores de 60 años, y se estima que este sector de la población tenga un crecimiento anual del 1% hasta 2050, mientras que en el mundo en desarrollo el crecimiento es más rápido, en 2013 ha llegado a 554 millones de personas mayores de 60 años, y se proyecta se incremente en un 2,9% anual hasta 2050. Es el grupo poblacional con la tasa de crecimiento más rápida del mundo².

Como menciona Huenchoan, dos características de este fenómeno son preocupantes: en primer lugar, el envejecimiento ha sido más rápido en América Latina que el registrado en los países hoy desarrollados. En segundo lugar, se da en un contexto caracterizado por una alta incidencia de pobreza, una persistente desigualdad y un escaso desarrollo institucional³.

Esta situación exige una reevaluación de la mejor forma de afrontarlo como sociedad en los diferentes ámbitos en los que incide; en particular, en los ámbitos social, económico y legal. La desigualdad es un problema que se expresa con una diversidad de rasgos, en especial mediante la discriminación y la vulneración de derechos⁴.

Desde otra perspectiva, se hace indispensable un cambio de paradigma en su tratamiento legal para garantizar que sus derechos sean efectivos de la misma forma que para los otros adultos que no están catalogados en la fase de envejecimiento o de edad avanzada. Esta clasificación es atribuida a una concepción en la construcción social de la edad que resulta determinante para la organización social e influye en condicionar la situación de los adultos mayores y restringir su autonomía⁵.

Hablar de un principio de igualdad en sus relaciones con el resto de miembros de la sociedad implica entender en qué consiste la idea de igualdad y cuál es su importancia para la organización y regulación de la sociedad en su conjunto, así como caracterizar por un lado, el principio de no discriminación y, por otra parte,

* Doctor en Derecho Comunitario Europeo por la Universidad de Castilla-La Mancha. Profesor Investigador de Tiempo Completo en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Miembro del SNI, nivel 1 de CONACYT, México. jm2oct@yahoo.com.

¹ United Nations *World population prospects: The 2000 Revision*, New York.

² Ver UNITED NATIONS *World Population Prospects The 2012 Revision*, Executive Summary, Paper No. ESA/P/WP.228, New York, 2013.

³ HUENCHOAN, S. *Envejecimiento, derechos humanos y políticas públicas* Naciones Unidas Cepal, Santiago de Chile, 2009, p. 20.

⁴ Ver APARICIO TOVAR, J., y OLMO GASCÓN, A. M. *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2007, p. 54 y ss.

⁵ NEUGARTEN, B. L. and D. A. NEUGARTEN «The changing meaning of age (Life Flow)», *Psychology Today* v. 21, May, 1987, p. 29.



la protección de sus diferencias legítimas como adultos mayores frente a las desigualdades de hecho de que son objeto y su discriminación como grupo.

La idea que subyace es superar los estereotipos de una concepción negativa de la vejez basada en la reducción de sus capacidades físicas, mentales y económicas, cuyo resultado es la generación de un conjunto de restricciones que afectan su autonomía y generan una cultura de dependencia que es tratada sólo mediante medidas de asistencia social.

En lugar de ello, y con base en el enfoque de su desarrollo basado en los derechos humanos⁶, las personas adultas mayores no sólo deben ser vistas como un grupo vulnerable susceptible de protección sino como un grupo titular de derechos, lo que permite reivindicar su independencia y autonomía, proteger sus derechos e impedir su discriminación⁷.

Por esa razón, este artículo tiene por objeto analizar la discriminación por razón de edad que sobrellevan los adultos mayores, desde su análisis en el derecho internacional, el estudio del principio de igualdad en sus relaciones y el tratamiento de sus diferencias en el ámbito laboral. Nuestra premisa es que pese a la tendencia reciente de aplicar el enfoque de los derechos humanos al tratamiento de los adultos mayores y hacer visibles las desigualdades de trato que sufren en sus relaciones sociales, se requieren medidas adicionales que colmen la deficiencia que se observa en su tratamiento desde la perspectiva de género, no sólo en relación con las mujeres, sino también respecto a los hombres.

Igualmente, que su acceso a mecanismos y herramientas eficaces para la protección de sus derechos colectivos laborales, en particular en México, constituye un presupuesto esencial para su reconocimiento pleno como sujetos autónomos titulares de derechos y contribuyentes activos del desarrollo social, económico y cultural de la sociedad.

II. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD Y SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La protección de los derechos humanos de los adultos mayores tiene como base el principio de igualdad⁸ y no discriminación por razón de edad en la vejez. Esta protección legítima su consideración como titulares de derechos y personas autónomas e independientes. Supone un viraje en su reconocimiento como una parte activa y productiva y no sólo como una carga económica o una carga social.

⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L. *Los desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de las personas de edad*, CELADE-CEPAL, Santiago de Chile, 2010.

⁷ NACIONES UNIDAS *Derechos humanos y personas de edad*, Centro de Información de las Naciones Unidas para España, julio 2001.

⁸ Ver REGUERO CELADA, J. *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, Granada, Comares, 2008.



Se puede describir la discriminación como la otra cara del principio de igualdad y a su vez asumir su naturaleza dual: por un lado definirla como la desigualdad de tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable⁹ y, por otra parte, contiene la obligación de adoptar medidas afirmativas para eliminar barreras y asegurar el disfrute de derechos y libertades¹⁰.

Por tanto, el derecho reconoce que puede haber diferencias jurídicamente relevantes y otras irrelevantes al momento de ponderar la igualdad de trato entre las personas, pero la autoridad no puede imponer diferencias o desigualdades de trato si estas no están normativamente justificadas.

Los primeros instrumentos internacionales en hacer referencia al principio de no discriminación fueron la Carta de Naciones Unidas, que establece el respeto de los derechos humanos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la Declaración Universal de Derechos Humanos, que agrega a las ya mencionadas la prohibición de la distinción por opinión política o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o cualquier otra condición.

A partir de la Declaración es posible apreciar cláusulas de no discriminación en sus dos vertientes: subordinada, como cláusulas subordinadas que hacen referencia a la obligación sólo a reconocer, garantizar o satisfacer los derechos y libertades reconocidos en el respectivo instrumento a todos sin discriminación, y como cláusula autónoma que no se limita al ámbito cubierto por la declaración o tratado sino a su aplicación a situaciones no allí incluidas.

Pese a ello, no resulta fácil encontrar en el contexto de los instrumentos internacionales de protección de carácter general una definición clara o consensada de la palabra *discriminación*. Es en un entorno especializado como es el caso del ámbito laboral que se identifica el primer instrumento que contiene una definición, el Convenio 111 sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1958, que refiere:

... el término discriminación comprende: a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación¹¹.

Es importante caracterizar que si bien en principio este artículo no hace referencia a la discriminación por razón de edad, más adelante el artículo 5.2 la contempla en forma implícita al establecer que, previa consulta con las organiza-

⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, H. «El Derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, número 10, La Coruña, Universidad de la Coruña, 2006.

¹⁰ MARTÍN, C. y D. RODRÍGUEZ PINZÓN «El estatuto internacional de los derechos humanos de los ancianos» en MARTÍN, C. *et al* (Comp.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana, Fontamara, México, 2006.

¹¹ Artículo 1 a) del Convenio.



ciones de empleadores y trabajadores, todo miembro del Convenio puede definir como *no discriminatorias, medidas especiales* destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, *la edad*, la invalidez, las cargas de familia, *o el nivel social*, se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.

Posteriormente, la Convención internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, aprobada por Naciones Unidas en 1965, define la discriminación racial de forma más expansiva como:

... toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje, u origen nacional o étnico que tenga por objeto anular o menoscabar el reconocimiento goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica social y cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Una crítica a esta Convención es que restringe el alcance de la discriminación a las diferencias de trato entre ciudadanos y no ciudadanos en virtud de los ordenamientos jurídicos internos relativos a la nacionalidad y la ciudadanía. No obstante, no considera como discriminación las medidas especiales adoptadas para asegurar el disfrute de los derechos humanos a ciertos grupos en condiciones de igualdad.

Po tanto, es posible afirmar que la naturaleza del principio de no discriminación no es la prohibición de trato diferente sino la prohibición de trato diferenciado que no esté justificado objetiva y razonablemente, y tenga por objeto un fin legítimo. Por esa razón, es admisible la preferencia de trato en los casos que, como el de los adultos mayores, sirve para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúen las discriminaciones prohibidas¹².

En el ámbito de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) contiene varias cláusulas de no discriminación¹³ que han sido objeto de tratamiento por parte del Comité de Derechos Humanos encargado de supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Parte del Pacto. En 1989 este Comité concretó un concepto restrictivo de Discriminación y que entiende como:

... toda distinción, exclusión o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política, el origen nacional o social, la posición económica o cualquier otra condición social que tengan por objeto anular (...) El goce o ejercicio (...) de los derechos humanos (...)¹⁴.

¹² Para un enfoque diferente, orientado a la problemática que enfrentan los trabajadores jóvenes, ver la Comunicación de la Comisión Europea sobre *El Libro Verde: Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones* (COM/2005/0094 final).

¹³ Artículos 2.1 y 26 del PIDCP.

¹⁴ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General Número 18: No discriminación, 11 de septiembre de 1989.



Esta definición comprende sólo la divergencia arbitraria prohibida, mas no la vertiente de la preferencia de trato que sirve para reducir o eliminar diferencias. Por tanto, no cabe hablar de discriminación, de acuerdo con esta definición, en el caso de que una persona no reciba un determinado beneficio que no se otorga al resto de las personas. Quizás la aportación de esta definición es la cláusula abierta «... cualquier otra condición social...», que permite incluir como rangos la edad y la nacionalidad.

No obstante, la definición formulada por el Comité no autoriza la diferencia de trato si este tiene por objeto la anulación o menoscabo, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades de todas las personas. Esto es, con independencia del propósito o fin de la distinción del trato, este se considerará arbitrario si tiene por objeto o resultado la anulación o menoscabo de la igualdad para todos.

Sin embargo, el Comité también estableció en el párrafo 13 de su Observación General que no toda diferencia de trato constituye una discriminación si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo. El problema que se presenta ahora es que la determinación de estos criterios de distinción objetivos y razonables no tiene contornos precisos pues hacen necesario analizar las circunstancias del caso a que deben aplicarse¹⁵.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su artículo 2.2, establece una cláusula que tiene por objeto garantizar los derechos en él contenidos, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, posición económica o cualquier otra condición social¹⁶.

Aunque la definición anterior no incluye la edad como motivo de discriminación, ha sido la actividad y liderazgo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la que ha extendido el alcance de la protección contenida en el PIDESC. En su Observación General número 6 determinó que si bien el PIDESC no hace referencia a la edad como uno de los factores prohibidos, este hecho no es decisivo, pues la discriminación basada en cualquier otra condición social podría interpretarse en el sentido que se aplica a la edad¹⁷.

En el contexto de las Convenciones internacionales hay una que marca la diferencia en el cambio de perspectiva actual hacia el reconocimiento de los derechos de grupos específicos y que aborda también una definición de discriminación: es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en cuyo artículo 1.1 se establece una definición que es similar a la de

¹⁵ Ver al respecto los casos *Broeks Vs los Países Bajos* CCPR/C/29/D/172/1984 y *Zwann de Vries Vs los Países Bajos* CCPR/C/29/D/182/1984.

¹⁶ Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

¹⁷ Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Número 6, «Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores». E/C.12/1995/16/Rev.1., 1995.



la Convención sobre discriminación racial pero orientada a la discriminación en función del género¹⁸.

Esta Convención no concibe los derechos de estos grupos específicos sólo como derechos de trato preferente, sino como medidas especiales de acción destinadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer y la eliminación de la discriminación¹⁹.

A partir del reconocimiento implícito de la edad como causa de discriminación y del trabajo decidido de los Comités de Supervisión de la aplicación tanto del PIDCP como del PIDESC, las Convenciones internacionales de derechos humanos de nueva generación la han incorporado de forma explícita.

Al respecto, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada en 1990, incorpora la discriminación por razón de edad en su artículo 1²⁰, pero es la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad²¹ la que menciona en forma más amplia los derechos de las personas adultas mayores en un instrumento convencional²².

En el ámbito regional americano, destaca el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, primer instrumento internacional que contiene en forma expresa un artículo 17 dedicado a la protección de los ancianos, en el que se incluye en su inciso b) «ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación y deseos»²³.

¹⁸ Convención sobre todas las formas de discriminación contra la Mujer, Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1979.

¹⁹ Ver artículo 4.1 de la Convención en donde se establecen las condiciones que deben cumplir estas medidas especiales.

²⁰ Adoptada por la Resolución 45/158 de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1990.

²¹ Adoptada por la Resolución 61/106 de Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006.

²² Esta Convención establece en su artículo 8.1 la lucha contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas, incluidas las basadas en la edad, en su artículo 13, el acceso a la justicia en igualdad de condiciones mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, así como en el artículo 16, la protección frente a cualquier forma de explotación, violencia y abuso, tomando en cuenta la edad, el género y la discapacidad.

²³ En el ámbito europeo, ver PÉREZ DEL RÍO, T. «La protección frente a la discriminación en el derecho comunitario: Las Directivas 2000/43/CEE, 2000/78/CEE y 2002/73/CEE, modificación de la Directiva 76/207/CEE, *Revista de Derecho Social* número 19, 2002, p. 91.



III. PRINCIPIO DE IGUALDAD PARA LOS ADULTOS MAYORES Y EL TRATAMIENTO DE LAS DIFERENCIAS EN MATERIA LABORAL DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

En ese sentido, el principio de igualdad es un principio complejo cuya esencia y valor como principio se ha vinculado en el trabajo académico al valor de la justicia. Al respecto, Bobbio, influenciado por el pensamiento griego, refiere a la igualdad como una regla de justicia según la cual se debe tratar igual a los que son iguales y a los desiguales de modo desigual²⁴.

Desde la perspectiva de la posición de un estado de ignorancia original, Rawls postula la idea de la justicia como equidad basada en dos principios de justicia en los que el valor de la igualdad es condición necesaria: un primer principio que refiere que cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos, y un segundo principio en el que las desigualdades económicas y sociales han de estructurarse de manera que: a) los cargos y funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades, y b) sean para mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad²⁵.

Por su parte, Ferrajoli, con un enfoque orientado hacia la diferencia de género²⁶, establece que el principio de igualdad es un principio normativo que requiere dos condiciones: en primer lugar, la protección de las diferencias, en virtud de que cada persona es diferente en su identidad a la de cualquier otra persona, por las diferencias de género, nacionalidad y de condiciones personales y sociales. En segundo lugar, la reducción de las desigualdades.

La igualdad, por tanto, es un principio complejo que impone la tutela de las diferencias y la reducción de las desigualdades. La configuración de las diferencias, de acuerdo con Ferrajoli, puede realizarse desde cuatro diferentes modelos, que parten desde la indiferencia hasta la homologación, hasta un cuarto modelo donde el igual valor debe ser asociado a todas las diferencias de identidad.

La característica de este cuarto modelo es que no busca un tratamiento de hecho de las diferencias sino una igualdad de derechos; por un lado, los derechos individuales de libertad, autonomía y a la valorización de las diferencias, y por el otro, a los derechos sociales para la eliminación o al menos la reducción de las desigualdades materiales y sociales.

No obstante esta perspectiva de la igualdad, los prejuicios y las conductas negativas inhiben valorar positivamente las diferencias en función de la edad. El consenso cultural imperante que privilegia la juventud como la etapa de las oportu-

²⁴ BOBBIO, N. *Igualdad y libertad* Paidós, I.C.E./U.A.B, Barcelona, 1993, p. 64 y ss.

²⁵ RAWLS, J. *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996, p. 328.

²⁶ FERRAJOLI, L. «El principio de igualdad y la diferencia de género», en CRUZ PARCERO, J. A. y VÁZQUEZ, R. *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, SCJN Fontamara, México, 2010, pp. 1-26.



nidades y de la productividad basada en el empleo y el potencial económico para la productividad y la acumulación de bienes materiales genera exclusión y marginación real a quienes han pasado esa etapa.

Las personas adultas mayores, por la reducción de sus capacidades físicas, dejan de ser percibidas como personas titulares de derechos. Para tener derechos las personas adultas mayores requieren ser percibidas como personas productivas, capaces e independientes. No obstante, las políticas públicas se han orientado a negarles sistemáticamente la libertad que requieren, al centrarse en establecer medidas diferenciadas para garantizar la asistencia social y la salud pero no oportunidades de capacitación y de empleo para tener una posición de independencia. De esta forma, la disminución o deterioro de facultades físicas y la dependencia se han traducido en falta de autonomía.

La necesidad de considerar a las personas adultas mayores como personas que demandan la protección de sus diferencias ha llevado a un prejuicio en su contra al considerarlas como un grupo vulnerable per se, sin considerar que las personas llegan al envejecimiento con capacidades distintas y con una autonomía que también es diferente²⁷.

En materia laboral, la perspectiva de género en su tratamiento resulta importante, pues el enfoque predominante que ha favorecido al hombre sobre la mujer en el campo laboral se refleja en que la mayoría de las mujeres adultas mayores que no se incorporaron al mercado laboral por tener que atender obligaciones y responsabilidades de cuidado familiar en el hogar, hoy tienen una mayor dependencia y vulnerabilidad que los hombres en el plano económico, al carecer de pensiones en su vejez²⁸.

En cuanto a los hombres, el tratamiento de la perspectiva de género orientada por el discurso feminista sólo para hacer visibles las diferencias y discriminaciones que sufren las mujeres no necesariamente representa una visión integral de los problemas que enfrentan los adultos mayores y deja fuera también la discriminación que sufre el género masculino por razón de edad.

El estereotipo tradicional del hombre como proveedor genera que, con la disminución de las capacidades físicas e intelectuales con motivo del envejecimiento, el hombre también sea objeto de discriminación laboral por razón de edad y que derivado del desempleo sea marginado socialmente y sea objeto de maltrato psicológico o emocional, no sólo en su trabajo sino también en su hogar, al ya no poder realizar una actividad económica que le permita generar ingresos y satisfacer las necesidades de su familia²⁹.

²⁷ En el ámbito europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE ha determinado que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que este se justifique objetivamente, STJCE de 24 de marzo de 1994, Bostock, C-2/92.

²⁸ Ver al respecto FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. *La tutela Laboral frente a la discriminación por razón de género*, Madrid, LA LEY, Wolters Kluwer, España, 2008.

²⁹ Ver GRACIA IBAÑEZ, J. *El maltrato familiar hacia las personas mayores: un análisis socio-jurídico*, Prensas Universitarias, Zaragoza, España, 2012.



De ahí que sea indispensable especificar los derechos, en particular los sociales, de las personas adultas mayores y adoptar medidas diferenciadas en función de las necesidades de cada género en la vejez para garantizar a las personas adultas mayores una vida autónoma y plena como titulares de derechos laborales y se les reconozca la misma dignidad social que al resto como personas productivas³⁰.

IV. EL ENFOQUE DE LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN EL CONTEXTO DEL ENVEJECIMIENTO

La edad en la vejez impone una especie de subordinación y disminución en la percepción social del papel que juegan las personas adultas mayores en la sociedad. La complejidad a la hora de identificar y distinguir la particularidad de sus derechos, dadas las diferentes circunstancias sociales y personales en que hombres y mujeres llegan al envejecimiento, así como el hecho de que la clasificación por razón de edad no tenga un criterio definido, hacen que el enfoque basado en la titularidad de los derechos adquiera una mayor importancia.

La concepción de la igualdad formal e indiferente a las diferencias sociales, la neutralidad exigida al Estado para garantizarla y la falta de tolerancia social para garantizar el pluralismo han impuesto una uniformidad social aplastante, que discrimina a las personas adultas mayores al hacer invisibles sus diferencias y al reconducir su protección a la dependencia económica y social, generando estigmas para su rechazo y resentimiento al considerarlos como simples beneficiarios de derechos³¹.

La igualdad en los derechos individuales y sociales para las personas adultas mayores es un presupuesto necesario para su igualdad y dignidad como personas, pero también para garantizar niveles mínimos de igualdad material, ante la diversidad de su posición en los ámbitos económico y político, esto es, en función de sus pertenencias patrimoniales y sus posiciones de poder.

El debate sobre la titularidad o no de derechos para personas adultas mayores marca distintas pautas en función de colmar sus necesidades económicas en el mundo en desarrollo, o se busquen medidas alternativas para su bienestar en los países desarrollados. En años recientes, el incremento de la edad para la jubilación en la mayoría de países ha generado un debate sobre una posible desigualdad generacional del bienestar, ante las escasas oportunidades laborales para los jóvenes³².

³⁰ CHARO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. «Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Número Extra 3, 2007, pp. 77-120.

³¹ Ver la STJCE de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, c- 144/04, en la que el Tribunal de Justicia de la UE determina que una normativa alemana que regula la contratación de duración determinada para mayores de 52 años resulta discriminatoria.

³² Programa de Investigación Pobreza y Exclusión Social «Panorama de la Tercera edad en Uruguay», Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2008.



La heterogeneidad de los intereses de las personas adultas mayores complica plantear sus necesidades de forma homogénea. Un elemento adicional es que la falta de identificación precisa de sus necesidades no facilita su constitución como sujetos valorados, autónomos y diferenciados. El modelo social construido para su atención se organiza en función de las expectativas de otros grupos sociales.

Para Guillemard las políticas implementadas en la gestión de la vejez han construido esta etapa como si fuera un tiempo de vida definido por un estatuto de la dependencia, al margen de la sociedad, en el que la sociedad ya sólo considera un costo y no una contrapartida³³.

Sin embargo, ha sido la solidaridad que emerge de algunos de estos grupos lo que ha permitido valorar sus diferencias como grupo vulnerable susceptible al maltrato y abandono, lo que ha permitido generar conciencia de sus problemas y la búsqueda de una respuesta pública que genere medidas adicionales para el logro de una vejez más plena y digna.

Es importante puntualizar que la igualdad en la titularidad de los derechos no necesariamente debe representarse mediante el consenso universal sobre cuáles derechos deben ser reconocidos como universales, sino al hecho de que tanto los derechos individuales como los derechos sociales nos corresponden igual y universalmente a todos.

La titularidad de los derechos en las personas adultas mayores significa por tanto, en la esfera individual, tutelar y valorar sus diferencias de identidad, que son diversas y que ameritan el respeto de su autonomía con una valoración periódica. En la esfera social implica medidas que eliminen o reduzcan las desigualdades económicas y sociales de que son objeto al colocarse en una situación de inferioridad o marginación estructural respecto al resto de la sociedad.

La autonomía en el contexto del envejecimiento sólo podrá alcanzarse en la medida en que se reconozcan derechos sociales más amplios de participación a los adultos mayores en las decisiones que les afectan, no sólo en el ámbito político, sino también en el ámbito social para que disfruten de una igualdad real.

V. LA IMPORTANCIA DE GARANTIZAR LOS DERECHOS COLECTIVOS LABORALES PARA LOS ADULTOS MAYORES, UNA VISIÓN MEXICANA

En la arena de establecer mayores esfuerzos para proteger a los adultos mayores, se inserta su acceso a mecanismos e instrumentos para la defensa de sus derechos colectivos laborales, como es el caso del derecho de asociación y de libertad sindical. La defensa de intereses comunes a la salud, al trabajo, en particular, a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, que les aseguren condiciones de existencia

³³ GUILLEMARD A. *Análisis comparativo de las políticas de la vejez en Europa*, Ministerio de Asuntos Sociales, INSERSO, Madrid, 1992.



dignas, así como promover y proteger sus intereses económicos y sociales. Es muy importante destacar que desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se establece en su artículo 20 el derecho de toda persona a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

Igualmente, su artículo 23.4 establece que toda persona tiene el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. Ambos derechos son extensibles a las personas adultas mayores, pues no hacen una distinción en su aplicación.

En el ámbito de Naciones Unidas, el PIDCP también establece estos derechos en su artículo 22.1 al referir:

Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

De la misma forma, el PIDESC establece en su artículo 8.1 a) que los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente para promover y proteger sus intereses económicos y sociales.

Las disposiciones internacionales descritas permiten deducir que la formación de sindicatos es un derecho que pueden ejercer las personas adultas mayores sin más limitación que la relativa a su propia organización.

No obstante, en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante sus resoluciones emitidas en dos Contradicciones de Tesis, si bien es cierto que en un primer término ha reconocido el derecho de personas jubiladas a pertenecer a un sindicato³⁴, limita la facultad de constituir sindicatos a trabajadores o patrones en activo, lo que a nuestro juicio implica una discriminación prohibida por el derecho internacional³⁵.

Para una mayor ilustración del Trabajo de la Corte en estos casos, referiremos que las Contradicciones de Tesis en México son asuntos que llegan a la instancia suprema judicial, a instancias de Tribunales Colegiados de Circuito que han sostenido criterios distintos al resolver un Amparo, no a instancias de particulares, pues su finalidad es unificar la interpretación y aplicación del derecho para el futuro, en el trabajo interno de los órganos judiciales del Poder Judicial de la Federación.

En el primer caso, la Corte establece que la exigencia legal de que un sindicato de trabajadores esté integrado con trabajadores en servicio activo obedece simplemente a la satisfacción de un requisito necesario para la constitución de un órgano

³⁴ Contradicción de Tesis 59/96. Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo VI, julio de 1997, p. 146.

³⁵ Contradicción de Tesis 172/2003-SS. Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XIX, mayo de 2004, p. 595.



o de su registro, conforme a diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, y no el relativo a considerar que la condición de trabajador en activo determina, en todo caso, la permanencia dentro del sindicato correspondiente.

La Corte analiza la relación jurídica entre el sindicato de trabajadores y el trabajador jubilado y construye un argumento muy interesante al vincular los fines de los sindicatos relativos al estudio, mejoramiento y defensa de la clase trabajadora con la satisfacción cabal de los derechos y beneficios de un trabajador jubilado, que generalmente se encuentra mermado en sus condiciones físicas, al considerar que debido a ello se hace más necesaria la protección encomendada a las organizaciones sindicales que pueden preservar con mayor eficacia su tutela, por lo que concluye que para permanecer como miembro activo de un sindicato de trabajadores no se requiere, necesariamente, ser un trabajador en activo.

En este caso, nuestra crítica va orientada a la circunstancia de que condiciona dicha protección al hecho de haber pertenecido a un sindicato en forma previa, lo que excluye prácticamente de su protección a aquellos trabajadores jubilados que no formaron parte de un sindicato durante el tiempo de su prestación de servicios, que en estos tiempos globales de precariedad e inestabilidad laboral son la mayoría, y da pie a la segunda sentencia que enseguida se analiza.

En el segundo caso, la Corte se aparta del sentido expansivo y protector de su anterior sentencia para determinar que en la Constitución el derecho a la sindicación se consagra para trabajadores y patrones, y que sólo a los sujetos que tengan ese carácter les es jurídicamente posible organizarse para el estudio, mejoramiento y defensa de sus respectivos intereses, mediante la constitución de sindicatos.

La Corte justifica el sentido de su fallo en que la representación de los sindicatos de obreros y patrones debe ser real y auténtica y que considerar lo contrario llevaría al extremo de hacer posible que cualquier grupo de personas pueda constituir un sindicato de obreros o de empresarios, sin tener ese carácter, lo que se traduciría en la imposibilidad de cumplir real y efectivamente con la finalidad que orienta el nacimiento de esas agrupaciones, por lo que concluye que sólo pueden constituirse por trabajadores en activo o patrones.

La última parte de la sentencia guarda irónicamente la consideración que el derecho internacional permite y que lamentablemente la Corte mexicana restringe a quienes no son trabajadores ni patrones, como es el caso de las personas adultas mayores jubiladas: el derecho de toda persona de asociarse y formar un sindicato para la defensa de sus intereses comunes.

Finalmente, si se aplican los criterios diseñados en el contexto de los trabajos de los Comités del PIDCP y del PIDESC, tendríamos que la restricción realizada no es objetiva ni razonable, tampoco persigue un fin legítimo y, por tanto, debe constituirse como una discriminación prohibida al tener de los fundamentos de derecho internacional contenidos en estos instrumentos.



VI. CONCLUSIONES

El reconocimiento de la no discriminación por razón de edad en la vejez supone un viraje en su reconocimiento como una parte activa y productiva y no sólo como una carga económica o una carga social. La edad en la vejez impone una especie de subordinación y disminución en la percepción social del papel que juegan las personas adultas mayores en la sociedad.

La naturaleza del principio de no discriminación no es la prohibición de trato diferente sino la prohibición de trato diferenciado que no esté justificado objetiva y razonablemente, y tenga por objeto un fin legítimo. Se necesitan medidas especiales que aseguren la garantía de igualdad a las personas adultas mayores.

La igualdad en los derechos individuales y sociales para las personas adultas mayores es un presupuesto necesario para su igualdad y dignidad como personas, pero también para garantizar niveles mínimos de igualdad material, ante la diversidad de su posición en los ámbitos económico y político.

Es indispensable especificar los derechos, en particular los sociales, de las personas adultas mayores y adoptar medidas diferenciadas en función de las necesidades de cada género en la vejez, para garantizar a las personas adultas mayores una vida autónoma y plena como titulares de derechos laborales.

La defensa de sus intereses comunes a la salud, a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, que garanticen su plena autonomía, sólo puede lograrse desde la perspectiva de garantizar sus derechos colectivos laborales. En la medida en que se reconozcan derechos sociales más amplios de participación a los adultos mayores en las decisiones que les afectan, no sólo en el ámbito político, sino también en el ámbito social, se alcanzará el logro de una sociedad para todas las edades.



LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA PENA SUSTITUIDA POR EXPULSIÓN O DERECHO A LA LIBERTAD DEL EXTRANJERO EN PRISIÓN PREVENTIVA

Rodrigo González López*

RESUMEN

Desde la perspectiva de un caso real ligado al ejercicio profesional de la abogacía, se analizará la situación de un extranjero a partir de su ingreso en prisión provisional hasta su expulsión, con especial énfasis en las razones que podrían justificar la ejecución provisional de una pena privativa de libertad sustituida en sentencia por la expulsión del territorio nacional, cuando el foráneo no ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia ni se ha adherido al recurso presentado por otro condenado, en este caso, ciudadano comunitario. Y, acto seguido, se abordará el supuesto por el cual, si el condenado permanece en prisión preventiva sin ejecutarse la expulsión acordada en la pertinente resolución judicial, procederá irremediamente su inmediata puesta en libertad.

PALABRAS CLAVE: ejecución provisional, prisión provisional, expulsión, libertad y sustitución.

ABSTRACT

From the perspective of a real case linked to my to the professional exercise of the law, the situation of a foreigner will be analyzed from his revenue in provisional prison up to his expulsion with special emphasis in the reasons that might justify the provisional execution of an exclusive sorrow of freedom replaced in Judgment for the expulsion of the national territory, when the foreign one neither has interposed resource of appeal against the Judgment community citizen has not even stuck fast to the resource presented by another reprobate, in this case. And forthwith, there will be approached the contingency of which if the reprobate remains in preventive detention without there be executing the expulsion resolved in the pertinent judicial resolution, his immediate putting will proceed irremediably at liberty.

KEY WORDS: provisional execution, provisional prison, expulsion, freedom and a substitution.

I. INTRODUCCIÓN: SUPUESTO REAL OBJETO DE ANÁLISIS

Un ciudadano comunitario y un extranjero de nacionalidad chilena fueron condenados como autores de un delito de robo con violencia e intimidación, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión por el Juzgado de lo Penal correspondiente. En el caso del



ciudadano extracomunitario, se acordó la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional en la propia sentencia¹, tras la modificación de las conclusiones por parte del letrado de la defensa², subsidiariamente a la petición de absolución del ciudadano chileno.

La representación procesal del ciudadano de la Unión Europea interpuso recurso de apelación contra la antecitada resolución judicial en la que básicamente alegó que debió aplicarse el subtipo atenuado del artículo 242.4 del Código Penal, partiendo de la menor entidad de la violencia e intimidación ejercidas, y teniendo en cuenta además la escasa relevancia de los hechos denunciados y la ausencia de condena en cuanto a lo que se refiere al objeto civil. Consecuentemente, se interesó la imposición de la pena inferior en grado.

Ni la acusación, sostenida exclusivamente por el Ministerio Fiscal, ni la defensa del condenado a la pena de expulsión recurrieron la resolución judicial. Por ello, y valorando si era conveniente o no la interposición de recurso de apelación, finalmente se escogió la segunda opción, y acto seguido se presentó un escrito interesando la ejecución provisional de la sentencia de instancia y consecuentemente la inmediata expulsión del ciudadano extranjero. Subsidiariamente, y para el caso de no estimarse esta pretensión, se solicitó la urgente puesta en libertad del ciudadano chileno, pues se consideraba que no se cumplían los requisitos para el mantenimiento de la prisión provisional. La acusación representada por el Ministerio Público se adhirió íntegramente a la petición de expulsión y omitió cualquier tipo de alusión a la libertad del ciudadano extranjero.

A través de una lacónica providencia, el juzgador *a quo* manifestó la improcedencia en este momento procesal de la petición de ejecución provisional de la sentencia, toda vez que la misma no era firme³. Sin embargo, no se pronunció acerca

^{*} Doctor en Derecho por la Universidad de Vigo. Abogado.

¹ RÍOS MARTÍN, J. C.; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X.; SEGOVIA BERNABÉ, J. L., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Las penas y su aplicación: contenido legal, doctrina y jurisprudencia*, Coles, Madrid, 2011, pp. 160-163.

² No se pronunció el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación provisional ni en las conclusiones definitivas, en lo referente a la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional, a pesar de que la circular 5/11 de la Fiscalía General del Estado es muy concisa en este aspecto: «No es admisible que, tratándose de extranjeros sin residencia legal, se guarde silencio en el escrito de acusación provisional acerca de la aplicación del art. 89 CP. Bien al contrario, de la propia lectura de la norma, se desprende la existencia de un importante número de resoluciones judiciales, que pueden llegar hasta la casación, -y por consiguiente de decisiones y tomas de postura del propio Ministerio Fiscal- que dependen directamente de la exacta determinación fáctica de la situación jurídica en que se encuentre el extranjero contra quien se dirige la acusación».

³ La resolución correcta para resolver la cuestión suscitada tendría que adoptar la forma de auto y no de providencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 141 de la LECrim. y 245 de la LOPJ, toda vez que lo solicitado afecta de una manera directa al condenado en instancia y, además, a un derecho fundamental como es la libertad de la persona. En cuanto a los recursos contra resoluciones en materia de suspensión de condena y sustitutivas de las penas privativas de libertad, véase DEL MORAL GARCÍA, A.; ESCOBAR JIMÉNEZ, R.; MORENO VERDEJO, J., *Los recursos en el proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1999, pp. 107-110.



de la posibilidad de su puesta en libertad, toda vez que el condenado en instancia permanece todavía en prisión preventiva. Por ello, se interpuso recurso de reforma ante el órgano de enjuiciamiento mientras no se resuelve el recurso de apelación. Tenemos en cuenta en este punto que la hipotética resolución del recurso de apelación presentado por el otro acusado no afectaría a la condena del ciudadano chileno, salvo en lo relativo a verse perjudicado por el tiempo transcurrido hasta que se resuelva.

En la fecha de finalización del presente artículo, todavía no se ha resuelto ni el recurso de apelación ni el de reforma. No obstante, he creído conveniente la elaboración del presente trabajo, con la firme convicción de que los motivos que podrían argumentar dichas resoluciones, de una u otra manera condicionarían el planteamiento y la reflexión, cuyo ejercicio le corresponde a todos y a cada uno de los operadores jurídicos. Las resoluciones judiciales no pueden ni deben mediatizar nuestras cábalas jurídicas y convertirnos en meros autómatas que toman decisiones con base exclusivamente en pinceladas jurisprudenciales. Por eso, el acierto o error del jurista nada tiene que ver con compartir el criterio expuesto en una resolución contra la que no cabe recurso, sino con frecuentar las diferentes posturas jurídicas y fácticas, someterlas a contraste y revisión y exteriorizar la que más se adecua al principio de legalidad⁴.

II. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA

De un atento análisis de los diversos órdenes jurisdiccionales, no tenemos dudas de que la ejecución provisional dineraria está admitida⁵, y en muchos casos, también la ejecución no pecuniaria.

⁴ Acerca del principio de legalidad, véase la obra de CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 20-22.

⁵ Citaremos a continuación las leyes reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la norma concreta que permite la ejecución dineraria. En este sentido, los artículos 525 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil permiten como regla general la ejecución provisional, salvo las excepciones previstas en el artículo 525. En el orden jurisdiccional penal, el artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se remite directamente a lo dispuesto en la ley procesal civil, permitiendo la ejecución provisional de la responsabilidad civil derivada de delito o falta. En el orden contencioso-administrativo, se observa como los artículos 84.1. y 91.1. son meridianamente tajantes, posibilitando la ejecución provisional a pesar de que se interponga recurso de apelación o casación, sin olvidar que en ciertos casos se pueda exigir la prestación de caución o garantía necesaria para responder de los posibles perjuicios causados por la ejecución. En cuanto al orden jurisdiccional social, la Ley 36/2011, en sus artículos 289 y ss., también alude de una forma expresa a la posibilidad de ejecutar una sentencia en la que se condene al pago de una cantidad dineraria.



En lo estrictamente concerniente a la ejecución provisional de la responsabilidad civil derivada de un delito o falta, el artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no plantea dudas interpretativas acerca de su aplicación⁶. Una cuestión mucho más problemática es la ejecución provisional de la pena, y ello a pesar de que de una atenta lectura de la normativa procesal y constitucional, la respuesta parece a todas luces sencilla.

Nuestra Carta Magna, en el artículo 118, establece que «es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales». En lo concerniente al presente trabajo, tengamos en cuenta que las sentencias firmes son aquellas contra las «que no quepa recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley»⁷. Examinando únicamente este artículo, interpuesto por ejemplo un recurso de casación, la sentencia ya es firme en sentido estricto, puesto que se trata de un recurso extraordinario en el ámbito penal que no debería impedir la ejecución de la sentencia, con anterioridad a la resolución del oportuno recurso.

Sin embargo, el artículo 141, en relación con el artículo 245.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, matiza el genérico «salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley» y tasa los supuestos exceptuados, consistentes en los recursos de revisión y rehabilitación. Por tanto, y de un primer examen de la norma, el plazo para interponer el recurso de casación, y en su caso su interposición en tiempo y forma, impediría la ejecución provisional de la sentencia. El artículo 3 del Código Penal, como no podía ser de otra manera, ampara sin ambages las disposiciones contenidas en la Ley Procesal bajo el manto de una escueta remisión, ya que considera suficiente la imposibilidad de ejecución de una pena sin la firmeza de la sentencia⁸, «de acuerdo con las leyes procesales».

El derecho a la presunción de inocencia⁹ y el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰ son probablemente los principios que subyacen de una manera más axiomática

⁶ MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 614.

⁷ Artículo 245.3 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial. Aunque esta definición nos parezca tan elemental, debemos centrarnos en todos y cada uno de los términos que el precepto ha utilizado, porque más adelante esta enunciación nos servirá para una correcta matización de la ejecución provisional de la pena ante la interposición del recurso de casación preceptuado en el artículo 861 bis b) de la LECrim.

⁸ La firmeza de la sentencia es requisito «sine qua non» para proceder a su ejecución en otras materias de carácter penal. Así, en el artículo 43.1 de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se dice que «no podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma». De igual modo, en el artículo 338 de la Ley Orgánica Procesal Militar, se afirma que «las penas impuestas en sentencias firmes dictadas de la Jurisdicción Militar se ejecutarán conforme se establezca en la sentencia y en la forma que dispongan las leyes y reglamentos».

⁹ Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 24.2 de la Constitución española.

¹⁰ Artículo 24.1 de la Constitución española.



para la concepción en toda su extensión de la problemática relativa a la ejecución provisional de la pena. Y hasta el momento, no tenemos argumentos para desechar esta conclusión, aunque, como veremos a continuación, pueden surgir serias dudas aplicables al supuesto analizado.

2.2. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL RECURSO DE CASACIÓN, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 86I BIS B DE LA LECRIM.

Como hemos visto, el artículo 141 de la LECrim. establece que toda sentencia penal es firme «cuando no quepa contra ellas recurso alguno ordinario ni extraordinario, salvo los de revisión y rehabilitación». Amén de la ejecución provisional derivada de la responsabilidad civil, existe un artículo no exento de polémica que permite la ejecución provisional de la pena fuera de los supuestos tasados en el antecitado precepto. Nos estamos refiriendo al recurso de casación¹¹ y a la posibilidad comprendida en el artículo 861 bis b) del Código Rituario criminal: «cuando el recurso hubiera sido preparado por uno de los procesados, podrá llevarse a efecto la sentencia, desde luego, en cuanto a los demás, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 903».

En síntesis, se faculta al tribunal para acordar la ejecución provisional¹² de la sentencia respecto al procesado no recurrente. Obviamente, en el procedimiento tendrá que existir una pluralidad de procesados, y al menos uno de ellos no habrá interpuesto el pertinente recurso, con lo que consiguientemente se conforma a efectos procesales con la decisión judicial reflejada en el veredicto objeto de recurso.

Pero todavía no se ha enervado en sentido formal el principio de presunción de inocencia por la propia pasividad del procesado, por mucho que no haya recurrido. Aunque desde un punto de vista más teórico que práctico, lo dispuesto en el artículo 903 de la LECrim. parece confirmar este extremo, puesto que si la Sala Segunda del Tribunal Supremo se pronuncia en un sentido favorable respecto al procesado recurrente, el procesado no recurrente que se encuentre en una situación idéntica se beneficiará de «los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia»¹³. Pero no cabrá la *reformatio in peius*.

Como es sabido, el recurso de casación tiene tanto un efecto devolutivo como suspensivo. Sin embargo, la excepcionalidad prevista en el artículo 861 bis b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede impedir que despliegue sus efectos suspensivos frente a los condenados que no han recurrido, facultándose a la Sala Segunda del Tribunal Supremo para que acuerde «llevar a efecto la Sentencia»¹⁴.

¹¹ Sobre el recurso de casación, véase DEL MORAL GARCÍA, A.; ESCOBAR JIMÉNEZ, R.; MORENO VERDEJO, J., *Los recursos en el proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1999, pp. 73-78.

¹² Se recomiendan encarecidamente las reflexiones sobre la ejecución provisional y su naturaleza, en CATALÀ COMAS, C., *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, pp. 411-417.

¹³ Artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁴ *Vid.* nuevamente el artículo 861 bis b) de la LECrim.



E incluso puede tener efectos extensivos, tal y como hemos explicado, al referirnos a lo preceptuado en el artículo 903.

Ciertamente no se ejecuta provisionalmente la sentencia, sino que única y exclusivamente se lleva a efecto parcialmente la resolución judicial en lo concerniente al condenado no recurrente, pues los procesados que hayan interpuesto el recurso de casación no se podrán lógicamente beneficiar de la ejecución provisional, aunque sí se tendrá que acordar si se modifica su situación personal, así como las medidas conducentes a asegurar la hipotética condena en cuanto al objeto civil, para evitar situaciones como insolvencias sobrevenidas¹⁵. No obstante, «si la Sentencia recurrida fuere absoluta y el reo estuviere preso, será puesto en libertad»¹⁶.

Los privilegios que se otorgan al condenado no recurrente en los supuestos encuadrables en dicho precepto —siempre y cuando así lo acuerde el Tribunal— no aparecen en otro tipo de recursos, y además es el único caso en que cabe la ejecución provisional, contraviniendo el artículo 3 del Código Penal, que utiliza los términos «sentencia firme» como «un todo», como una resolución íntegra en cuanto a la responsabilidad criminal que impide la ejecución de las penas o medidas de seguridad hasta que la sentencia adquiera firmeza. Cuestión distinta es la responsabilidad pecuniaria, pues el precepto anteriormente reseñado no prohíbe la posibilidad de que se ejecute provisionalmente, pues solamente se centra, como hemos expresado, en la responsabilidad criminal. Además, el artículo 989 de la LECrim. confirma claramente que los pronunciamientos sobre responsabilidad civil serán perfectamente ejecutables provisionalmente.

Ciñéndonos al caso real propuesto, comprobaremos si es plausible la aplicación de la ejecución provisional de la pena en el procedimiento abreviado, ante la interposición de recurso de apelación¹⁷. Para dar una respuesta, debemos visualizar el articulado de la Ley Enjuiciamiento Criminal, y pronto llegaremos a una conclusión negativa. Ante este vacío legal, no nos queda más remedio que esgrimir la analogía *in bonam partem*¹⁸, sobre todo teniendo en cuenta el artículo 14 de la Constitución española y el distinto trato que recibe el condenado dependiendo de la instancia procesal en la que se encuentre, conculcando con meridiana claridad el principio de igualdad reconocido en la Carta Magna.

Por el contrario, no se vulneraría de ningún modo el principio de legalidad¹⁹, pues el encaje del mismo en el Derecho procesal penal tiene la finalidad de canalizar las garantías del individuo bajo el prisma de asegurar que un determinado procedimiento se sustancie de conformidad con la normativa aplicable. La existencia

¹⁵ Artículo 861 bis a.

¹⁶ *Ibidem*. Confróntese con la regla general dispuesta en el art. 983 de la LECrim.

¹⁷ DEL MORAL GARCÍA, A.; ESCOBAR JIMÉNEZ, R.; MORENO VERDEJO, J., *Los recursos en el proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1999.

¹⁸ En lo referente a la analogía, LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho Penal*, Universitas, S. A., Madrid, 2007, pp. 170-175.

¹⁹ CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 20-22.



de una laguna en este aspecto y la suposición de que se conculcaría dicho principio supondría un agravio comparativo del propio acusado, que se ha conformado en la práctica, realmente no con la pena de prisión y sí con la pena de expulsión, pero que se encuentra en prisión preventiva. Y por causas ajenas a su voluntad, ha de esperar a que el otro condenado renuncie o desista al derecho de recurrir la sentencia para obtener el resultado, que justamente coincide con lo dispuesto en una resolución judicial. Y por si fuera poco, lo absurdo es que no se pueda ejecutar provisionalmente una sentencia si se ha interpuesto recurso de apelación²⁰, pero sí que se admita esta posibilidad en casación, cuando los motivos para su interposición son muy restringidos y el hábito de la inmediación y la contradicción se ha evaporado anteriormente en otras instancias.

La defensa a ultranza como ha hecho el juzgador *a quo*, de acuerdo con que no se puede ejecutar una Sentencia que todavía no es firme, pierde toda su esencia con el artículo 861 bis b, de la LECrim, artículo que por cierto no ha sido declarado inconstitucional. Entonces, ¿ya es firme una sentencia cuando se recurre en casación? La respuesta es negativa, tal y como dispone el artículo 141 de la LECrim. En consecuencia, el argumento carece de su pilar fundamental y descarta el criterio teleológico, toda vez que se ha resuelto el conflicto jurídico existente y ahora el condenado solicita el cumplimiento de la pena impuesta y no otra como finalmente está ocurriendo, pues está cumpliendo preventivamente una pena de privación de libertad.

²⁰ MIR PUIG (*Derecho penal, parte general*, Reppertor, Barcelona, 2004, pp.694-695) alude a que como regla general, las penas inferiores a seis años «han de ser sustituidas por completo y desde un principio por el Juez o Tribunal en la Sentencia». Anteriormente, antes de las reformas sucesivas del Código sustantivo penal (art. 89.1, párrafos 3.º y 5.º), se exigía la firmeza de la sentencia, pero dicho carácter hoy en día no se recoge en el precepto, por lo que se puede entender que el legislador eliminó dicho requisito con la intención de ampliar el abanico de posibilidades para que lo antes posible se proceda a la expulsión del extranjero. De ahí que citeamos la obra de Mir Puig, porque nos recuerda cómo era anteriormente la legislación penal en este apartado, aunque otros especialistas en Derecho procesal y penal lleguen a la misma conclusión antes de las últimas reformas. Así por ejemplo, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.; CÓRDOBA CASTROVERDE, D.; DE MATEO MENÉNDEZ, F.; SANZ HEREDERO, J. D.; *Tratado práctico de los procesos de extranjería, con referencias a la Ley 38/2002 de reforma parcial de la LECrim.: Formularios, Jurisprudencia, Legislación y Normas Comunitarias*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 2475. *Vid.* y confróntese con FLORES MENDOZA, F.: «La expulsión del extranjero en el Código penal español», *Inmigración y Derecho Penal, Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 97-156.



III. LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA EXISTENCIA SIMULTÁNEA DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Para la expulsión de un extranjero por la comisión de un delito²¹, no necesariamente se ha de esperar a que tengamos una sentencia condenatoria, donde se haya impuesto una pena privativa de libertad²² superior a un año²³. La simple imputación por un delito o falta, cuya pena privativa de libertad sea inferior a seis años o «sea una pena de distinta naturaleza»²⁴, puede ser motivo más que suficiente para la inmediata expulsión del extranjero²⁵, siempre que conste acreditada en el expediente administrativo de expulsión esta circunstancia, y previa autorización judicial, lo que en palabras de Batuecas Florindo «contempla una auténtica renuncia a ejercer su '*ius puniendi*' (o poder de sancionar las conductas delictivas), basándose en criterios de oportunidad, por considerar preferible para el interés público la expulsión del ciudadano extranjero»²⁶.

Sin embargo, la expulsión dentro del pertinente procedimiento administrativo sancionador con autorización judicial no puede ceñirse a la simple condición de imputado en un procedimiento penal. La resolución tendrá que basarse en una de las «conductas tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica»²⁷, puesto que si el único argumento para la expulsión es el delito o falta, sería del todo improcedente la expulsión, con base en el principio *non bis in idem*. Hasta que la

²¹ SALVADOR CONCEPCIÓN, R., «La expulsión del extranjero como castigo penal», *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, 2012-2, pp. 93-116 (http://repositorio.ual.es/jsui/bitstream/10835/1902/1/Art_12_006.pdf). Igualmente, MERINO RODRÍGUEZ, J. F., «Expulsiones de extranjeros relacionadas con el Derecho Penal», *Revista de Derecho de Extremadura*, 2008-1, pp. 72-87.

²² Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado: «por pena privativa de libertad habrá de entenderse cualquier pena de prisión, pero no quedar incluida la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas (y ello pese a su calificación como pena privativa de libertad conforme al art. 35 CP), pues la aplicabilidad de ésta, por su propia naturaleza subsidiaria, es cierta en el momento ordinario de imposición de la expulsión sustitutiva, esto es, en el momento del dictado de la sentencia. *A fortiori*, hacer depender la puesta en marcha de la expulsión de la disponibilidad de recursos económicos para hacer frente al pago de la multa puede incorporar un criterio discriminatorio no justificado».

²³ Artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

²⁴ Art. 57.7 a) de la LO 4/2000.

²⁵ Según disponen los artículos 57.7 c) y 57.8 de la Ley Orgánica 4/2000, constituyen la excepción a la regla general los delitos contra los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos extranjeros tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, toda vez que no se procederá a la expulsión hasta que cumplan la pena privativa de libertad impuesta.

²⁶ BATUECAS FLORINDO, J. M., *La expulsión del extranjero en la legislación española*, Club Universitario, Alicante, 2009, p. 46.

²⁷ Art. 57.1 de la LO 4/2000.

resolución judicial sea firme y condenatoria, no se podrá expulsar al extranjero con motivo del ilícito penal²⁸.

De todo ello, se puede inferir que la potestad administrativa sancionadora alcanza límites arbitrarios con injerencias en el orden jurisdiccional penal, asintiendo no solamente ante la expulsión como medida cautelar o como una auténtica ejecución provisional mientras se sustancia una causa penal, sino que además la normativa vigente le permite que sólo ella incoe y resuelva el procedimiento de expulsión con anterioridad a una resolución judicial firme. Se requiere previa autorización judicial, autorización judicial que fácilmente se acordará, al amparo de preceptos como el artículo 53.1 a), que prevé la posibilidad de expulsión para quien se encuentre irregularmente en territorio nacional. La discrecionalidad en cuanto a los criterios para incoar y solicitar la autorización judicial para la expulsión del extranjero inculpado puede ser la antesala de una ruptura con el principio de subordinación de la potestad sancionadora administrativa al orden jurisdiccional penal.

Los defensores de la inejecutabilidad provisional de una pena en una sentencia que todavía no es firme —a salvo la excepción del artículo 861 bis b— considerarían que en el caso que nos ocupa, ni el instructor ni el Juzgador de lo Penal tendrían la facultad de impulsar la ejecución provisional de la expulsión, con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal, y mucho menos con anterioridad a la sentencia, cuando todavía el extranjero no ha sido condenado. Si la expulsión a través del procedimiento administrativo sancionador es la pauta ordinaria para un imputado en el que concurra alguna de las conductas «muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica de Extranjería²⁹» —difícilmente se le impondría una multa pendiendo un ilícito penal—, también lo es el hecho de que la sustitución de una pena privativa de libertad por la expulsión es un criterio general a aplicar en sentencia o en auto posterior motivado.

Lo que sucede es que la Administración se inmiscuye realmente en el orden jurisdiccional penal, teniendo la capacidad de instar la expulsión del extranjero por hechos menos graves que los que hipotéticamente deriven de un delito o de una falta, otorgándoles únicamente a los jueces de causas criminales una autorización, previa audiencia del Ministerio Fiscal³⁰, frente a unos criterios restrictivos de denegación de la solicitud interesada por la Administración. Y en cambio, en el propio procedimiento penal, esta medida no puede ser adoptada hasta que como mínimo se dicte sentencia³¹. Las prerrogativas de la autoridad gubernativa cercenan los de-

²⁸ En este caso, es de aplicación lo previsto en el artículo 137.2 de la LO 30/1992.

²⁹ Artículo 57, apartados 1 y 2 de la LO 4/2000.

³⁰ Artículo 57.7 a) de la LO 4/2000.

³¹ Mientras en la autorización judicial para la expulsión del extranjero es competente el juez de Instrucción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.7 b), en relación con el artículo 299 de la LECrim., el órgano de enjuiciamiento lo es para la expulsión vía sustitución de la pena privativa de libertad. Por eso, la expulsión administrativa se tiene que autorizar por el instructor antes de la apertura del juicio oral y la expulsión por los cauces de la sustitución de la pena a partir de la sentencia o en auto posterior a la misma.



rechos básicos del imputado —se presume su inocencia—, a expensas de criterios ciertamente arbitrarios de la Administración.

La estrategia de defensa en este procedimiento penal no era otra que conseguir su libertad y subsidiariamente su expulsión lo más rápidamente posible —obviamente contando con la anuencia del ciudadano extracomunitario—, toda vez que la expulsión administrativa llegaría más tarde o más temprano debido a que se encontraba irregularmente en territorio español, y de este modo se ahorraría meses o incluso más de un año de prisión preventiva indebida. No obstante, la Administración, como única legitimada, no ha solicitado la expulsión del ciudadano de nacionalidad chilena durante la fase de instrucción, sino que ha paralizado el expediente administrativo sancionador hasta que la sentencia sea firme. Ni a solicitud de parte ni de oficio se puede impulsar la expulsión de extranjeros en el procedimiento abreviado³², lo que supone que el Derecho Penal deje en un segundo plano la protección de los bienes jurídicos hipotéticamente vulnerados, para someterse a políticas de inmigración y de descongestión de los centros penitenciarios³³, con una auténtica enervación tácita del principio de presunción de inocencia con motivo de una expulsión administrativa, y la vulneración del derecho a la defensa del extranjero expulsado, al que se le que causa indefensión. Y por otro lado, tal y como se está realizando en la práctica por las autoridades gubernativas, se decide la tramitación de la expulsión administrativa por el cauce de la autorización judicial del juez instructor, bajo criterios ciertamente opacos de impulso del procedimiento administrativo sancionador de expulsión, conculcando la Constitución Española en cuanto a la interdicción de la arbitrariedad.

³² Tengamos presente el artículo 765.2 de la LECrim.: «En los procesos relativos a hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor el Juez o Tribunal podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, a los imputados que no estén en situación de prisión preventiva y que tuvieran su domicilio o residencia habitual en el extranjero, para ausentarse del territorio español. Para ello será indispensable que dejen suficientemente garantizadas las responsabilidades pecuniarias de todo orden derivadas del hecho punible, designen persona con domicilio fijo en España que reciba las notificaciones, citaciones y emplazamientos que hubiere que hacerles, con la prevención contenida en el artículo 775 en cuanto a la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia, y que presten caución no personal, cuando no esté ya acordada fianza de la misma clase, para garantizar la libertad provisional y su presentación en la fecha o plazo que se les señale. Igual atribución y con las mismas condiciones corresponderá al Juez o Tribunal que haya de conocer de la causa. Si el imputado no compareciese, se adjudicará al Estado el importe de la caución y se le declarará en rebeldía, observándose lo dispuesto en el artículo 843, salvo que se cumplan los requisitos legales para celebrar el juicio en su ausencia». Se autoriza al juez o tribunal competente para acordar que el extranjero se ausente del territorio español, bajo el cumplimiento de una serie de requisitos, y siempre que se derive de procesos que tengan que ver con el uso y circulación de vehículos a motor. No se puede comparar dicha autorización con la expulsión del territorio nacional, aunque se autorice la salida del territorio nacional por el instructor, sin que medie la Administración.

³³ SALVADOR CONCEPCIÓN, R., «La expulsión del extranjero como castigo penal», *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, 2012-2, pp. 112-116 (http://repositorio.ual.es/jspui/bitstream/10835/1902/1/ Art_12_ 006.pdf).



IV. LA PETICIÓN SUBSIDIARIA DE PUESTA EN LIBERTAD DEL PRESO

4.1. PRÓRROGA TÁCITA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL DESDE LA SENTENCIA CONDENATORIA

Subsidiariamente, y para el caso de no estimarse la ejecución provisional de la expulsión, se solicitó la puesta inmediata en libertad del ciudadano extracomunitario. ¿En qué condición está en prisión el condenado de nacionalidad chilena, si se ha acordado su expulsión?

Si la sentencia no es firme y por tanto no se puede ejecutar provisionalmente —tal y como sostiene el Juzgado de lo Penal—, a la sazón el reo no recurrente se encuentra en situación de prisión provisional. El mantenimiento de dicha situación procesal no se alude ni de forma indirecta en la mencionada sentencia, ni tampoco se establece el plazo de prohibición para regresar a territorio nacional, como consecuencia de la pena de expulsión, por lo que es evidente la falta de motivación de la resolución judicial en ambos sentidos³⁴, a pesar de que en el último caso se pueda alegar que este plazo se fijará en el oportuno expediente administrativo de expulsión, punto éste con el que no estoy de acuerdo, pues debería fijarse en la propia sentencia, puesto que es el órgano competente para sustituir la pena y fijar la prohibición de regreso a territorio español.

Por lo que se refiere a la procedencia de la puesta en libertad de mi mandante, cabe recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 528 de la LECrim., «la prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado»³⁵. Pese al silencio del juzgador en cuanto al mantenimiento de la prisión provisional, huelga decir al respecto que la pena de prisión ha sido sustituida en sentencia por la expulsión del territorio nacional³⁶.

La expulsión del territorio nacional no aparece catalogada como pena en el elenco del artículo 33 del Código Penal, y lógicamente no puede ser considerada como una pena privativa de libertad, ya que el artículo 35 del Código sustantivo penal tampoco la recoge como tal: «son penas privativas de libertad la prisión, la

³⁴ CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 197-201.

³⁵ DAMIÁN MORENO, J.; *El Derecho y su garantía jurisdiccional (Estudios y comentarios de Derecho Procesal)*, Reus, Madrid, 2009, pp. 176-177.

³⁶ STC 242/1994, de 20 de julio: «La sustitución de la pena privativa de libertad, supone que se paralice la potestad estatal de hacer ejecutado lo ejecutado». Se sustituye dicha pena en sentencia o en posterior auto motivado, y si el extranjero regresa a España en el periodo de prohibición, tendrá que cumplir la pena inicial de prisión, según dispone el artículo 89.4 del Código Penal. Por tanto, dicha paralización presupone el cese en la ejecución de la pena privativa de libertad y de prisión preventiva, que desde ese momento abandona su carácter esencial de medida cautelar para convertirse realmente en una pena innecesaria y dañina frente a los derechos fundamentales del condenado. Véase RIFÁ SOLER, J. M.; VALLS GAMBAU, J. F.; RICHARD GONZÁLEZ, M., *El proceso penal práctico: Comentarios, jurisprudencia, formularios*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 1646-1649.



localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa». De ello se desprende que al no tratarse de una pena privativa de libertad, se vulnera el derecho a la libertad del reo, toda vez que el requisito para acordar o prorrogar la prisión provisional parte de la existencia de una pena privativa de libertad o que presumiblemente la condena desemboque en una pena que lleve aparejada la privación de libertad. Así lo ha dispuesto el legislador en el artículo 503.1 y artículo 504, por lo que irremediablemente el mantenimiento tácito del juzgador respecto a la prisión provisional lesiona el derecho a la libertad dispuesto en el artículo 17.1 de la Constitución española.

Traemos a colación una reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional³⁷, en un supuesto idéntico al planteado en este apartado, y que hasta ese momento nunca había sido examinado en la jurisprudencia del antecitado tribunal. Pequeño botón de muestra es el fundamento jurídico tercero de la resolución, donde finalmente se otorga el amparo solicitado por considerarse que los autos impugnados han vulnerado el art. 17.1 de la Constitución española: «sin embargo, la Audiencia Provincial de Valencia no pondera, como le fue solicitado por el recurrente, el hecho de que la pena efectiva impuesta por la Sentencia fuera la expulsión del territorio nacional y que, en consecuencia, la prórroga de prisión provisional excediera el marco de las penas privativas de libertad a la que queda circunscrita por el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

«De este modo, como afirma el Ministerio Fiscal, la privación de libertad que sufrió el recurrente a partir del dictado de la Sentencia le supuso un perjuicio material no compensable y gratuito, que además no aparece justificado en los Autos recurridos en amparo, en los que la Audiencia se limita a afirmar su incompetencia para compensar o evitar el perjuicio que pudiera causarse, así como su imposibilidad de ofrecer una respuesta. No es ésta sin duda, una respuesta acomodada ni a las pautas normativas que la Ley establece ni a las exigencias constitucionales de motivación que, según nuestra doctrina anteriormente citada, deben cumplir las resoluciones judiciales que acuerdan o mantienen la prisión provisional».

Desde el mismo ángulo jurídico debemos enfocar el mantenimiento de la prisión provisional desde que se dicta la sentencia condenatoria, en lo concerniente a la prórroga implícita del juzgador. La literalidad del artículo 504.2 párrafo segundo de la LECrim. deja las puertas abiertas a la posible prórroga de la prisión provisional, hasta el límite máximo de la mitad de la pena impuesta. Circunscribiéndonos al supuesto concreto, se impuso al condenado no recurrente la pena de prisión de tres años, por lo que no se podría prolongar la prisión preventiva más allá de un año y seis meses³⁸. Pero como hemos insistido hasta la saciedad, esta norma no resulta de aplicación al caso concreto, porque debemos recordar que la pena privativa de libertad fue sustituida por la expulsión del territorio nacional.

37 *Vid.* sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 140/2012, de 2 de julio.

38 Para el cómputo de plazos de la prisión provisional, véase el artículo 504.5 de la LECrim.



Sin perjuicio de lo expuesto, la falta de motivación de la resolución judicial en lo relativo a la prolongación de la prisión provisional³⁹ sería más que suficiente para justificar un reproche a la citada sentencia y que se acordase la inmediata puesta en libertad no sólo del ciudadano extracomunitario sino también del ciudadano de nacionalidad belga, bajo el criterio de vulneración del derecho a la libertad consagrado en el artículo 17.4 de la Constitución española, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de proporcionalidad y la seguridad jurídica.

La situación personal de los condenados requiere del juzgador una motivación individual para que proceda el mantenimiento de la prisión preventiva. No cabe una aplicación automática del artículo 504. 2 de la LECrim. o su mera suposición⁴⁰, por la necesidad de fundamentación jurídica ante los intereses que están en juego. El precepto no deja margen a la interpretación, y utiliza los términos «podrá prorrogarse» como acción en un sentido positivo que ha de efectuar el órgano de enjuiciamiento, lo que significa que ante una omisión en su pronunciamiento, en lo tocante a la prórroga de la prisión provisional, supondrá necesariamente la libertad del preso.

Y por eso, para el caso de que se acuerde por resolución judicial la prórroga, no basta con una mera alusión genérica a dicho inciso, sino que se han de ponderar las razones objetivas y subjetivas, para acto seguido comprobar si subsisten los «motivos que justificaron su adopción»⁴¹, es decir, el sustento fáctico y jurídico por el que se decretó en su día la medida cautelar. El juzgador *a quo* tiene ahora muchos más criterios para su decisión, «porque se aportan nuevos datos relativos a la personalidad del imputado o porque desde la intermediación propia del juicio oral se valoren de modo diferente los que ya constaban»⁴². Por tanto, la ausencia de motivación

39 El Tribunal Constitucional ha enfatizado las exigencias de motivación de toda resolución judicial desde tiempos pretéritos. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso*, Colex, Madrid, 1990, pp. 141-149.

40 En este sentido, es pacífica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: STC 98/1998, de fecha 4 de mayo de 1998, STC 272/2000, de fecha 13 de noviembre de 2000 o STC 144/2002, de fecha 15 de julio de 2002, entre otras.

41 Artículo 504.1 de la LECrim.

42 STC 98/1998, de fecha 4 de mayo de 1998.



reforzada⁴³ es censurable, causándosele un perjuicio desproporcionado a los reos y que será difícilmente resarcible⁴⁴, sobre todo al preso no recurrente⁴⁵.

4.2. MANTENIMIENTO DE LOS REQUISITOS Y FINES DESDE EL AUTO QUE ACUERDA LA PRISIÓN PROVISIONAL HASTA LA SENTENCIA

La medida cautelar es del todo extemporánea y desproporcionada desde la sentencia de condena, porque además no se cumplen el resto de exigencias y fines que motivaron la adopción de la misma, según dispone el artículo 503, en relación con los artículos 504 y 528 de la LECrim., debido a la necesaria concurrencia de los siguientes requisitos para decretar la prisión provisional:

- 1.- Que existan indicios de la comisión de un delito o delitos, cuya pena máxima sea de dos años o más de prisión, o en su caso, con pena privativa de libertad de menor duración si el imputado ha sido condenado por un delito doloso y no se han cancelado o son susceptibles de cancelación sus antecedentes penales.
- 2.- Que existan indicios bastantes para creer responsable penalmente al sujeto.
- 3.- Que se persiga al menos uno de los siguientes fines:
 - a) Evitar el riesgo de fuga.
 - b) «Evitar la ocultación, alteración, de fuentes de prueba relevantes».
 - c) «Evitar que el imputado actúe contra bienes jurídicos de la víctima», haciendo especial hincapié en los familiares referenciados en el artículo 173.2 del Código Penal.

No obstante, bastará con la concurrencia de los ordinales 1 y 2, siempre y cuando exista riesgo de reiteración delictiva.

Una vez analizado el artículo, procederemos a su contraste con la resolución judicial, a los efectos de comprobar si realmente concurren los requisitos. Cuatro meses después de que se adoptase la medida cautelar, se interesó nuevamente la

⁴³ STC 27/2008, de fecha 11 de febrero de 2008, FJ 3: «El análisis de los defectos o insuficiencias en la motivación de las resoluciones judiciales que acuerdan la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional trasciende el deber genérico de fundamentación de las resoluciones judiciales para entrar en el más estricto de la fundamentación de las medidas restrictivas de libertad».

⁴⁴ LÓPEZ MENUDO, F.; GUICHOT REINA, E.; CARRILLO DONAIRE, J. A., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 339 y ss. El artículo 121 de la Carta Magna reconoce el derecho a la indemnización a cargo del Estado, en los casos de error judicial y de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. La remisión constitucional a la ley nos permite la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, concretamente al artículo 294, donde se incluye la prisión preventiva indebida como causa que puede dar lugar a indemnización siempre que se cause un perjuicio al reo. No obstante, el caso judicial concreto que estamos analizando no puede subsumirse en la norma, porque se requiere la absolución de los hechos imputados o bien que se haya dictado auto de sobreseimiento libre en la causa.

⁴⁵ Cfr. con los artículos 58 y ss. del Código Penal.

libertad provisional del ciudadano chileno. La resolución del instructor transcribió literalmente el auto que decretó en su día la prisión provisional (hasta tal punto que aparece la misma fecha en ambos autos), cuando todavía se iniciaba la investigación del posible delito. En la fecha de solicitud, la instrucción había avanzado y se conocían nuevos datos trascendentales gracias a la colaboración de los imputados, por lo que no se puede admitir que una resolución judicial acuerde una medida excepcionalísima y prive a un individuo de un derecho tan importante como el derecho a la libertad, sin el más mínimo argumento. Como se dijo en su día, puede que hubiese razones que justificasen la adopción de la prisión provisional, pero en la fecha en la que se interesó la libertad provisional ya no había motivos para que se mantuviera. Y si los hubo, se solicita que por parte del juzgador los exponga, y rebata los motivos alegados por la defensa del imputado y que seguro eran suficientes para que se acordase una medida menos gravosa que la prisión provisional.

Retrotraigámonos al auto que adoptó en su día la prisión provisional comunicada y sin fianza de mi representado, por un supuesto delito de robo con violencia e intimidación tipificado en los arts. 242.1 y 242.3 del Código Penal. De la fundamentación jurídica del auto que acuerda esta excepcionalísima medida cautelar se deduce que la adopción de la misma se basa en la concurrencia de los requisitos 1 y 2, del apartado 1 del art. 503, conjuntamente con el del apartado 2, del mismo art. 503. O más bien al revés, puesto que fundamentar la adopción de la medida cautelar de prisión provisional en la causa del art. 503.2 de la LECrim. exige necesariamente la concurrencia de las causas recogidas en los art. 503.1.1 y 2.

Nos referimos al hecho de que «... podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1 y 2 del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos»⁴⁶. Lo que conocemos como reiteración delictiva. Es en la reiteración delictiva en lo que se basa el auto que acuerda la medida de prisión provisional, mezclándola de manera tangencial con el riesgo de fuga. Los razonamientos que siguen no podemos compartirlos.

Afirma el instructor que concurre dicho riesgo de manera evidente, porque «no consta que tenga el detenido modo de subsistir siendo más probable que su modo de vida sea el dedicarse a delitos de esta naturaleza». Más adelante, se vuelve a pronunciar en los siguientes términos: «... la medida de prisión es necesaria puesto que si no ingresa en prisión es previsible que se sustraiga a la acción de la justicia o vuelva a cometer un delito semejante. Es adecuada esta medida para el fin perseguido puesto que mientras se encuentre en prisión no puede reincidir en su conducta delictiva...». Obviamente no podemos compartir estos criterios⁴⁷.

¿Se ha cumplido esta finalidad? Entendemos que sí, puesto que nunca existió riesgo de reiteración delictiva, y por tanto no existe ahora ni existirá en el futuro. Se

⁴⁶ Art. 503.2.

⁴⁷ En todo caso, es realmente criticable la escasez de alternativas a esta medida cautelar que sean menos gravosas, como se expone en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso*, Colex, Madrid, 1990, pp. 205 y ss.





llega a esta conclusión sin el más mínimo sustento fáctico, y además con base en un juicio de probabilidad de la comisión de algún hecho delictivo en el futuro, es decir, se está haciendo una previsión de futuro sin tan siquiera un mínimo dato periférico que fundamente dicha opinión subjetiva. No tiene antecedentes penales. La posibilidad de una reiteración delictiva es nula. Carece de anteriores condenas, no pudiendo por ello hablarse de una previa y anterior vida delictiva del mismo. Ni de lo actuado puede colegirse razonablemente, sin más, y por la presuntiva comisión de los hechos objeto de diligencias penales, una reiteración delictiva. La previsión de futuro subjetiva que se ha argumentado para acordar la prisión provisional⁴⁸ conculca el principio de presunción de inocencia, máxime cuando la fundamentación esgrimida se basa en una evidencia general y del todo punto inmotivada en el supuesto concreto a tratar: «... mientras se encuentre en prisión no puede reincidir en su conducta delictiva...».

La jurisprudencia también se ha hecho eco de esta cuestión. Entre otros, el auto de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Girona de fecha 11 de febrero de 2005, en su fundamento de derecho segundo: «debe tenerse en cuenta, además, que el que haya podido dedicarse a una misma actividad delictiva durante un tiempo obteniendo fácilmente beneficios económicos no constituye un elemento en que sustentar el riesgo de que continúe ejerciéndola, puesto que precisamente si ello ha podido ser así es porque no se ha visto descubierto en el ejercicio de tal actividad, de forma que, por el contrario, resulta más lógico pensar que una vez descubierta no seguirá desarrollándola, siendo, evidentemente, en caso de constatar que esa imputación no sirviera eficazmente para hacerle desistir de sus presuntas actividades delictivas, cuando podría presumirse legítimamente un peligro de reiteración delictiva».

El riesgo ahora contemplado, si bien no deja de ser un pronóstico de comportamiento delictivo, necesariamente ha de tener su causa en hechos y comportamientos anteriores a la instrucción, ya que en caso contrario estaríamos aceptando una medida cautelar excepcional «a prevención», lo que no es admisible, o bien condenando al imputado en la fase de investigación del delito a una pena anticipada⁴⁹ por meros indicios y atribuyéndole a la instrucción potestades intrínsecas al órgano de enjuiciamiento⁵⁰.

Respecto al riesgo de fuga, el Juzgado de Instrucción manifestó que «en el presente caso es evidente que concurre el riesgo de fuga, puesto que el denunciado carece de arraigo, y la especial gravedad de la pena impuesta hace pensar que si no se procede a su inmediato ingreso en prisión se sustraerá a la acción de la justicia, no constanding que tenga dinero, ni trabajo, y teniendo en cuenta que se encuentra en España en situación ilegal». Más adelante, se vuelve a pronunciar en los siguientes

⁴⁸ DAMIAN MORENO, J.; *El Derecho y su garantía jurisdiccional (Estudios y comentarios de Derecho Procesal)*, Reus, Madrid, 2009, pp. 176-178.

⁴⁹ Sobre la prisión provisional y pena anticipada, véase GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión provisional (a partir de las Leyes 13/2003, de 24 de octubre y 15/2003, de 25 de noviembre)*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 50-54.

⁵⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La prisión preventiva, ¿pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?», *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1984-2, pp. 1056-1059.

términos: «si no ingresa en prisión es previsible que se sustraiga a la acción de la justicia o vuelva a cometer un delito semejante». Sobre estos juicios subjetivos de circunstancias futuras, ya nos hemos manifestado antes.

¿Subsiste alguno de los fines dispuestos en el apartado 3.º del artículo 503 de la LECrim.? La respuesta es no. Veamos los posibles motivos para mantener la prisión provisional, alguno de los cuales ni tan siquiera han sido recogidos en el auto por el que se adoptó la prisión provisional:

«Asegurar la presencia del imputado en el proceso»⁵¹ y «evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba»⁵². Respecto a estos puntos, el condenado ha estado presente en el juicio oral y desde su detención se encuentra en prisión provisional, por lo que no ha podido, en su caso, destruir, alterar u ocultar pruebas. ¿Hay riesgo de fuga?, ¿de que huya hipotéticamente a su país de origen? Recordemos que el condenado es quien ha solicitado la sustitución de la pena de prisión por su expulsión.

«Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima»⁵³ y cuando concurren los requisitos de los ordinales 1.º o 2.º del art. 503 de la LECrim., para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos»⁵⁴. Por razones obvias, no haremos hincapié en este punto —no mencionado en el auto que acordó la prisión provisional—, ya que es el propio órgano de enjuiciamiento quien ha acordado la expulsión del condenado. Procediéndose a la ejecución provisional de la expulsión, no ha lugar a que dicha hipótesis se produzca.

V. CONCLUSIONES

No se ha recurrido la sentencia por el condenado, e invariablemente su expulsión será acordada. Mantenerlo por más tiempo en prisión provisional a la espera de la resolución de un recurso de apelación que ni él ha interpuesto y al cual ni tan siquiera se ha adherido presupone que estamos en presencia de una serie de dilaciones indebidas que causan un perjuicio al reo. No ha sido condenado a una pena de prisión sino que dicha pena ha sido sustituida en sentencia por su expulsión del territorio nacional. Sin embargo, y de persistir esta situación, cumplirá una duplicidad de condenas, es decir, una pena de prisión innecesaria desde que ha prestado su conformidad con la sentencia al no formular recurso, y a posteriori, su expulsión. Y por si fuera poco, recordemos el tiempo transcurrido desde su ingreso en prisión, que asciende a más de un año y cuatro meses, por lo que ya prácticamente podría acogerse a beneficios penitenciarios, de ejecutarse la resolución judicial en cuanto a los tres años de prisión impuestos.

⁵¹ Art. 503.1.3.º a de la LECrim.

⁵² Art. 503.1.3.º b de la LECrim.

⁵³ Art. 503.1.3.º c de la LECrim.

⁵⁴ Art. 503.2 de la LECrim.



Tengamos en cuenta que el artículo 3 del Código Penal es el principal escollo para la ejecución provisional de la expulsión del territorio nacional, ya que impide la ejecución de las penas o medidas de seguridad hasta que la sentencia adquiera firmeza. En este contexto, el precepto se torna un tanto descafeinado puesto que el artículo 861 bis b) de la LECrim., en concordancia con el artículo 141 del mismo Código ritualario, permite la ejecución provisional de la resolución judicial en lo referente al procesado no recurrente en el recurso de casación. Esta excepción a la regla general colisiona frontalmente con el principio de igualdad, ya que, dependiendo de la instancia procesal, el condenado tendrá derecho o no a la ejecución provisional de la pena. Conformándose con la sentencia, desaparece el conflicto jurídico existente, por lo que no tiene sentido mantener por más tiempo una situación que causa un perjuicio irreparable al reo, toda vez que no ha sido condenado a una pena de prisión ya que ha sido sustituida por la expulsión. Esta situación supone, como en el caso objeto de análisis, que se prolongue la prisión provisional cuando no se cumple el apartado 1 del artículo 503 de la LECrim.; no estamos ante una pena de prisión: el procesado no recurrente seguirá en prisión preventiva, a expensas de la mayor o menor celeridad del Tribunal *ad quem*.

Ante la equívoca normativa imperante, ha de prevalecer el principio de legalidad y las garantías del sujeto. Como el artículo 861 bis b) no ha sido declarado inconstitucional hasta la fecha, se tendrán que salvaguardar con cautela los derechos del ciudadano, y se ha de ejecutar provisionalmente la sentencia o necesariamente se ha de proceder a la inmediata puesta en libertad del extranjero.

Por eso, y en aras de una mayor seguridad jurídica, sería imprescindible la inclusión de la ejecución provisional de la pena o medida de seguridad, tanto en el artículo 3 del Código Penal como en los artículos 988 y 141 de la LECrim., y la ineludible derogación del artículo 861 bis b) del Código Ritualario. De esta manera, se resolvería también el conflicto entre el orden jurisdiccional penal y la potestad sancionadora de la autoridad gubernativa, prevaleciendo el criterio judicial y las garantías más elementales del extranjero, que podrá ser expulsado en cumplimiento de una sentencia que se ejecuta provisionalmente.

También sería recomendable la modificación de los artículos 57 y 58 de la Ley Orgánica 4/2000, con el objetivo de limitar y concretar en mayor medida la potestad sancionadora de la Administración frente al imputado y delimitar su discrecionalidad, estableciendo criterios mucho más restrictivos y tendentes a paralizar el procedimiento administrativo hasta la resolución judicial pertinente, respetándose la prejudicialidad penal. A pesar de que se exige autorización judicial para que se proceda a la expulsión del extranjero en fase de instrucción, lo cierto es que debido a las genéricas alusiones del precepto es muy difícil que no se acuerde su expulsión. El juez competente se ve limitado en casos como el investigado, donde ante la inactividad de la autoridad gubernativa no puede impulsar de oficio el procedimiento sancionador, y sin lugar a dudas el principal perjudicado que no es otro que el extranjero, se encuentra en una absoluta situación de indefensión tanto en el procedimiento sancionador como en la causa criminal.



REVISORES

María Dolores ADAM MUÑOZ (Universidad de Córdoba)
Antonio CAYÓN GALIARDO (Universidad Complutense de Madrid)
María del Pilar DIAGO DIAGO (Universidad de Zaragoza)
María José FERNÁNDEZ PAVÉS (Universidad de Granada)
Gabriel GARCÍA CANTERO (Universidad de Zaragoza)
Pedro GONZÁLEZ DE LA FE (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)
Andrés GONZÁLEZ SANFIEL (Universidad de La Laguna)
Ulises HERNÁNDEZ PLASENCIA (Universidad de La Laguna)
Mar JIMENO BULNES (Universidad de Burgos)
Arantza LIBANO BERISTAIN (Universidad Autónoma de Barcelona)
José Luis LINARES PINEDA (Universidad de Girona)
José María MIQUEL GONZÁLEZ (Universidad Autónoma de Madrid)
Cristóbal MOLINA NAVARRETE (Universidad de Jaén)
Javier PLAZA PENADÉS (Universidad de Valencia)
Encarnación RICART MARTÍ (Universidad Rovira y Virgili de Tarragona)
Gloria Pilar ROJAS RIVERO (Universidad de La Laguna)
Eloy RUILOBA GARCÍA (Universidad de Málaga)
Gumersindo RUIZ BRAVO DE MANSILLA (Universidad de Málaga)
Ambrosio SAMPERE FLORES (Universidad de Murcia)
María Elena SÁNCHEZ JORDÁN (Universidad de La Laguna)
José Luis SÁNCHEZ-PARODI PASCUA (Universidad de La Laguna)
José María SOUVIRÓN MORENILLA (Universidad de Málaga)
José SUAY RINCÓN (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)
José Manuel VENTURA VENTURA (Universidad de La Rioja)
Pedro YANES YANES (Universidad de La Laguna)

INFORME DEL PROCESO EDITORIAL DE *ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO* DE LA UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA 30, 2013

El equipo de dirección se reunió a finales de diciembre de 2013 y a mediados de mayo de 2014 para tomar decisiones sobre el proceso editorial del número 30 de *AFDULL*. El tiempo medio transcurrido desde la recepción, evaluación, aceptación y edición e impresión final de los trabajos fue de diez meses.

Estadística:

Núms. de trabajos recibidos: 9.

Núms. de trabajos aceptados para publicación: 6 (66,6%). Rechazados: 3 (33,3%).

Media de revisores por trabajo: 1,5.

Media de tiempo entre envío y aceptación: 4 meses.

Media de tiempo entre aceptación y publicación: 4 meses.

Los revisores varían en cada número, en atención al tema de los trabajos presentados.

NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LA REVISTA ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

(Aprobadas en la sesión de la Junta de la Facultad de Derecho de 28 de octubre de 2011; modificadas parcialmente por acuerdo de la Junta de Facultad de Derecho de 3 de abril de 2014)

PRIMERA.- La Revista se publica en un volumen anual. Los trabajos que se presenten al proceso de selección para su publicación deberán cumplir las siguientes normas:

- a) *Plazo y forma de presentación.* Se enviarán, antes del 20 de febrero de cada año, exclusivamente por correo electrónico a la siguiente dirección: analesderecho@ull.es. Este plazo podrá ser ampliado si el equipo directivo lo considera procedente.
- b) *Autores.* Sólo podrán presentar trabajos en la Revista titulados universitarios. Los autores deberán identificar su categoría académica y/o profesional, así como cuál es la institución a la que pertenecen.
- c) *Temática.* Los trabajos deben ser investigaciones de contenido jurídico. Excepcionalmente y de manera subsidiaria podrán incluirse trabajos de materias afines si los miembros del Consejo de Redacción asistentes unánimemente así lo consideran.
- d) *Estructura y formato de los trabajos.* Los trabajos no deben exceder de los 60.000 caracteres con espacios (unas 20 páginas) y tendrán un título (en español e inglés), como mínimo tres palabras clave (en español e inglés), un resumen (en español e inglés). No deberá incluirse ni sumario ni bibliografía final.
- e) *Idioma.* Los trabajos deberán estar escritos en lengua española o en alguna de las lenguas extranjeras de especial relevancia en los ámbitos científicos propios de la Revista. La admisión de los trabajos en lenguas extranjeras quedará condicionada a la disponibilidad de evaluadores de la Revista para las concretas disciplina y lengua utilizadas por el autor. En el momento de la recepción del trabajo se informará a los autores de si es posible someter a evaluación los trabajos propuestos, no siendo admitidos a trámite en caso contrario. (Apartado añadido por Acuerdo de Junta de Facultad de 3 de abril de 2014).

El formato del texto principal es *Times New Roman*, a espacio y medio, tamaño de letra 12; y para las notas a pie de página es *Times New Roman*, a un espacio y con tamaño de letra 10. Las normas para las citas son las siguientes:

A) *Artículos de revistas.*

SAAVEDRA RUIZ, J., «La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, 1994, p. 13 y ss.

RAMS ALBESA, J. «Comentario a la STS de 2 de diciembre de 1992», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 30, § 806, pp. 1075 a 1083.

B) *Libros/monografías.*

ORTELLS RAMOS, M., *El proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1997.

DÍEZ DE CASTRO, E. y LANDA BERCEBAL, F. J., *Merchandising*, Editorial Pirámide, Madrid, 1998.

- e) *Idioma.* Los trabajos deberán estar escritos en lengua española, si bien el título, las palabras clave y el *abstract* deberán presentarse en español e inglés. Como excepción, y si lo

acuerda el Consejo de Redacción, se podrán publicar trabajos en lengua diferente a la española siempre que sean de especial relevancia.

f) *Originalidad de los trabajos.* Todos deben ser inéditos y no deben estar pendientes de publicación en otra revista o libro.

SEGUNDA.- La presentación de un trabajo en la Revista Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna conlleva la aceptación y el conocimiento de las siguientes normas por parte de los autores:

- 1.- Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción, así como que consientan su inclusión en bases de datos, catálogos, bibliotecas, índices o servidores que permitan la mayor difusión de las investigaciones. Si se producen peticiones de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción.
- 2.- De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores. La publicación de los diferentes artículos no implica adhesión ni conformidad de la Revista con las opiniones mantenidas por los autores.

TERCERA.- Recibidos los trabajos, se enviará un e-mail a sus autores dándoles acuse de recibo.

CUARTA.- El director/a o el subdirector/a, en su caso, nombrará a uno o dos evaluadores, preferiblemente externos, por cada uno de los originales presentados, según la materia sobre la que versen los mismos, para que informen en el plazo que se establezca sobre la conveniencia de su publicación. La evaluación será anónima en todo momento, de manera que los autores no conocerán quién evaluó su trabajo ni el evaluador conocerá quién es el autor.

QUINTA.- Pese a ser la evaluación anónima, en el caso de concurrir causa de abstención en alguno de los miembros propuestos o cuando éste lo proponga de manera motivada, se podrá designar a otro/s evaluador/es experto/s en la materia que se evalúa.

SEXTA.- El secretario/a enviará vía e-mail a los evaluadores nombrados los originales de los trabajos para su valoración, sin que consten los datos del autor, así como una tabla para que lleven a cabo la evaluación del trabajo. Ésta podrá ser: a) totalmente favorable; b) favorable con propuestas de modificación; y c) desfavorable.

SÉPTIMA.- Cada evaluador remitirá su informe por correo electrónico a la dirección de la Revista. La evaluación tendrá en cuenta los siguientes criterios: la calidad y rigor de los argumentos presentados; la oportunidad y relevancia del artículo; la creatividad, metodología, propuestas y aportaciones; así como la adecuación a las normas de publicación. Los informes tendrán carácter confidencial y reservado.

OCTAVA.- Una vez transcurrido el plazo para presentar los informes de evaluación, se reunirá el Consejo de Redacción, al que se dará cuenta del punto en el que se encuentra el proceso, llevándose a cabo la valoración del resultado de las evaluaciones. Cuando exista contradicción entre los informes emitidos, el Consejo de Redacción designará a un tercer experto en la materia para que proceda a una nueva evaluación.

NOVENA.- Se trasladará al autor el resultado de la evaluación y, en su caso, las modificaciones sugeridas por los expertos, con la advertencia de que el Consejo de Redacción se reserva el derecho a no publicar el original presentado cuando no se observaren las modificaciones propuestas por los expertos.

DÉCIMA.- Cuando algún miembro del Consejo de Redacción fuere autor del original presentado deberá ausentarse de las votaciones.



SERVICIO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

ULL | Universidad
de La Laguna

ISSN: 0075-773X

Depósito legal: TF 734/81